

Chicagói Egyetem jogi kar
Chicago Kötelezettségek nélkül

Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok

Munkadokumen

tumok

2017

A hatalmi ágak szétválasztásának elmélete

Aziz Huq

Kövesse ezt és további munkáit a következő címen:

https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory



A [Law Commons](#) része

A Chicago Unbound a cikkek folyamatban lévő munkáit és végleges változatait egyaránt tartalmazza. Kérjük, vegye figyelembe, hogy a cikk egy frissebb változata elérhető lehet a Chicago Unboundon, az SSRN-en vagy máshol.

Ajánlott idézet

Huq, Aziz, "Separation of Powers Metatheory" (2017). *Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok*667..

https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/667.

Ezt a munkadokumentumot a Chicago Unbound munkadokumentumai ingyenesen és nyíltan hozzáférhetővé teszik. A Chicago Unbound egyik felhatalmazott adminisztrátora fogadta el a Közjogi és jogelméleti munkadokumentumok közé való felvételre. További információért kérjük, forduljon a unbound@law.uchicago.edu címre.

A hatalmi ágak szétválasztásának elmélete

A KONGRESSZUS ALKOTMÁNYA: A TÖRVÉNYHOZÓI HATÁSKÖR ÉS A HATALMI ÁGAK
SZÉTVÁLASZTÁSA.

Josh Chafetz. New Haven: Yale University Press, 449. oldal 2017.. \$45.00

Aziz Z. Huq*

Az alkotmányos hatalommegosztással kapcsolatos tudományt és joggyakorlatot ma az általános elméletet és a konkrét eredményeket illető éles nézeteltérések jellemzik. A vezető elméletek eltérnek abban, hogyan modellezzék az intézményi szereplők indítékait; hogyan mérlegeljék a szöveget, a történelmet, a doktrínát és a normákat; és abban, hogy a hatalommegosztás rendszerét stabil egyensúlyban lévőnek vagy görcsösen átalakuló paroxizmusoktól elragadtatottnak jellemezzék. A Kongresszus alkotmánya - amely jelentős hozzájárulás a hatalommegosztás elméletéhez - lehetőséget nyújt arra, hogy visszalépjünk és elkülönítsük ezeket a fontos, bár nem mindig őszintén felismert vitákat a hatalommegosztás elméletének empirikus és normatív predikátumairól - olyan predikátumokat, amelyeket hasznosan csoportosíthatunk a "hatalommegosztás metaelmélete" címszó alatt. A terület sok más munkájától eltérően a Kongresszus alkotmánya közvetlenül azonosítja és kezeli a három fontos metateoretikus kulcskérdést, amelyek a hatalmi ágak szétválasztásának elmélete során felmerülnek. Ez az áttekintés azt elemzi, hogyan birkózik meg ezekkel a mélyreható kihívásokkal, és megpróbálja megfogalmazni szövetségi kormányzatunk leírásilag megfelelő és normatív szempontból meggyőző beszámolóját. A Kongresszus alkotmányának ilyen szempontból történő vizsgálata értékes lehetőséget kínál a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló tudományos elméletalkotás állapotának és irányának tágabb értelemben vett mérlegeléséhez.

* Frank és Bernice J. Greenberg jogászprofesszor, Chicagói Egyetem jogi kara. Köszönet Whittney Barthnak a kiváló kutatási és szerkesztési segítségért.

Tartalomjegyzék

BEVEZETÉS	3
I. A HATALMI ÁGAK	
.....	SZÉTVÁ
LASZTÁSÁNAK ELMÉLETE (ÉS METAELMÉLETE)	8
A. A	
.....	hatalom
megosztás elméletei.....	8
B. A	hatalmi
ágakszétválasztásának metatematikája.....	19
C. Az elmélet és a metaelmélet	
.....	összekap
csolása.....	29
II. ELMÉLET ÉS AZ ELMÉLET ALKALMAZÁSA A KONGRESSZUS ALKOTMÁNYÁBAN	31
A. Az alkotmányos	
.....	politikael
mélete.....	32
B. Az elmélettől az	
.....	alkalmaz
ásig?	36
III. A HATALOMMEGOSZTÁS METATEMATIKÁJA A KONGRESSZUS ALKOTMÁNYÁBAN	41
A. Motívum	41
B. Jogforrások	46
C. Egyensúly és	változás
.....	51
KÖVETKEZTETÉS	54

BEVEZETÉS

Az alkotmányos hatalommegosztásról szóló tudományt és jogtudományt ¹ma éles nézeteltérések jellemzik mind az általános elmélet, mind a konkrét eredmények tekintetében. A tudományos elméletek egyik iskolája az egyes ágak kategorikus szétválasztását és autonóm működését hangsúlyozza. ² Egy másik irányzat ehelyett a hatalmi ágakon belüli és az ágak közötti dinamikus kölcsönhatást ünnepli, amelyről azt mondják, hogy hasznos ellenőrzést és kiegyensúlyozást eredményez. ³ Egy harmadik megközelítés pedig a társadalmi jólét maximalizálásának külső, nem jogi kritériuma alapján elemzi az intézményi hatáskörök optimális hozzárendelését az egyes ágakhoz. ⁴ A diszkrét, helyi jogi kérdésekkel foglalkozó egyéb, inkább kiskereskedelmi jellegű hozzájárulások is bőségesek.

A Legfelsőbb Bíróság a törvényhozás és a végrehajtó hatalom kapcsolatának kezelése az 1920-as évek óta szintén "ciklikusan" váltogatja a különböző elméleteket, ami instabil, kiszámíthatatlan és gyakran kritizált joggyakorlatot eredményez. ⁵ Míg ezek a viták főként a kongresszus és a végrehajtó hatalom közötti kapcsolatokról folytak, a hatalommegosztás egyéb peremterületei aligha akartak vitát. A III. cikk határainak bírósági értelmezése, például a

¹ A hatalmi ágak szétválasztása magában foglalja a Kongresszus, a végrehajtó hatalom és a szövetségi igazságszolgáltatás közötti kétoldalú kölcsönhatásokat, valamint a két hatalmi ágat egymással szembeállító összetettebb dinamikát. A hatalmi ágak szétválasztására való hivatkozások gyakran homályosak abban az értelemben, hogy nem határozzák meg, hogy ezek közül a kölcsönhatások közül melyiket emelik ki. Ez az áttekintő esszé, összhangban a vizsgált könyv terjedelmével, a Kongresszus és a végrehajtó hatalom kétoldalú dinamikájára összpontosít.

² Lásd pl. Gary Lawson, *The Return of the King*, 93 Tex. L. Rev. 1521, 1538 (2015) ("Az Alkotmány azonban a végrehajtó hatalmat - vagyis a teljes végrehajtó hatalmat - az elnökre ruházza. Nem maradt másra ruházható végrehajtó hatalom". (idézetek és lábjegyzetek kihagyva)); Steven G. Calabresi & Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, Harv 105. L. Rev. 1153, 1165-68 (1992) ("Az egységes végrehajtó hatalom teoretikusai úgy értelmezik [a II. cikk rendelkezését] a Take Care Clause-zal együtt, hogy az egy hierarchikus, egységes végrehajtó szervezeti egységet hoz létre az elnök közvetlen irányítása alatt. Arra a következtetésre jutnak, hogy egyedül az elnök rendelkezik a teljes végrehajtó hatalommal, és ezért ő irányíthatja, ellenőrizheti és felügyelheti az alacsonyabb rangú tisztviselőket vagy ügynökségeket, akik a diszkrécionális végrehajtó hatalom gyakorlására töreksenek." (lábjegyzetek és idézet kihagyva)); Martin H. Redish & Elizabeth J. Cisar, "If Angels Were to Govern": The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory, 41 Duke L.J. 449, 454 (1991) ("[A] Bíróság szerepének a hatáskörök szétválasztásával kapcsolatos ügyekben annak meghatározására kell korlátozódnia, hogy a megtámadott ági intézkedés az adott ág alkotmányosan levezetett hatáskörének - végrehajtó, törvényhozó vagy bírói - fogalmába tartozik-e.").

³ Lásd pl. Jon D. Michaels, *Of Constitutional Custodians and Regulatory Rivals: An Account of the Old and New Separation of Powers*, 91 N.Y.U. L. Rev. 227, 227 (2016) (kiemelve "a közigazgatási ellenőrzés többdimenziós jellegét, amelyben az alkotmányos ágak és a közigazgatási riválisok mind egymással versengenek a közigazgatási irányítás befolyásolásáért"); Laura S. Fitzgerald, *Cadenced Power: The Kinetic Constitution*, 46 Duke L.J. 679, 779 (1997) (a hatalommegosztás elvének jellemzése "kevésbé [mint] az intézményi határok ellenőrzésére szolgáló eszköz, és inkább mint egy szabvány, amely ebben a vitában megőrzi a részvétel és az elszámoltathatóságminőségét [Ez] jelzi a kadenciátNépi vita egymás között az idő múlásával.").

⁴ Lásd pl. Eric Posner & Adrian Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic* 18 (2012) [a továbbiakban Posner & Vermeule, *Executive Unbound*] (azzal érvelve, hogy a hatalmi ágak szétválasztása "összeomlott", mivel Madison tévesen feltételezte, hogy "a kormánytisztviselők egyéni

ambíciói arra készítetik őket, hogy támogassák az általuk betöltött intézmények hatalmát").

⁵ A vonatkozó joggyakorlat átfogó bemutatását, amely hangsúlyozza a Bíróság mozgását a hatalommegosztás különböző elméletei között, lásd Aziz Z. Huq & Jon D. Michaels, *The Cycles of Separation-of-Powers Jurisprudence*, 126 *Yale L.J.* 346 (2016).

például még mindig ingadozik az elkülönítést hangsúlyozó kategorikus megközelítés és az egyensúlyt és az ellenőrző hatásokat ünneplő, folyékonyabb megközelítés között.⁶

A hatalommegosztás egymással versengő elméletei kifejezetten megjelennek a tudományban és hallgatólágoosan a joggyakorlatban. Más alkotmányos területek elméleteihez hasonlóan⁷ ezek is több doktrinális irányzaton keresztül kívánnak útmutatást nyújtani. Ugyanakkor az "alkotmányelmélet" tágabb területével is folyamatosnak tűnhetnek. Ahogy David Strauss megjegyezte, az alkotmányelméletet általában úgy fogalmazzák meg, mint "egy olyan törekvést, amely arra irányul, hogy igazoljon egy sor előírást arra vonatkozóan, hogy bizonyos ellentmondásos alkotmányos kérdésekben hogyan kell dönteni".⁸ Strauss továbbá megjegyzi, hogy az alkotmányelmélet "a jogi kultúrában meglévő egyetértés alapjaira épít, és megpróbálja kiterjeszteni ezeket az elfogadott elveket az olyan ügyek vagy kérdések eldöntésére, amelyekben az emberek nem értenek egyet".⁹

A hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos nézeteltérések azonban nem teljesen illenek Strauss leírásába. Az elméleti nézeteltérések ezen a területen továbbra is élénkek - vagy talán pokolian sziszifusziak -, pontosan azért, mert átható és mély nézeteltérések vannak az "alapokat" és "elveket" illetően, amelyeken minden előíró erejű elméleti beszámolóknak szükségszerűen nyugodnia kell. Ennek eredményeképpen a hatalmi ágak szétválasztásának konkrét kérdéseiről szóló közvetlen vitát le lehet kaparni, mint sok vastag lakkreteget, hogy feltárjuk a különböző elméleteket alátámasztó empirikus és normatív előfeltételekkel kapcsolatos nézeteltérések mélyebb rétegét. A nézeteltéréseknek ezt a mélyebb rétegét a metaetika filozófiai területének analógiájára célszerű "metateoretikusnak" nevezni. Ez utóbbi "az erkölcsi gondolkodás, beszéd és gyakorlat metafizikai, ismeretelméleti, szemantikai és pszichológiai előfeltevéseinek és elkötelezettségeinek megértésére tett kísérlet".¹⁰ Ennek megfelelően egy metateoretikus nézeteltérés a jogban a jelentésen fordul meg,

⁶ Hasonlítsa össze a Stern v. Marshall, 131 S. Ct. 2594, 2609 (2011) (amely szerint az I. cikk szerinti csődeljárásban a III. cikkbe ütközik "a vagyon által a vagyon ellen követeléseket benyújtó személyekkel szemben a vagyon ellen benyújtott ellenkövetelések" engedélyezése), a Wellness Int'l Network, Ltd. v. Sharif, 135 S. Ct. 1932, 1954-55 (2015) (amely lehetővé teszi, hogy a peres fél hozzájárulása gyógyítsa a III. cikk szerinti hiányosságot az I. cikk szerinti csődeljárásban); lásd még Executive Benefits Insurance Agency v. Arkison, 134 S. Ct. 2165, 2172-73 (2014) (amely szerint a III. cikk szerinti hiányosságot gyógyítja, ha a csődbíró döntését javasolt ténymegállapításként és jogi következtetésként kezelik, amelyet a kerületi bíróság de novo értékeli). A csődeljárás III. cikk szerinti kérdésének átfogó elemzését lásd: Anthony J. Casey & Aziz Z. Huq, The Article III Problem in Bankruptcy, U82. Chi. L. Rev. 1155 (2015).⁷ Egy kiváló, és öntudatos példát lásd Silas J. Wasserstrom & Louis Michael Seidman, The Fourth Amendment as Constitutional Theory, 77 Geo. L.J. 19, 21 & n.6 (1988) (a sajátjukat megelőzően "a negyedik módosítás általános elméletének megfogalmazására tett kísérleteket a modern alkotmányos gondolkodás fényében" katalogizálva).

⁸ David A. Strauss, What Is Constitutional Theory?, 87 Cal. L. Rev. 581, 582 (1999). Joggal lehet kifogásolni, hogy Strauss túlságosan optimista az alkotmányelméleti nézeteltérések mértékét és természetét illetően, de ez nem tartozik az itt kifejtett álláspontomhoz. Az "alkotmányelméletnek" vannak más meghatározásai is, amelyek közül sokan arra az általános kérdésre összpontosítanak, hogy az Alkotmány egészét hogyan kell a bíróságoknak glosszálniuk és alkalmazniuk. Lásd pl. Richard H. Fallon, Jr., How to Choose A Constitutional Theory, Cal87. L. Rev. 535, 537 (1999) (az alkotmányelméleteket úgy jellemzi, mint amelyek "az Egyesült Államok alkotmányának természetére és arra vonatkoznak, hogy a bírácoknak hogyan kellene értelmezniük és alkalmazniuk azt"); Richard A. Posner, Against Constitutional Theory, 73 N.Y.U. L. Rev. 1, 1 (1998) ("Az alkotmányelmélet, ahogyan én használni fogom a kifejezést, az az

erőfeszítés, hogy egy általánosan elfogadott elméletet dolgozzanak ki az Egyesült Államok alkotmányának értelmezésére.").

⁹ Strauss, 8. lábjegyzet, 592. o.

¹⁰ Geoff Sayre-McCord, Metaethics, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward N. Zalta szerk., 2014), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/metaethics/>.

a hatalmi ágak szétválasztásának egy vagy több elméletében megjelenő kifejezés analitikus robusztussága, normatív súlya vagy empirikus érvényessége. Az elmélet előre jelzi vagy irányítja az eredményeket konkrét esetekben. Ezzel szemben a metaelmélet nem határozza meg közvetlenül a konkrét jogviták elemzéséhez és megoldásához kínált normatív keretet. Ehelyett az egy vagy több elméleten belül használt, és azokban közös, szükséges és alapvető fogalmak részletezésével foglalkozik.¹¹

Az áttekintés központi állítása az, hogy a hatalommegosztás metaelméletét számos kiszámítható és tartósan fennálló kérdés jellemzi, és hogy ezek vagy nem merülnek fel az alkotmányelmélet más területein, vagy ha vannak is általánosabb analógiáik, a horizontális kormányzati struktúra kontextusában eltérő formában merülnek fel. A kongresszus és a végrehajtó hatalom közötti kapcsolatok elemzésében - az itt tárgyalt könyv középpontjában - három ilyen kérdés ismétlődik és érdemel alapos figyelmet.¹² Először is, vita van arról, hogy a releváns intézményi szereplők *motivációit* hogyan kell modellezni (ha egyáltalán) az ágak közötti horizontális kapcsolatok meghatározása céljából. Másodsor, kérdéses, hogy milyen *jogforrások* - *szöveg*, ratifikáció előtti történelem, ratifikáció utáni gyakorlat, bírói precedens vagy elsőrendű normatív érvelés - léteznek, és az is, hogy ezeket hogyan kell mérlegelni és rangsorolni. Végül, a hatalmi ágak szétválasztásának metaelméletének arra vonatkozóan is meg kell fogalmaznia egy elképzelést, hogy az intézmények hogyan maradnak *egyensúlyban az idők során*, vagy hogyan változnak az alkotmányos kontúrokon belül. A metatörténetre való odafigyelés a tudományos vizsgálat elkülönített tárgyaiként hozza felszínre ezeket a különböző elméleteket átívelő, különálló problémákat.

Bár e metateoretikus viták mindegyike érinti az alkotmányjog szélesebb körű hermeneutikai vitáit, mindegyiknek sajátos jellege is van a hatalommegosztás területén. Egyedi profiljukat érdemes röviden felvázolni. Vegyük először a hivatalos indíték kérdését. A hatalommegosztás az állam alapvető intézményi építőköveinek küszöbértékű artikulációját érinti. Az intézményi határok meghatározása gyakran feltételezések felállítását jelenti a hivatalos szereplők részéről a legalista, pártpolitikai és intézményi motívumok relatív erejéről. Ezek a kérdések nem ugyanígy merülnek fel az alkotmányos jogok meghatározása és alkalmazása során.¹³ A jogállamiság meghatározása

¹¹ Egy maroknyi tudós használta a "metatan" kifejezést az alkotmányos kontextusban, bár az én értelmezésemtől eltérő módon. Michael Dorf az alkotmányelméletek értékelésével kapcsolatos kérdéseket metateoretikusnak nevezi. Michael C. Dorf, *Create Your Own Constitutional Theory*, 87 Cal. L. Rev. 593, 597 (1999). Garrick Pursley emellett meglehetősen homályosan használja a kifejezést "az elméletértékelés kérdéseire a jogelméletben". Garrick B. Pursley, *Metatheory*, 47 Loy. U. Chi. L. J. 1333, 1337 (2016); lásd még Joseph William Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 Yale L.J. 1, 16 (1984) (arra utalva, hogy metaelméletekre van szükség ahhoz, hogy "megmondják, hol húzzuk meg a határt" a jogi elméleteken belül). Én a kifejezést egyszerűbb módon használom, hogy megragadjam a különböző jogelméletek között közös fogalmakról vagy eszmékről szóló vitát; Dorftól eltérően nem használom arra, hogy az ilyen elméletek közötti választási eljárásokra vagy kritériumokra utaljak.

¹² Lásd az alábbi I. részt (a vita ezen irányvonalait részletesebben kifejtve).

¹³ Figyeld meg a "valamennyire". Tisztában vagyok azzal, hogy többek között Akhil Amar is ragaszkodott a Bill of Rights szerkezeti minőségéhez. De a Bill of Rights-ról szóló beszámolója nem önmagában az ágakat, hanem inkább egy sor különálló, külső szereplőt emel ki: "az államok jogait és a többségi jogokat az egyéni és kisebbségi jogok mellett; valamint a különböző köztes társulások - egyház, milícia és esküdtszék - védelmét, amelyek célja egy művelt és erényes választópolgárság kialakítása". Akhil Reed

Amar, A Bill of Rights mint alkotmány, 100

alkotmányos jogok általában nem attól függ, hogy a hivatalos indítékokat hogyan határozzák meg. Inkább az a gyakoribb, hogy a szabályozott hivatalos szereplők motívumait egy akusztikusan elkülönített jogorvoslati szakaszban számolják el. Sőt, amennyiben a bíróságok "jogorvoslati kiegyenlítést" végeznek, amelynek során a különböző jogorvoslatok költségei és előnyei alakítják az egyéni jogok körvonalait, az bizonyos fokú zavarba ejtéssel és ködösítéssel történik.¹⁴

Hasonlóképpen, a hatalommegosztási viták jogforrásairól szóló viták nyilvánvalóan átfedésben vannak az Alkotmány megfelelő hermeneutikai megközelítéséről szóló általánosabb vitákkal.¹⁵ A hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos ügyekben a jogforrások azonosítása azonban olyan sajátos problémákat is felvet, amelyek máshol nem figyelhetők meg. Az állami hatalmat gyakorló tisztviselők múltbeli cselekedeteiből álló történelmi "glossza" hermeneutikai súlya ¹⁶például a hatalommegosztás kontextusában más nagyságrendű, mint a korábbi állami gyakorlat mérlegelése, mondjuk, a *Brown kontra oktatási¹⁷ tanács ügyében* hozott helyes döntésről szóló vitákban.

Végezetül, az egyensúly és a változás kérdései a hatalmi ágak szétválasztásának összefüggésében más színezetet kapnak. A jogokkal kapcsolatos ügyekben gyakran felmerül a kérdés, hogy egy olyan általános érték, mint a magánélet védelme vagy a szabad joggyakorlás, hogyan kerül alkalmazásra új, előre nem látható kontextusban. A hatalmi ágak szétválasztása szempontjából az idő kihívása más. Már a köztársaság első évtizedeiben is a területi terjeszkedés növelte az államok számát, és finoman eltolta a föderalizmus dinamikáját.¹⁸ Emellett új jogi nehézségekkel, új geostratégiai lehetőségekkel és új belső kormányzási kihívásokkal szembesítette a nemzeti kormányt.¹⁹ Hogyan kellett a nemzeti kormányzatnak növekednie, ugyanakkor megmaradnia

Yale L.J. 1131, 1132 (1991). Ha Amarnak igaza van (és úgy gondolom, hogy bizonyos mértékig igen), akkor lehet, hogy az itt felvetett metateoretikus kérdések némelyike szélesebb körű alkotmányelméleti szellőztetést érdemel.

¹⁴ Daryl J. Levinson, Rights Essentialism and Remedial Equilibration, 99 Colum. L. Rev. 857, 873 (1999) (a "remedial equilibration" definíciója, amely szerint "az alkotmányos jogokat elkerülhetetlenül a remedialis aggályok alakítják és foglalják magukba"). Richard Fallon által erőteljesen felvázolt okok miatt ez a nézet "indokolatlanul redukcionista" és nincs összhangban "a jogi szakma széles körben osztott feltevéseivel". Richard H. Fallon, Jr., Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning, Harv L. Rev. 1314-1274, (2006).

¹⁵ A vonatkozó megközelítések szinoptikus és tisztességes áttekintését lásd: Sotirious A. Barber & James Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions 59-66 (2007).

¹⁶ A historical gloss fogalmát lásd: Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison, Historical Gloss and the Separation of Powers, 126 Harv. L. Rev. 411, 418-19 (2012) [a továbbiakban: Bradley & Morrison, Historical Gloss] (a "historical gloss" használatának tárgyalása a hatalommegosztás kontextusában).

¹⁷ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁸ Thomas Jefferson a Lewis és Clark útjelző expedícióját a szó szoros értelmében nyugat felé vezető úton igazolta, amikor 1803. január 18-án a Kongresszusnak azt mondta, hogy "a kereskedelem érdekei a fő cél [az expedíciót] a Kongresszus alkotmányos hatáskörébe és gondoskodásába helyezik... az, hogy mellékesen a saját kontinensünk földrajzi megismerését is előmozdítja, csak további örömet jelenthet".

Thomas Jefferson, Üzenet a Kongresszushoz (1803. január 18.), <http://www.loc.gov/exhibits/lewisandclark/transcript56.html>.

¹⁹ Maga a Louisiana-vásárlás például a hatalmi ágak szétválasztásának egy korai és igen komoly alkotmányos kérdését vetette fel, amelyről - figyelemre méltó előjelként - szövetségi bíróság soha nem hozott ítéletet. Sanford Levinson & Bartholomew H. Sparrow, Introduction, in *The Louisiana Purchase and*

American Expansion 1803-1898 1, 3 (Sanford Levinson & Bartholomew H. Sparrow szerk., 2005). A rabszolgaság terjeszkedésével kapcsolatos konfliktusok által teremtett belpolitikai kihívásokról lásd Aziz Z. Huq, The Function of Article V, 162 U. Pa. L. Rev. 1165, 1185 (2014); Barry R. Weingast, Designing Constitutional Stability *in* Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Evidence 343, 357-58 (Roger D. Congleton & Birgitta Swedenborg szerk., 2006).

az eredeti építészetéhez híven, így a köztársaság megalakulásától kezdve problémát jelentett.²⁰ Az volt (és az is) a probléma, hogy az egyensúlyt előnyben kell-e részesíteni a változással szemben, oly módon, amely különbözik a más alkotmányos területeken felmerülő időbeli kérdésektől. Az egész területet tekintve tehát jó okunk van arra számítani, hogy a hatalommegosztás metateóriáját olyan problémák fogják jellemezni, amelyek részben egybeesnek az alkotmányelmélet alapvető problémáival, de egyben különböznek is azoktól.

E problémák vizsgálatának közvetlen platformja Josh Chafetz *kongresszus alkotmánya* című éleslátó monográfiájának nyilvánosságra kerülése: *Legislative Authority and the Separation of Powers* [a továbbiakban: *Congress's Constitution*]. Chafetz történeti hajlamú, a doktrínák által átítatott és a vonatkozó politikatudományi irodalom nagy részének ismeretében kifinomult útmutató a hatalmi ágak szétválasztásának dinamikájához. Könyve a Kongresszus és a végrehajtó hatalom kapcsolatára összpontosít, amely a jelenlegi tudományos érdeklődés középpontjában áll.²¹ *A Kongresszus alkotmánya* azonban azért érdemel figyelmet, mert megfordítja a tudományos figyelem modális irányultságát ezen a területen. Chafetz fő toposza a szövetségi törvényhozás. Néhány kivételtől eltekintve a ²²tudósokat természetfeletti módon elkápráztatják a végrehajtó hatalom rejtelmei.²³ Ez az aszimmetria a huszadik század során a tényleges kormányzati hatalomnak az I. cikk szerinti szereplőktől a II. cikk szerinti szereplők felé történő általánosabb elmozdulását követi.²⁴ Chafetz az árral szemben evez azzal, hogy a Kongresszust mint alkotmányos szereplőt komolyan veszi.

Mégis talán nem ez a könyv legfigyelemreméltóbb eleme. *A Kongresszus alkotmánya* ugyanis őszintén foglalkozik nemcsak az elmélettel és az alkalmazással, hanem a metateóriával is. *A Congress's Constitution* első két fejezete ugyanis a hatalommegosztás metatematikájának általános bemutatását tartalmazza, amely szoros és gondos vizsgálatot érdemel - mind a metatematika szisztematikus kifejtésére irányuló dicséretes törekvés, mind pedig a konkrét tartalma miatt. *A kongresszusi alkotmány* alapos olvasásának jutalma, amit a következőkben ismertetek.

²⁰ A jogtörténetírás legújabb revizionista beszámolóját lásd Alison L. LaCroix, *The Interbellum Constitution: Federalism in the Long Founding Moment*, 67 *Stan. L. Rev.* 397, 401 (2015) (a XIX. század eleji aggályok azonosítása az "állami hozzájárulással; a Kongresszus azon hatásköreinek megkülönböztetésével, hogy pénzeszközöket különítsen el a belső fejlesztésekhez, hogy maga hajtsa végre a fejlesztéseket, és hogy a fejlesztések végrehajtása céljából átadja a közterületeket az államoknak; valamint a szövetségi kormánynak a közterületek tulajdonosaként betöltött szerepével kapcsolatban").

²¹ A tudósok egy korábbi generációja számára, akik az elnök és a Kongresszus közötti viszonylagos enyhülés korszakában nőttek fel, a szövetségi bíróságok joghatóságának megszüntetésére irányuló jogalkotási képesség kérdése nagyobb jelentőséggel bírt. Lásd Richard H. Fallon, Jr. et al., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* 295-460 (7th ed. 2015) (összefoglalva (!) a vita különböző permutációit). Egy évtizeddel ezelőtt a Kongresszus azon törekvése, hogy megszüntesse a szövetségi bíróságok hatáskörét az állítólagos ellenséges harcosok által benyújtott habeas corpus beadványok tekintetében, időközönként újraélesztette a vitát. Richard H. Fallon, Jr., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, 96 *Va. L. Rev.* 1043, 1046-47 (2010) [a továbbiakban Fallon, *Jurisdiction-Stripping*].

²² Lásd például a *The Least Examined Branch* című kötet esszéit: *The Role of Legislatures in the Constitutional State* (Richard Bauman & Tzvi Kahana, szerk., 2006); Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 *Duke L.J.* (12772001).

²³ Reprezentatív példák (a teljesség igénye nélkül): Posner & Vermeule, *Executive Unbound*, supra note 4, at *passim*; Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison, *Presidential Power, Historical Practice, and Legal Constraint*, 113 *Colum. L. Rev.* 1097 (2013) [a továbbiakban Bradley & Morrison, *Presidential Power*];

Elena Kagan, *Presidential Administration*, Harv 114. L. Rev. 2245 (2001).

²⁴ Gyanítom, hogy ennek köze van ahhoz is, hogy több jogtudósnak van tapasztalata a végrehajtó hatalomban, mint a Kongresszusban. Kevésbé jóindulatúan úgy is értelmezhetnénk, hogy több jogtudós számít a végrehajtó hatalomban való elhelyezkedésre - vagy arra, hogy valaki a végrehajtó hatalomból bőlint a kinevezésre.

érvelnek, inkább Chafetz projektjének e mélyen beágyazott elemének sikereiből és hiányosságából fakadnak, és kevésbé a könyvben található kiterjedt történelmi és doktrinális exegézisekből.

Előre le kell mondanom minden olyan törekvésemről, hogy Chafetz beszámolóját saját elméleti állításaim alátámasztására használjam. A célom itt ugyanis hangsúlyozottan nem az, hogy a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló saját elméletemet vagy metatézisemet ajánljam fel. Szerényebben szólva, remélem, hogy a *Kongresszus alkotmányáról* szóló elmélkedésem hasznos kiindulópontként szolgál a hatalommegosztás elméletének predikátumai feletti mély nézeteltérések természetének és mértékének feltárásához. Azáltal, hogy ezeket a nézeteltéréseket pontosabban szellőztetem meg, mint ahogyan az a szakirodalomban eddig sikerült, talán a hatalmi ágak szétválasztásának tudósai és jogászhai jobban megismerhetik, *hogyan* nem értenek egyet, még ha a konkrét esetekkel kapcsolatos viták továbbra is fennmaradnak is.

A felülvizsgálat három részből áll. Az első a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló jelenlegi elméleti viták egyszerűsített topográfiájának bemutatásával teremti meg a kontextust, amelybe Chafetz beavatkozik. A metaelméleti viták három tengelyét veti fel, amelyek a jelenlegi szakirodalmat tagolják. A második rész a *Kongresszus alkotmányának* elméleti és alkalmazott hozzájárulását vizsgálja. Az utolsó rész Chafetz metateoretikus előfeltevéseit vonultatja fel: *A Kongresszus alkotmányát* esettanulmányként alkalmazza, hogy bemutassa a hatalommegosztás metatematikájára és elméletére való összpontosítás hasznosságát. A gyakorlat egy sor felismerést is generál Chafetz munkájának erősségeiről, gyengeségeiről és hiányosságairól, valamint a hatalommegosztás elméletének jövőjével kapcsolatos gondolatokat.

I. A HATALMI ÁGAK SZÉTVÁLASZTÁSÁNAK ELMÉLETE (ÉS METAELMÉLETE)

Minden 1L Con Law hallgató elismeri, hogy a bírák és a tudósok nem értenek egyet abban, hogy mit jelent a "hatalmi ágak szétválasztása" kifejezés. Ezeknek a nézeteltéréseknek az egyszerűsített kartográfiája itt két okból is hasznos. Először is, az elméleti nézeteltérések tájképének feltérképezésével jobban megérthetjük annak valódi forrásait. Ezek a fogalmak jelentésére, bizonyos empirikus szabályszerűségek fontosságára és a jogi normativitás forrásaira - vagyis a hatalommegosztás metatematikájának központi kérdéseire - vonatkoznak. Másodszer, az elméletről és a metatematikáról szóló beszámolók birtokában lehetőség nyílik arra, hogy *a Kongresszus alkotmányát* elhelyezzük a tudományos közegben, és ezáltal megállapítsuk hozzájárulásának pontos jellegét, megvizsgálva, hogy az hogyan követi a hatalmi ágak szétválasztásának korábbi beszámolóit, illetve hogyan tér el azoktól. Ez a rész tehát a hatalommegosztás elméletének terepének feltérképezésével kezdődik, majd három általános, mögöttes metateoretikus rugót emel ki. A *kongresszusi alkotmányban* megfogalmazott állítások és azok elemzése iránt érdeklődő olvasók itt nem találnak semmi érdekeset. A könyv központi állításai - és annak erősségei és gyengeségei - a II. és III. részek tárgyát képezik, és itt még csak futólag sem foglalkozunk velük.

A. A hatalommegosztás elméletei

A tudósok általában a szövetségi kormány három ága közötti kölcsönhatás háromféle ábrázolásának egyikét fogadják el.²⁵ Ezeket a modelleket, legalábbis ideális típusban, a szétválasztási, az egyensúlyi és az exogén modelleknek nevezhetjük. Míg ezek a modellek befolyásolják az ítélkezési gyakorlatot is, én itt a végrehajtó hatalom és a Kongresszus közötti kapcsolat tudományos bemutatására összpontosítok - ami napjainkban a viták központi tengelye, és ami a *Kongresszus alkotmányának* csücskét képezi.²⁶

1. Elválasztási modellek

A hatalommegosztás szétválasztási modelljei az egyes hatalmi ágakat megkülönböztetett és önálló entitásként értelmezik, amely meghatározott, körülhatárolt hatáskörökkel rendelkezik.²⁷ A hatalmi ágak newtoni modellje szerint a hatalmi ágak a hatalom különálló zónáiként működnek együtt, hasonlóan ahhoz, ahogyan a biliárdgolyók egymásra hatnak. Legegyszerűbb és legelegánsabb kifejtésében a modell szerint "a kongresszusnak a törvényhozó hatalomra vonatkozó felhatalmazása lehetővé kell, hogy tegye a törvényhozást, az elnöknek a végrehajtó hatalomra vonatkozó felhatalmazása lehetővé kell, hogy tegye az összes szövetségi törvény végrehajtását, a szövetségi bírói hatalomra vonatkozó felhatalmazása pedig lehetővé kell, hogy tegye a szövetségi bíróságok számára, hogy bizonyos ügyekben és vitás kérdésekben döntsenek".²⁸ Az ilyen modelleket gyakran az Alkotmány első három cikkének eredeti jelentésére vagy értelmezésére vonatkozó szöveges exegézisből és a történelmi gyakorlatból vezetik le.²⁹ De nem kell, hogy így gyökerezzenek.³⁰

Az e területen végzett vezető munkák a politológusok által egykor gúnyosan "irodalmi" megközelítésnek nevezett megközelítést követik.³¹ Ennek egyik vezető képviselője, Saikrishna Prakash ezért a XVIII. századi szótári meghatározásokból indul ki, amelyek az első világháborúban a hatalomra ruházott

²⁵ Ez az összefoglaló az amerikai alkotmánytudósokra összpontosít, és kizárja az alkotmánytudományt. Egy úttörő összehasonlító munka, amely "a korlátozott parlamentarizmus modelljét a hatalmi ágak szétválasztásának jövőbeni fejlődésének legígéretesebb keretként azonosítja". Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, Harv L. Rev. 633, (6402000).

²⁶ E modellek közül az első kettőt néha "formalista" és "funkcionalista" néven emlegetik. Lásd Peter L. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions-A Foolish Inconsistency?*, 72 Cornell L. Rev. 488 (1987). Azért kerülöm ezeket a címkéket, mert mindkettőt egy harmadik, még inkább funkcionalista modellel szeretném szembeállítani. Továbbá, amint azt mások is megfigyelték, a formalizmus és a funkcionális módok némileg félrevezetőek, amennyiben az úgynevezett formalisták gyakran funkcionális módon számolnak be az elválasztási elvükről. Victoria F. Nourse, *Toward a New Constitutional Anatomy*, Stan. 56 L. Rev. (2004)835,899

²⁷ Az olvasóknak tudniuk kell, hogy a következő szakaszok első bekezdése a három különböző álláspont saját szintézisét és összefoglalását tartalmazza. Ezek a nyitó bekezdések kevés idézetet tartalmaznak, mivel szintetikusak és általánosítóak. A következő bekezdések aztán részletesebben kifejtik az egyes álláspontokat.

²⁸ Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 Yale L.J. 541, 544 (1994).

²⁹ Lásd pl. id. 546. o. (kiindulva "az alkotmányszöveg azon szavainak eredeti jelentéséből, amelyeket a keretezőik ténylegesen írtak"); Steven G. Calabresi, *The Vesting Clauses as Power Grants*, 88 Nw. U. L. Rev. 1377, 1381 (1994) (a "vest" kifejezés hasonló elemzése).

³⁰ Lawrence Lessig & Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 Colum. L. Rev. 1, 4

(1994) (az elnöki hatalom robusztus beszámolójának védelmében, amely "a jelenlegi, radikálisan átalakult kontextusba lefordítva a keretalkotók struktúrájának legjobb olvasatán" alapul, és kifejezetten figyelembe veszi és elutasítja az eredeti jelentést mint forrást).

³¹ Richard E. Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidents* (371990).

Az Alkotmány cikkei az egyes ágakra ruházott hatáskörök meghatározásának alapjául szolgálnak.³² A végrehajtó hatalom - magyarázza - "rendelkezik mindazokkal a jogokkal, hatáskörökkel és kiváltságokkal, amelyek általában a végrehajtó hatalommal felruházott vezető végrehajtó hatalomhoz kapcsolódnak, a II. cikkben és az Alkotmányban máshol felsorolt számos kivételtől és korlátozástól függően".³³ Prakash ugyanezt a megközelítést kiterjeszti a Kongresszusra is. A katonai hatáskörökről szóló cikkében így a törvényhozás háborús és vészhelyzeti hatásköreit "átfogónak" minősíti az Alkotmány "alapszerkezetének", az e szerkezet és a korai amerikai államok közötti elődmodellek közötti párhuzamnak, valamint az I. cikkben szereplő "hadüzeneti, hadsereg és haditengerészet felállítására és szabályozásra vonatkozó hatáskörök" kiterjedt szöveges meghatározásának ... [mindezek] azt jelentik, hogy a Kongresszus továbbra is elfogadhatja a külföldi ellenség legyőzéséhez szükséges törvényeket".³⁴ A bíróságokról írva Caleb Nelson egy rokon szeparatista akkordot üt meg, amikor azt javasolja, hogy "a III. cikk ... határozottan azt sugallja, hogy sem a Kongresszus, sem a végrehajtó hatalomhoz tartozó szervek nem gyakorolhatják "[a]z Egyesült Államok bírói hatalmát", hanem azt "a valódi szövetségi bíróságokra ruházza".³⁵ E megközelítés logikai határán John Manning dékán textualista *redukciója* áll, amely az alkotmányszöveg granulált falatjainak konkrét következményein túlmenően érdemi tartalmat szív ki a hatalommegosztás koncepciójából.³⁶

A szeparatista érvelés másik kiemelkedő irányzata, amely gyakran Steven Calabresi nevéhez fűződik, a végrehajtó hatalmon belüli személyzeti döntések feletti hierarchikus ellenőrzés mértékére összpontosít. Az ágak közötti kapcsolatok szétválasztási modelljének előmozdításával az így-

³² Saikrishna Prakash, *The Essential Meaning of Executive Power*, 2003 U. Ill. L. Rev. 701, 714 (2003) [a továbbiakban Prakash, *Essential Meaning*] (idézi 1 Samuel Johnson, *A Dictionary of the English Language* 684 (4th ed. 1773)); lásd még Saikrishna Bangalore Prakash, *Imperial from the Beginning: The Constitution of the Original Executive 1-11* (2015) [a továbbiakban: Prakash, *The Constitution of the Original Executive*] (a különböző kormányzati hatáskörök nyelvi gyökerű megközelítésének elérhetőségét vizsgálva).

³³ Prakash, *Essential Meaning*, supra note at 32,713. A külügyek hasonló elemzését lásd Saikrishna B. Prakash & Michael D. Ramsey, *The Executive Power over Foreign Affairs*, 111 Yale L.J. 231, 253 (2001) ("A végrehajtó hatalom, ahogyan azt a tizenyolcadik században általában értelmezték, magában foglalta a külügyi hatásköröket is."). De vö. John Hart Ely, *On Constitutional Ground* 149 (1996) ("Az alkotmány nem ad az elnöknek általános jogot a külpolitikára. Éppen ellenkezőleg[:] gyakorlatilag minden, a külügyeket érintő érdemi alkotmányos hatáskör a Kongresszust illeti meg.").

³⁴ Saikrishna Bangalore Prakash, *The Sweeping Domestic War Powers of Congress*, 113 Mich. L. Rev. 1337, 1367 (2015) [a továbbiakban: Prakash, *Sweeping Domestic War Powers*]; vö. Prakash & Ramsey, supra 33. lábjegyzet, 241. o. ("A Kongresszus csak bizonyos, az I. cikk 8. szakaszában körvonalazott konkrét külügyi hatáskörökkel rendelkezik.").

³⁵ Caleb Nelson, *Adjudication in the Political Branches*, 107 Colum. L. Rev. 559, 565 (2007); id. 571-72. o. (a "bírói hatalom" meghatározása "a tétben lévő jogi érdekek fajtái" alapján, valamint a köz- és magánjogok megkülönböztetése).

³⁶ John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 Harv. L. Rev. 1939, 1948-49 (2011) (a "klauzulaközpontú megközelítés" mellett érvel, amely elutasítja a "hatalmi ágak szétválasztásának önálló doktrínáját"); accord John F. Manning, *Foreword: The Means of Constitutional Power*, Harv L. Rev. 551, (2014) ("[T]o the extent one can discern the purposes underlying federalism and separation of powers, those purposes are vague, numerous, unranked, and often self-contradictory. Mivel egyik doktrína sem ad absztrakt módon határozott válaszokat, a részletek szinte kivétel nélkül az alkotmányos jelentés megalkotását, nem pedig feltárását igénylik."). Manning a beavatkozását úgy stilizálja, hogy eltér mind a funkionalisták, mind a formalisták megközelítésétől. Bár ő és általa formalistáknak nevezett tudósok eltérhetnek az általánosság szintjét illetően, mind ő, mind a formalisták egy cikkely egy záradékának

szövegegységéből kiindulva dolgoznak, ahelyett, hogy egy olyan rendszerszintű tulajdonságból, mint az egyensúly, következtetnének lefelé. Ennélfogva céljaim szempontjából megfelelően nevezhetjük őt elválasztási teoretikusnak.

az úgynevezett "egységes végrehajtó hatalom teoretikusai azt állítják, hogy a végrehajtó hatalmat gyakorló valamennyi szövetségi tisztviselőnek az elnök közvetlen ellenőrzése alá kell tartoznia"; ellenállnak annak az ellenérvnek, hogy a Kongresszus korlátozhatja ezt a közvetlen ellenőrzést.³⁷ Érvelésüket szöveges bizonyítékokkal támasztják alá, miszerint a kongresszusi beavatkozás a végrehajtó hatalom irányításába megengedhetetlen,³⁸ valamint a történelmi bizonyítékok és a funkcionális érvek terjedelmes felsorakoztatásával.³⁹

E megközelítés elemzési kulcsa egy adott ág hatáskörének azonosítása, amely általában a szöveg, a ratifikáció előtti értelmezési konvenciók⁴⁰ és a ratifikáció utáni gyakorlat alapján történik. Tekintettel az I., II. és III. cikk nyelvi elkülönülésére és változatosságára - amelyek mindegyike egy különálló és eltérő hatáskörre utaló átruházási záradékkal kezdődik -, ez a megközelítés természetesen hajlamos lesz arra, hogy az ágakat mint különálló és elkülönült entitásokat számba vegye.⁴¹ Az ágak közötti átfedés természetesen fogalmilag lehetséges.⁴² De ez nem gyakran játszik motiváló szerepet az elméletben.⁴³

A szétválasztási modell több szempontból is ellentmond a kortárs kormányzati gyakorlatnak. A kongresszus a felügyeleti eljárásokon keresztül befolyást gyakorol a szabályozás tartalmára és a közigazgatási ügynökségek működésére. Maguk az ügynökségek összekapcsolják az elsőrendű magatartási szabályok meghatározását, a korábbi jogsértések kivizsgálását és (időnként) az ilyen cselekmények elbírálását. Az alkotmányos normák nagyarányú defenzívációjának tűnhet, a szétválasztási modell hívei őszintén elismerik az érzékelt probléma "hatalmas" nagyságát és az általuk preferált reformok átfogó jellegét.⁴⁴ A pártolói a bíróságokat tekintik a nyitó tűzérésnek.

³⁷ Calabresi & Rhodes, supra note 2, at 1158; lásd még Steven G. Calabresi & Nicholas Terrell, *The Fatally Flawed Theory of the Unbundled Executive*, 93 Minn. L. Rev. 1696, 1697 (2009) (az egységes végrehajtó hatalom elméletének meghatározása "az elnök azon hatalmának értelmében, hogy politikai okokból eltávolíthat minden beosztottat a végrehajtó hatalomban").

³⁸ Steven G. Calabresi & Christopher S. Yoo, *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush* 30-38 (2008) (a szöveges érvek összefoglalása).

³⁹ Id. 39-416. o. (a történet hosszas és részletes ismertetése). A funkcionális érvekről lásd pl. Steven G. Calabresi, *The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman Is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution*, 18 Const. Comment. 51, 52-53 (2001) ("Az elnöki rendszer és a hatalommegosztás létezése alkotmányunkban dicséretes jellemzője a dokumentumnak, amelyet külföldön is követni kellene.").

⁴⁰ Lásd Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 U. Chi. L. Rev. 519, 549 (2003) [a továbbiakban: Nelson, *Originalism*] (az "alkotmány háttérét képező nyelvi és jogi elvek" hermeneutikai szerepéről szóló beszámoló).

⁴¹ "A fékek és ellensúlyok nem a szétválasztási elméletből fakadnak, hanem ellentétben állnak vele. A fékek és ellensúlyok az elválasztott hatalmak korrekciós behatolásával kapcsolatosak." Gary Wills, *Explaining America (Amerika magyarázata): The Federalist 119* (1981).

⁴² Saikrishna Bangalore Prakash, *The Separation and Overlap of War and Military Powers*, 87 Tex. L. Rev. 299, 308 (2008) (elismeri "a szétválasztás és az átfedés lehetőségét", de amellett érvel, hogy az utóbbit "szűkebb alapon - azaz záradékként" - kell elemezni).

⁴³ Ezért sokatmondó, hogy Prakash a háborús hatáskörök elemzését a "kizárólagos" végrehajtó és kongresszusi hatáskörök meghatározásával kezdi, és csak ezután veszi figyelembe az alkotmány "párhuzamos hatáskörök rendszerét". Id. 351. o.; lásd még Saikrishna Prakash, *Removal and Tenure in Office*, 92 Va. L. Rev. 1779, 1785 (2006) (azt állítva, hogy "az Alkotmány a megosztott eltávolítási hatáskörök rendszerét hozza létre").

⁴⁴ Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen és Skylar Albertson, *The Rise and Fall of the Separation of*

Powers, 106 Nw. U. L. Rev. 527, 545 (2012) (drámai reformokat javasol mindhárom ág működésére vonatkozóan).

gát egy hosszú háborúban, hogy az intézményi falak erőteljes felügyelete révén helyreállítsák a megfelelő elkülönülést.⁴⁵ Valóban, a szétválasztási modelltől szóló szakirodalmat úgy lehet fényezni, mint egy *sub rosa* beadványt a szövetségi bírói testülethez, amely sürgős és széles körű beavatkozást kér a szövetségi kormányzat alakjának megváltoztatása és egy eleve elvetett hűség igazolása érdekében.

2. *Egyensúlyi modellek*

A hatalommegosztás egyensúlyi modelljei elvetik azt az elképzelést, hogy az alkotmány szövegéből vagy a történelemből levezethető lenne az egyes hatalmi ágakhoz soronként hozzárendelhető, körülhatárolt és meghatározott hatáskörök összessége. Éppen ellenkezőleg, az ebben az irányban vezető munkák a szöveget elkerülhetetlenül ambivalensnek találják.⁴⁶ Ehelyett az alkotmányt egy olyan képlékeny, vitatott és instabil tizenharmadik századi vitába helyezi, amely a kormányzat megfelelő belső szervezetéről szól.⁴⁷ Ahelyett, hogy egységes bizonyítékot találnának például egy olyan egységes végrehajtó hatalomra, amely akusztikusan elkülönül a kongresszusi kontrolltól, az egyensúlyi modell hívei több változatosságot és kétértelműséget találnak ugyanennek a kérdésnek a XVIII. század végi állami alkotmányos kezelésében.⁴⁸ Ennek eredményeképpen elutasítják, hogy az alkotmány szövegéből, a ratifikáció előtti gyakorlatból vagy az alapítás korabeli értelmezési konvenciókból határozott következtetést vonjanak le az egyes hatalmi ágak hatáskörének pontos körvonalaira vonatkozóan.

Ahelyett, hogy a szemantikával kezdenék, az egyensúlyi modell hívei az Alkotmány felépítésének céljaira összpontosítanak. Hasznosan jellemezhető inkább építészeti, mint irodalmi jellegűnek. A hangsúlyt inkább az egyes hatalmi ágak közötti kölcsönhatások nettó hatására helyezi, mintsem arra, hogy konkrét hatásköröket rendeljen egyes államalakulatokhoz. Ezért Martin Flaherty befolyásos történeti beszámolója szerint az Alkotmány háromszatú alkotmányos felépítése azt hivatott biztosítani, hogy "mind a hatáskörök alapvető megosztása, mind pedig azok gyakori keveredése csupán azt az *alapvető* célt szolgálta, hogy a hatalmi ágak

⁴⁵ Lásd pl. Martin H. Redish, *The Constitution as Political Structure* 99-134, 101 (1995) ("[A] Bíróság szerepe a hatalommegosztási ügyekben annak megállapítására korlátozódik, hogy a megtámadott ágazati intézkedés az adott ágazat alkotmányosan levezetetthatáskörének meghatározásába tartozik-e").

⁴⁶ Peter L. Strauss, *Az ügynökségek helye a kormányzatban: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 *Colum. L. Rev.* 573, 603 (1984) (a három kormányzati hatalom meghatározásában és szétválasztásában rejlő "pontatlanságot"); lásd még Curtis A. Bradley & Martin S. Flaherty, *Executive Power Essentialism and Foreign Affairs*, 102 *Mich. L. Rev.* 545, 553 (2004) ("[A] Vesting Clause tézis mellett szóló szöveges érvek a legjobb esetben is bizonytalanok."); egyetértés Lessig & Sunstein, *Supra* note 30, 47-48. o. (2). n.195 ("A [II. cikk] átruházási záradék nem tesz mást, mint megmutatja....., hogy kigyakorolja a végrehajtó hatalmat.

hatalom, és nem az, hogy mi ez a hatalom."). A szétválasztás teoretikusai azonban elismerik ezt a nehézséget. Gary Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 *Harv. L. Rev.* 1231, 1238 n.45 (1994) [a továbbiakban: Lawson, *Rise and Rise*] ("A kormányzat három funkciójának megkülönböztetésének problémája régóta az alkotmányjog egyik legmegoldhatatlanabb rejtélye, és továbbra is az.").

⁴⁷ Martin S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, 105 *Yale L.J.* 1725, 1755 (1996) ("[T]he complex, messy, and at times contradictory ferment in constitutional thinking makes it unlikely at best at best that, by 1787, Americans were reached a consensus on the doctrine in anything like the precise, thoroughgoing manner that modern formalists prescribe.").

⁴⁸ Lásd pl. Peter M. Shane, *The Originalist Myth of the Unitary Executive*, 19 U. Pa. J. Const. L. 323, 363 (2016) (az Alkotmány ratifikálásával egyidejűleg keletkezett állami alkotmányszövegekre támaszkodva azt állítja, hogy "a végrehajtó hatalom átruházására vonatkozó záradékok ellenére mind a tizenhat alkotmány vagy egy kötelező vagy megengedő jogalkotói szerep a közigazgatásban részt vevő tisztviselők kinevezésében").

a kormány kiegyensúlyozott maradna, kiterjesztené az elszámoltathatóságot az egész kormányzatra, és hatékonyabbá tenné a kormányzatot, mint amilyen az elmúlt időszakban volt.⁴⁹ Számára "az egyensúly célja" "az Alapítás legfontosabb hatalommegosztási értéke" volt.⁵⁰ Abner Greene hasonlóan érvel: "a fékek és ellensúlyok, ahelyett, hogy egy olyan rendszerben, amelyben minden ág egyedül gyakorolja a hatalmat, biztosítanak a hatalom inflálódása ellen bármelyik ágban".⁵¹ Nemrégiben Jon Michaels gazdag munkásságában (amelyhez e lapok egyik fontos cikke is tartozik) úgy olvassa az Alkotmányt, hogy az "a hatalom szétválasztása és ellenőrzése iránti tartós, fejlődő elkötelezettséget" testesíti meg.⁵² Az úgynevezett "belső hatalommegosztásról" szóló irodalomra építve⁵³ Michaels nem a hatalmi ágak közötti kapcsolatokra, hanem "az alkotmány alatti, rivalizáló ellensúlyokra [mint eszközökre] tekint, amelyek megbízhatóbb és közvetlenebb módon korlátozzák a politikai vezetést a közigazgatási szervek élén, mint bármi, amit a törvényhozás vagy a bíróságok rendszeresen megtehetnek".⁵⁴

Az ilyen típusú egyensúlyi modellek a rendszerszintű tulajdonságokra összpontosítanak, például az egyik ág relatív jogi vagy politikai hatalmára a másikhoz képest. Nem ragaszkodnak az élesen elhatárolt kerítésekhez, hanem vagy hasznos közös tereket⁵⁵ ásnak ki, vagy a megfigyelt ágazatközi kölcsönhatások összetettségét tárják fel.⁵⁶ Nem a szétválasztási modell legalisztikus próbakövére apellálnak - amely a szöveges felosztás és az intézményi gyakorlat közötti összhang -, hanem az intézményi tervezés egészének gyakorlati következményeire. A legfontosabb, hogy az egyensúly a rendszerszintű legitimitás megteremtését és az egyéni szabadságérdekek előmozdítását szolgálja.⁵⁷

⁴⁹ Flaherty, *Supra* note 47, 1784. o. (kiemelés hozzáadva).

⁵⁰ *Id.* 1817. o.; Lásd még Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 *Colum. L. Rev.* 452, 496 (1989) (ismertette azt a funkcionista előfeltevést, hogy "a hatalom gondosan összehangolt elrendezése és megosztása révén a hatalom ellensúlyozásában a hatalom visszafogottságát találjuk meg").

⁵¹ Abner S. Greene, *Checks and Balances in an Era of Presidential Lawmaking*, 61 *U. Chi. L. Rev.* 123, 196 (1994).

⁵² Jon D. Michaels, *An Enduring, Evolving Separation of Powers*, 115 *Colum. L. Rev.* 515, 520 (2015) [a továbbiakban Michaels, *Enduring, Evolving*].

⁵³ A "belső" ellenőrzésekről és ellensúlyokról lásd: Gillian E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Law*, 110 *Colum. L. Rev.* 479, 498 (2010) (azzal érvelve, hogy ezek a jogszerűség és a jogok erősítésének módjai); accord Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, *Yale L.J.* 2314 (2006).

⁵⁴ Michaels, *Enduring, Evolving*, *supra* 52. lábjegyzet, 534. o.; lásd még Huq & Michaels, *supra* 5. lábjegyzet, 391. o. (a "vastag politikai környezetet" "a hatalmi ágakon belüli és teljesen külső szereplők összetett ökoszisztémájaként" határozta meg, amelyet a hatalommegosztási irodalom hagyományosan nem vesz számításba, és amely sok munkát végez, nyomja és húzza, előmozdítja a becsült értékeket, és egymással verseng"); Jon D. Michaels, *Of Constitutional Custodians and Regulatory Rivals: An Account of the Old and New Separation of Powers*, 91 *N.Y.U. L. Rev.* 227, 229 (2016) (leírja és normatív jelentőséget talál a "horizontális hatalmi dinamikában a . . . közigazgatási riválisok között és között" mint a közigazgatási állam legitimitációjának eszközében).

⁵⁵ Rebecca L. Brown, *Separated Powers and Ordered Liberty*, 139 *U. Pa. L. Rev.* 1513, 1527-28 (1991) (a hatalmi ágak szétválasztásának olyan megközelítését írja le, amely "az ágak kölcsönös függőségét" hangsúlyozza). ⁵⁶ Lásd pl. David E. Pozen, *Self-Help and the Separation of Powers*, 124 *Yale L.J.* 2, 4 (2014) (a "nem hivatalos normákra összpontosítva, amelyek meghatározzák, hogy [az intézményi] hatalmat hogyan gyakorolják és a velük kapcsolatos vitákat hogyan rendezik"). Pozen az információk kiszivárgásának alapos vizsgálata azt is megvizsgálja, ami valójában ezeknek az informális normáknak

egy másik eleme. David E. Pozen, *The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information*, *Harv L. Rev.* 512, 624 (2013).

⁵⁷ Lásd pl. David H. Moore, *Taking Cues from Congress: 90 Notre Dame L. Rev.* 1028 (2015) (amely szerint a bírói felülvizsgálat, a kongresszusi felhatalmazás és az elnöki hatalom kiterjesztése, *90 Notre Dame L. Rev.* 1028 (2015)).

A szétválasztási modellekhez hasonlóan az egyensúlyi modelleknek sem kell leíró, hanem előíró jellegű állításokat tenniük. Noha általában hiányzik belőlük a szeparatista elméletek végnapjainak hangneme, az egyensúlyelmélet hívei nem értenek egyet abban, hogy a megfigyelt intézményi dinamika alkotmányosan kívánatos egyensúlyt tükröz-e. Flaherty például úgy véli, hogy a végrehajtó hatalom túlságosan nagy hatalommal bír, és a hatalmi ágak közötti kapcsolatok újrakalibrálását sürgeti, hogy csökkenteni lehessen a hatalmat.⁵⁸ Greene a szabályozási delegációk sokaságát fájlatja, ami szerinte eléggé egyoldalúvá tette az intézményi hatáskörök egyensúlyát.⁵⁹ Michaels ezzel szemben optimista a jelenlegi közigazgatási állammal kapcsolatban, amelyet olyan intézményi helynek tekint, ahol a korábban kizárólag az ágak között zajló ellenőrzési és kiegyensúlyozási dinamika most "megújítható" és "aktualizálható".⁶⁰ Michaels szerint a privatizáció nyomasztó áradata új kihívást jelent a hatalmi ágak szétválasztásának New Deal utáni újjáépítése számára - de olyan kihívást, amelyre a történelem megfelelő reagáló eszközöket biztosít.⁶¹ E hangnemi különbségek ellenére meg kell jegyezni, hogy az egyensúlyi modelltől eredő reformok általában meglehetősen különböznek az elválasztási modelltől eredő ajánlásoktól. Míg a szétválasztási modell egy visszatekintő burke-i *cri de coeur-be* csúszik át a figyelmen kívül hagyott intézményi változtatások ostobaságairól, addig az egyensúlyi modell mélyebben belenyomja a sarkantyúit az alkotmány oldalába. Még inkább az intézményi alkalmazkodás és a változás hajszolására törekszik egy gyorsan fejlődő világban.

Az átalakító bizottság egyik eleme a hatalommegosztási kérdések bírósági felülvizsgálatának bölcsességével kapcsolatos viszonylagos szkepticizmus. Az egyensúly eszméje nem nyújt megbízható viszonyítási alapot a bírói alkalmazáshoz, mivel a bírák valószínűleg nincsenek megfelelő helyzetben ahhoz, hogy értékeljék az intézményi változások hatását a szakmaközi status quóra.⁶² Ha az egyensúly megfoghatatlan, különösen az ítéletábra nézőpontjából, akkor miért kell azt bírósági úton érvényesíthetővé tenni? Az igazságszolgáltatathatóság végül is csak növeli az intézményi újrakalibrálás várható költségeit. A bírósági felülvizsgálat hiánya ezzel szemben csökkenti az intézményi változások tranzakciós költségeit. Mivel az egyensúlyi modell a jövőre tekint, és alapértelmezett modellje felgyorsul, a hatalommegosztás kérdéseinek bírósági felülvizsgálata egy letűnt korszak fáradt terheként jelenik meg. Így nem meglepő, hogy az olyan tudósok, mint Flaherty, homályosan látják a hatalmi ágak szétválasztásának joghatóságát.

"checks and balances" tiszteletben kell tartani, hogy "jobban megőrizzék az egyéni szabadságot"); Greene, supra note 51, at 176 ("[T]he framers' core checks and balances value was to ensure a balance of power among the branches - to prevent the tyranny of any one branch (and thus help preserve individual liberty)"); Cass R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421, 443 (1987) (a "fékek és ellensúlyok rendszerét a magántulajdon és a szabadság szükséges biztosítékaként írja le a frakciózással és az önérdékű képviseléssel szemben").

⁵⁸ Flaherty, supra note, 47, 1816-17. o. (a végrehajtó hatalom "feltartóztathatatlan" növekedését tárgyalva).

⁵⁹ Greene, supra 51. lábjegyzet, 184. o. (panaszok, hogy "a nem átruházás doktrínája az elmúlt ötven évben nem volt eléggé erőltetett").

⁶⁰ Michaels, *Enduring, Evolving*, supra note at 52, 522.

⁶¹ Id. 522-23.

⁶² Az ezt az álláspontot alátámasztó érvek részletes kifejtését lásd Aziz Z. Huq, *The Negotiated Structural Constitution*, 114 Colum. L. Rev. 1595, 1674-83 (2014) [a továbbiakban: Huq, *Negotiated Structural*].

Constitution]. Egy bevallott formalista hasonló kritikáját lásd Stephen Carter, *Constitutional Improprieties: Reflections on Mistretta, Morrison, and Administrative Government*, 57 U. Chi. L. Rev. 357, 375-76 (1990).

kérdések.⁶³ A bírósági beavatkozásnak ez a homályos megítélése, bár nem következetes alaptétele az egyensúlyi modellnek, valószínűleg a legtermészetesebb következtetés a logikájából - és egy másik éles ellentétet eredményez a szétválasztási modellel szemben.

Eddig a pontig az egyensúlyi és a szétválasztási modelleket élesen elkülönülve mutattam be. Ezek azonban csak annyiban hasznos kategóriák, amennyiben segítenek nagyjából felosztani a jogtudományi területet. Az is lehetséges, hogy az elkülönítés feltételezéséből induljunk ki, és kis lépésekben haladjunk a kiegyensúlyozott, szükségszerűen többváltozós kormányzati cselekvés bemutatása felé. Az ilyen számlák zavarba hozzák a kategorizálásra tett durva kísérletemet. De úgy gondolom, hogy jobb, ha az egyensúlyi modell gyermeki származékaiként gondolunk rájuk. Ezek a megközelítések összekapcsolják a megosztott hatáskörök eme gondolatát, hogy az egyéni szabadságjogokat érintő kormányzati cselekvést úgy jellemezzék, mint ami szükségszerűen megköveteli a különböző ágak bevonását. A legitim kormányzati cselekvést tehát olyan összetettnek képzelik el, amelyben minden egyes különálló megkülönböztető funkciója kecses ellensúlyozással harmonikus egészet alkot. A teljesség szükségességére és az ágak közötti finoman kalibrált, feszített egyensúlyra helyezett hangsúlyuk inkább az egyensúly, mintsem a szétválasztás modelljéhez igazítja őket.

Két kiemelkedő példa a NYU jogi karához kapcsolódik. Rachel Barkow úgy jellemezte a büntető igazságszolgáltatási rendszert, hogy mindhárom ág közreműködését megköveteli, mielőtt egy személytől megfosztják a szabadságát.⁶⁴ Az ő beszámolója formalista hangot üt meg, de a szolgáltatás holisztikus akkordban. Jeremy Waldron hasonlóképpen felvetette, hogy a hatalmi ágak szétválasztásának lényege abban rejlik, hogy a törvényhozás, a végrehajtó hatalom és a bírósági intézkedések "rendes sorrendjét" követeli meg.⁶⁵ Bár Waldron beszámolója a szétválasztási modellből ismert logikára támaszkodik, amennyiben ragaszkodik az ágak megkülönböztetéséhez, jobban illeszkedik az egyensúlyi modellhez, amennyiben ragaszkodik ahhoz, hogy az egyes hatalmi ágakat ne elszigetelten, hanem együttesen, "a kormányzás általános artikulált rendszerének" tekintse.⁶⁶ Különösen Waldron munkájában az intézményi funkciókkal kapcsolatos formalizmus archaisztikusnak tűnik

⁶³ Flaherty, *Supra* note 47, 1828. o. ("A Legfelsőbb Bíróságnak ritkán kellene beavatkoznia a hatalommegosztási konfliktusokba. Ha mégis, akkor ezt elsősorban akkor kell megtennie, ha az egyensúly, a közös elszámoltathatóság vagy az elegendő energia valamelyik alapértékének kényszerítő erejű megsértésével szembesül."). Greene ezzel szemben általában helyesli a doktrína eredményeit. Greene, *supra* note 51, 196. o. Michaels és én közösen írtunk egy darabot, amely a Bíróság joggyakorlatának szimpatikus rekonstrukcióját kínálja ezen a területen, mint a Bíróság azon törekvését, hogy alkalmazkodjon és reagáljon arra az összetett intézményi környezetre, amelyben az ágak működnek. Lásd Huq & Michaels, *supra* note 5, 416-435. o. A cikk következtetése gondosan elkerüli a doktrinális rekonstrukcióból származó normatív implikációkat, mivel a szerzők nézetei az igazságszolgáltatathatóság kérdésének érdemi kérdéseiről eltértek egymástól. Id. 437. o.

⁶⁴ Rachel E. Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, 58 *Stan. L. Rev.* 989, 1012 (2006) ("érvel a hatalmi ágak szigorú szétválasztása mellett, amikor az állam használja büntetőjogi hatáskörét").

⁶⁵ Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice?*, 54 *B.C. L. Rev.* 433, 434-35 (2013) ("Az elképzelés ... egy olyan ragaszkodás, hogy bármit teszünk X-szel vagy X-szel kapcsolatban, azt meg kell előznie a jogalkotói hatalom gyakorlásának, amely egy általános, mindenkire, nem csak X-re vonatkozó szabályt állapít meg, és egy bírósági eljárásnak, amely megállapítja, hogy X konkrét

magatartása e szabály hatálya alá tartozik, és így tovább."). ⁶⁶ Id. 466. o. Rebecca Brown némileg hasonló állítást kínál, miszerint a hatalmi ágak szétválasztását "úgy kell érteni, mint az egyéni jogok védelmére irányuló aggodalmat a zsarnoki többség beavatkozásával szemben". Brown, fenti jegyzet, 55,1516. o.

hatással van. Ez egy olyan mesterkéltség, de szükséges eszközként működik, amely kiváltja a szükséges intézményi retikulációt, ami viszont lehetővé teszi az értelmes polgári demokratikus önkormányzatiságot.⁶⁷

3. *Exogén modellek*

A hatalommegosztás exogén modelljei lemondanak mind arról a feladatról, hogy a hatásköröket a különböző ágakhoz rendeljék, mind pedig arról, hogy a szövetségi kormányzaton belül egyensúlyt vagy egyensúlyt tartsanak fenn. Az ilyen modellek lemondanak az Alkotmányban explicit módon megfogalmazott vagy abban rejlő kritériumokról, és az alkotmányos értékeléshez a dokumentumon kívül találnak viszonyítási pontokat.

Az exogén modell abból a tételből indul ki, hogy nem lehet egy adott kormányzati intézkedést előzetesen törvényhozói, végrehajtói vagy bírósági intézkedésként azonosítani, mivel az állami intézkedések e formái között általában megfigyelési egyenértékűség áll fenn. Az ebben az irányban dolgozó tudósok szkeptikusak minden olyan megközelítéssel szemben, amely a "releváns alkotmányos nyelvet ... leíró címkék, olyan kifejezések halmazaként kezeli, mint a "végrehajtó", "állami" vagy "igazságügyi" (meghatározásra vagy határvonalak meghúzására érettnek tűnő kifejezések), [úgy, hogy] a szövegeket ezután összevetik a felülvizsgálat tárgyát képező megtámadott gyakorlattal".⁶⁸ Szkeptikusak azzal kapcsolatban, hogy az "ág" az igazán releváns elemzési egység, ha meg akarjuk érteni és meg akarjuk jósolni a hivatalos szereplők cselekedeteit.⁶⁹

Egy vezető kritikai nyilatkozatában Elizabeth Magill dékán azzal érvelt, hogy még ha a funkcionális megkülönböztetések azonosíthatók is, akkor sincs okunk azt várni, hogy "a hatalom funkcionális szétszóródása feszültséget és versenyt teremt és tart fenn a tanszékek között".⁷⁰ Korábbi kollégája a University of Virginia School of Law-on,⁷¹ Daryl Levinson, hasonló módon kérdőjelezte meg azt az implicit feltételezést, hogy az egyik ágon belüli tisztviselők hűségesen követik az utóbbi érdekeit.⁷²

⁶⁷ Waldron érvelésének ezt a részét jobban kifejti Jeremy Waldron, *Political Political Political Theory: Essays on Institutions* 111 (2016).

⁶⁸ Nourse, *supra* note 26, 841. o.; lásd még M. Elizabeth Magill, *Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law*, 150 U. Pa. L. Rev. 603, 604 (2001) [a továbbiakban Magill, *Beyond Powers and Branches*] ("A kormányzati hatáskörök azonosítására és szétválasztására irányuló törekvés kudarcot vall, mert a vitatott esetekben nincs elvi lehetőség a releváns hatáskörök megkülönböztetésére."); egyetértés: David Orentlicher, *Conflicts of Interest and the Constitution*, 59 Wash. & Lee L. Rev. 713, 726 (2002).

⁶⁹ Magill, *Beyond Powers and Branches*, *supra* 68. lábjegyzet, 606. o. (azzal érvelve, hogy "a kormányzati hatalmat nem lehet három kategóriába sorolni, és a kormányzati szereplőket nem lehet kizárólag egy kormányzati ág tagjaként értelmezni"); Huq & Michaels, *supra* 5. lábjegyzet, 391-407. o.).

⁷⁰ M. Elizabeth Magill, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, 86 Va. L. Rev. 1127, 1170 (2000) [a továbbiakban: Magill, *Real Separation*].

⁷¹ Az intézményi hovatartozás azonosítása nem pusztán heurisztika a taxonómia rendszerezéséhez. Sokkal inkább az intézményi kontextus, amelyben az ösztöndíjak keletkeznek, számít abban az értelemben, hogy a fizikai közelség megkönnyíti a szándékok terjesztését és az elképzelések összehangolását. Ezért nem meglepő, hogy az olyan vezető jogi iskolák, mint a NYU és a Virginia, a diszkrét, keményvonalas szellemi formációk bizonyos elemeit mutatják.

⁷² Daryl J. Levinson, Pergamen és politika: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment, 124 Harv. L. Rev. 657, 670 (2011) [a továbbiakban: Levinson, Parchment and Politics] ("Madison soha nem magyarázta meg, hogy a kormányzati ágak, illetve az állami és szövetségi kormányok miért lennének megbízhatóan egymással ellentétes politikai ösztönzők - miért hajlamosak inkább versengeni, mint együttműködni vagy összejátszani.").

Az exogén modell szintén elfordul az egyensúlyra való törekvéstől. Magill munkája ismét a szkeptikus fordulat építőköveit adja.⁷³ Magill nem csupán azt állapítja meg, hogy a "hatalom" fogalma az ágak közötti kapcsolatok elemzésében nem egyértelmű és nem eléggé körülhatárolt, hanem azt is ritkán magyarázzák meg, hogy miként érhető el az ágak közötti egyensúly.⁷⁴ Magill érvelése nem az egyensúly mérésének bírói képességére összpontosít: Inkább a fogalom gyökeres és ágankénti kritikája. Ebből következően nem egyszerűen az következik, hogy a bíróságoknak nem kellene végrehajtaniuk az egyensúly feltételezésén alapuló alkotmányos közjogi tilalmakat. Sokkal inkább arról van szó, hogy az ágak közötti bármiféle építészeti egyensúly meghatározására irányuló vállalkozás elsősorban bolondok dolga.⁷⁵

E kritikák egyik következménye, hogy a hatalmi ágak szétválasztása nem értékelhető belső kritériumok - azaz az alkotmány felépítésében rejlő normatív értékek - alapján. És ha a hatalmi ágak szétválasztásának irodalmi és építészeti magyarázatai kudarcot vallanak, akkor szabad az út az alternatív magyarázatok és érvek mérlegelése előtt, amelyek az alkotmány szövegén túlmutatóan értékelik az intézményi berendezkedést.

A Magill és mások munkájában a kritikai tereptisztázásból eredő exogén modellek pozitív vagy normatív ízüek lehetnek. Az egyik, nagyrészt pozitív út szinte teljesen eltekint a hatalmi ágak szétválasztásának "jogától", és alternatívaként annak politikájára tekint. Ha nincs határozott funkcionális kontúrja az egyik ág tevékenységének, és ha nincs fenntartandó ágak közötti egyensúly, akkor marad a pártpolitika nyers ereje. E szerint a most Daryl Levinsonhoz és Richard Pildeshez kapcsolódóan a nemzeti politikai-pártrendszer kialakulása, bár az alkotmány alkotói nem látták előre, "a kormánytisztviselők hatalmát és politikai szerencséjét kérdésekhez és választásokhoz kötötte", és ezáltal "olyan ösztönzőket táplált, amelyek ezeket a tisztviselőket nagyrészt közömbössé tették az ágak hatáskörével és érdekeivel szemben önmagukban".⁷⁶ Ennek eredményeképpen "amikor a kormányzat egységesül, és a pártverseny motorja kikerül a kormányzat belső struktúrájából, azt kell várnunk, hogy az ágak közötti verseny eloszlik".⁷⁷ Az eredmény az alkotmányjog Beard-féle⁷⁸ beszámolója, amelyben "a politikailag erősek érdekei" dominálnak.⁷⁹ Ezeknek az exogén modelleknek az ereje

⁷³ Magill, *Real Separation*, Supra 70. lábjegyzet, 1195-96. o. (a hatalom vonatkozó felfogásának kétértelműségét fejt ki).

⁷⁴ Id. 1173. o. (kritizálva azt az elképzelést, hogy "a kormányzati funkciók szétszóródása titokzatos módon egyensúlyhoz vezet, de homályosak azok a feltételezések, amelyek alapján ez az egyensúly létrejön"). Magill ugyanilyen kritikusan viszonyul a Barkow és Waldron által kidolgozott hibrid logikához, amely keveri a szétválasztást és az egyensúlyt. Id. 1174. o. ("[A]ttempting to sell the distinct conceptions into a coherent set of ideas is a fruitless enterprise.").

⁷⁵ Id. 1194. o. ("Nem tudjuk, mit jelent az "egyensúly", és nem tudjuk, hogyan érhető el vagy tartható fenn."); lásd még Magill, *Beyond Powers and Branches*, 68. sz. lábjegyzet, 605. o. ("Nem jutottunk közel ahhoz, hogy megfogalmazzuk, milyen lenne az ideális egyensúly.").

⁷⁶ Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, *Separation of Parties, Not Powers*, 119 Harv. L. Rev. 2311, 2323 (2006).

⁷⁷ Id. at 2329; accord Bradley & Morrison, *Historical Gloss*, supra note 16, at 443 ("[T]he Madisonian model of interbranch rivalry is particularly inaccurate during times of unified government.").

⁷⁸ Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (rev. ed. 2012) (azt állítva, hogy az 1787-es alkotmányt úgy tervezték, hogy megkönnyítse a vagyon megtartását és a vagyon átadását a birtokosok egy kis kisebbségének).

⁷⁹ Jack Goldsmith & Daryl Levinson, Law for States: Harv122. L. Rev. 18331791, (2009) ("Az alkotmányjogot áthatóan ugyanazok a politikai

inkább leíró jellegű, mint normatív. Nehéz ugyanis meglátni egy olyan normatív alkotmányelmélet csábítását, amely arra utasítja az erőseket, hogy vegyék el, amit lehet, a gyengéket pedig arra, hogy viseljék el, amit kell.⁸⁰

A másik lehetséges út, ha valaki úgy véli, hogy az elkülönítés és az egyensúly fogalmi menthetetlenül hibásak, az az, hogy közvetlenül a társadalmi jólétre, mint kívánatos maximára hivatkozik. Az e kérdésben Eric Posner és Adrian Vermeule vezető tanulmánya a végrehajtó hatalmat a közpolitika optimális eszközeként azonosítja. Posner és Vermeule azt állítják, hogy "a végrehajtó hatalomra vonatkozó főbb korlátok ... *nem a jogból vagy a hatalommegosztási keretből erednek*", mivel a törvényhozók és a bíróságok szükségszerűen "reaktívak és marginálisak" az elnökséghez képest.⁸¹ Azt állítják, hogy ez normatív szempontból kívánatos állapot. Véleményük szerint a végrehajtó hatalom az intézményi specializáció és az információkhoz való jobb hozzáférés révén jellemzően a jobb politikát választja.⁸² Egy "racionális és jól informált", korlátozások nélkül cselekvő végrehajtó hatalom mindig felülmúlja ugyanezt a más ágak vagy zajos jogok által korlátozott szervet.⁸³ A kormányzati hatalomnak a végrehajtó hatalom kezében történő túlzott koncentrációjával kapcsolatos aggodalmak alaptalanok, mivel a vezető tisztségviselők szükségszerűen választási ellenőrzés alá vannak vetve.⁸⁴ A "törvényeknek és a végrehajtói gyakorlatnak" való megfelelés nem a törvényességhez fűződő belső érdek miatt fontos, hanem azért, mert "lehetővé teszik egy jól motivált végrehajtó számára, hogy hiteles jelzést küldjön motivációiról, és elkötelezze magát arra, hogy a megnövekedett mérlegelési jogkört közérdekű módon használja".⁸⁵ Az eredmény egy boldog fényezés a végrehajtó hatalom modern dominanciájára, mint egy jóindulatú Leviatánra, amely a választásoknak köszönhetően kellőképpen odafigyel polgárai érdekeire, és a rendelkezésre álló politikák között könnyedén, Panglossi szerencsével választ.

erők, amelyeket szabályozni kíván."). Megjegyzendő, hogy Goldsmith és Levinson beszámolója nem határozza meg a "hatalom" vagy a "politikai erők" fogalmát. Az alkotmányjogot alakító erők példaként szövetségi szereplőket, állami kormányokat és társadalmi mozgalmakat említenek, id. 1811-12. o., ami a politika olyan értelmezését sugallja, amely tágas és nem korlátozódik a pártpolitikai erőkre.

⁸⁰ Levinson és Pildes normatívabb hangnemben írva ajánlásokat fogalmaz meg "az erősen egységes pártkormányzás megakadályozására". Levinson & Pildes, *Supra* 76. lábjegyzet, 2380. o., 2380. o. (A "minimálisán működőképes demokrácia" mint normatív cél felé való hasonló fordulásról lásd Daryl J. Levinson, *Empire-Building Government in Constitutional Law*, 118 *Harv. L. Rev.* 915, 972 (2005)). Amennyiben reformprogramjuk elfogadja a két fő politikai párt intézményi dominanciáját, és arra épít, egyáltalán nem egyértelmű, hogy alapvetően nyugodt irányultsága az elit által uralt alkotmányjog és politika irányába értelmezhetően befolyásolva van.

⁸¹ Posner & Vermeule, *Executive Unbound*, fenti 4. lábjegyzet, 4-5. o.

⁸² Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Válságos kormányzás a közigazgatási államban: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, 76 *U. Chi. L. Rev.* 1613, 1614 (2009) ("A modern közigazgatási államban gyakorlatilag elkerülhetetlen, hogy a törvényhozók, a bírák és a közvélemény a végrehajtó hatalomra bízta az ilyen jellegű súlyos válságok kezelését."); accord Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *Chevronizing Foreign Relations Law*, 116 *Yale L.J.* 1170, 1204 (2007) (azzal érvelve, hogy a végrehajtó hatalom van a legjobb helyzetben a nehéz, politikai és elvi döntéseket igénylő külügyi kérdések megoldására, és hogy az igazságszolgáltatásnak külpolitikai szakértelme alapján a végrehajtó hatalomra kell hagyatkoznia).

⁸³ Eric A. Posner, Adrian Vermeule, *Emergencies and Democratic Failure*, 92 *Va. L. Rev.* 1091, 1099 (2006) ("Nincs általános okunk azt gondolni, hogy a bírák a kormánynál jobban képesek a biztonság és a szabadság egyensúlyának megteremtésére.").

⁸⁴ Posner & Vermeule, *Executive Unbound*, *supra* note 4, at 5 (azt állítva, hogy a politikai ellenőrzés "legalább a végrehajtó hatalommal való visszaélés legszörnyűbb formáit megakadályozza").

⁸⁵ Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *The Credible Executive*, 74 *U. Chi. L. Rev.* 865, 867 (2007); lásd

még Posner & Vermeule, *Executive Unbound*, supra note 4, 151. o. (homályosan állítva, hogy a hitelesség "a választókat és a törvényhozókat ... arra fogja készíteni, hogy hatalmat adjanak").

A hatalommegosztás Posner-Vermeule-féle iterációja - tekintettel erre a könnyörtelen optimizmusra - nem meglepő módon kevés teret hagy a strukturális alkotmányt érvényesítő bírói szerepnek.

Ez utóbbi exogén modell elméleti és empirikus előfeltételeit megkérdőjelezték.⁸⁶ Az elemzés próbaköveként talán annak ellenére is fennmaradt, hogy nem tükrözi pontosan a hivatalos szereplők viselkedésének empirikus szabályszerűségeit, és nem testesíti meg az intézményi tervezés és a társadalmi jólét kapcsolatának meggyőző leírását. Mindazonáltal csodálatra méltóan takarékos, merészen megfogalmazott és provokatív. Ezzel szemben a szakmaközi interakció problémájának alternatív exogén megközelítései általában kevésbé meggyőzőek, mivel - ahogyan Dean Magill kifejtette - "azon szereplők ösztönzőit igyekeznek megérteni, akik eléggé hegyes módon gyakorolják majd ezt a hatalmat, hogy ez segítsen megérteni, hogyan fogják gyakorolni ezeket a hatásköröket".⁸⁷ A helyhez kötött és konkrét dinamikák ilyen szemcsés elemzése kevésbé lélegzetelállítóan szinoptikus képet nyújt a jogi és alkotmányos intézményekről - vagyis kevesebbet hoz a magas elmélet révén -, de több betekintést nyújthat abba, hogyan működik a hatalmi ágak szétválasztása a gyakorlatban.⁸⁸

B.A hatalmi ágak szétválasztásának metatematikája

A hatalommegosztás elméletének három iskolája mindhárom különböző normatív ítéleteket kínál a kortárs intézményi dinamikáról, a bírósági felülvizsgálat mértékéről és a jövőbeli reformok útjairól. A hatalommegosztás elméletei közötti ítélkezéshez olyan nézőpontra van szükség, amely túlmutat bármelyik egyedi elméleten, és amelyből több elmélet is értékelhető.

⁸⁶ A főszövegben bemutatott állítások empirikus és elméleti koordinátáinak teljes körű kritikáját lásd Aziz Z. Huq, *Binding the Executive (by Law or by Politics)*, 79 U. Chi. L. Rev. 777 (2012); Richard H. Pildes, *Law and the President*, 125 Harv. L. Rev. 1381 (2012). A Posner- Vermeule-féle elemzés központi problémája, hogy azt általában a végrehajtó hatalom és a többi hatalmi ág közötti almák és narancsok összehasonlítása alapján építik fel. Posner és Vermeule következetesen egy ideális "racionális és jól informált" végrehajtó hatalmat modelleznek, miközben a tényleges kongresszust és a bíróságokat vizsgálják. A végrehajtó hatalom intézményeinek tényleges felépítésére és teljesítményére fordított figyelem egészen más következtetésekhez vezet.

Lásd Aziz Z. Huq, *Structural Constitutionalism as Counterterrorism*, 100 Calif. L. Rev. 887, 908 (2012) (az útfüggő intézményi fejlődést és az intézményi vakfoltokat a végrehajtó hatalmi szervek fellépésének hatékonyságát jelentősen hátráltató tényezőként azonosítja).

⁸⁷ Magill, *Beyond Powers and Branches (A hatáskörökön és ágakon túl)*, fenti jegyzet:68, (2). 659.

⁸⁸ Helyénvaló és talán szükséges is, hogy itt felfedjem, hol kell elhelyezni ebben a tipológiában a saját hozzájárulásomat ezen a területen. A Posner-Vermeule-féle beszámoló kritikáján túlmenően két fő szempontot terjesztettem elő. Először is, exogén perspektívából érvelve, jóléti alapon érveltem a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos kérdések bírálhatóságának szűkebb felfogása mellett, a politikai tisztviselők szélesebb mozgásterével, hogy új intézményi megállapodásokról tárgyaljanak. Lásd Huq, *Negotiated Structural Constitution*, supra note 62, at 1674-83; Aziz Z. Huq, *Standing for the Structural Constitution*, 99 Va. L. Rev. 1435 (2013) [a továbbiakban: Huq, *Standing*]. Másodszor, összhangban Magillnek a szemcsésebb tanulmányok támogatásával, finomabb, több módszerrel készült beszámolókat dolgoztam ki a fogvatartottakkal kapcsolatos politikára és jogorvoslatokra vonatkozó konkrét hatalommegosztási dinamikákról. A fogvatartottakról lásd Aziz Z. Huq, *The President and the Detainees*, 165 U. Pa. L. Rev. 499 (2017) [a továbbiakban: Huq, *President and Detainees*]; Aziz Z. Huq, *The Predicates of Military Detention at Guantánamo: The Role of Individual Acts and Affiliations*, 13 J. Empirical L. Stud. 567 (2016). Az alkotmányos jogorvoslatokról lásd Aziz Huq & Genevieve Lakier, *The*

Triumph of Fault in Public Law, - Harv. L. Rev. - (megjelenés: 2018); Aziz Z. Huq, Judicial Independence and the Rationing of Constitutional Remedies, 65 Duke L.J. 1 (2015).

Ezt a fajta "metateoretikus" értékelési gyakorlatot - "meta" abban az értelemben, hogy az elméletekről való elméletalkotás gyakorlatáról van szó - kétféle nézőpontból lehet folytatni, az egyik kifizetődőbb, mint a másik. Először is, a metaelmélet haladhatna úgy, hogy létrehoz egy független nézőpontot, ahonnan a különböző elméleteket össze lehetne hasonlítani és össze lehetne vonni.⁸⁹ A hatalommegosztás kontextusában azonban egyáltalán nem egyértelmű, hogy van-e ilyen közös alap. A metateoretikus vizsgálódás második, szerényebb formája ehelyett azt kérdezi, hogy vannak-e olyan empirikus vagy normatív fogalmak, amelyek közösek egy vagy több gondolat számára. Ahelyett, hogy a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló bármelyik elmélet érvényességének szinoptikus megítélésére törekednénk, ez a fajta metatematika inkább arra a szemcsésebb és kezelhetőbb feladatra összpontosít, hogy megítéljük, hogy egy adott empirikus vagy normatív kérdés milyen különböző módon oldódik meg a különböző elméletekben.

Mint említettük, van egy analógia a filozófiában a metaetika területével, amely "másodrendű, nem erkölcsi kérdésekre keresi a választ, beleértve (de nem kizárólagosan) az erkölcsi gondolkodás és diskurzus szemantikájával, metafizikájával és episztemológiájával kapcsolatos kérdéseket".⁹⁰ A metaetika példakérdései közé tartozik például, hogy léteznek-e olyan dolgok, mint az erkölcsi tények, vagy hogy lehetséges-e az ilyen tények megismerése. Szerencsére a hatalommegosztási vita által felvetett metateoretikai kérdések ezeknél sokkal megfoghatóbbak. Valójában ezeknek a keresztmetszeti fogalmaknak az elkülönítése - és a különböző módok figyelembevétele, amelyekkel ezek specifikálódnak - új vételt biztosít a különböző elméleti állítások értékeléséhez, és különösen a *Kongresszus alkotmányának* értékeléséhez. Még ha az alkotmányjoggal kapcsolatos nagyobb normatív viták fennmaradása miatt nem is lehet végleges ítéletet hozni arról, hogy melyik elmélet a jobb, a metatematikára való összpontosításnak megvan a lehetősége arra, hogy legalább szűkítse a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos nézeteltérések körét.

A hatalmi ágak szétválasztására vonatkozó elméletek sűrűjéből három különböző metateoretikus kérdés bontható ki. Ezek a következőkre vonatkoznak: a modellnek a hivatalos szereplők motivációira vonatkozó feltételezései; a vonatkozó jogforrások; és a modellnek az egyensúlyi vagy a változás dinamikájára vonatkozó feltételezései. Ezek közül az első egy empirikus vita (bár nem mindig érzékelik annak). A második mélyen normatív jellegű. Az utolsó metateoretikus kérdés egy empirikus előrejelzésen nyugszik, amely arra vonatkozik, hogyan fog viselkedni egy összetett kormányzati rendszer. Mindegyiket sorban tárgyalom.

⁸⁹ A metaelmélet ilyen értelemben történő használatáról lásd Dorf, *Supra* 11. lábjegyzet, 597. o.; Pursley, *Supra* 11. lábjegyzet, 1337. o. Egy 1990-es diákjegyzet a "metatheor[ies] of separation of powers" (a hatalmi ágak szétválasztásának metatheor[ia]) keretű eszközt használja, de ezt arra utalva teszi, amit én a hatalmi ágak szétválasztásának elméleteinek neveztem. Edward Susolik, Note, Separation of Powers and Liberty: The Appointments Clause, Morrison v. Olson, and Rule of Law, 63 S. Cal. L. Rev. 1515, 1527 (1990). A "metateória" értelme itt némileg különbözik attól is, amit Brian Leiter "elméleti nézeteltérésnek" nevez, ami azt jelenti, hogy "nem értünk egyet azzal kapcsolatban, amit a legtöbb jogfilozófus a jogi érvényesség kritériumainak nevez". Brian Leiter, Explaining Theoretical Disagreement, 76 U. Chi. L. Rev. 1215, 1216 (2009). A metateoretikus nézeteltérés második fajtája, amelyet az alábbiakban vázolólok, és

amely a jog forrásait érinti, ilyen jellegű. De a "metaelmélet" fogalmát tágabban értelmezem.

⁹⁰ Terry Horgan és Mark Timmons, Bevezetés, *in* *Metaethics after Moore 1* (Terry Horgan és Mark Timmons, szerk., 2006).

1. *Az indíték kérdései*

A hatalmi ágak szétválasztásának bármely elmélete megköveteli a hivatalos indítékok ismertetését. Ezt nem minden fentebb ismertetett elmélet ismeri el kifejezetten, de ettől függetlenül igaz. Abban mind egyetértenek, hogy a hatalommegosztás elméletei a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló elméletek célja, hogy leírják vagy előírásokat kínálnak az egyének által betöltött, folyamatban lévő intézmények összességét. Ezért konstitutívak abban az értelemben, hogy "új viselkedési formákat hoznak létre vagy határoznak meg"; csak másodsorban regulatívak abban az értelemben, hogy "egy már létező tevékenységet szabályoznak, egy olyan tevékenységet, amelynek létezése logikailag független a szabályoktól".⁹¹ A tényleges, formális intézmények elhatárolásának feladatának központi szerepe összehangolja a hatalommegosztást a föderalizmussal. Ez különbözteti meg a hatalommegosztást az alkotmányjog számos más területétől is. A hatalommegosztástól eltérően számos más alkotmányos doktrína nyilvánvalóan nem *alkotja* első fokon a jogi intézményeket. Az Első Alkotmánymódosítás szólás- és vallási klauzulái például feltételezik az intézményes sajtó és a szervezett egyházak létezését.⁹² Hasonlóképpen, míg a negyedik módosítás indokolatlan házkutatás és lefoglalás tilalma elsősorban a rendőrséget szabályozhatja, nem hozza létre a rendőrséget. (Valójában a városi rendőrség mintegy négy évtizeddel datálódik az Egyesült Államokban a Bill of Rights után. ⁹³) Az intézményi szerep és hatáskör körvonalainak felvázolásával a hatalommegosztás szükségszerűen az indítékokra vonatkozó feltételezésekre támaszkodik - és viszont befolyásolja ezen indítékok tartalmát.⁹⁴

Az indíték a kormányzati intézmények kialakításának alapvető építőköve. Az Alkotmány első három cikke ezért egy sor szerepet fogalmaz meg, amelyekbe meghatározott személyek sorolhatók. Ennek az intézményi artikulációnak a hatékonysága attól a viselkedésbeli ténytől függ, hogy az egyes személyek valóban átveszik az említett cikkekben meghatározott szerepeket, és aztán érvényesítik az ezzel járó hatásköröket. Az Alkotmány más szóval egy színdarabhoz hasonlít: A hivatalos színészeknek pusztán forgatókönyvet ad. Nem kényszeríti ki a szöveggel meghatározott értelmezését. Sőt, mint minden nagyszerű előadás szövege, az Alkotmány is sokféle értelmezésnek ad teret. Ennek eredményeképpen az indíték központi fogalom a hatalommegosztás megértéséhez, mivel az egyes személyek indítékai határozzák meg, hogyan reagálnak az Alkotmány első három cikkének valamelyike által alkotott szerepre és hatáskörré. A motívum szerepel az arra vonatkozó kérdésekben, hogy a hatáskörök hogyan kerülnek bevetésre a más ágakkal való küzdelem vagy együttműködés érdekében. És előrejelzésekkel szolgál arra vonatkozóan, hogy az intézményi szerepkorlátozásokat elfogadják-e, vagy ellenállnak-e nekik.

⁹¹ John R. Searle, *Speech Acts* 33-34 (1969); accord Christopher Cherry, *Regulative Rules and Constitutive Rules*, 23 *Phil. Q.* 301 (1973).

⁹² Az intézmények szerepének elemzését az első módosítási jogban lásd Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 *Minn. L. Rev.* 1256, 1268-69 (2005) (az Első Alkotmánymódosítás egyéni jogosultságként való megfogalmazásának kritikája); Frederick Schauer, *Is There a Right to Academic Freedom?*, 77

U. Colo. L. Rev. 907, 925 (2006) ("Az Első Alkotmánymódosítás intézményi értelmezése azon elv köré épül, hogy bizonyos intézmények különleges szerepet játszanak azon értékek szolgálatában, amelyek védelmét az Első Alkotmánymódosítás a legmeggyőzőbben értelmezi.").

⁹³ Lásd David A. Sklansky, *The Private Police*, 46 *UCLA L. Rev.* 1165, 1202-08 (1999) (a rendőrség történelmi eredetének tárgyalása).

⁹⁴ Az intézményi tervezés egyik módja, ahogyan az indítékokat alakítja, a "szelekciós hatások", amelyek révén a képesítési szabályok megváltoztatják a pozícióra várhatóan jelentkezők körét. Adrian Vermeule, *Selection Effects in Constitutional Law*, 91 Va. L. Rev. 953, 961-62 (2005) (az ilyen szelekciós hatások meghatározása és tárgyalása).

Durva általánosításokat kínálhatunk a hivatalos motivációval kapcsolatos feltételezések leírására, amelyek a szétválasztási, egyensúlyi és exogén modelleket mozgatják. Így a szétválasztási modellek implicit módon feltételezik, hogy a törvény lehetővé teszi és korlátozza a hivatalos viselkedést az egyes ágakon belül. Az implikáció nincs világosan megfogalmazva, de nem lenne értelme a kongresszusi háborús hatáskörök⁹⁵ mértékére vagy az elnök főhivatalnokokkal⁹⁶ kapcsolatos utasítási jogkörére vonatkozó javaslatokat tenni, ha nem feltételeznénk, hogy a konkrét személyeket a törvény motiválja, azaz arra motiválja őket, hogy a vonatkozó joganyagban meghatározott kötelességeiket és szerepeiket betöltsék. Az egyensúlyi modell ezzel szemben gyakran azon a madisoni feltételezésen alapul, hogy "[a]z ember érdekeit össze kell kapcsolni a hely alkotmányos jogaival",⁹⁷ úgy, hogy az egyes ágakat személyi állományba vevő egyéneknek a saját intézményük érdekei alapján kell elvárni, hogy cselekedjenek. Végül, a fent⁹⁸ tárgyalt exogén modellek azt a nézetet vallják, hogy a tisztviselők politikai vagy pártpolitikai indítékok alapján cselekszenek, amit a jogi indítékoktól elkülönülő és eltérő motívumként fogalmaznak meg. A "politikai" indíték pontos minősége különböző módon adható meg. Jack Goldsmith és Daryl Levinson például a gyengéknek az erősek általi kizsákmányolását vetíti előre.⁹⁹ Mások úgy tűnik, hogy a választói válaszkészség hagyományosabb, de optimistább, a politikatudományi szakirodalomban a politikai képviselőtről szóló kanonikus beszámolókkal összhangban lévő beszámolója felé mutatnak.¹⁰⁰

Az indíték szerepe a hatalommegosztási joggyakorlatban továbbá különbözik az alkotmányjog más területein betöltött szerepétől. Tekintsük a Bill of Rights-ban és a tizennegyedik módosításban található tilalmakat. Az alkotmány e részének több rendelkezése az indítékot vagy a szándékot az alkotmányos hiba próbakövének tekinti.¹⁰¹ Az ilyen tilalmak tulajdonképpen a motiváció egy, a világból ismert fajtáját választják ki, és az állami cselekvés végzetes fertőzéseként kezelik. Az ilyen szabályok bizonyos cselekményeket az indíték alapján kizárnak, de egyébként nem befolyásolják a legitim hivatalos motivációk körét. Más szabályozási kontextusokban az indíték nem a kormányzati intézkedés érvényességét érinti, hanem a bírósági jogorvoslat elérhetőségét. Elena Kagan például híres érvelése szerint az első módosítási doktrína "egy sor eszközt tartalmaz a tiltott motívumok kiszűrésére és az azokkal fertőzött intézkedések érvénytelenítésére".¹⁰² Ezzel szemben a negyedik kiegészítéssel kapcsolatos joggyakorlatban az állami ügynök motivációja nem releváns az intézkedésük alkotmányossága szempontjából.¹⁰³ Inkább a szándékosság kérdései válnak relevánssá.

⁹⁵ Prakash, *Sweeping Domestic War Powers*, supra note 34, at 1367.

⁹⁶ Calabresi & Prakash, fenti 28,544. lábjegyzet,

⁹⁷ *The Federalist* No. 51, at 319-20 (James Madison) (Isaac Kramnick, szerk., 1987) (amellett érvel, hogy "az egyes tárcákat igazgatóknak meg kell adni a szükséges alkotmányos eszközöket és személyes indítékokat, hogy ellenálljanak a többi tárca beavatkozásának").

⁹⁸ Lásd a 69-88. megjegyzéseket kísérő szöveget.

⁹⁹ Goldsmith & Levinson, *Supra* note at 79,1833.

¹⁰⁰ A választói reagálóképesség klasszikus modelljét lásd David R. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection* 13 (1974).

¹⁰¹ Lásd Aziz Z. Huq, *Judging Discriminatory Intent*, 103 *Cornell L. Rev.* -- (megjelenés előtt 2018) (a szándék szerepének elemzése a vallási klauzulák és a tizennegyedik módosítás összefüggésében).

¹⁰² Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 *U. Chi. L. Rev.* 413, (4141996).

¹⁰³ Heien v. North Carolina, 135 S. Ct. 530, 539 (2014) (kimondva, hogy a bíróság "nem vizsgálja a megtámadott rendőri intézkedésben részt vevő konkrét rendőr szubjektív felfogását").

amikor a Bíróság arra a kérdésre tér rá, hogy a minősített mentesség ellenére alkalmazható-e olyan jogorvoslat, mint a bizonyítékok kizárása vagy kártérítés alkotmányos szabálysértés esetén.¹⁰⁴ A jog csak a hatalmi ágak szétválasztásának kontextusában játssza a gondos és szorgalmas lelkek kertészének szerepét, aki a hatósági cselekvés forrásait azzal a törekvéssel veti és ápolja, hogy egészséges és erőteljes intézményi ökoszisztémát valósítson meg. Csak a hatalmi ágak szétválasztásában, vagyis ott, ahol a jogi tervezésnek a hivatalos motívumokra gyakorolt oksági hatása a vállalkozás szempontjából nem mellékes, hanem központi jelentőségű.¹⁰⁵

2. *A jogforrás*

A fent ismertetett három elméleti iskola drámaian eltér egymástól azon források releváns körét illetően, amelyekből a joggal kapcsolatos állítások levezethetők, valamint a hierarchikus skála tekintetében, amely mentén ezeket az állításokat rendezni kell. Mindannyian Philip Bobbitt kvázi-kanonikus listájára támaszkodnak, amely az alkotmányjogban az érvelés hat "modalitását" tartalmazza; ezek "a jog nyelvtanaként működnek, a logikai korlátok azon rendszereként, amelyet a jogi tevékenységek gyakorlata alakított ki sajátos kultúránkban.¹⁰⁶ Mindegyik modalitás a bizonyítékok különböző fajtáira támaszkodik. Némelyik ellentmondásos.¹⁰⁷ A hatalommegosztás jogtudománya aligha van elzárva ezektől a vitáktól. A tágabb értelemben vett alkotmányértelmezéssel foglalkozó tudományosságot és jogtudományt sújtó hullámok, alárendelt áramlatok és viharok ezért a hatalommegosztás elméletének és jogának stabilitását is felborítják. A hatalommegosztás kontextusában a jogforrásokról folytatott vitáknak mégis van néhány sajátos tulajdonsága.

Ennek érzékeltetésére tekintsük azt a tisztviselőt, akit új szerepkörrel és új hatáskörrel ruháztak fel, akár választás, akár kinevezés eredményeként. Ezen új szerepek és hatáskörök jellege részben attól függ, hogy az első három cikk alkotó erejéről van-e közös megegyezés. Egy olyan személy, akinek teljesen sajátos felfogása van a szerepéről - például egy elnök, aki úgy vélte, hogy politikai ellenfelei száműzésére vagy kivégzésére van felhatalmazása -, nem lenne (legalábbis egyelőre) alkotmányosan olvasható szereplőnek felismerhető.¹⁰⁸ Még ha létezik is egy repertoár közös felfogás arról, hogy egy törvényhozó, egy elnök vagy egy bíró mit tehet vagy mit kellene tennie, az ebből következő szabály- és szabálykötegek és

¹⁰⁴ Lásd Huq, *Judicial Independence*, *Supra* note 88, 20-40. o. (az objektív bűnösség "vétkességi" standardjának az alkotmányos jogorvoslati eszközökben való elterjedt alkalmazását dokumentálva).

¹⁰⁵ A föderalizmus ezzel szemben általában úgy veszi az államokat, ahogy vannak, és azt vizsgálja, hogy a szövetségi kormány hogyan hat rájuk.

¹⁰⁶ Philip Bobbitt, *A Constitutional Interpretation* 12-13, (241991).

¹⁰⁷ Vegyük például a precedensek státuszát. Vö. Henry P. Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 *Colum. L. Rev.* 723, 748 (1988) ("A precedens természetesen része a jogról alkotott felfogásunknak.") és Gary Lawson, *The Constitutional Case Against Precedent*, *Harv L. J. & Pub. Pol'y* 23, 24 (1994) ("In [some] circumstances . . . a precedens követésének gyakorlata nem pusztán nem kötelező vagy rossz ötlet; ez kifejezetten ellentétes a szövetségi alkotmánnyal.")

¹⁰⁸ Ez nem jelenti azt, hogy az alkotmányos szabályrendszer közös értelmezésén túlmutató minden olyan joghatósági vagy tilalmi állítás olvashatatlan lenne az alkotmányos rendszerben, vagy irreleváns lenne

annak működése szempontjából. Éppen ellenkezőleg, a jogrendszer határán történő igényérvényesítés és viselkedés alakíthatja a jog kontextusának későbbi megértését. Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Inside or Outside the System?*, 80 U. Chi. L. Rev. (2013)1743.

A hatáskörök valószínűleg alternatívaként hiányosak, nem egyértelműek a hatályukban, vagy helyenként nyíltan vitatottak.¹⁰⁹

Kulcskérdés, hogy ez a repertoár hogyan bővül vagy szűkül. A H.L.A. Harthoz köthető (és szerintem nagyrészt helyes) jogelmélet szerint a lakmuszpapír teszt annak megállapítására, hogy egy norma a jog szabálya-e, szemben mondjuk egy konvencióval, a politikai élet normájával vagy egy véletlenszerű empirikus szabályszerűséggel, az, hogy a jogi tisztviselők egy releváns csoportja számára társadalmi normának minősül.¹¹⁰ A társadalmi gyakorlat kérdése tehát, hogy a tisztviselő hivatkozhat-e a jog egyik vagy másik forrására.¹¹¹ A társadalmi gyakorlat azonban nem statikus és nem is abszolút korlátozó. Ennek megfelelően a három jogág egyikébe újonnan beiktatott tisztviselő bizonyos fokú szabadsággal rendelkezik abban a tekintetben, hogy szorosán ragaszkodik-e a szerepének már meghatározott, meglévő és nem vitatott jogforrásokon alapuló körvonalaihoz, vagy pedig új jogforrások újszerű értelmezéseinek érvényesítésével rüg-e a konvenciók szúrásai ellen.¹¹² Az indíték kérdése itt keresztezi a jogforrások kiválasztásának kérdését.

A hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos jogforrásokkal kapcsolatos viták több szempontból is eltérnek az általánosabb vitáktól. Először is, tekintsük át azon források körét, amelyek érvényesen tájékoztatnak egy alkotmányos meghatározást.¹¹³ Nagyon is lehetséges (sőt valószínű), hogy a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos döntésekről szisztematikusan más szereplők döntenek, mint más alkotmányjogi kérdésekről - például azért, mert a hatalmi ágak szétválasztása - minden más tényezőt figyelembe véve - kevésbé valószínű, hogy igazságszolgáltatási eljárás tárgyát képezi, mint egy analóg alkotmányjogi kérdés. Valószínű továbbá, hogy az érintett szereplők szisztematikusan különböznek az általuk alkalmazott jogforrásokban és abban, hogy milyen módon rangsorolják azokat. Ezen eltérések eredményeként a hatalommegosztási joggyakorlatot valószínűleg a forrásanyagok más eloszlása fogja jellemezni, mint az alkotmányjog más területeit.

Általánosságban elmondható, hogy széleskörű nézetkülönbség van azzal kapcsolatban, hogy a szöveg (talán az eredeti, alapító korszakbeli kontextusban) milyen mértékben képes biztosítani a

¹⁰⁹ Hasznos analógia a "habitus" szociológiai fogalmával, amely a "diszpozíciók rendszere, amely közvetítőként működik a struktúrák és a gyakorlatok között", Pierre Bourdieu, *Kulturális reprodukció és társadalmi reprodukció*, in: *Kultúra: Critical Concepts in Sociology* 63-94, 56 (Chris Jenks szerk., 2003), vagy a "kultúra" mint bizonyos "cselekvési stratégiák" "eszköztára", és hogy "a kulturális jelentések hatása és sorsa egyaránt az általuk támogatott cselekvési stratégiáktól függ". Ann Swidler, *Kultúra a cselekvésben: Symbols and Strategies*, 51 *Am. Soc. Rev.* 273, 273, 284 (1986). A hatalommegosztás kontextusában, ahol a mérlegelési jogkörök dominálnak a konkrét miniszteri kötelezettségek felett, ezek a fogalmak hasznos útmutatókat nyújtanak a jog és a megfigyelt viselkedés kapcsolatáról való gondolkodáshoz.

¹¹⁰ Vö. Jules L. Coleman, *Rules and Social Facts*, 14 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 703, 722 (1991) ("[Hogy] egy adott elismerési szabály, amely egy adott közösségben az elismerés szabálya, társadalmi tény az adott közösségről."). Itt nem foglalkozom állást Raz igényesebb "forrástézisével" kapcsolatban, amely az elismerési szabály megengedett tartalmára vonatkozik. Lásd Joseph Raz, *A jog tekintélye: Essays on Law and Morality* 212 (1979).

¹¹¹ Ez egy ellentmondásos felvetés. Azok a tudósok, akik erős, szűkítő állításokat tesznek a jog megfelelő forrásairól, valószínűleg ellenállnak annak az állításnak, hogy állításaik érvényessége nem a kifogásolt tények, hanem egy olyan társadalmi gyakorlattal való koherencia kérdése, amelyet aktívan próbálnak

eltolni vagy kurátori szinten tartani. Nézetük a joggal kapcsolatos legitim belső perspektíva, és nem hamis tudatosságról van szó.

¹¹² Vö. ApCsel 26:14, King James Version.

¹¹³ Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions, 101 Mich. L. Rev. 885, 886 (2003).

meghatározó válaszok.¹¹⁴ Ilyen nézeteltérések természetesen a jog más területein is léteznek. Vannak kivételesen kreatív tudósok és bírák, akik a "szólásszabadság" eredeti értelmezését az előzetes korlátozások tilalmaként értelmezik, és ehelyett az eredeti szöveg és gyakorlat vékony fonalából a szólás előzetes és utólagos szabályozására vonatkozó korlátozások pompás, kiterjedt hálóját szőnek.¹¹¹ A nézeteltérés azonban különösen mélyreható a hatalmi ágak szétválasztásának területén. Az elválasztás hagyományán belül dolgozó tudósok számára az első három cikk finom fonású és gondos elrendezésének megoldó ereje kristálytiszt; az egyensúly hagyományán belül dolgozók számára ez tompább hangon szólal meg.¹¹² Véleményem szerint minőségi különbség van a szöveg feloldó erejéről és eredeti jelentéséről szóló vita és a más területeken folyó párhuzamos viták között. Nagyjából az a véleményem a tudományosság olvasása során, hogy a szólásszabadsággal, a negyedik módosítással és az egyenlő védelemmel kapcsolatos joggyakorlatokat összehasonlítva sokkal kevésbé foglalkoztatja a szavak jelentése a tizenharmadik századi kontextusban, mint a hatalmi ágak szétválasztásával foglalkozó irodalmat, bár érdemes hangsúlyozni, hogy ez nem jellegű, hanem fokozati különbség.

Ezenkívül a vonatkozó történelmi gyakorlat más formában és más értékkel bír a hatalmi ágak szétválasztásának kontextusában. A történelmi gyakorlat lehet a szilárd alkotmányos jelentés bizonyító erejű megtestesülése (és ezáltal megerősítése), amely határesetben e jelentés végleges, sőt mozdulatlan "rögzítéseként" működik.¹¹⁵ Másik lehetőség, hogy a történelmi gyakorlat visszataszító precedensként, sőt tükörként működik, amelytől a jelenlegi alkotmányos gyakorlat megfelelően visszahőköl.¹¹⁶ Az eltérések további tengelyei közé tartozik az időzítés (pl. a ratifikáció előtti vagy utáni); az intézményi elhelyezkedés (pl. a végrehajtó hatalom gyakorlata, szemben az egymást követő jogalkotási lépésekkel, szemben a bírói precedenssel), és a stabilitás (azaz, hogy a gyakorlatot vitatták-e, és hogy ez a vita - bírósági vagy egyéb úton - sikeresnek bizonyult-e).

¹¹⁴ Adam M. Samaha, *Levels of Generality, Constitutional Comedy, and Legal Design*, 2013 U. Ill. L. Rev. 1733, 1739 (2013) (megjegyezve, hogy "a releváns alkotmányos források listája nem teljesen rendezett. Számos forráskategória (például a klauzulák, a történelem és az esetek) tekintetében szilárd az egyetértés, de a megfontolt emberek nem értenek egyet abban, hogy mi másnak kellene még szerepelnie a listán (például a kortárs értelmezéseknek, a külföldi jognak és a belenyugvásnak)" (belső lábjegyzetek kihagyva)).

¹¹¹ Lásd pl. Akhil Reed Amar, *Előszó: A dokumentum és a doktrína*, 114 Harv. L. Rev. 26, 55 (2000) (elutasítva az Alkotmány "őszinte olvasatát, [amely] az előzetes korlátozást megakadályozó, de a szabad véleménynyilvánítás egyéb védelmét nem biztosító Első Alkotmánymódosítással hagy bennünket").

¹¹² Lásd pl. Calabresi & Rhodes, *Supra* note 2, 1167. o. (hosszasan ismerteti az egységes végrehajtó hatalom szövegét), Lessig & Sunstein, *Supra* note 30,2. o. (ezt az esetet "egyszerű mítosznak" nevezi).

¹¹⁵ Nelson, *Originalism*, *supra* note 40, at 535 ("Bár Madison elismerte, hogy az Alkotmányban használt szavak a későbbi használatban kieshetnek a népszerűségből vagy új jelentésárnyalatokat nyerhetnek, azt sugallta, hogy az Alkotmányban használt jelentésük nem változik; ha egyszer ez a jelentés "rögzült", akkor annak meg kell maradnia."). (kiemelés elhagyva); Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *After Recess: Historical Practice, Textual Ambiguity, and Constitutional Adverse Possession*, 2014 Sup. Ct. Rev. 1, 41 (a "[t]he idea of fixation through long-standing acceptance of a practice").

¹¹⁶ Vö. Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 Int'l J. Const. L. 296 (2003) (leírja, hogy a totalitárius, fasiszta vagy náci kormányok hogyan funkcionáltak averzív precedensként az amerikai Legfelsőbb Bíróság

számára a modern büntetőeljárás alkotmányjog kialakításakor).

A jelenlegi alkotmányjog bővelkedik averzív történelmi precedensekben, amelyek a jelenlegi jog számára meghatározó ellentétpontra jelentenek.¹¹⁷ Averzív precedens logikailag jobban illeszkedik számos szabályozó alkotmányos rendelkezés tiltó erejéhez. Ezzel szemben kevésbé hasznosak a hatalommegosztás nagy részét alkotó alkotmányos szabályok szépítésére. Ehelyett, amint azt a közelmúltban fellángolt tudományos érdeklődés tanúsítja, a hatalmi ágak szétválasztásának kontextusában különösen fontos szerepet játszik valamiféle történelmi gyakorlat, vagy "glossza" gondolata.¹¹⁸ Ahogy Alison LaCroix rámutatott, a "történelmi glossza" kifejezés pontatlan, amennyiben utalhat "szokásra, hagyományra, előírásra vagy valami másra".¹¹⁹ Még ha el is ismerjük ezt a pontatlanságot és az ebből következő bizonytalanságot, akkor is igaz, hogy a történelmi gyakorlat nagyobb szerepet játszik a hatalmi ágak közötti hatáskörmegosztás meghatározásában, mint más alkotmányos területeken.

Ismétlem, a különböző elméletek különböző metateoretikus predikátumokkal rendelkeznek. A szétválasztás-elméletek hívei hajlamosak több értelmet találni a szöveg varrataiba ágyazva, és így hajlamosabbak arra, hogy a korai köztársaság fényes fehér fényében egy kétértelmű alkotmányos kifejezés valamilyen megállapodó rögzítést találjanak. Ezzel szemben az egyensúlyelméleti teoretikusok kevésbé hajlandóak diszpozitív szövegbeli rendezést találni. Ennek megfelelően inkább a későbbi gyakorlattal foglalkoznak. Valamint nagyobb valószínűséggel fogadják el az újabb politikai újításokat, mint a hosszú távú tendenciákra adott megfelelő válaszokat. Ezzel szemben a különböző formájú politikától függő exogén modellek általában viszonylag kevés hatást tulajdonítanak a jognak, így a jogforrások kérdését megfosztják motiváló erejétől. A jog azonban implicit módon továbbra is központi helyet foglal el a beszámolóikban, amennyiben a tisztviselőket úgy modellezik, mint akik jogilag meghatározott szerepeket töltenek be és azok alapján cselekszenek. Az, hogy milyen források világítják meg a vonatkozó alkotmányos jogot, olyan kérdés, amelyre munkájukban nincs egyértelmű válasz.

Más mérőszámok mentén meg kell jegyezni, hogy a történelmi gyakorlat alkalmazása a hatalommegosztási jogban nem különbözik attól, ami az alkotmányjog más részein megfigyelhető. Például a gyakorlaton alapuló állítások az alkotmányos vízparton mind a ratifikáció előtti állami, gyarmati vagy angol gyakorlatra támaszkodva születnek.¹²⁰ Az érvek gyakran a korai köztársasági tisztviselők viselkedésén is alapulnak.¹²¹ És ahogyan a gyakorlaton alapuló megegyezések - vagy azok bírósági analógjai, az írott precedensek - változó tartósságúnak bizonyulhatnak a hatalommegosztás kontextusában,¹²² ugyanúgy az ezen a területen kívüli bírósági precedens vagy gyakorlat által történő jogi megegyezések is változó minőségűek és szilárdságúak lehetnek. A jogforrásokról szóló viták e keresztmetszeti folytonosságai az alkotmányjog nagy részét összekötik, és nem szabad figyelmen kívül hagyni őket.

¹¹⁷ A büntetőeljárás kontextusban averzív precedensről lásd William Stuntz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 *Yale L. J.* 393, 396-403 (1995).

¹¹⁸ Lásd pl. Bradley & Morrison, *Historical Gloss*, supra note 16, 418-19. o., 418-19. o.

¹¹⁹ Alison L. LaCroix, *Történelmi glossza: A Primer*, 126 *Harv. L. Rev. F.* 75, 77 (2013); lásd még Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *Historical Gloss, Constitutional Conventions, and the Judicial Separation of Powers*, 105 *Geo. L.J.* 255, 262 (2017) (megjegyezve a küszöbérték-kategorizálás, az általánosság szintjének és a szakmaközi beleegyezés elégséges voltának problémáit a historical gloss használata során).

¹²⁰ Prakash & Ramsey, *Supra note at 33,265-79* (a ratifikáció előtti anyagok vizsgálata).

¹²¹ Saikrishna Prakash, *New Light on the Decision of 1789*, 91 *Cornell L. Rev.* 1021, 1022 (2006) (a

kongresszusnak az elnök alá tartozó részlegek struktúrájára vonatkozó döntéseit 1789-ben első ízben "a legjelentősebb, mégis kevésbé ismert alkotmányjogi döntések" egyikeként írja le).
¹²² Huq & Michaels, *Supra* note 5, 357-77. o. (a doktrína instabilitásának leírása a hatalommegosztás területén).

3. *Választás az egyensúlyi és a változási modellek között*

A hatalmi ágak szétválasztásáról szóló beszámoló a változás elméletét vagy az egyensúly elméletét követeli meg. Bár a hatalmi ágak szétválasztásának területén kívüli alkotmányos kérdések megoldása szükségszerűen felvet néhány, az időbeli helyzetre és összefüggésekre vonatkozó kérdést is, az idő - és az időbeli változás - szerepe a hatalmi ágak szétválasztásának kontextusában az alkotmányjog más területeivel összehasonlítva megkülönböztető.

Az alkotmányjog számos területén a központi időbeli kérdés arra vonatkozik, hogy egy alkotmányos elvet milyen általánossági szinten kell érteni.¹²³ Az alkotmány értelmezhető vitatható intézményi konstrukciós kérdések viszonylag konkrét rendezéseként. Alternatívaként tekinthetünk rá úgy is, mint "a kormányzás kezdeti keretére, amely mozgásba hozza a politikát, és amelyet idővel ki kell tölteni".¹²⁴ Az időbeliségnek kevés szerepe van, ha egy releváns jogi fogalmat alacsony szintű általánosságban határoznak meg: A konkrét szabályok az idő könyörtelen áramlatával szemben is megállják a helyüket. Ezzel szemben, ha az Alkotmányt viszonylag általános, viszonylag elvont értékeket kiválasztó rendezésként értelmezzük, sürgető kérdések merülnek fel azzal kapcsolatban, hogyan lehet a legjobban bizonyítani az ezen elvekhez való "hűséget" az idők folyamán.¹²⁵ Hogy csak egy példát említsek, egyes tudósok azzal érveltek, hogy az egyenlő védelemről szóló klauzula által védett alapvető jogokat viszonylag elvont fogalmakban kell meghatározni, ami idővel a jog új és talán nem várt alkalmazásaihoz vezet.¹²⁶ Mások, előre láthatóan, nem értenek ezzel egyet.¹²⁷

A hatalmi ágak szétválasztásával összefüggésben ugyanez az általánossági szintek kérdése merül fel. Dean Manning például úgy jellemezte a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos joggyakorlat központi kérdését, hogy egyszerűen arról van szó, hogy az alkotmány szövegének olvasása során az általánosság melyik szintje a megfelelő.¹²⁸ Manning megfogalmazásával összhangban számos (de aligha minden) hatalommegosztási vita azt a kérdést érinti, hogy egy kérdést az általánosság egy konkrét vagy egy absztrakt szintjén kell-e értelmezni. Az absztrakció választása arra a kérdésre kényszerít, hogy hogyan fordítsunk le egy tizenharmadik századi eszmét több mint két évszázaddal előre az időben.¹²⁹ Egy alapvető jog meghatározásakor az Egyenlő Jogok Egyenlő Védelmének

¹²³ Vö. Louis Michael Seidman & Mark V. Tushnet, A hit maradványai: Contemporary Constitutional Issues 40-42 (1996) (az általánosság szintjeinek mint az alkotmányértelmezés változójának bevezetése); Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, Levels of Generality in the Definition of Rights, 57 U. Chi. L. Rev. 1057, 1058 (1990) (ezt az állítást az alapjogokkal összefüggésben). Ez nem jelenti azt, hogy az általánossági szintek gondolata egyszerű. Vö. Samaha, supra note 114, 1743. o. (az általánossági szint kalibrálásának három módját jelölte meg: "absztraktság, szélesség és dinamizmus").

¹²⁴ Jack M. Balkin, Framework Originalism and the Living Constitution, 103 Nw. U. L. Rev. 549, 550 (2009).

¹²⁵ A "hűség" mint idővel változó alkalmazást igénylő fogalom kanonikus bemutatásához lásd Lawrence Lessig, Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory, 47 Stan. L. Rev. 395 (1995).¹²⁶ Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, Levels of Generality in the Definition of Rights, 57 U. Chi. L. Rev. 1057, 1058 (1990) ("Minél absztraktabban fogalmazzuk meg a már védett jogot, annál valószínűbb, hogy az igényelt jog annak védelme alá esik.").

¹²⁷ John Safranek & Stephen Safranek, Finding Rights Specifically, 111 Penn St. L. Rev. 945, 979 (2007) ("A

Legfelsőbb Bíróságnak kerülnie kell az általános jogokat, és menedéket kell keresnie az elvi specifikációban.").

¹²⁸ Manning, Supra 36. lábjegyzet, 2006-07. o.

¹²⁹ Lásd Lessig & Sunstein, Supra note 30, 4-5. o.

klauzula vagy az 1791-es módosításokban szereplő jogok egyikének meghatározása során az értelmező ezért dönthet a vonatkozó érdek konkrét vagy absztrakt értelmezése mellett. Miután ezt megtette, a vonatkozó jogi érdek stabil marad, még akkor is, ha azt új alkalmazások segítségével új kontextusokba kell továbbfordítani. Vagyis az ember mindig ugyanazt a felfogást alkalmazza (mondjuk) az egyenlő védelemről, a magánélet védelméről vagy a házassághoz való jogról, az új társadalmi vagy technológiai körülmények fényében.

A hatalmi ágak szétválasztása azonban egy másik, különálló és egyedi módon érinti az egyensúly és a változás közötti választást. A hatalmi ágak szétválasztása ugyanis a következő kérdést teszi fel: Hogyan (ha egyáltalán) tartja meg az Alkotmány első három cikke által létrehozott intézményrendszer stabilitását az idők során? Abban mindenki egyetért, hogy a hatalmi ágak szétválasztása formális intézmények sorát alkotja, amelyeket az idők során különböző motívumok alapján cselekvő konkrét személyek laknak. Ebből adódóan elkerülhetetlenül felmerül a kérdés, hogy ezen egyének halmozott cselekvései az intézményi elrendezéseket idővel kiszorítják-e eredeti szerepükből, vagy nem igazodnak-e egymáshoz. Továbbá az is kérdéses, hogy ez a kilátásba helyezett kiegyensúlyozatlanság megdőbbenést vált-e ki, vagy inkább örülni kellene neki.

A hatalmi ágak szétválasztásának egyszerű modellje megmutatja, hogyan merül fel az időbeli egyensúly kérdése. Az Alkotmány első három cikkelye által egy szereppel vagy hatáskörrel felruházott személynek el kell döntenie, hogyan használja az újonnan szerzett hatalmat. Motivációitól és az érvényes jogforrásról alkotott felfogásától függően ez a személy vagy ragaszkodni fog a szerepek és a hatáskörök megfelelő felhasználásának korábbi értelmezéséhez, vagy pedig újítani fog a szerepfelfogásában és a hatósági jogkörök felhasználásában. Választásuk a meglévő intézményi megállapodások megváltoztatásának, és ezáltal tartósan destabilizálásának kockázatát hordozza magában. Az ilyen választások hatásainak előrejelzését ráadásul megnehezíti az a tény, hogy a társadalmi, gazdasági és politikai háttérfeltételek maguk is instabilak. A megfelelő viselkedés történelmi modelljéhez való ragaszkodás a változó külső kontextusban maga is destabilizáló hatású lehet. Hérakleitosz folyójáról megfeledezve, az elavult viselkedésmódokhoz való hajthatatlan ragaszkodással véletlenül kiszoríthatjuk a régít egy ismeretlen új javára.¹³⁰

A kérdést, hogy a hatalmi ágak szétválasztását stabil egyensúlyként vagy dinamikus rendszerként kell-e értelmezni, a politikatudományi szakirodalom egyértelműen elismeri és szembeállítja, de a fentebb említett elméleti irányultságú jogtudományi kutatások nagyrészt figyelmen kívül hagyják. Amint azt a III. részben részletesebben kifejttem, a ¹³¹politológusok és a történészek kifejezetten eltérnek abban, hogy az alkotmányos rendszert stabil egyensúlyként kell-e jellemezni, amely az idők során fennmarad, vagy pedig az intézményi formáció változó összetételének kell tekinteni, amely különböző ütemben mozog.

¹³⁰ Flaherty ilyen érvet hoz fel a törvényhozói vétó alátámasztására. Flaherty, *Supra* note 47, 1834. o. ("Tekintettel arra, hogy az egyensúly volt a kormányzati hatalom megosztásának elsődleges célja, és tekintettel továbbá arra, hogy a végrehajtó hatalom kiszorította a törvényhozást, mint az egyensúlyt

leginkább veszélyeztető ágat, ebből következik, hogy a múlthoz hű jogásznak üdvözölnie, nem pedig gúnyolódnia kellene az egyensúly fenntartására irányuló jogalkotási kísérleteken, különösen, ha ezek a kísérletek egy olyan csomag részeként jelennek meg, amely még több hatalmat delegál a végrehajtó hatalomnak.").¹³¹ Lásd az alábbi szöveg kísérő megjegyzés218eit 226.

időbeli regiszterek.¹³² A jogtudományban nem található párhuzamos megfogalmazás. Mindazonáltal, hogy ismét egy durva általánosítást kínáljak, a szeparációs teoretikusok hajlamosak azt állítani, hogy a jogi formák stabilitása a hatalommegosztásban kívánatos, és kétségbeesnek, amikor ezt a stabilitást nemcsak elhagyatottnak, hanem a hihető hatalomátvételen kívülinek is érzékelik.¹³³ Ezzel szemben az egyensúlyelméleti teoretikusok az általuk nagyra becsült rendszerszintű, építészeti minőségek megőrzésének eszközeként a konkrét intézményi elrendezések eltolódásának szükségességét érzékelik. Végül az exogén teoretikusok, mint Posner és Vermeule, hajlamosak a változásokat - és különösen a végrehajtó hatalom metasztatikus növekedését - a mai Egyesült Államok kormányzásának összetettségéhez való alkalmazkodásként üdvözölni.

A hatalmi ágak szétválasztásának stabilitására vonatkozó eltérő megítélés végül valószínűleg korrelál a releváns jogforrásokra vonatkozó megítélésbeli különbségekkel. Ez utóbbiak "viszonylag dinamikusnak vagy viszonylag statikusnak jellemezhetők", attól függően, hogy "megkövetelik vagy megtiltják [a] megfelelő meghatározás vagy alkalmazás újragondolását".¹³⁴ Ily módon a különböző metateoretikus kérdések ismét összefonódnak egymással.

C. elmélet és a metatematika összekapcsolása

E rész célja az volt, hogy a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló kortárs viták topológiájának feltérképezésével a *Kongresszus alkotmányának* vizsgálatához egy minimális alapszintű egyértelműséget biztosítson. Ez először is a hatalmi ágak szétválasztásáról szóló elméletek feltérképezését jelenti. Három kategóriát javasoltam - a szétválasztás, az egyensúly és az exogén modellek. E viták további tisztázása a különböző elméletek áttekintésével történik, hogy kiválasszunk bizonyos közös empirikus tényeket vagy normatív elméleti kérdéseket, amelyek tekintetében az elméletek eltérnek egymástól. Ismét három metateoretikus kategóriát javasoltam - az indíték, a jogforrások és az egyensúly kontra változás kérdéseit illetően.

Ezzel szemben a hatalommegosztás metateoretikus alapjairól szóló beszámolómm nem a doktrína "céljára" összpontosít abban az értelemben, hogy az elemzés próbaköveként egy konkrét, az alkotmányos rendszerben rejlő normatív értéket határozzak meg. A hatalmi ágak szétválasztásának lehetséges "céljai" közé tartozik a hatékonyság, a zsarnokság megelőzése, a demokratikus elszámoltathatóság és a mérlegelés. A célon alapuló érvelési állítások gyakoriak.¹³⁵ De ezek egyedülállóan természetlenek, mint kiindulási koordináták a feltérképezéshez.

¹³² Vö. Sonia Mittal & Barry R. Weingast, *Self-Enforcing Constitutions*: J. L. Econ. & Org. 278, 278-79 (2011) [a továbbiakban Mittal & Weingast, *Self-Enforcing Constitutions*] (az alkotmányos rendszert stabil "önérvényesítő" rendszerként modellezi); Barry R. Weingast, *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*, 91 Am. Pol. Sci. Rev. 245 (1997) (ugyanaz), Karen Orren & Stephen Skowronek, *The Search for American Political Development* 108-18 (2004) [a továbbiakban Orren & Skowronek, *Search for American*] (a különböző politikai rendszerek "egymásra épülését" írja le). Az egyensúlyi modellek alkalmasak egyes intézmények, például a törvényhozás leírására is. Lásd Kenneth A. Shepsle, *Institutional Arrangements and Equilibrium in Multidimensional Voting Models*, 23 Am. J. Pol. Sci. 27, 27 (1979) (a törvényhozói magatartás olyan modelljét kínálja, amely "egyensúlyi állapotot" eredményez).

¹³³ Lásd pl. Lawson, *Rise and Rise*, supra note **Error! Bookmark not defined.**, 1254. o. (morózusan arra a következtetésre jutva, hogy "választani kell az alkotmány és a közigazgatási állam között").

¹³⁴ Samaha, *Supra* 114. lábjegyzet, 1753. o.

¹³⁵ Lásd pl. Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 Va. L. Rev. (1045,20011059) (megjegyezve, hogy "[a] hatalmi ágak szétválasztásának ... lehet az a konkrét célja, hogy

elméleti nézeteltérés a hatalmi ágak szétválasztásáról. Ennek az az oka, hogy a hatalmi ágak szétválasztásának elmélete ritkán fog azon az állításon alapulni, hogy van egy, és csakis egyetlen érték, amely megmagyarázza a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos összes vitát. A hatalmi ágak szétválasztásának plauzibilis elméletei inkább azt a tényt ismerik el, hogy a nemzeti kormányzati intézmények kialakítása számos, egyidejűleg követett normatív célt tükröz.¹³⁶ A célok sokfélesége és a közöttük való kompromisszumkötés nyilvánvaló módjának hiánya azt jelenti, hogy a hatalmi ágak szétválasztásának "céljaira" való pusztán hivatkozás ritkán eredményez értelmes elemzési munkát.

Ezzel szemben a szétválasztás, az egyensúly és az exogén modellek mind jobban érthetők olyan analitikus eszközöként, amelyek a hatalommegosztási jogban szereplő normatív célok közötti szükséges kompromisszumokat dolgozzák fel. Vagyis a célorientált elemzésben szereplő normatív kompromisszumokat csak a hatalommegosztás metateoretikus elemeinek kalibrálásával lehet végrehajtani.

Hogy világos legyen, a metateoretikus állítások analitikus karanténba zárása nem jelent csodaszert a hatalmi ágak szétválasztásának megfelelő meghatározásával kapcsolatos véget nem érő vitákra. Természetesen nem eredményez azonnali megoldást a megoldhatatlan első rendű kérdésekre. Ennek egyik oka az, hogy az itt azonosított három metateoretikus kérdés a követhetőség szempontjából jelentősen különbözik egymástól. A diszkrét kormánytisztviselők motívumaival kapcsolatban van egy - bármennyire is nehezen kivehető - tény. Ezek a motívumok, ami fontos, idővel változhatnak is.¹³⁷

Kevésbé egyértelmű, hogy ez egy adott történelmi pillanatban a jogforrásokkal kapcsolatos tény. Ha követjük H. L. A. Hartot, amikor azt állítjuk, hogy a végső "elismerési szabály", az érvényes jogforrásokat kiválasztó szabály a tisztviselők konvergens társadalmi gyakorlata,¹³⁸ akkor a gondos empirikus vizsgálat kibonthatja a jog azonosítására használt pontos kritériumokat. Mindazonáltal, legalábbis az amerikai kontextusban, tűrhetően világosnak tűnik, hogy nagyfokú tudományos és jogtudományos nézeteltérés van mind az alkotmányjog potenciálisan releváns forrásait, mind pedig a versengő bizonyítékok értékelésénél alkalmazandó megfelelő elsőbbségi szabályt illetően. A jogtudósok gyakran még akkor is részt vesznek ebben a nézeteltérésben, amikor azt objektíven próbálják leírni. Végül, az a leíró jellegű állítás, hogy egy alkotmányos rendszer egyensúlyban van, empirikus és normatív ítéletek keverékét vonja maga után. Legalábbis a vonatkozó normatív meghatározását vonja maga után.

a különböző hangok közötti párbeszéd előmozdítása még külpolitikai kérdésekben is"); Jessica Korn, *The Power of Separation* 14-26 (1996) (a hatalmi ágak szétválasztásának céljaiként a hatékony kormányzást, valamint a zsarnokság megakadályozását hangsúlyozza); Cass R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 *Harv. L. Rev.* 421, 432-33 (1987) (a hatékonyságot és a zsarnokság megelőzését a hatalmi ágak szétválasztásának két fő céljaként írja le).

¹³⁶ Lásd Huq & Michaels, *Supra* note 5, 382-91. o. (a hatalommegosztás "normatív pluralizmusának" leírása).

¹³⁷ Lásd a 171178. ponthoz fűzött kísérő megjegyzések szövegét.

¹³⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 116 (1994) (az "elismerési szabályt úgy jellemzi, mint a jogi érvényesség kritériumainak és a jogrendszeren belüli változásának szabályait meghatározó szabályt"); Kenneth Einar Himma, *Situating Dworkin: The Logical Space Between Legal Positivism and Natural Law Theory*, 27 *Okla. City U. L. Rev.* 41, 68-69 (2002) (Hartot úgy glosszistázza, hogy "az elismerési szabályt megalapozó magatartási elem a tisztviselők konvergens magatartása a jogalkotás, -módosítás és -

bírászkodás során").

a stabilitás meghatározásának kritériumai, valamint a homeosztázison belüli megengedett ingadozás határai. Vagyis meg kell mondani, hogy milyen változás számít - és miért.

Tovább bonyolítja az elemzést, hogy ez a három metateoretikus kérdés a gyakorlatban összeütközik. Például a tisztviselők motivációinak minősége valószínűleg befolyásolja a törvényhez való hozzáállásukat. Ennek eredményeképpen valószínűleg befolyásolni fogja a megítélésüket arról, hogy mi minősül érvényes jogforrásnak. Az indíték és a jogforrások tehát endogének. Ezen túlmenően az alkotmányos egyensúly mértéke befolyásolja a formabontó hivatalnokok ösztönzőit és a plauzibilis jogforrásokat. Ha például az exogén pártpolitikai vagy társadalmi nyomások következtében bekövetkező intézményi változásokat úgy érzékelik, hogy azok inkább gyorsan, mint lassan haladnak, a tisztviselők nem lesznek hajlandóak mélyen befektetni a jogi ismeretekbe. A régebbi jogforrások kevésbé lesznek egyértelműek. Az indítékok tehát változnak, és talán velük együtt a vonatkozó jogforrások is.

Mindazonáltal, ha figyelmet fordítunk ezekre a metateoretikus kérdésekre, akkor jobban megismerhetjük, hogy pontosan miért és hogyan nem értenek egyet a tudósok a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatban. Ez egyben egy út a tudományos irodalomhoz - például a *Kongresszus alkotmányához* - való új hozzájárulások jobb megértéséhez és megbecsüléséhez.

II. ELMÉLET ÉS AZ ELMÉLET ALKALMAZÁSA *A KONGRESSZUS ALKOTMÁNYÁBAN*

A kissé elvont elméletbe tett meglehetősen hosszú kitérő után ez a rész a *kongresszus alkotmányára* tér rá. A könyv elméleti előfeltevéseinek jellemzésével kezdődik az I. részben kidolgozott hármas séma szempontjából, majd a könyv esettanulmányok kiválasztását és kidolgozását vizsgálja. Az ezt követő rész ezután a metateóriára tér rá.

Azzal kezdem, hogy kiemelem a könyv súlyos érdemei - érdemei, amelyeket elkerülhetetlenül rövidre fogok zárni -, hogy a könyv alapvető analitikus állításait nyomást gyakoroljak. *A Kongresszus alkotmánya* az alkotmányjog azon elemeinek kifinomult és gondosan dokumentált bemutatása, amelyek nem kapnak kellő figyelmet. A gazdag elméletalkotáson túlmenően hat éleslátó történelmi esettanulmányt mutat be. A fejezetek sorozatában, amelyek mindegyike egy-egy külön törvényhozói hatáskörre összpontosít, Chafetz gazdag képet ad e hatáskörök fejlődéséről. Mindegyik egy fantasztikus olvasmány. Különösen érdekes az a mód, ahogyan a törvényhozói hatáskörök angol parlamenti előzményeit vizsgálja, mint például a beszéd és vita mentelmi jogát (203-25. o.), a belső fegyelmi ügyek feletti hatáskört (235-59. o.) és a megvetés törvényhozói hatáskörét (158-71. o.).¹³⁹ Chafetz ügyesen képes évtizedek, sőt évszázadok intézményi területét szűk oldalszámban lefedni, és kevés olvasó fogja úgy elolvasni a könyvet, hogy ne profitálna szinoptikus látásmódjából és részletes ismereteiből. *A Kongresszus alkotmánya* az alkotmányjog egy fontos, de gyakran elhanyagolt eleméről szóló, ésszerűen tájékozott szakmai közönségnek szánt könyvként egyértelmű siker.¹³⁸ Az elméleti premisszáival és metateoretikus

¹³⁹ Ez utóbbit részletesen tárgyalja Josh Chafetz, *Executive Branch Contempt of Congress*, 76 U. Chi. L. Rev. 1083 (2009).

¹³⁸ Chafetz kijelenti, hogy célja többek között az, hogy "a tárgyalt kongresszusi hatáskörök mindegyike esetében az olvasó úgy fejezze be a fejezetet, hogy tudja, hogyan fejlődött az idők során, [és] miért fejlődött úgy, ahogyan fejlődött". (p. 6). E tekintetben ez csodálatosan sikerül neki.

következményekkel, ami talán elkerülhetetlen, nem szabad összekeverni Chafetz történeti és elemző munkájának magas színvonalát érintő általánosabb vádaskodással.

A. Az alkotmányos politika elmélete

A kongresszus alkotmánya két fő hozzájárulásból áll. Az első a hatalommegosztás elmélete, különös tekintettel a törvényhozás szerepére. A második egy sor esettanulmány három "kemény" és három "puha" kongresszusi hatáskörrel: előirányzatok, a végrehajtó hatalmi ágak személyzeti ellenőrzése; megvetés; szólás- és vitamentesség; belső fegyelmi eszközök; és a házon belüli szabályok. Ez az áttekintés az első hozzájárulásra összpontosít, bár elemezni fogom az esettanulmányok azon elemeit, amelyek a könyv elméleti részéhez kapcsolódnak, vagy azzal feszültségben állnak.

A *Kongresszus alkotmányának* ezen elméleti hozzájárulása három alapvető összetevőből áll.¹⁴⁰ Ezek elkülönítése megkönnyíti Chafetz elméleti armatúrájának - nevezzük a hatalmi ágak szétválasztásának *alkotmányos politikáról szóló beszámolójának* - összehasonlítását az I. részben feltérképezett előzményváltozatokkal. A három elem választ ad a hatalmi ágak szétválasztásának a II. részben felvázolt három alapvető metateoretikus kérdésére - a motívumra, a jogforrásokra és az egyensúly kérdésére.

Először is, az alkotmányos politikáról szóló beszámoló egy oksági vektort követ a "politikától", amely magában foglalja a "politikai viselkedést és interakciókat", a "politikai hatalomig", és onnan a jogi kérdések megoldásához, amelyek "a politikai közösségen belüli kormányzati hatalom elosztásával" kapcsolatosak (16-17. oldal). Ennek az állításnak az a negatív következménye, hogy a szakmaközi kapcsolatokra vonatkozó kérdésekre "nem lehet válaszolni az alkotmányértelmezés szokásos eszközeire való hivatkozással", mint például "[t]ext, történelem, struktúra és precedens" (16. o.).¹⁴¹ Chafetz kauzális beszámolója azt is maga után vonja, hogy a szakmaközi viták rendezése "nem hierarchikus" és határozatlan időtartamú abban az értelemben, hogy nincs olyan entitás, amely rendelkezési jogkörrel rendelkezne (18-19. o.). Ez, hogy világos legyen, merész és frappáns válasz arra, amit én a "jogforrások" kérdésének neveztem.

Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló második eleme a "politikai viselkedés és kölcsönhatások" természetére vonatkozik, amelyek a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos viták végeredményét eredményező ok-okozati lánc gyökerét képezik. Röviden, Chafetz a hatalommegosztás jogát a hatalomért folytatott csatározások epifénomális maradványaként jellemzi a diffúz nyilvános ítélezés kötelező kényszerűitől való mentesség formájában. Ez a második állítás az imént megfogalmazott formában átláthatatlan, és némi kibontásra szorul.

Chafetz szerint a szakmaközi vitákat "helyileg és eseti jelleggel, ahogyan felmerülnek, gyakran kompromisszum vagy tárgyalás útján, és kötelező erejű következmények nélkül oldják meg".

¹⁴⁰ Chafetz egy másik, négy részből álló bontást kínál állításának (18-19. oldal). Ez a beszámoló inkább a következményekre, mint az állítás kauzális magjára összpontosít.

¹⁴¹ Annak megvitatására, hogy az esettanulmányok követik-e ezt a megközelítést, lásd a 196-196.

lábjegyzeteket kísérő szöveg alatt. 197.

a jövő" (20. o.).¹⁴² Az ilyen megegyezések a "nyilvános szférában" születnek; egy összetett, mechanisztikusan sokszínű és talán fejlődő terület részei, amelyben a "nyilvános politikai interakció" "dialogikus és erősen mediatizált" folyamatai zajlanak (21. o.).¹⁴³ Ennek a nyilvános folyamatnak a nettó eredménye a "bizalom", amely az egyes tisztviselők tartós nyilvános támogatásában nyilvánul meg, amely képes túlélni a tisztviselő által hozott, a nyilvánosság tagjainak első rendű politikai preferenciáival összeegyeztethetetlen döntéseket (21-22. o.). Minél nagyobb bizalmat élvez egy intézmény, annál nagyobb mozgásteret biztosít a nyilvánosság az adott intézménynek, és így "annál nagyobb hatalommal rendelkezik az intézmény" (23. o.). A közismerten csúszós fogalom, a ¹⁴⁴hatalmat itt a *Kongresszus alkotmányában* implicit módon úgy határozzák meg, mint a politikai intézmény és a diffúz demokratikus nyilvánosság között fennálló kapcsolati diszkréció mértékét. Mint ilyen, látszólag Chafetz válasza az indíték metateoretikus kérdésére, amely a hatalmi ágak szétválasztásával foglalkozó tudományt sújtja: A tisztviselőket az a vágy motiválja, hogy elnyerjék a nyilvánosság bizalmát, amennyiben ez utóbbi bővíti mérlegelési jogkörüket.

Az alkotmányos politika harmadik eleme a Chafetz elméletébe beépített optimista tolerancia a nem vitatható és demokratikusan hitelesített változásokkal szemben. Mivel az intézményi szereplők a közbizalomtól függenek, az intézményi előjogok igénybevételére és az ellenlépésekre vonatkozó stratégiáik szükségszerűen korlátozottak. "Megfontoltnak" és nem "maximálisnak" kell lenniük (24. o.; lásd még 308. o.). A rendszer egésze "az emberek akaratától függ" (34. o.), amely végső soron meghatározza a cselekvéseit.

Ezt két okból is úgy jellemezhetjük, mint ami Chafetz optimista megítélését tükrözi. Először is, megnyugtatóan normatív módon támogatja az ebből következő strukturális intézkedéseket és az ezekből fakadó konkrét politikai eredményeket. Az eredeti alkotmányos forrásból származó legitimitáció hiányát ellensúlyozza az internetes verseny és annak eredményeinek nyilvánosságra kerülő jellege. Másodszor, még ha az alkotmányos politikai modell kifejezetten elismeri és magáévá teszi is az intézményi evolúció elkerülhetetlenségét (e felismerés példáit lásd a 25., 42., 312-13. oldalon), nincs arra utaló jel, hogy ez a folyamat elszabadulna.¹⁴⁵ Bizonyos, hogy az intézményi változások tervezett folyamatának "nincs logikus végpontja" (18. o.). Bizonyára nem meszesedett "rögzített" pózba 1791 körül. De itt nincs utalás arra, amit Thoreau "a kezeletlen földgolyónak" nevezett a maga nyers és véres dicsőségében; itt inkább egy kiválóan lakható, bár

¹⁴² Ez párhuzamos a Huq, *Negotiated Structural Constitution*, supra 62. lábjegyzet, 1600. o., központi állításával ("Mind az államok, mind az ágazatok rutinszerűen folytatnak ilyen alkudozást, annak ellenére, hogy a tudósok nem figyelnek oda a gyakorlatra.").

¹⁴³ Lásd még a 22. oldalt ("A politikai bizalom - és vele együtt a politikai hatalom - a politikai elit és a nyilvánosság közötti beszélgetésekből ered.").

¹⁴⁴ A fogalom megértésének versengő megközelítéseihez lásd Jean Bethke Elshtain, *Power Trips and Other Journeys: Essays in Feminism as Civic Discourse* 136 (1990) ("A hatalom a már (viszonylag) erősek által egymásra gyakorolt kényszer egy formája a hivatalos politikai intézményeken belül, amelyek célja a versengő csoportok céljainak és érdekeinek előmozdítása. Ez az elitektől, az elitek által és az elitekért van."), Michel Foucault, *Afterword: The Subject and Power*, in Hubert L. Dreyfus & Paul Rabinow, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics* 208, (2172d ed., 1983) ("[P]ower as such does not exist.").

¹⁴⁵ Chafetz az intézményi átalakulás konkrét példáit is támogatja, például a tizennyolcadik századi szövetségi bürokráciában a díjakról és fejpénzekről a fizetésekre való áttérést (73. o.).

kissé kaotikus, "kert".¹⁴⁶ Még prózaibb megfogalmazásban az alkotmányos politika úgy képzei el az intézményi változásokat, mint amelyeket egy értelmes és érzékenyítő népakarat korlátoz.¹⁴⁷ Úgy kezeli az egyes ágakat, mint amelyek a politeia különböző elemeit hangoztatják oly módon, hogy "javítják a tanácskozás minőségét" (309-10. o.). Még ha "konfliktus, zaj és lárma" (314. o.) is kíséri, az így kialakuló kakofónia alkalmas arra, hogy stabil, reprezentatív és nem tirannikus kormányzati formát hozzon létre (303. o.).

Az elméletnek ez az eleme tehát az egyensúly kontra változás mélyebb metateoretikus kérdésére válaszol: Az alkotmányos politika a változásnak kedvez, de csak olyan változásnak, amelyet egy megnyugtatóan demokratikus és ezért "megfontolt" apparátuson keresztül lehet titrálni. Úgy gondolom, hogy a változásnak ez a modellje az, amely implicit módon alátámasztja Chafetz következtetését, miszerint az amerikai hatalommegosztás rendszere "teljesebben reprezentatív, jobban elősegíti a tanácskozást, és ellenállóbb a zsarnoki vagy autokratikus hatalommal szemben", mint más általános alkotmányos rendszerek (303. o.). Ez a változás modellje ráadásul azon a legitimációs feltételezésen alapul, hogy az intézményi eredményeket meghatározó erők a nyilvánosság előtt állnak, és valamilyen módon tükrözik a közhangulatot.

Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló e harmadik pillérét azonban egy belső feszültség feszíti. Egyszerűen fogalmazva, a Chafetz által feltételezett intézményi változás mechanizmusa nem önstabilizáló. Az alkotmányos politikáról szóló beszámolók szerint az ágazatok közötti konfliktus idővel fennmarad, és "az az ágazat, amelyik sikeresen bevonja a nyilvánosságot, idővel hatalmat szerez" (14. o.). Ez a leíró jellegű állítás azonban aláásní látszik Chafetz érvelésének két másik kulcsfontosságú elemét. Először is, ha az egyik ág aszimmetrikusan nagy hatalomra tesz szert a másikkhoz képest, akkor egy bizonyos ponton az ágak közötti konfliktus véget ér, mert az erősebb ág mindig vagy majdnem mindig győzni fog. Chafetz azonban úgy tűnik, hogy feltételezi, hogy maga a konfliktus egy stabil állapotú egyensúlyi állapot, amelyben minden ág továbbra is értelmes szerepet játszik.¹⁴⁸ Másodszor, és ehhez kapcsolódóan, a könyv nagy részét annak a felvetésnek szenteli, hogy a Kongresszus képes a végrehajtó hatalommal egyenrangú szereplővé válni (lásd pl, p. 42). Az elmélet azonban azt sugallja, hogy ha ma a végrehajtó hatalom került fölénybe, akkor ez azért van, mert jobban kijátszotta a kártyáit, mint a Kongresszus. Az elmélet tehát nem ad okot arra, hogy ezt az eredményt megzavarjuk - ahogy Chafetz kifejezetten erre törekszik.

Mindkét rejtélyt csak úgy lehet megoldani, ha az egyensúly normatív fogalmát - és az egyensúlyozást végző ágenst - bevezetjük. Chafetz ugyanis pontosan ezt teszi, amikor azt jósolja, hogy "minden olyan szereplő, aki megkísérli hatalmát az elviselhető határok fölé növelni, számíthat arra, hogy más szereplőkkel szemben találja magát" (312. o.). Ha ebben a megfogalmazásban a "tűrhető" jelző kétértelműségére összpontosítunk, gyorsan világossá válik, hogy ez a diktum nem csak futó hasonlóságot mutat az egyensúlyelmélet egyik ismert irányzatával.¹⁴⁹ Azaz, a közfelfogás

¹⁴⁶ Henry David Thoreau, A maine-i erdők: A Fully Annotated Edition 63 (Jeffrey S Cramer, szerk., 2009).

¹⁴⁷ Például az alkotmányos innováció "megvalósíthatósága és sikere" intézményi szinten állítólag "attól

függ, hogy [a tisztviselők] mennyire sikeresek a közszférában való részvételben" (38. o.).

¹⁴⁸ Egyébként nehéz megérteni, miért ragaszkodik ahhoz, hogy "nincs a priori meghatározható szabály" az ágazatok közötti konfliktusok megoldására (305. o.). Ha az egyik ág addig gyarapítaná a hatalmat, amíg hegemon helyzetbe nem kerül, akkor az ilyen konfliktusok eldöntésére vonatkozó szabály valójában igen egyszerű lenne.

¹⁴⁹ Hogy világos legyen, Chafetz nem tagadja meg az egyensúly címkét, de nem is igazodik a korábbi elméleti állításokhoz.

Az "elviselhető" konfliktusokról azt feltételezik, hogy stabilizáló, kiegyensúlyozó hatással vannak a szakmák közötti dinamikára - még akkor is, ha maga az alkotmányos politika nem ad a priori okot arra, hogy a nyilvánosság ilyen preferenciákkal rendelkezik, vagy ilyen preferenciák alapján cselekszik. Ezért az elmélet csendben becsempész egy sor meglehetősen ellentmondásos feltételezést a demokratikus nyilvánosságnak a szakmaközi konfliktus természetével kapcsolatos preferenciáiról.¹⁵⁰

Összefoglalva tehát, miben új és miben különbözik a *kongresszusi alkotmányt* mozgó elmélet az I. részben vázolt három általános megközelítéstől? Röviden, az alkotmányos politikáról szóló beszámolót az egyensúlyi és az exogén modellek ambiciózus hibridjeként lehetne jellemezni. Intellektuális értelemben a legnagyobb távolságot a szétválasztási modellektől jelenti. Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló annyiban áll ellentétben a legtöbb szeparációs teoretikus módszertani előfeltevésével, hogy Chafetz, miközben elismeri, hogy az írott szöveg egyes részei a politikától függetlenül "statikusak" (17. o.), hangsúlyozza az alkotmányos szabályok endogenitását az átmeneti pártpolitikai viták szempontjából (pl. 20, 25-26).

Ezzel szemben az alkotmányos politikáról szóló beszámoló mind az egyensúlyi, mind az exogén modellek elemeit újszerűnek ígérkező mintázatba fonja össze. A könyv egyik központi témája, hogy "a kongresszus alkotmányos helyében nincs semmi olyan, ami arra ítélné, hogy második (vagy harmadik) hegedűs szerepet játsszon" (42. o.). Sőt, mint fentebb említettük, az alkotmányos politika elmélete az ágazatok közötti konfliktus stabil állapotát feltételezi, amelyben egyik ágazat sem válik hegemónná (305. o.), és egyfajta önstabilizáló mechanizmust feltételez, amely beindul, amikor az egyik ágazat túl nagyra nő (312. o.). Úgy tűnik, hogy egy bizonyos fajta közvéleménynek táplálnia kell ezt a mechanizmust. Ugyanakkor az elmélet nem támaszkodik arra az állításra, hogy az egyes ágakon belüli tisztviselők mindig vagy gyakran az intézményi lojalitás alapján fognak cselekedni (vö. 30-31., 311. o.). Inkább a hivatalos szereplőket egy kifejezetten politikai mezőben helyezi el, abban az értelemben, hogy a hatalmat a nyilvánossággal való kapcsolataik kontextusában gyökerezeti.

Chafetz elméletének egyik meglehetősen felületes összefoglalása, amely bizonyára túlságosan redukcionista, és nem felel meg sem ambícióinak, sem kifinomultságának, az, hogy az egyensúlyi modell átalakítása (amelyben az ágak közötti dinamikus kölcsönhatások egészséges vitát eredményeznek a politikáról, és járulékosan megakadályozzák, hogy bármelyik ág túlterjeszkedjen), az exogén modellnek a kormányzat motívumaira és működési környezetére vonatkozó meglátásaival, amelyeket kényelmetlenül melléjük csatoltak.

Azt is hozzá kell tennem, hogy Chafetz elméletének ez az ismertetése a *Kongresszus alkotmányának* bizonyos részeit lekicsinyli. Kiemeltem például Chafetz állítását, miszerint elméleti beszámolója annyiban különleges, hogy "multiplicitás alapú", mert "célja, hogy rávilágítson arra, hogy a nem hierarchikus alkotmányos rendben a hatalmi igények hogyan szaporodnak és fedik egymást" (18. o.). Lásd még Josh Chafetz, *A negyedik út? Bringing Politics Back into Recess Appointments (and the Rest of the Separation of Powers, Too)*, 64 *Duke L.J. Online* 161, 162-63 (2015); Josh Chafetz, *Multiplicity in Federalism and the Separation of Powers*, 120 *Yale L.J.* 1084, 1112-28 (2011). A hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos elméleti munkákban azonban mindkettő közhelynek számít: az a tétel, hogy (1) a hatalmi ágak szétválasztása több szereplőből áll, és (2) ezek a szereplők mind olyan alkotmányos

igényeket támasztanak, amelyek átfedik egymást, és néha ütköznek egymással. Ennélfogva nem a sokféleségen való alapozás teszi az alkotmányos politikáról szóló beszámolót megkülönböztető és új hozzájárulássá a szakirodalomhoz. Úgy döntöttem, hogy azt emelem ki, ami valóban új az elméletben.

¹⁵⁰ Lásd a 185186. ponthoz fűzött kísérő megjegyzéseket.

B. Az elmélettől az alkalmazásig?

Mielőtt rátérnék kritikai elemzésem lényegére - a *kongresszusi alkotmány* metateoretikus predikátumainak feltárására -, indokolt *némi* előzményt adni a hat kimerítő és gazdag történelmi esettanulmányról. Különösen annak a kérdésnek érdemes figyelmet szentelni, hogy miért kell ezeket a konkrét eseteket elkülöníteni, és hogy elemzésük nagyjából párhuzamosan bontakozik ki.

A kongresszus hatásköréről szóló hagyományos vitákat ismerő olvasóknak azonnal feltűnik, hogy Chafetz esettanulmányok kiválasztásakor szándékosan kihagyja a kongresszusnak az I., III. és IV. cikk különböző rendelkezései alapján az anyagi jogi szabályok kihirdetésére vonatkozó hatáskörét.¹⁵¹ Első pillantásra ez a témaválasztás nyilvánvaló kérdéseket vet fel. Szoros kapcsolat van az általa tárgyalt és a kihagyott hatáskörök között. Az előirányzatok például a pusztá szabályozás közeli helyettesítői lehetnek, különösen akkor, ha a kiadásokhoz feltételek kapcsolódnak.¹⁵² A kongresszus belső fegyelmi döntései kölcsönhatásban vannak a Kongresszus azon hatáskörével, hogy etikai és lobbiszabályokat hozzon anélkül, hogy az Első Kiegészítésbe ütközne.¹⁵³ Nehéz belátni, hogy az előirányzatra vonatkozó hatáskör hogyan választható el a Kongresszusnak az I. cikk 8. szakaszának első két szakasza szerinti, az adóztatásra és hitelfelvételre vonatkozó hatáskörétől.¹⁵⁴ Még ha a határaik élesebbek is lennének, ezek a heterogén hatáskörök talán nem állnának azonnal olyan logikus és nyilvánvaló egészként a középpontban, amely egyetlen elemző lencsét kíván.¹⁵⁵ Az olvasót ezért az a kínzó aggodalom gyötörheti, hogy más releváns kongresszusi hatáskörök a könyv látószögének periferiáján játszódnak le.

¹⁵¹ Lásd U.S. Const. art. I, 4. § (a Kongresszus hatásköre az állami választási szabályok megváltoztatására); 8. §, cls. 3-18. § (felsorolt hatáskörök; 10. §, 2. pont (az állami adózás szabályozása); III. cikk, 1. és 2. § (az alsóbb szintű szövetségi bíróságok és a Legfelsőbb Bíróság fellebbviteli joghatóságának szabályozása); IV. cikk, 1. § (a teljes hit és hitel szabályozása); 3. § (területi szabályozás).

¹⁵² Todd D. Peterson, *Controlling the Federal Courts Through the Appropriations Process*, 1998 Wis. L. Rev. 993, 1008 (1998) ("Az előirányzatok kifejezetten célzott korlátozásával a Kongresszus szabályozhatja a többi ág magatartását, és gyakran a végrehajtó hatalom vagy a bíróságok ellenállása ellenére is érvényre juttathatja akarátát."). A kongresszus azon hatáskörének terjedelme, hogy a szövetségi kiadásokra vonatkozó feltételek alkalmazásával politikai célokat érjen el, leggyakrabban akkor merül fel, amikor az államok e pénzeszközök kedvezményezettjei. Samuel R. Bagenstos, *The Anti-Leveraging Principle and the Spending Clause after NFIB*, 101 Geo. L.J. 861, 862-63 (2013).

¹⁵³ Azzal az érveléssel kapcsolatban, hogy a lobbizás jelenlegi struktúrája sérti az első módosítás petíciós klauzuláját, lásd Maggie McKinley, *Lobbying and the Petition Clause*, 68 Stan. L. Rev. 1131, 1132-42 (2016).

¹⁵⁴ U.S. Const. art. I, §8, cls. 1 és 2. E záradékok kölcsönhatásáról lásd Neil H. Buchanan & Michael C. Dorf, *How to Choose the Least Unconstitutional Option: Lessons for the President (and Others) from the Debt Ceiling Standoff*, Colum 112. L. Rev. 1197-1202:1175, (2012) (az adóztatási, költsékezési és hitelfelvételi hatáskörök közötti kapcsolat elemzése).

¹⁵⁵ Chafetz azt állítja, hogy csak "azokat a konkrét alkotmányos eszközöket veszi figyelembe, amelyek a Kongresszus rendelkezésére állnak a többi hatalmi ággal való kapcsolattartás során". (p. 3). Ez azonban nem egészen így van. Természetesen az igazságszolgáltatást érintő ágak közötti konfliktusra vonatkozó példával kezd (9. o.). De egészében véve a könyvének meglehetősen kevés mondanivalója van arról, hogy "a kongresszusnak milyen jogköre van arra, hogy megvonja a szövetségi bíróságoktól a joghatóságot, mint a hivatalos magatartás jogszerűségével kapcsolatos kérdések bírósági felülvizsgálat alól való kivédésének

eszközét". Fallon, Jurisdiction-Stripping, supra note 21, at 1047. Ahol a bíróságok belépnek a képbe, ott a kongresszus és a végrehajtó hatalom közötti kapcsolatokba való beavatkozásukat kritizálják (pl. 182-90. o.).

Chafetz választásának indoklása, úgy gondolom, inkább a nagyobb normatív projektjéből fakad, mint a választott témák közötti funkcionális homológiából. Témáját talán úgy lehet a legjobban megérteni, hogy Chafetz egyszerűen csak úgy fogalmazza meg, hogy a "kongresszusi hatalomról" (26. o.) nem egyszerűen absztrakt módon, hanem a *végrehajtó hatalomhoz viszonyítva* kíván számot adni, ami a kortárs kommentárokat uralja. A kongresszusi hatalom hat esettanulmánya a kongresszus és a II. cikk szerinti partnerének kölcsönhatásai szempontjából leginkább releváns eszközökre vonatkozik.¹⁵⁶ Az esettanulmányok ezen a nézetten eszközként szolgálnak Chafetz azon állításának, és ezért annak alárendeltjei, hogy a "hatalommegosztási rendszer inkább az ésszerű, mintsem a maximális harciasságot privilegizálja" a politikai ágak között (311. o.).¹⁵⁷

Ezzel összefüggésben, amennyiben az elemzéséből elmélet születik, azt úgy lehet a legjobban értelmezni, hogy az a Kongresszus és a végrehajtó hatalom közötti interakciókkal kapcsolatos állandó aggodalomba ágyazódik, és potenciálisan tükrözi azt. Korántsem egyértelmű azonban, hogy az e politikai-ágazati kettősségre vonatkozó általános tételek leíró pontossággal vagy előrejelző jelleggel érvényesek lennének más szakmaközi kettősökre alkalmazva.¹⁵⁸

Ha ebben a fényben nézzük, az esettanulmányokat egy sor koordináta egyesíti, amelyek mind a hat közös elemzési keretes ponton áthaladnak, és amelyek segítenek a metateoretikus témák későbbi feltárásában. Ebben a tekintetben az esettanulmányok elemzési közösségeinek négy pontját érdemes itt kiemelni, mert ezek megalapozzák a részletesebb elemzést.

Először is, a hat esettanulmány mindegyike egy-egy lendületes történelmi elbeszélésként szerveződik, amelyek mindegyike "a tizenhetedik század fordulója körüli Angliában kezdődik" (4. o.). Ez a történelem fontos, de nem azért, mert a kortárs politikai szereplők tudatosan felidéznek. (Ma a legtöbben csak akkor tudják elválasztani a Wolseyt a Morestól, ha átnézték a Mantelt.¹⁵⁹) Miért számít tehát a történelem? Bár a sajátos történelmi keret indokoltságát nem fejtette ki részletesen, azt lehet mondani, hogy Chafetz egy "fejlődési" folyamatot képzel el, amelyben az intézmények későbbi változatai valamilyen módon "mélyen gyökereznek" a Tudor-korszakban kezdődő korábbi változatokban (4.-5. o.). Mind a történelmi keret, mind az ennek a keretnek a megmagyarázására használt konkrét nyelvezet

¹⁵⁶ Ezzel szemben az a nehéz kérdés, hogy az államok hogyan és mikor befolyásolhatják a kongresszusi magatartást, és így mikor vetnek fel a kongresszusi intézkedések föderalizmussal kapcsolatos aggályokat, nem tartozik a könyv tárgykörébe. A vezető általános elméletek szkeptikus szemléletét lásd Aziz Z. Huq, *Does the Logic of Collective Action Explain Federalism Doctrine?*, 66 *Stan. L. Rev.* 217 (2014).

¹⁵⁷ Ez összhangban van azokkal a közelmúltbeli megállapításokkal, amelyek szerint (például) "a vizsgálatok olyan ellenőrzést nyújtanak a Kongresszusnak az elnöki aggrandizálással szemben, amely gyakran hatékonyabb, mint a törvényhozói funkciója által biztosított ellenőrzés". Douglas L. Kriner & Eric Schickler, *Investigating the President: Congressional Checks on Presidential Power* 9 (2017).

¹⁵⁸ Más összefüggésekben például az egyik ág (mondjuk a Kongresszus) egy másik ágra (mondjuk a bíróságokra) gyakorolt befolyását a harmadik ág független intézkedései közvetíthetik. Egy ilyen irányú beszámolót lásd: Tara Leigh Grove, *The Article II Safeguards of Federal Jurisdiction*, 112 *Colum. L. Rev.* 250, 252 (2012) (azzal érvelve, hogy "a végrehajtó hatalom erősen ösztönözve van arra, hogy ezt az alkotmányos felhatalmazást felhasználva szembeszálljon a szövetségi joghatóság korlátozására irányuló erőfeszítésekkel").

¹⁵⁹ Ha ez homályosnak tűnik, ez a lényeg. Vö. Hillary Mantel, *Wolf Hall* (2009); Hillary Mantel, *Bring Up*

the Bodies (2012). Ennél gazdagabb, vagy elragadóan mocskosabb és brutálisabb beszámolót a Tudorok politikájáról el sem lehet képzelni.

azt sugallják, hogy a történelmi tapasztalatok itt implicit módon relevánsnak tekinthetők a későbbi és kortárs viták megoldása szempontjából.¹⁶⁰ Ez nyilvánvalóan feszültségben áll Chafetz állításával, miszerint a konkrét intézményi rendezések "nem rendelkeznek kötelező érvényű következményekkel a jövőre nézve" (20. o.).

Másodszor, néhány alább tárgyalt fontos kivételtől eltekintve, az esettanulmányok teleológiai jellegűek. Így, bár Chafetz elismeri, hogy az intézményi fejlődésben van némi oda-vissza mozgás, összességében mégis az a benyomásunk, hogy az intézményi fejlődés pozitív irányban halad az egyre kívánatosabb intézményi formák felé. Chafetz például beszámol a király és a parlament közötti küzdelemről az utóbbi eljárásrendjéről, majd az állami alkotmányokat úgy mutatja be, mint amelyek az ebből a történelemből való tanulást testesítik meg (278. o.), az amerikai alkotmányt pedig úgy, mint amely "hasonló törekvést mutat" (279. o.). Vagyis a brit történelem tanulságokat tartogat - és ezeket a tanulságokat az új világban átvették és sikeresen alkalmazták. Általánosabban szólva, beszámolóinak hangvétele összhangban van az intézményi tervezés immanens racionalitásának fokozatos kibontakozásával - egy olyan történet, amelyben több mint egy nyomát találjuk a hegeli, teleologikus racionalitásnak. Ez viszont az intézményi fejlődésnek az alkotmányos politika által implicit módon elfogadott, általánosan optimista irányultságának előfeltételeként működik.

Harmadszor - és az előző megfigyeléssel némi feszültségben - Chafetz a történelmi elbeszélések során nem korlátozódik a konkrét, "helyi[]" viták keretében kialakult álláspontok leírására (20. o.). Inkább többször is leszögezi, hogy a konkrét vitákat milyen módon oldották meg (lásd pl. 120., 182., 255. o.). Ezért, amikor a Kongresszusnak a huszadik század végén hozott azon döntéseit tárgyalja, hogy a szövetségi igazságszolgáltatás támogatását kérte a végrehajtó hatalomtól információk kiszedéséhez a végrehajtói kiváltságra vonatkozó állítások ellenére, kritikusan megjegyzi, hogy "a Kongresszus így egyszerre csökkenti[e] saját tekintélyét a közszférában, és növeli[e] a bíróságok tekintélyét". (p. 195). Amikor az elnöknek a II. cikk szerinti, a tisztviselők elbocsátásához szükséges jogkörének terjedelmét érintő bírói precedenseket tárgyalja, Chafetz bírálja a Legfelsőbb Bíróság formalista döntéseit, amelyek korlátozzák a Kongresszusnak a szövetségi bürokrácia felépítésére vonatkozó hatáskörét, azon az alapon, hogy "megfosztják a Kongresszust a kormányzati hivatalok felépítésére és ellenőrzésére vonatkozó képességének központi elemeitől" (147. o.).¹⁶¹ Ezeknek a következményeként

¹⁶⁰ Nem vagyok történész, de meg kell jegyeznem egy módszertani aggályt, amely valószínűleg a történészek körében a legnagyobb visszhangra talál. Azt hiszem, joggal mondhatjuk, hogy Chafetz beszámolója a politikai konfliktusok meglehetősen konvencionális elbeszéléseiként vannak megfogalmazva, amelyekben az egyik fél győz, a másik veszít, és ennek eredményeként az intézményi hatalom meglehetősen világos megértése alakul ki. Ahogyan engem Londonban iskolásként Tudor-angolra tanítottak, a történelmi csaták úgy tűnnek, mintha futballmeccsek sorozata lenne roppant pontos eredményekkel ("Wolsey-one, More-nil"). De vajon az intézményi rendezés megértése vagy az intézményi konfliktusokból levont tanulságok valóban ennyire kétértelműek? A végrehajtó hatalomról szóló történelmi könyvek sorát áttekintve, ahogyan azt az alapítás idején értelmezték, John Fabian Witt megjegyzi, hogy az ilyen kérdések "ritkán voltak rendezettek, és szinte mindig heves viták tárgyát képezték". John Fabian Witt, *Anglo-American Empire and the Crisis of the Legal Frame (Will the Real British Empire Please Stand Up?)*, 120 Harv. L. Rev. 754, 766 (2007). Míg a bennem lévő iskolásfiú értékelte a hajlékony elbeszélést, a történész manqué csodálkozott a mélység hiányán. Különösen az 1832-es nagy reformtörvény előtti parlamenti demokrácia egészen más jellege nem kap elegendő figyelmet. A Chafetz elbeszéléseinek

középpontjában álló időszak részletes tanulmányát lásd David L. Smith & Graham E. Seel, *Crown and Parliaments, 1558-1689* (2001).

¹⁶¹ Egy ilyen formalista határozatra példa a *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 116 (1926); lásd még *Bowsher v. Synar*, U478.S. (714,1986722) (érvénytelenítette a költségvetési zárolási mechanizmusokat, amelyek célja az volt, hogy

Az elmélet, amelyet az esettanulmányok létrehozására hoztak létre, nem azt állítja, hogy a "politikai viselkedés és kölcsönhatások" az egyedüli meghatározói a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos konfliktusok törvényes vagy kívánatos kimenetelének (16-17. o.).¹⁶² Egyes eredmények, még ha a kongresszus törekszik is rájuk, normatív értelemben nem kötődnek. Ennek egyik következménye, hogy kell lennie egy exogén módon adott normatív viszonyítási alapnak, amelyhez a helyi és esetleges eredményeket mérik - egy olyan viszonyítási alap, amely nem tűnik fel azonnal az alkotmányos politikáról szóló beszámoló felületen vizsgálatakor.

Negyedszer, vegyük észre, hogy a fent említett, félresikerült intézményi teleológia mindkét példája a szövetségi bíróságok alkalmatlan beavatkozásán alapul. Mikor kellene tehát a bírónak beavatkozni az alkotmányos politikával összhangban? Nehéz megmondani. A *Kongresszus alkotmányában* nem egyértelmű, hogy a bíróságoknak hogyan kellene megoldaniuk a hatalommegosztási vitákat, és egyáltalán kellene-e megoldaniuk azokat. Chafetz időnként élesen bírálja a bírói szerepet, és az igazságszolgáltatás ellen lép fel (lásd pl. 182. o.). Máskor viszont úgy tűnik, elismeri, hogy bizonyos jogi kérdések elkerülhetetlenül a bíró elé kerülnek. Elismeri például, hogy a bíróságoknak "talán nagyobb" szerepük van a Speech and Debate Clause kérdéseit illetően, mivel "a tagokat leginkább a tárgyalóteremben "kérdézik" ki" (226. o.).¹⁶¹ És azt állítja, hogy a Kongresszusnak "fontolóra kellene vennie, hogy nagyobb mértékben támaszkodjon" arra a jogkörére, hogy közvetlenül, letartóztatás és bebörtönzés útján érvényt szerezzen a megvetési jogának (198. o.). Feltételezhetően az ebből következő bebörtönzések bírósági felülvizsgálatnak lennének alávetettek egy olyan habeas corpus kereset útján, mint amelyet az őrmester korábbi bebörtönzéseinek megtámadására használtak (lásd pl. 178. o.).

Az ilyen ad hoc ítéletektől eltekintve azonban nincs általános beszámoló arról, hogy a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos kérdéseket mikor kell megindokolni a III. cikk szerinti bírói testület előtt. Az biztos, hogy Chafetz azt sugallja, hogy egyetlen bírói vélemény sem végleges, mert "nincs a hatalommegosztási klauzulanak megfelelője", így a jogi kérdéssel kapcsolatos "masszívan ismétlődő" konfliktus akkor is folytatódhat, ha állítólagosan jogszerű megoldás született (19. o.). Ezt azonban nem tartom meggyőző válasznak. Ma a Legfelsőbb Bíróság legtöbb döntését - kivéve azokat, amelyek a közvélemény tartós és érzelmi törésvonalakat követik - az amerikai politika legtöbb résztvevője jogilag döntőnek tekinti. Még ha ezeket a véleményeket aláírja is más ágak ellenállása, vagy akár alacsonyabb szintű bíróságok bírái), jellemzően nem "ismétlődnek meg tömegesen" a közszférában zajló folyamatos konfliktusokon keresztül, kivéve a Legfelsőbb Bíróság előtti kérdés újbóli megnyitására irányuló alkalmi erőfeszítéseket.¹⁶⁴ Most például sokkal kevesebb vita van a szüneti kinevezésekkel kapcsolatban, miután a Legfelsőbb Bíróság már foglalkozott a kérdéssel.¹⁶³ A gyakorlatban, vagyis a bírósági

a költségvetési túllépések ellenőrzése). Barkow és Waldron (lásd a fenti 64. és 65. lábjegyzetet) megállapításaival összhangban érdemes feltenni a kérdést, hogy a formalizmus valamely más ág (pl. a bírói hatalom) nevében más eredményt érdemelne-e. Chafetz elemzéséből nem derül ki egyértelműen, hogy mit mondana erre vonatkozóan.

¹⁶² A fent említett elítélések egyike sem magyarázható azzal, hogy az érintett ágazat magatartását "meggondolatlan" nevezzük.

¹⁶¹ Lásd még 258-59. o. (jóváhagyólag ír arról, hogy miként kezelték Adam Clayton Powell képviselő

kizárásának bírósági megtámadását).

¹⁶⁴ Egy olyan legfelsőbb bírósági vélemény esettanulmányát, amelyet a gyakorlatban nagyrészt semmissé tettek - de az alsóbb szintű bíróságok dacára és a végrehajtó hatalom láblógatásával -, és amely mégis kötelező érvényű jogszabálynak számít, lásd *Huq, President and the Detainees*, 88. lábjegyzet, 501-11. o., lásd *Huq, President and the Detainees*, 501-11. o.

¹⁶³ *NLRB v. Noel Canning*, 134 S. Ct. 2550 (2014).

a felsőbbrendűség jobban megalapozott, mint azt Chafetz sugallja.¹⁶⁴ Ezért úgy gondolom, hogy a hatalmi ágak szétválasztásával kapcsolatos kérdések sokkal inkább rendeződnek, mint amennyire ő megengedi.¹⁶⁵ Talán ez nem túl bölcs dolog. De anélkül, hogy szisztematikusan megkérdőjeleznék a bírói felsőbbrendűségnek az amerikai alkotmányos képzeletre gyakorolt jéghideg hatalmát, Chafetznek a III. cikk szerinti rendezésről való lemondása nem leíróan meggyőző.

A kongresszus alkotmánya a III. cikk szerinti perindítás kérdését is megkerüli, amikor egy egyén arra hivatkozva indít pert, hogy egy felismerhető kárt okozó kormányzati intézkedést *nem* azért kell megtiltani, mert a kárt nem lehet jogszerűen okozni neki, hanem azért, mert az intézkedés sérti a hatalommegosztási protokollt. A Bíróság erre a kérdésre igenlő választ adott.¹⁶⁶ A tudósok egy különc kisebbsége ellenezte ezt.¹⁶⁷ Mivel nem ad számot arról, hogy a bíróságoknak mikor kellene beavatkozniuk az ügyek e döntő jelentőségű csoportjába, az alkotmányos politika elmélete homályban hagyja azt a kérdést, hogy a szóban forgó jogi kérdések közül melyeket oldják meg az informális politikai csatározások adok-kapok útján, és melyeket a bírósági felülvizsgálat formálisabb csatornázási eszközével.

A bírósági felülvizsgálat "mikor" kérdése részben azért fontos, mert segít tisztázni a bírósági felülvizsgálat "hogyanjáról" való gondolkodást. Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló ajánlásokat tesz arra vonatkozóan, hogy a bíróságoknak mikor kellene félreállniuk (182. o.). De ez egy - bár normatívan terhelt - leírásként van megfogalmazva arról, hogyan oldják meg a hatalommegosztási vitákat a Hart által "külső ... nézőpontból", "egy olyan megfigyelő szemszögéből, aki maga nem fogadja el azokat".¹⁶⁸ A bírák azonban nem külső nézőpontból döntenek az ügyekben. Ők inkább úgy értelmezik magukat, mint "annak a csoportnak a tagja[i], amely elfogadja és használja [a jogi szabályokat] a magatartás iránymutatóiként".¹⁶⁹ Nem világos, hogy Chafetz szerint a bírácoknak ugyanazt az analitikus megközelítést kellene-e alkalmazniuk a hatalommegosztási kérdésekben, mint amit ő támogat. Távollról sem egyértelmű, hogy megtehetnék vagy meg kellene tenniük. Általánosabban, vannak

¹⁶⁴ A bírói felsőbbrendűségnek nincs általánosan elfogadott mérőszáma, és a bírói felsőbbrendűsége (vagy annak hiányára) vonatkozó anekdotikus bizonyítékok nem lennének döntőek. Inkább azt gyanítom, hogy Chafetznek és nekem egyszerűen csak ésszerű nézeteltérésünk van a bírói felsőbbrendűség mai normatív súlyát és gyökereit illetően. Bár egyetértek Chafetzzel abban, hogy a bírói felsőbbrendűség összességében kevésbé kívánatos, mint azt sokan gondolják, elismerem, hogy az én álláspontom kisebbségi álláspont.

¹⁶⁵ Ez az álláspont összhangban van azzal a ma már egyre gyakrabban hangoztatott állítással, hogy a Bíróság "alkotmányos döntéshozatala elválaszthatatlanul összefonódik a népakarattal, számos módon becsatornázva a politikai és népi többség véleményét". Corinna Barrett Lain, *Soft Supremacy*, 58 *Wm. & Mary L. Rev.* (1609,2017)1612). Valóban, a bírói és a népi preferenciák kölcsönhatása segít megmagyarázni a bírósági rendezés tartósságát első fokon.

¹⁶⁶ Lásd *Bond kontra Egyesült Államok*, 131 S. Ct. 2355, 2365 (2011) (amely szerint "az egyéneket ... a hatalommegosztás működése védi").

¹⁶⁷ Lásd pl. *Huq, Standing*, supra note 88, 1514-23. o. (a III. cikk szerinti jogállási doktrína reformját ajánlja).

¹⁶⁸ Hart, 136. lábjegyzet, 89. pont. Pontosabban, Chafetz egy "hermeneutikai" nézőpontot képvisel, amely "a jogot ... a bennfentes nézőpontjára hivatkozva igyekszik leírni", különösen "a csoport tagjainak attitűdjeire figyelve". Scott J. Shapiro, *What Is the Internal Point of View?*, 75 *Fordham L. Rev.* 1157,

1159 (2006).

¹⁶⁹ Hart, 136. lábjegyzet, 89. pont.

erőteljes okok, amelyek miatt az alkotmányos kánonok és az elemzési módszerek működése intézményi kontextusonként eltérő lenne, és amelyekkel a *Kongresszus alkotmánya* nem foglalkozik.¹⁷⁰

A bírósági felülvizsgálat "mikor" és "hogyan" kérdéseire adott szisztematikus válaszok hiánya fejtörést okoz. Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló ugyanis megmagyarázza, hogy a "nem hierarchikus, szakmaközi viták", ha "okosan kezelik" őket, hogyan vezetnek kívánatos eredményekhez (18-19. oldal), de keveset mond arról, hogy a "okos" mikor jelent "bírói"-t is. Mindaddig, amíg a bíróságok más jogforrásokat alkalmaznak, mint amiket Chafetz támogat, az elmélet nem lesz egyensúlyban. Így, még ha a bíróságok a jogviták rendezésében a szakmaközi gyakorlatra támaszkodnak is, ezenfelül olyan módon fordulnak a "[t]ext, a történelemhez, a struktúrához és a precedenshez" (16. o.), amelyet az alkotmányos politikáról szóló beszámoló nem támogat. Következésképpen, ahol a bírósági felülvizsgálat kezdődik (bárhol is legyen az), az elmélet elhallgat, vagy legalábbis tompa nyelvvél énekel.

Összességében elmondható, hogy a hat esettanulmány között vannak folytonosságok - mind a közös módszertani lépések, mind a közös hiányosságok tekintetében. Ezeknek a közös vonásoknak a kiemelése rávilágít az esettanulmányok elmélethez való viszonyára (valamint eltéréseikre). Ezáltal előkészíti a terepet a beszámoló metateoretikus alapjainak vizsgálatához.

III. A HATALOMMEGOSZTÁS METATEMATIKÁJA A KONGRESSZUS ALKOTMÁNYÁBAN

Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló az intézményi viselkedés empirikus tényei és a hivatalos magatartás megfigyelt szabályszerűségei által felvetett normatív kérdések tekintetében következetes és védhető előfeltevéseken alapul-e? Ez a rész a metateoretikus vizsgálat hármass keretét alkalmazza az alkotmányos politikáról szóló beszámolóra. Kiegészítő célja, hogy bemutassa a hatalommegosztás elméletének predikátum-feltevésére összpontosító elemzés hasznosságát. Ezt a feladatot segíti, hogy Chafetz - a hatalommegosztás többi vezető teoretikusával ellentétben - csodálatra méltóan őszinte és világos a módszertani előfeltevéseivel kapcsolatban. Már maga az ilyen őszinteség is hozzájárul az e területen folytatott jogtudományi viták minőségéhez.

Bár a II. részben az alkotmányos politika elméletének kifejtése a jogforrásokkal kezdődött, mielőtt áttértünk volna a motívumokra, itt több értelme van annak, hogy azzal a kérdéssel kezdjük, hogy mi motiválja a hivatalos szereplőket, mielőtt rátérnénk a jogforrások kérdéseire, majd az egyensúly és a változás mint alapfeltevés közötti választásra.

A. Motívum

A hatalmi ágak szétválasztásának elméletében a hivatalos indíték kérdése két okból is nehéz és finom kérdés. Először is, a konkrét szereplők motívumai, akiket a

¹⁷⁰ Lásd pl. Aziz Huq, Enforcing (But Not Defending) "Unconstitutional" Laws, 98 Va. L. Rev. 1001, 1001-05 (2012) (különbséget téve az egyéni jogokkal kapcsolatos végrehajtói kötelezettségek és a strukturális alkotmányos kérdések között); Trevor W. Morrison, Constitutional Avoidance in the

Executive Branch, 106 Colum. L. Rev. 1189, 1239-58 (2006) (az elkerülés kánonjának eltérő kezelését javasolja a végrehajtó hatalmi ág kontextusában).

a hivatalos hatósági jogkörök valószínűleg jelentősen eltérnek az idő és az intézményi helyszín függvényében. Másodszor, a hivatalos motivációk az intézményi struktúra megválasztásától endogén módon függenek. Az intézményi tervezési lehetőségek megengedhető tartományára vonatkozó ítéletek ezért megváltoztatják a hivatalos motívumok minőségét. Először részletesebben kifejtem ezeket a pontokat, majd megvizsgálom az indíték szerepét az alkotmányos politika elméletében, mielőtt végül rátérnék arra a kapcsolódó kérdésre, hogy mi számít "hatalomnak" Chafetz elméletében.

Hasznos, ha egy egyszerű, bár destabilizáló megfigyeléssel kezdjük: A kormányzati ág hivatalos szereplőinek motívumai és preferenciái nem maradnak statikusak az idők folyamán. Azt sem lehet feltételezni, hogy ezek a motívumok az egyes ágak között állandóak. Vegyük például azt a szűk értelemben vett kérdést, hogy a kongresszus tagjai valószínűleg részt vesznek-e a jogi és különösen az alkotmányos kérdésekről szóló vitában, és befolyásolják-e őket. Egyrészt David Currie szorgalmas történeti munkája kimutatta, hogy a korai kongresszusok komolyan megvitatták "az alkotmányos kérdések lélegzetelállító sokaságát, kicsiket és nagyokat".¹⁷¹ Nemrégiben egy volt képviselő és szövetségi bírósági bíró arra a következtetésre jutott, hogy a törvényhozási vita nem tárja fel a folyamatban lévő jogszabályok alkotmányos következményeit; és a kongresszus a legjobb esetben is egyenesen mérlegeli az általa elfogadott jogszabályok alkotmányosságát.¹⁷² A politikatudomány vezető munkái azt is sugallják, hogy a jogalkotók egyszerre többféle célt követnek, és néha a célokat egymással szemben cserélgetik.¹⁷³ Az alkotmányos aggályok nem élveznek állandó prioritást, és az átmeneti, nem jogi aggályok erőssége az idő múlásával változik.

Az, hogy a kongresszus tagjai milyen módon és milyen mértékben foglalkoznak a különböző jogi és nem jogi célokkal, ráadásul az idő múlásával változik, mivel maga az intézmény is fejlődik.¹⁷⁴ Ahogy Michael Gerhardt kifejtette, a kongresszusi tanácskozás intézményi struktúrájától függ, hogy a kongresszusi tagoknak milyen lehetőségeik vannak az alkotmányos kérdésekkel kapcsolatos ítélőképesség gyakorlására. Gerhardt kiemeli nemcsak a bizottságok, hanem az "informális gyakorlatok, normák és hagyományok" szerepét is.¹⁷⁵ Ezek mind a jogi és alkotmányos kérdésekkel kapcsolatos tanácskozás csatornáit, amelyek az idők során eltolódtak. Ezzel szemben, ahogy Chafetz részletesen feltárja, "a bizottságok a kezdetektől fogva fontos részét képezték a kamarai rendezésnek", de drámai változásokon mentek keresztül azóta 1789

¹⁷¹ David P. Currie, *Az alkotmány a kongresszusban*: (2391997).

¹⁷² Abner J. Mikva, *How Well Does Congress Support and Defend the Constitution?*, 61 N.C. L. Rev. 587, 587-88, 610 (1983).

¹⁷³ A klasszikus mű Richard F. Fenno, Jr., *Congressmen in Committees* 1 (1973). A jogtudósok ritka példáját, amely tudatosan átveszi Fenno meglátásait, lásd Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of A Thayerian Congress*, 50 Duke L.J. 1277, 1288 (2001) (a "törvényhozókat egy összetett hasznossági függvény maximalizálásaként kezeli, amelyben az alkotmányos megfontolások az egyik érv").

¹⁷⁴ A külső választási környezet változásai - a kampány különböző formái, a kampányfinanszírozás, a pártállamiságnak az elsődleges struktúra megválasztásával járó változó hatása - mind-mind további bonyodalmakat okoznak a törvényhozók motivációinak előrejelzésére irányuló erőfeszítésekhez. Lásd R. Douglas Arnold, *The Electoral Connection*, Age 40, in *Governing in a Polarized Age: Elections, Parties and Political Representation in America* 29 (Alan S. Gerber & Eric Schickler, szerk., 2017) ("Ami megváltozott - és ami továbbra is változni fog -, az a politikai vizek turbulenciája, amelyeken keresztül a törvényhozók a karrierjüket navigálják [és megjegyezve a választási környezet összetettségének számos új

formáját]). Tekintettel a már azonosított összetettségre, a továbbiakban zárójelbe teszem ezeket a megfontolásokat.

¹⁷⁵ Michael J. Gerhardt, Non-Judicial Precedent, 61 Vand. L. Rev. 713, (7382008).

(p. 282).¹⁷⁶ Általánosabban fogalmazva, a "kongresszus ipari szervezete" egy dinamikus "konstruált környezetet tükröz, amelyben a törvényhozók egymással alkudoznak egyéni és kollektív céljaik elősegítése érdekében".¹⁷⁷ Ez a környezet nem marad mozdulatlan. David Mayhew szavaival élve, a kongresszusi működés "két és negyed évszázadát" vizsgálva, ami "lenyűgöz", az "a rendszer rugalmassága, változatossága, képessége arra, hogy egy pillanat alatt megforduljon".¹⁷⁸

Lényegében párhuzamosan lehetne beszélni az igazságszolgáltatásról és a végrehajtó hatalomról. Egyik sem maradt statikus az idők során. A belső működésükben bekövetkező változások módosítják a legalista kényszerek erősségét más motivációs készletekhez képest. Ez nyilvánvalóan igaz a végrehajtó hatalomra, de igaz a bírói karra is. Ezért a Legfelsőbb Bíróság még a "szupremáciai klauzulával egyenértékű hatalommegosztás" (19. o.) hiányában is hullámzott és hullámzott abban a tekintetben, hogy milyen mértékben érvényesített végső hatalmat az alkotmányjog vitás kérdéseinek eldöntésére.¹⁷⁹ Az intézményi apparátus, az igazgatási műveletek, a lobbierő és a bírói testület rendelkezésére álló pusztá, helyszíni infrastruktúra tekintetében drámaian megváltozott az idők során.¹⁸⁰ Ez megváltoztatta az alkotmány komolyan vételére való képességét, valamint a döntéshozatali folyamatát befolyásolni képes hangok körét.

A hatalommegosztás elméletének, amely a *hatalmi* ágak viselkedésének leíró leírásától egy olyan előíró elképzelés felé igyekszik elmozdulni, amely előírja, hogyan *kellene* viselkedniük, meg kell birkóznia a hivatalos motivációk változékonyságával és endogenitásával. Chafetz becsületére legyen mondva, hogy nem állítja, hogy létezik egyetlen olyan motívum, amely magyarázatot ad a hivatalos cselekvésre az idők folyamán és az egyes ágak között. Mindazonáltal nem tesz általános kijelentést arról, hogy mi motiválja a kongresszus tagjait (vagy, ami azt illeti, a végrehajtó és a bírói hatalom tisztviselőit) a legtöbbször, vagy azokban az esetekben, amelyekkel foglalkozik. Nem foglalkozik a motivációs változások kérdésével sem dinamikus perspektívában.¹⁸¹

Ugyanakkor disszonancia merül fel abban, amit a könyv elméleti részében a hivatalos motivációval kapcsolatban mond. Egyfelől, a központi irányvonala a

¹⁷⁶ Lásd még Fenno, Supra 173. lábjegyzet, 94-114. o. (a kongresszusi bizottságok történelmi jelentőségének vizsgálata).

¹⁷⁷ Daniel B. Rodriguez & Barry R. Weingast, *The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the 1964 Civil Rights Act and Its Interpretation*, 151 U. Pa. L. Rev. 1417, 1431-32 (2003); lásd még Barry R. Weingast & William J. Marshall, *The Industrial Organization of Congress; or, Why Legislatures, Like Firms, Are Not Organized as Markets*, 96 J. Pol. Econ. 132, 132-37 (1988) (a törvényhozók elméletét a vállalatok és a szerződéses intézmények elméletére alapozva).

¹⁷⁸ David R. Mayhew, *The Imprint of Congress* 99 (2017).

¹⁷⁹ Ezen állítások történelmi genealógiájáról és a Bíróság ügyrendjében való gyakoriságukról lásd Aziz Z. Huq, *When Was Judicial Self-Restraint?*, 100 Calif. L. Rev. 579, 584-86 (2012) (a bírósági felülvizsgálat útjának összefoglalása 1800-tól 2000-ig).

¹⁸⁰ Egy összefoglaló történelmi beszámolót lásd Justin Crowe, *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Constitutional Development* (2012).

¹⁸¹ Érdemes azonban megjegyezni, hogy a történelmi elbeszélések némelyike nem "alkotmányos politikáról" árulkodik, hanem az egyéni önérdék egy viszonylag szűk látókörű változatáról. Amikor például Richard Strode parlamenti képviselő meggyőzte kollégáit, hogy fogadják el a Strode-törvényt, amely megsemmisített számos ellene hozott pénzbírságot, és megtiltotta az olyan cselekményeket, amelyek "bosszantották vagy nyugtalanították" a képviselőt, meglehetősen biztosak lehetünk abban, hogy nem pusztá közérdekűség volt a háttérben (203. o.).

Chafetz elméleti fejezete szerint a politikai szereplők párbeszédés folyamatban vesznek részt, amelyben a választópolgárok a közbizalom kiépítésében és elhasználásában vesznek részt, vezetnek és vezetve vannak (pl. 22. o.). Ez azt sugallja, hogy a törvényhozók motivációit - talán még inkább, mint a végrehajtó hatalom ösztönzőit - a választópolgárokkal való, a nyilvánosság felé irányuló interakcióik és a más hatalmi ágakkal folytatott tárgyalásaik alakítják. A törvényhozói motívumok némileg eltérő és árnyaltabb bemutatása azonban felszínre kerül, amikor Chafetz a következő fejezetben válaszol Daryl Levinson és Richard Pildes azon állítására, hogy a pártosodás dominál a kongresszusi tagok számításaiban (28-35. o.). Ezzel az állásponttal szemben Chafetz azt állítja, hogy "a kongresszusi tagok bizonyos alkalmakkor valóban törődnek a kamarájuk hatalmával, önmagában véve" (30-31. o.), és elismeri továbbá "a párthűség motiváló erejét" (35. o.). Bár az utóbbi állítás beilleszthető Chafetz alkotmányos politikáról szóló dialogikus beszámolójába, az előbbi állítás már nehezebben illeszkedik bele. Ugyanakkor ésszerű bizonyítékok utalnak arra, hogy az intézményi lojalitás időnként valóban harap, és ráadásul, míg a törvényhozáson belül a mélyponton van, addig a végrehajtó és a bírói hatalomban még inkább megmutatkozik.¹⁸² Az alkotmánypolitikai beszámolóból nem világos, hogyan, mikor és miért merülnének fel ilyen motívumok.

Az egyik lehetséges válasz ezekre a kritikákra az, hogy Chafetz a tisztviselők és a nyilvánosság közötti párbeszédés interakcióról szóló beszámolója sokféle motívumot figyelembe vesz és magában foglal, beleértve a pártpolitikai és intézményi motívumokat is (42. o.). Ez azonban olyan homályos és nyílt végű beszámolót hagy az elméletben a hivatali motívumokról, hogy az bármilyen előrejelzés, és így bármilyen normatív előírás igazolására felhasználható a jogalkotói magatartásra vonatkozóan. Másképpen fogalmazva, az az állítás, hogy létezik "közcélu" és "nem hierarchikus" ágazatközi versengés, az intézményi motívumok kellően homályos és meghatározatlan értelmezésével párosulva az ágazat és az ágazat közötti konfliktus lefolyására vonatkozó előrejelzések széles skáláját, és így normatív ajánlások széles skáláját támogathatja. A "politikai dolgok megtörténnek" egyszerűen nem túl jó elmélet.

Ezen túlmenően az elméletnek a közvéleményre való támaszkodása (22. o.) két jelentős nehézséget okoz. Az első nehézség az, hogy egyáltalán nem világos, hogy a közvélemény a gyakorlatban milyen gyakran és milyen erőteljesen alakítja a hivatalos cselekvést. *A Kongresszus alkotmánya* nem mutat be empirikus adatokat erre vonatkozóan. Anekdotákra támaszkodik. Chafetz a Robert Bork legfelsőbb bírósági tagságra való jelöléséről szóló szenátusi meghallgatásokat használja fel példaként a nyilvánosság és a hivatalnokok közötti dinamikus kölcsönhatásokra az intézményi szerepekkel kapcsolatban (22-23. o.). Árulkodó azonban, hogy az ezt követő esettanulmányok nem hemzsegnek az intézményi hatalommal kapcsolatos nyílt nyilvános viták párhuzamos példáitól. Arra sem szolgáltat bizonyítékot, hogy a közvélemény abszolút szintjei döntően befolyásolják a hivatalos viselkedést. Ez a pont bizonyos jelentőséggel bír, tekintettel azokra a közelmúltbeli munkákra, amelyek azt sugallják, hogy a hivatalos döntéseket a közvélemény támogatottsági szintjének *változása*, és nem annak abszolút szintje befolyásolja.¹⁸³ Ha ezek a tanulmányok igazak, akkor van okunk kételkedni abban az állításban, hogy a szabadon lebegő közvélemény stabilizáló ballasztként hat az intézményi viselkedésre. Ha a

¹⁸² Lásd David Fontana & Aziz Z. Huq, Institutional Loyalties in Constitutional Law, 84 U. Chi. L. Rev. - (megjelenés: 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940769.

¹⁸³ Lásd James A. Stimson, Tides of Consent: How Public Opinion Shapes American Politics, xvi-xvii (2004) ("It is movement that matters. A politikusok azt kérdezik: 'Hogyan fog reagálnia közvélemény ? ""'. (kiemelés a eredeti elhagyva)).

a törvényhozóknak egyszerűen fontos, hogy elkerüljék a közvéleményben bekövetkező visszaeséseket, jelentős mozgásteret nyerne a hatalommegosztás kölcsönhatásaiban egyszerűen azért, hogy támogadják a népszerű adó- vagy kiadási intézkedéseket az ilyen eltérések ellensúlyozására.¹⁸⁴

A második nehézség abban az állításban rejlik, hogy "a hatalommegosztás rendszere inkább az ésszerű, mint a maximális harciasságot részesíti előnyben" (311. o.). A *kongresszus alkotmányában* semmi sem magyarázza, hogy a nyilvánosságnak miért kellene követelnie a versengés ésszerű formáit, és miért kellene elítélnie a veszélyes formákat (bárhogyan is határozzuk meg azokat). Amint azt már korábban megjegyeztük,¹⁸⁵ Chafetz arra utal, hogy a nyilvánosságnak van valamiféle veleszületett érzéke arra vonatkozóan, hogy mi számít megfelelő szakmaközi magatartásnak. Ez megköveteli, hogy a nyilvánosság kulcsfontosságú tagjai soha ne értékeljék a "maximális" pártoskodást az intézményi keménykedés olyan formáival szemben, amelyek tartós károkat okoznak az intézményeknek. A rendelkezésre álló empirikus bizonyítékok azonban azt sugallják, hogy a nyilvánosság az eredményeket az intézményi folyamatokkal szemben értékelheti.¹⁸⁶ Ma, jobban, mint a közelmúlt politikai történelmének legtöbb pillanatában, nagyon üresen hangzik az az állítás, hogy a mérséklet elkerülhetetlenül győzni fog a szélsőségek felett. Úgy tűnik, hogy a "láthatatlan kéz" nem garantálja a közvélemény által vezérelt hivatalos cselekvés bölcsességét vagy megfontoltságát - legalábbis hacsak nem gondoljuk, hogy a közvéleményt józan gondolkodású jogászprofesszorok alkotják.¹⁸⁷

Végezetül érdemes megemlíteni az alkotmányos politika másik elemét is, amely érinti a motiváció kérdését, bár talán olyan módon, amely inkább súlyosbítja, mint enyhíti a fent említett, elégtelen elméleti specifikációval kapcsolatos aggodalmat. A politikai hatalom fogalma, amely Chafetz elemzésének középpontjában áll, enyhén szólva szokatlan. A hatalom alatt általában azt a képességet értik, hogy egy másik személy felett befolyást gyakoroljunk, hogy az olyan cselekedeteket tegyen, amelyeket egyébként nem tenne meg.¹⁸⁸ Értelmezésem szerint Chafetz a hatalmat egyfajta diszkrécióra vonatkozó engedélyként fogalmazza meg.

¹⁸⁴ Ezen túlmenően, itt felhívhatnánk a figyelmet a politikatudományi tudományok nagyszámú tanulmányára, amely problematizálja a kongresszusnak hűséges "nyilvánosság" elképzelését, és helyette a demokratikus reagálóképesség kifejezetten regresszív mintázatának kritikus portréját állítja a helyébe. Lásd pl. Larry M. Bartels, *Unequal Democracy: The Political Economy of the New Gilded Age* (2008); Martin Gilens, *Affluence and Influence: Economic Inequality and Political Power in America* (2012); Jacob S. Hacker & Paul Pierson, *Winner-Take-All Politics: How Washington Made the Rich Richer--and Turned Its Back on the Middle Class* (2010); Kay Lehman Schlozman, Sidney Verba & Henry E. Brady, *The Unheavenly Chorus: Unequal Political Voice and the Broken Promise of American Democracy* (2012). Ha jobban hitelt adnék Chafetz elméletének a nyilvánossággal való szembesüléssel kapcsolatos versengésről, akkor ez egy külön ellenvetés alapja lenne.

¹⁸⁵ Lásd a 138. lábjegyzethez tartozó szöveget.

¹⁸⁶ Lásd David Fontana & Donald Braman, *Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence from A National Experiment*, 112 Colum. L. Rev. 731, 734 (2012) (nemzeti kísérleti bizonyítékok alapján arra a következtetésre jutott, hogy a normatív ítéletek eltérése "azzal magyarázható, hogy egy adott állampolgár a Bíróság döntését vagy a Kongresszus jogszabályát az ő alapvető világnézetét fenyegetőnek vagy kiváltságosnak tekinti-e").

¹⁸⁷ A láthatatlan kéz érvelésének meghatározásához lásd Adrian Vermeule, *The System of the Constitution* 70, 73-80 (2011) (a láthatatlan kéz érvelését úgy definiálja, hogy egy "átfogó rendszer ... olyan javakat állít elő, amelyeket egyik összetevője sem képes külön-külön előállítani, és amelyeket egyik összetevője sem

szándékozik előállítani", és kritikával illeti a jogi tudományban való használatukat). Sietek hozzátenni, hogy nem állítom, hogy a jogászprofesszorok mind értelmesek, nemhogy bölcsek vagy megfontoltak lennének. Ez végül is nem egy fikciós mű.

¹⁸⁸ Vö. Elshtain, supra note 152, 136. o.; lásd még Steven Lukes, Introduction, in *Power: Readings in Social and Political Theory 2* (Steven Lukes, szerk., 1996) (idézi Max Weber hatalomdefinícióját, amely szerint a hatalom "annak a valószínűsége, hogy egy társadalmi viszonyban lévő szereplő az ellenállás ellenére is képes lesz saját akaratát végrehajtani, függetlenül attól, hogy ez a valószínűség milyen alapon nyugszik" (idézet kihagyva)); id. (idézve Robert Dahl hatalomdefinícióját: "A olyan mértékben rendelkezik hatalommal B felett, amilyen mértékben rá tudja venni B-t arra, hogy olyasmit tegyen, amit B egyébként nem tenne meg". (idézet kihagyva)).

a közvéleménynek való kötelező megfelelés alapállapotához képest. Vagyis a hatalmat a közvéleménytől való szabadságként fogalmazták meg, még akkor is, ha Chafetz elismeri, hogy a politikai vezetők is alakítják a közvéleményt.

A hatalomnak ez a definíciója legalábbis ortogonális - és így figyelmen kívül hagyja - azt, hogy egy ágazat intézményi felépítése milyen mértékben teszi lehetővé vagy gátolja a cselekvéseket. Például a hatalom e definíciója szerint a szövetségi infrastruktúra - a tisztviselők, a személyzet és a pénzeszközök pusztája száma - huszadik században bekövetkezett növekedése önmagában nem a hatalom *forrása*, hanem a hatalom *eredménye*. Hasonlóképpen, a Legfelsőbb Bíróságnak a saját certiorari ügyrendjének¹⁸⁹ meghatározására - és ezáltal a bírák által megoldott vagy elkerült kérdések körének ellenőrzésére - vonatkozó hatásköre nyilvánvalóan nem a "hatalom forrása".¹⁹⁰ Ez számomra meglehetősen valószínűtlennek tűnik.¹⁹¹

Chafetz-szel ellentétben tehát nem minden "hatalom" (ahogyan ezt a kifejezést általában értelmezik) a demokratikus nyilvánossággal való kapcsolatból fakad. Az intézményi felépítésnek számos olyan eleme van, beleértve az intézmény pusztája méretét és a finom napirend-ellenőrzési eszközöket, amelyek érdemben megváltoztatják a hatalmi viszonyokat. Az ilyen elemzés egyik következménye a következő: Ha Chafetznek igaza van abban, hogy a hivatalos szereplők olyan döntéseket hoznak, amelyek jelentős részben a hatalom megszerzésének vágyát tükrözik, és ha a hatalom nem kizárólag a nyilvánosságban érvényesül, akkor ebből az következik, hogy stratégiáikat és viselkedésüket nem lehet teljes mértékben "nyilvánosságra összpontosító" módon értelmezni (20. o.). Inkább egy sokkal összetettebb "sűrű politikai környezetre" kellene figyelni a kormányzatot¹⁹² belül és kívül, hogy megértsük, hogy az intézményi szereplők hogyan keresik, szerzik meg és használják fel a hatalmat. És ha a hivatalos hatalom forrásai nem merülnek ki a nyilvánosságra irányuló dinamikában, akkor az intézményi konfliktusok eredményei nem legitimálhatók a népi származásra való hivatkozással. Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló mérséklő feltevésének ehelyett meg kell buknia.

B. Jogforrások

Amint azt a II.A. részben részleteztük, az alkotmányos politikáról szóló beszámoló a különböző jogforrások relatív fontosságának világos és egyértelmű bemutatásán alapul. Chafetz határozottan elutasítja a szétválasztási modell szövegre és eredeti jelentésre való összpontosítását, ehelyett a gyakorlatot és az egyes ágazatok közötti vitákban elért helyi megoldásokat hangsúlyozza. A II.B. rész vitájára építve az elemzést itt azzal kezdem, hogy egy belső ellentmondást feszegetek az alkotmányos politikáról szóló beszámoló működésében. Ezután visszahúzódok, hogy megkérdezzem, vajon Chafetz felajánlott-e valamilyen "jogként" (és nem pusztán politikaként) megismerhető beszámolót. Végül megvizsgálom az alkotmányos politika modellje és a "konvenció" amerikai jogban betöltött szerepének közelmúltbeli vizsgálata közötti kapcsolatot.

¹⁸⁹ Lásd Evarts Act, Act of Mar. 3, 1891, ch. 517, §6, 26 Stat. 826, 828; lásd még Act of Dec. 23, 1914, ch. 2, 38 Stat. 790; Judiciary Act of 1925, Pub. L. No. 68-415, 43 Stat. 936. Ez a hatáskör egyébként csak egy eleme az intézményi átalakulások hosszú sorának, amelyek a XVIII. század vége óta növelték a szövetségi bírói kar mozgásterét. Lásd Huq, Judicial Independence, supra note 88, 53-55. o. (a történelmet az összehasonlító intézményi hatalom szempontjából összefoglalva).

¹⁹⁰ Lásd Aziz Z. Huq, The Constitutional Law of Agenda Control, 104 Calif. L. Rev. 1401, 1433-38 (2016) (az igazságszolgáltatás napirend-ellenőrzési hatáskörének hatásáról).

¹⁹¹ Vö. p. (41 "[T]he American judiciary is undeniable powerful."); id. p. 333 n.88 (ugyanez).

¹⁹² Huq & Michaels, fentebb 5. lábjegyzet, 391. lábjegyzet.

Küszöbértékként a *kongresszus alkotmányának* elméleti részében az indítékok szerepe és az esettanulmányokban elfoglalt helyük között potenciálisan kibontakozó feszültség van. Ez a feszültség a "történelmi glossza", vagyis a múltbeli intézményi gyakorlat, mint a jogi szabályok forrása szerepétől függ.¹⁹³ Az alkotmánypolitika elmélete és esettanulmányai különböző irányokba mutatnak abban a kérdésben, hogy a történelmi glossza "jognak" számít-e, és homályos homály marad azzal kapcsolatban, ami a hatalommegosztás elméletének egyik központi kérdésévé vált a közelmúltban.

Ezt ki kell csomagolni. Emlékezzünk először is arra, hogy Chafetz elmélete szerint a hatalommegosztási jog illékony vegyületek forrongó és instabil leve (18-19. oldal). A stratégiai cselekvés mezeje "állandó változásban van" (25. o.). "[A] bizonytalanság, az instabilitás és a kiszámíthatatlanság" a mindennapok rendje (312-14. o.). A megoldások, amennyiben megvalósulnak, csak "lokálisan és esetlegesen" léteznek, és "a jövőre nézve kötelező érvényű következmények nélkül" (20. o.). Ez a hatalommegosztás kvantumuniverzumként jelenik meg, ahol az észlelések intézményes hullámfüggvényekből omlanak össze pillanatnyilag rögzített részletekre, ahol a newtoni atomuniverzum sima, karteziánus cselekvésének helyét a kísérteties (nyilvános) távoli cselekvés veszi át.¹⁹⁴

A kvantumelmélet híres tulajdonsága azonban az, hogy meglehetősen hátborzongató hatásai - instabilitása, paradoxonai és az intuitív ok-okozati összefüggések megfordítása - mind eltűnnek, amint a szubatomi világból az atomok és molekulák érzékelhető csomóinak világába lépünk.¹⁹⁵ Így van ez az alkotmánypolitikai megközelítéssel is, amint az elméletből a megfigyelhető tanulmányok felé haladunk. Az esettanulmányok ugyanis szilárdan kipárnázott, viktoriánus kúriák az elmélet által megjósolt kavargó mocsárhoz képest. Először is, a felállított elmélettel ellentétben az esettanulmányok azt sugallják, hogy a történelem számít, újra és újra. Ha a történelem lényegtelenségének elméleti állítása valóban igaz lenne, Chafetz saját szövegének háromnegyede semmis lenne. Az általa támogatott és az általa elutasított rendezések ehelyett évtizedeken, sőt évszázadokon át tartónak bizonyulnak.¹⁹⁶ Az elmélet és az esettanulmányok tehát ellentétben állnak egymással.

¹⁹³ A definíciókat lásd Bradley & Morrison, *Historical Gloss*, 16. lábjegyzet, 418-19. o.; LaCroix, 119. lábjegyzet, 418-19. o.; LaCroix, 119. lábjegyzet. 77.

¹⁹⁴ A kongresszusnak egy markánsan eltérő, a "stabilitást" hangsúlyozó szemléletét lásd David R. Mayhew, *America's Congress: Actions in the Public Sphere* James Madison-tól Newt Gingrichig 216-17 (2000).¹⁹⁵ Elegáns magyarázatért lásd Brian Cox & Jeff Forshaw, *The Quantum Universe: (And Why Anything that Can Happen, Does)* 4-13 (2012).

¹⁹⁶ Chafetz például a kormányhivatalok kezdeti létrehozásának és az 1820-as és 1867-es Tenure in Office Act-eknek a jól ismert történetét veszi alapul (100-22. o.), hogy általános következtetést vonjon le a kongresszusnak a "kormányhivatalok felépítésére és ellenőrzésére" vonatkozó hatásköréről (147. o.). A történelmet tehát az I. cikk szerinti törvényes hatáskör meglétének bizonyítékaként kezelik. A megvetési jogkör tárgyalása során a történelmi tétel, miszerint "[szinte a kezdetektől fogva a kongresszus házai megbüntették a nem képviselőket]" (172. o.), észrevétlen lépésekkel átmegy abba a normatív tételbe, hogy ez a jogkör "legalább annyira lényeges a kongresszus házai számára", mint a bíróságok számára (180. o.). Nehéz úgy olvasni ezt a passzust, hogy az mást tesz, mint a normativitás levezetése a történelemből. És az arról szóló beszéd, hogy az angol Bill of Rights "a beszéd és a vita kiváltságának erős koncepcióját rögzítette", amelyet az amerikai alkotmánytervezők "átvettek" (210. o.), felületesen az alkotmányos

háttérrel szülő állítás, de lényegében azt állítja, hogy a történelem tanulságai ma is normatív erővel bírnak, mivel konkrét alkotmányos szövegek motíválásában játszottak szerepet.

Ami még rejtélyesebb, hogy esettanulmányai az alkotmánytudósok által ismert, szabványos érvelés minden kellékével vannak ellátva, olyan módon, amely teljesen ellentétes Chafetz bevallott lemondásával az ilyen jogforrásokról (16. o.). A *Kongresszus alkotmányának* egyik oldalán például az olvasó gyors egymásutánban nemcsak az alkotmányból, hanem a Konföderációs cikkekből, James Wilson előadásaiból és Thomas Jefferson leveleiből is talál részleteket (211. o.; lásd még 241. o.). A *Federalist Papers* természetesen kényelmesen ismerős mellékszerepet játszik (lásd pl. 57., 66., 99-100., 145., 279. o.) - az alkotmányelemzés Statler és Waldorfja. A kiválasztott bírói precedenseket, amikor azok Chafetz céljaihoz illeszkednek, úgy írja le, mint amelyek "erős" talajon nyugszanak (215. o.), még akkor is, ha más döntéseket megkülönböztetnek és elkótyavetyélnak (120. o.).¹⁹⁷ Ez a történelmet ballasztos súlyossággal ruhazza fel, amelyből a teoretikus szükség esetén ki tud szabadulni, de mégis korlátozó.

Az esettanulmányok ezen aspektusát nehéz összeegyeztetni Chafetz elméletével. Ahelyett, hogy ezzel próbálkoznánk, talán jobb, ha inkább azt a kérdést tesszük fel, hogy az elmélet vagy az esettanulmányok feltételezései teljesülnek-e jobban, ha közelebbről vizsgáljuk őket. Valójában egyik sem tükrözi a jogforrások kérdésének teljesen kielégítő megközelítését.

Először is, egyáltalán nem egyértelmű, hogy Chafetz elméleti beszámolója valóban a jogról szóló beszámoló, ahogyan ezt a fogalmat szokás érteni. Azaz, ha az intézményi konfliktusok történelmileg korábbi rendezései "nem rendelkeznek kötelező érvényű következményekkel a jövőre nézve" (20. o.), akkor ezek bármilyen értelemben a jog forrásai? Nem állna-e az alkotmánytörténet egyszerűen a spot-ügyletek értelmetlen csepegtetéséből, vagy alternatívaként az ágazatok közötti diverziók mintázatából, amelyek mindegyike csak az ágazatok közötti folyamatos pozícióháború pillanatnyi viszonyait tükrözi? Minden hang és düh semmit sem jelentene, a történelemnek ma nem lenne kötelező, irányadó és erkölcsi ereje. Ez a jog tagadásának tűnik - akár szabályként, akár normaként fogalmazódik meg - valami olyan javára, amit a legtöbben, úgy vélem, nyers politikának neveznének. Ebben a tekintetben Chafetz úgy is felfogható, mintha a Dean Manning által képviselt álláspontra vándorolna - miszerint nincs törvény, amint az ember túllép a konkrét szöveg szigorú és szűk keretein.¹⁹⁸

Másrészt, ha az alkotmányos politikáról szóló beszámolót aszerint ítéljük meg, hogy mit tesz (esettanulmányok), és nem aszerint, hogy mit mond (elmélet), akkor¹⁹⁹ két fontos kérdés kerül a figyelem középpontjába: Hogyan válik a tény joggá? És az ilyen forrásokat jogként kell-e értelmeznünk, vagy inkább a "konvenció" fajtáiként, ahogyan ezt a kifejezést az alkotmánytudományban használni szokták?

¹⁹⁷ Lásd még a fenti II.B. részt (a történelem erejét, valamint a támogatott és nem támogatott precedensek közötti választást).

¹⁹⁸ Vö. 12. o. (megállapítva, hogy "kétségtelenül van számos ... viszonylag stabil hatalommegosztási rendelkezés . . . [de sokkal több van a kezünkben, mint azt általában gondolnánk]"), és Manning, *Supra* 36. lábjegyzet, 1948-49. o. (a "klauzulaközpontú megközelítés" mellett érvel, amely elutasít minden "önálló hatalommegosztási doktrínát").

¹⁹⁹ Egy másik ok, amiért ezt az értelmezést előnyben kell részesíteni, az az, hogy ez javítja a Chafetz nézetei és a jelenleg létező gyakorlat közötti összhangot: Egy olyan jogrendszerben, mint a miénk, ahol a múlt normatív súlya azonnal és széles körben nyilvánvaló, ez a hiányosság azt jelenti, hogy az

alkotmánypolitika nem nyújt pontos (vagy akár csak megközelítő leírást) a jelenlegi gyakorlatról.

Először is, Chafetz nem számol be arról, hogy az intézményi összeütközések és intézményi rendezések ténye hogyan csapódik át a jogba. Vagyis nem magyarázza meg a "Faktizität und Geltung", vagyis a tényszerűség és az érvényesség közötti kapcsolatot.²⁰⁰ Egy olyan elméletnek, amely a későbbi intézményi gyakorlatot kiemelkedőnek tekinti, számot kell adnia arról, hogy az intézményi rendezés vagy patthelyzet "ténye" hogyan alakul át az alkotmányjog rendszerén belül normatív posztulátummá, amely kötelező erővel gyakorol az intertemporálisan távoli szereplőkre. Választ kell adnia arra a kérdésre, hogy "a "valóságos" és a "jog" birodalma hogyan lép kölcsönhatásba egy társadalmi vagy politikai rendben az idő múlásával".²⁰¹

Ez a kérdés külön-külön merül fel és külön kell megválaszolni a bírói precedens,²⁰² a történelmi glossza,²⁰³ sőt a "hagyomány" normatív ereje tekintetében is (ahol ez utóbbit a kormányzati és nem kormányzati szereplők történelmi viselkedésmintájaként határozzuk meg).²⁰⁴ A probléma összetettségét növeli, hogy a kérdés két, bár némileg átfedő értelemben is megfogalmazható. Egyfelől a tény-jogi problémát a normatív igazolás belső perspektívájából is mérlegelhetjük: *Mikor* illeti meg egy intézmény döntése vagy ítélete normatív színezetet? *Miért kell a* bírósági döntéseket normatív töltetűnek tekinteni úgy, ahogyan mondjuk a végrehajtó hatalom számos szereplőjének döntései nem?²⁰⁵ Másrészt a vizsgálat inkább arra a "szociológiai" kérdésre irányulhat, hogy mikor kapnak egy adott intézmény döntései szélesebb körű normatív jelentőséget annak bizonyítékaként, hogy miként kell az alkotmányos kérdéseket rendezni.²⁰⁶ Ez utóbbi, szociológiai vizsgálat szükségszerűen a következőkre irányul

²⁰⁰ Ez a német címe Jürgen Habermas: Tények és normák között: Hozzászólások a jog és a demokrácia diskurzuselméletéhez (William H. Rehg ford., 1996). Habermas felhívja a figyelmet arra, hogy a tényrend és a jogi normatív rend többféleképpen viszonyul egymáshoz vagy válik el egymástól. Lásd pl. id. 38. o. (a "tényszerűség és érvényesség közötti külső kapcsolat" azonosítása, mint "a jogilag ellenőrizetlen társadalmi hatalom kívülről behatoló, a jogba behatoló társadalmi hatalom tényszerűségének" problémája); lásd még id. o. (az alkotmányos demokráciák normatív igényei és tényleges működésük tényszerűsége közötti "külső feszültség" 82. azonosítása). Habermas második specifikációja áll legközelebb az itt releváns értelemben vett megkülönböztetéshez.²⁰¹ Peter J. Lindseth, A "valóságos" és a "helyes" között: Explorations along the Institutional-Constitutional Frontier, in *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* 60 (Maurice Adams et al. eds., 2017).

²⁰² Lásd pl. Randy J. Kozel, Precedent and Speech, 115 Mich. L. Rev. 439, 443-45 (2017) (a precedens erejének indoklását összefoglalva).

²⁰³ Lásd pl. Bradley & Morrison, *Supra* note, 16,424-25. o. (a glosszára való hivatkozás indokainak vizsgálata).

²⁰⁴ Lásd pl. Kim Forde-Mazrui, Tradition As Justification: The Case of Opposite-Sex Marriage, 118 Chi. L. Rev. (2011) (a kérdést az egyenlő védelem összefüggésében vizsgálja).

²⁰⁵ Egy olyan terület, ahol az ilyen jellegű kérdéssel közvetlenül találkozunk és küzdünk, a közigazgatási ügynökségek jogerősen hozott határozatairól a bírói tisztelet határait érinti. Lásd pl. *United States v. Mead*, 533 U.S. 218, 230-32 (2001). A közelmúltban vitatott salient a tény-norma közvetítés kérdésében az *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997), és a *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 410 U.S. 471 (1967), amelyek a saját rendeleteik ügynökségi értelmezésére vonatkoznak.

Lásd pl. *Christopher v. SmithKline Beecham Corp.*, 132 S. Ct. 2156, 2166 (2012) (az *Auer* deference nem megfelelő, "ha az ügynökség értelmezése nyilvánvalóan téves vagy nincs összhangban a szabályozással", vagy "ha okkal feltételezhető, hogy az ügynökség értelmezése nem tükrözi az ügynökség tisztességes és megfontolt ítélőképességét" (belső idézőjelek kihagyva)); accord *Perez v. Mortg. Bankers Ass'n*, 135 Ct. 1199, 1208 n.4 (2015). A probléma azonban meglehetősen általános jellegű.

²⁰⁶ Richard H. Fallon, Jr., Legitimacy and the Constitution, 118 Harv. L. Rev. 1787, 1795 (2005) ("[Egy] alkotmányos rendszer, kormányzati intézmény vagy hivatalos döntés erős értelemben véve [szociológiai] legitimitással rendelkezik, amennyiben az érintett közönség a szankcióktól való félelem vagy a pusztán személyes jutalom reményén túlmutató okokból indokoltnak, megfelelőnek vagy egyébként támogatásra

értelmesnek tartja.").

a jogrendszer résztvevőinek normatív diszpozícióiról és attitűdjeiről alkotott ítéletek. Ez azonban könnyen belegabalyodik (vagy összekeveredik) a vizsgálat első, tisztán normatív változatába.

Mivel a bírói rendezés a hatalommegosztás kontextusában ritkább áru, mint az alkotmányjog más területein, a tény/normák közötti fordítás kérdése nagyobb jelentőséget kap. Az arra vonatkozó kérdések, hogy mikor és hogyan tagadják meg a *stare decisis* hatását egy egyébként érvényes precedensnek, a bírósági kontextusban jól ismert megoldásokkal rendelkeznek.²⁰⁷ Nem így van ez akkor, ha a bírói precedens hiányzik.²⁰⁸ Itt a kérdés az, hogy hogyan válogassuk át a történelem felhalmozódó szemetét, és hogyan különböztessük meg az értékes példákat a félrevezető vagy rossz hírű példák pelyvájából. Erre nincs általánosan elfogadott válasz. Amennyiben Chafetz esettanulmányainak hagyományosabb része implicit módon egy ilyen szortírozási protokoll gyakorlásán alapul, az szükségszerűen hiányos. Általánosabban fogalmazva, a legitim jogforrások határainak behatárolása szempontjából döntő fontosságúak lesznek azok a kérdések, hogy miként lehet átjutni a történelmi tényektől a jogi normativitásig egy olyan alkotmányos rendszerben, amelyben a szöveges források viszonylag szerény szerepet²⁰⁹ játszanak.²¹⁰

Másodszor, az alkotmányos politika felveti azt a kérdést, hogy hogyan lehet a legjobban megfogalmazni a jog határait. A jogforrások kérdését intuitív módon binárisan lehet megfogalmazni: Vagy valami számít, vagy nem. De nincs a priori ok arra, hogy egy ilyen áthatolhatatlan határt adottnak tekintsünk. A brit alkotmányelméleti szakemberek már régóta használják a "konvenció" fogalmát, hogy a jog határainak képlékenyebb elképzelését megragadják. Így A. V. Dicey azonosította a "konvenciókat, megegyezéseket, szokásokat vagy gyakorlatokat, amelyek, bár szabályozhatják a szuverén hatalom egyes tagjainak magatartását ... valójában egyáltalán nem törvények, mivel a bíróságok nem érvényesítik őket".²¹¹ A konvenciók, mint az "alkotmányos erkölcs" kérdései, mindazonáltal központi strukturális szerepet játszottak a brit alkotmányos rendszerben, mivel meghatározták "a korona (és így a miniszterek) előjogkörének gyakorlati gyakorlásának módját".²¹² Az amerikai jogtudósok a közelmúltban kezdtek el foglalkozni azzal a szereppel, amelyet egy ilyen analóg felfogás játszhatna az amerikai alkotmányjogban, bár a strukturális

²⁰⁷ Egy alapvető vitát lásd Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 Colum. L. Rev. 723, 757-58 (1988).

²⁰⁸ Bradley és Morrison azonban felismeri és a történelmi fényezéssel kapcsolatban vizsgálja a kérdést. Lásd Bradley & Morrison, *supra* note 16, 424. o. ("Bármely gyakorlat- vagy precedensalapú megközelítésnek természetesen szembe kell néznie a múltbeli gyakorlat vagy precedens hatályának meghatározására vonatkozó kérdésekkel.")

²⁰⁹ Vö. David A. Strauss, *Előszó*: Harv. L. Rev. 1, 3 (2015) ("Ha az Alkotmány szövegét egyenesen olvassuk, az amerikai alkotmányjog gyakrabban "ellentmond" az Alkotmány szövegének, mint gondolnánk.")

²¹⁰ Egy kapcsolódó kérdés, amely nem kapott annyi figyelmet, mint amennyit szerintem megérdemelne, az, hogy vajon a protokoll, amely meghatározza, hogy mikor kell az egyik ág viselkedésével kapcsolatos történelmi tényeket azonosnak vagy eltérőnek tekinteni a másik ágra vonatkozó protokollhoz képest. Feltehetjük például a kérdést, hogy a történelmi glossza és a bírói precedens befogadási feltételeinek

szisztematikusan el kellene-e térniük egymástól. Vö. Bradley & Morrison, Supra 16. lábjegyzet, 427-28. pont.

²¹¹ A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution 22-23 (8th ed. 1915).

²¹² Geoffrey Marshall, What are Constitutional Conventions?, 38 Parliamentary Aff. 3333, (1985).

a konvenciók funkcionalitása brit kontextusban.²¹³

Az alkotmányos politikával kapcsolatos, a múltbeli intézményi rendezések státuszára vonatkozó kétértelműség elemzésének egyik módja - és talán egy módja annak is, hogy a tényszerűségtől a normativitásig vezető úton eligazodjunk -, hogy a múltbeli intézményi konfliktusok eredményeit olyan konvencióknak tekintjük, amelyek megfelelő feltételek mellett képesek normatív következtetést alátámasztani. Mivel az ilyen konvenciók nem rendelkeznek a jog kötelező erejével, de különböznek a mindennapi pártpolitikai konfliktusok epifenomén füstjétől, a mindennapi gyakorlat gyakorlati erkölcsiségén alapuló, sekélyes, primitív ítéletet tükröznek egyes, de nem minden történelmi tény értékéről. A történelmi tényektől a konvenciókhoz való átmenet hasonló, de könnyebb kérdéseket vet fel, mint a tényektől a joghoz való átmenet. A kérdések azért hasonlóak, mert mindkét esetben a teoretikus a "van"-ból igyekszik levezetni egy "kellene"-t. A kérdések annyiban térnek el egymástól, hogy a konvenciók gyengébb, periférikus jellege vitathatóan csökkenti az átmenethez szükséges igazolási terhet. A múltbeli gyakorlatnak a koordinációs fókuszpontként való működésre való képességük alapján precedenshatást biztosító következetességi indokokra való hivatkozás vonzóbb lehet, mint amilyenek szigorúan jogi kontextusban lennének.²¹⁴

C.Egyensúlyés változás

Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló szerint a hatalmi ágak szétválasztása egyensúlyban van-e, vagy instabil és dinamikus rendszerről van szó? Köznyelven szólva: az intézményi változások időbeli változásának elmélete vagy az intézményi stabilitás elmélete? A szétválasztás és az egyensúly elméletei ebben a kérdésben térnek el a legvilágosabban egymástól. Míg a szétválasztási elméletek inkább a stabilitást és a régóta fennálló jogfelfogás megőrzését részesítik előnyben, addig az egyensúlyelméletek toleránsabbak az intézményi átalakulással szemben, és az absztraktabb, rendszerszintű értékek igazolását tartják szem előtt.

Az alkotmányos politikáról szóló beszámoló helyzete ismét kétértelmű, attól függően, hogy az elméletet vagy az esettanulmányt helyezük-e előtérbe. Mint említettük, az elmélet hangsúlyozza, sőt ünnepli "a bizonytalanságot, az instabilitást és a kiszámíthatatlanságot" (312-14. o.).²¹⁵ Ugyanakkor az esettanulmányok, figyelemre méltó mértékben, meglehetősen jól olvashatóak az értelmezői fények által.

²¹³ Adrian Vermeule, Conventions of Agency Independence, 113 Colum. L. Rev. 1163, 1184 (2013) [a továbbiakban Vermeule, Conventions] (egy szélesebb körű vita keretében megjegyzi, hogy "a konvenciók döntő kontextust szolgáltathatnak az írott törvények értelmezéséhez, és ezért be kell őket építeni az értelmezésbe); Keith E. Whittington, The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States, 2013 U. Ill. L. Rev. 1847, 1855 (2013) ("Az alkotmányos konvenciók az egyik konstrukciós mód.")

²¹⁴ Vö. Vermeule, Conventions, Supra note 213, 1192. o. ("Játékelméleti szempontból egy egyezmény bírósági elismerése olyan fókuszpontot biztosíthat, amelyre a politikusok egy koordinációs komponenssel rendelkező, folyamatban lévő játékban, beleértve a szekvenciális vagy ismétlődő fogoly-dilemma játékokat is, konvergálhatnak.")

²¹⁵ Kezdetben a beszámoló a Karen Orren és Stephen Skowronek nevéhez fűződő "interkurrencia" gondolatára is hivatkozik (4. o.). Ennek az elméletnek a kritikus eleme azonban a különböző történelmi pillanatokban létrehozott, egymást átfedő intézményi rendek létezése, ami az intézményi formák komplex felhalmozódásához vezet bármely adott modellnél. Karen Orren & Stephen Skowronek, Institutions and

Intercurrence: Theory Building in the Fullness of Time, 39 Nomos 111, 138 (1996) [a továbbiakban: Orren & Skowronek, Institutions]. Az átfedés és az összefonódás gondolatai azonban nem szerepelnek kiemelkedő helyen a Kongresszus alkotmányában kínált elméleti beszámolóban.

a szokásos alkotmányjogtudománynak a strukturális alkotmányjog meglehetősen konvencionális beszámolójaként, amely tele van a források és a kapcsolódó, megnyugtatóan demokratikus jellegű normatív ítéletek hagyományos trimmelésével.²¹⁶ Az én szűkebb értelemben vett jogász fülemnek az esettanulmányok nyújtják a meggyőzőbb leíró jellegű beszámolót. Ugyanis eléggé meglepő lenne, ha a hivatalos szereplők folyamatosan újratárgyalnák az intézményi kötelezettségvállalás szabályait, ahelyett, hogy a történelmi precedensekre hagyatkoznának az útra vonatkozó szabályok megadásakor. Bár tökéletlenek, még a középtávú hatásokat figyelembe véve is, az utóbbiak elkerülhetetlenül olcsóbbak, mint az állandó újratárgyalás.²¹⁷

Ha ezeket a témákat azzal egyeztetnénk össze, hogy az alkotmánytörténet a stabilitás és a változás keveréke, akkor az elméletet felvilágosulatlan közhelyekkel szorítanánk ki. Többet kell mondani arról, hogy mi marad állandó, mi mutálódik az idők során, és milyen erők mozgatják az intézményi peremek e két kategória egyikébe való szelekcióját.

A hatalmi ágak szétválasztásával összefüggésben az egyensúly és a változás viszonyának vizsgálata ezért hasznos lehet, ha meghatározzuk, hogy milyen értelemben és milyen általános szinten használjuk az "egyensúly" kifejezést. A fogalom működésében kétértelmű, és bizonyos fokú pontosítást igényel. A politológusok és a politikatörténészek hasznos polémiát folytattak az egyensúlyi fogalmak megfelelő szerepéről a hatalmi ágak szétválasztásának elméletében, és a jogtudósoknak sokat kell tanulniuk az e munka során kialakult megkülönböztetésekből.²¹⁸ Az intézményi kérdések tekintetében alkalmazott egyensúlyi koncepciók rövid összefoglalása azt sugallja, hogy az uralkodó megközelítések támpontokat adhatnak, de nem alkalmasak a strukturális alkotmányos kontextusba való közvetlen átültetésre.

A politikai gazdaságtani szakirodalomban az egyensúly két fogalma elterjedt: a "preferenciák által kiváltott egyensúly" és a "struktúra által kiváltott egyensúly".²¹⁹ Az előbbi akkor áll fenn, ha "[egy] kimenetel, x, [stabil], ha nem létezne olyan y, amelyet az ágensek egy döntő koalíciója előnyben részesítene vele szemben".²²⁰ Ezzel szemben az utóbbi egy olyan elrendezés, "amely abban az értelemben sérthetetlen, hogy az eljárási szabályok által megengedett egyetlen más alternatívát sem preferál az összes olyan egyén, szerkezeti egység és koalíció, amely megkülönböztető vétó- vagy szavazati joggal rendelkezik".²²¹ Alapvetően az első közvetlenül a preferenciákra összpontosít; a második a preferenciákat egy adott intézményi kontextuson belül elemzi. Mindkét elméletben a választás intézményi körülményeinek változását "epizodikus és homeosztatikus - az állapotok közötti pillanatnyi átmenetként" modellezik.²²² Ily módon "hatékonyan eltávolítják az időt".

²¹⁶ Lásd a 195-től 195-ig terjedő kísérőszövegeket. 196.

²¹⁷ Hasonlóan lásd Levinson, *Pergament and Politics*, supra note 72, 695. o. (2011) ("A több (valószínűségi) politikai döntés egyetlen intézményi döntéshozatali folyamatba történő összevonásának koordinációs előnyei nyilvánvalóak.").

²¹⁸ A viták hasznos bemutatását lásd: Orren & Skowronek, *Institutions*, Supra 215. lábjegyzet, 124-39. lábjegyzet. ²¹⁹ Kenneth A. Shepsle, *Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions*, in *Political Science: The Science of Politics* (51 Herbert F. Weisberg szerk., 1986).

²²⁰ Kenneth A. Shepsle, *Az intézmények tanulmányozása: Néhány tanulság a racionális választási*

megközelítésből, 1 J. Theo. Pol. 131, 136 (1989).

²²¹ Id. 137.

²²² Orren & Skowronek, Institutions, Supra 215. lábjegyzet, 124. o.

az elemzésből.²²³ Az alkotmánytudósok által kidolgozni kívánt hatalommegosztási elmélet számára, amelynek célja többek között az elfogadható változások feltételeinek és korlátainak meghatározása, ez nem hasznos, sőt, az elemzést gyengítő korlátot jelent.²²⁴

Az intézményi evolúció történései, leginkább az amerikai politikai fejlődés ("APD") irányzatban, amelyre Chafetz röviden hivatkozik (4. o.), elutasítják az intézményi interakció statikus modelljeit. Szerintük az idő ehelyett "az intézmények egymásra épülésének konstrukciója", amelyben "az intézmények különböző külső kapcsolataikban bekövetkező ütközései és kombinációi, változásai és ciklusai" kell, hogy megjelenjenek.²²⁵ Az APD szerint az intézményeknek céljuk vagy megbízatásuk van, normákat és szabályokat állapítanak meg, szerepeket osztanak ki, határok között működnek, és "normákat és értékeket alakítanak ki, [amelyek] hatással vannak tagjaikra", még akkor is, ha maga az intézmény "ki van téve az innovációnak, az átirányításnak, a megszakításnak és az egyének mindenféle személyes indítékának".²²⁶

Az ilyen modellek egyik éles és pontos következménye, hogy a különböző ágazatok szigorúan statikus egyensúlyi elemzése hiábavaló. Nehéz azonban belátni, hogy az elméletalkotásnak ez az iránya hogyan nyújthat szilárd alapot a normatív elméletalkotáshoz arról, hogy egy adott status quo kívánatos-e az elképzelhető alternatívákhoz képest. Az sem világos, hogy az elmélet hogyan használható fel az intézményi formák különböző történelmi elképzelései közötti válogatásra, egyeseket megengedőnek, másokat pedig nem kívánatosnak minősítve. Arra vonatkozó útmutatás hiányában, hogy mikor kívánatos egy status quo, az ilyen elméletek pusztán a változást jelzik előre, anélkül, hogy pozitív vagy negatív értéket tulajdonítanak a különböző formáknak. Amint azt az alkotmányos politikával kapcsolatban javasoltam, az APD nem ad alapot a jelen vagy a lehetséges jövő megítéléséhez.²²⁷ Éppen ellenkezőleg, aggódhatunk, hogy az intézményi változások gyakorlati következményeiről csak a *longue durée*-ben lehet ítéletet mondani, amelyben még mindig várunk a francia forradalom, valamint az Atlanti-óceán túloldalán lezajlott testvérháború végső elszámolására.

²²³ Id. 125.

²²⁴ Az egyik kivétel Mittal & Weingast, *Self-Enforcing Constitutions*, supra note 132. Az intertemporális kérdéssel szembesülve Mittal és Weingast azt állítja, hogy egy alkotmány akkor lesz önérvényesítő, ha "egy adott pillanatban minden szereplőnek érdekében áll az alkotmányos szabályok betartása, és a körülmények változásával képesnek kell lenniük arra, hogy a politikákat és intézményeket úgy alakítsák át, hogy a rendszer idővel fennmaradjon". Id. 282. o. Az alkotmányok "középponti eljárási és anyagi korlátokat" hoznak létre annak érdekében, hogy lehetővé tegyék a népi jogérvényesítést, ugyanakkor "ösztönzőket teremtenek [a tisztviselők számára] arra, hogy új és sürgető problémákra keressenek és hozzanak létre megoldásokat". Id. 286. o. Míg ezek a feltételek a demokratikus alkotmányos stabilitás körülményeinek eléggé plauzibilis általános és absztrakt kijelentéseként értelmezhetők, nehéz belátni, hogy miként könnyítik meg a konkrét szerkezeti tervezési korlátok meghatározását. Inkább úgy értelmezem Mittalt és Weingast, hogy az alkotmányozókat arra utasítják, hogy hozzanak létre néhány olyan rendelkezést, amelyek nem változnak, amelyek elég sok ember számára elfogadhatóak, és egyben lehetővé teszik, hogy más rendelkezések szükség esetén és szükség esetén változhassanak. Ez mind szép és jó, de könnyebb mondani, mint megtenni.

²²⁵ Orren & Skowronek, *Institutions*, Supra 215. lábjegyzet, 141., 143. o.

²²⁶ Orren & Skowronek, *Search for American*, 132. lábjegyzet, 82. pont. E szakasz hasznos glosszáját lásd Pamela Brandwein, *Law and American Political Development*, 7 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 187, 188 (2011).

²²⁷ Mivel a történészek nem törekszenek ilyen normatív ítéletekre, mint munkájuk kimenetelére, ez nem tekinthető kritikának.

A jogtudósok sikeresen alkalmazták az APD intézményi beszámolóját az intézményi konfliktusok történelmi időszakainak megértéséhez. Kevésbé világos, hogyan lehet ennek alapján a hatalmi ágak szétválasztásának normatív elméletét megfogalmazni. Valamilyen exogén kritériumra kell hivatkozni, hogy alátámasszuk a normatív ítéleteket arról, hogy mely történelmi rendezések legitimek, és melyeket kell elhagyni - amint azt a *Kongresszus alkotmánya*, talán véletlenül, bizonyítja. Még meg kell találni azt az elméleti irányítót, amely képes megrajzolni egy "igazságos kört", ²²⁸amely összefogja a szükséges stabilitás és az egészséges intézményesülés íveit.

KÖVETKEZTETÉS

A hatalmi ágak szétválasztásának elméletalkotása azzal az igyekezettel jár, hogy a megfigyelt tényekből és elfogadott normákból arra vonatkozó előírásokra próbálunk következtetni, hogy az állami hatalmat hogyan kell felosztani a szövetségi kormányzaton belül. A hatalommegosztási jog metateoretikus kérdéseire - azaz az empirikus szabályszerűségekre és normatív ítéletekre vonatkozó elméleti feltevésekre, amelyek az elmélet szükséges támaszául szolgálnak - fordított figyelem segít kiüríteni a vállalkozásban még mindig fennálló nehézségek kérdéseit. Ha a Chafetz által kínált alkotmányos politika-elmélet nem képes teljes mértékben leküzdeni ezeket a nehézségeket, az nem a kifinomultság vagy az ambíció hiánya miatt van. Éppen ellenkezőleg, nagy érdeme, hogy az elmélete kifejezetten megküzd a hatalommegosztás elméletének alapvető nehézségeivel.

Az első metateoretikus probléma, amely a hatalommegosztás elméletében általában véve nehézséget okoz, az indítékok kérdése. Az, hogy az "ágak" mint kompozíciók hogyan viselkednek, az intézményileg kulcsfontosságú szereplők indítékaitól függ.²²⁹ A motívumok azonban időben és az egyes ágazatok között mutálódnak, valamint az intézményi tervezési döntésekben is endogének. Az a feltételezés, hogy egy bizonyos típusú (pl. ideológiai vagy újráválasztási célú) motiváció dominál, nem valószínű, hogy az előírások alapjául szolgálhat. De - amint azt Chafetz beszámolójának korlátai is mutatják - meglehetősen nehéz elméletet építeni a motivációs agnoszticizmus ingadozó homokjára. Ha például a kongresszusi viselkedést leginkább "rugalmassága, változatossága, a pillanatnyi változásra való képessége"²³⁰ jellemzi, akkor az optimális intézményi korlátok, stabil szakmaközi egyensúlyok vagy jólét-maximalizáló megállapodások azonosítására törekvő normatív elméletalkotás kihívása csak nő.²³¹

A második metateoretikus vizsgálat a jogforrások kiválasztását érinti egy olyan területen, ahol a szöveg (talán szokás szerint) meghatározhatatlan, míg a történelmi gyakorlat bizonyítékai túlradóak. Azt javasoltam, hogy a hatalommegosztás elméletének több kérdéssel is foglalkoznia kell, kezdve annak tisztázásával, hogy a "jog" címke a "konvenciókkal" vagy a "politikával" szemben milyen mértékben megfelelő. Amennyiben bármelyik is

²²⁸ Vö. John Donne, *Selected Poems* 54-55 (John Hayward, szerk., 1950).

²²⁹ Megjegyzendő, hogy különösen a jogalkotási kontextusban kollektív cselekvési problémák merülnek fel, és ezeket jellemzően olyan kamaraszabályokkal oldják meg, amelyek a napirend meghatározásának és a tanácskozás strukturálásának hatáskörét kisszámú szereplőnél összpontosítják. Kenneth A. Shepsle, *Congress is a 'They,' Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron*, 12 *Int'l. J. L. & Econ.* 239 (1992).

²³⁰ Mayhew, *Imprint of Congress*, 178. sz. jegyzet, 99. o.

²³¹ A Magill által javasolt kutatási menetrend - amely ellenállna a transzhistorikus és intézményközi általánosításra való készítésnek - megmenekül ettől a problémától. Lásd Magill, *Beyond Powers and Branches*, 68. lábjegyzet, at. 659.

jog vagy egyezmény történelmi tény (pl. korábbi gyakorlat vagy konkrét határozat) alapján került meghatározásra, felmerül a tényről a jogi normáig való eljutás kritériumainak további kérdése. A történelmi tények különböző fajtái (pl. egy bírósági határozat, egy jogszabály, egy kongresszusi bizottsági jelentés, egy tengerentúli katonai akció indításáról szóló végrehajtói határozat) eltérő kritériumoknak vethetők alá normatív ijedtségük megállapítása érdekében - ilyenkor indokoltnak tűnik az ebből eredő szakmaközi különbségek némi figyelembevétele. A jelenlegi tudományosság krémje legjobb esetben is csak részleges egyensúlyi modellek sorát kínálja ezekre a pontokra vonatkozóan, általános Walrus-féle általános egyensúlyi helyzetet azonban nem látunk.

Az utolsó metateoretikus kérdés a szakmaközi kapcsolatok stabilitásának és változásának mértékére vonatkozik. A szétválasztási és az egyensúlyelméleteket az különbözteti meg, hogy az általánosság különböző szintjein adnak választ erre a kérdésre. Egységesek annyiban, hogy egyik sem magyarázza meg, hogy az általuk felvázolt intézmények miért tartják tiszteletben ezeket az egyensúlyokat, ha egyszer elindultak és működnek a politikai verseny élő terében. A politikai gazdaságtan intézményi intézményről szóló beszámolója nem nyújt segítséget ezen a téren. Az alkotmányos politika ehelyett gyümölcsözően támaszkodik az APD gazdagabb eszköztárára az intézményi interkurrencia tekintetében. De bármennyire is nyerünk a leíró pontosságban, a normatív vonzerő csökken. Végző soron a hatalmi ágak szétválasztásának elméletére irányuló erőfeszítéseknek azzal a nehéz kérdéssel kell megküzdeniük, hogy a jog hogyan hozhat létre olyan intézményrendszert a nemzeti politika irányítására, amely egyszerre marad stabil, de ugyanakkor reagál a különböző politikai koalíciók elkerülhetetlen erőfeszítéseire, hogy átalakítsák a politikai kötelezettségvállalás még nem kidolgozott és nem pontosan meghatározott feltételeit.

Mindezt ráadásul úgy kell tennie, hogy közben tudatában marad annak a lehetőségnek, hogy a múltbeli stabilitás nem megbízható útmutató a jövőbeli teljesítményhez. Az alkotmányjogban, akárcsak az általa szabályozott politikai életben, nincsenek szilárd garanciák. A hatalmi ágak szétválasztásának olyan elméletei, amelyek optimista metateoretikus feltevéseket tartalmaznak a rendszerszintű stabilitás mértékéről, a jog bizonyosságáról és erejéről, valamint a jóindulatú motívumok túlsúlyáról, különösen gondos és kritikus kezelést érdemelnek egy olyan pillanatban, amikor legfőbb nemzeti intézményeink pályája bizonytalannak és megragadhatónak tűnik.²³² *A Kongresszus alkotmányában* felbecsülhetetlen értékű és fontos forrással rendelkeznek azok a polgárok és tudósok, akik elkötelezettek alkotmányunk legjobb történelmi örökségének, mint a tisztességes és civilizált beszélgetés és rendezés eszközének megőrzése iránt. És ezért Chafetz teljesítménye harsány tapsot érdemel.

²³² Az ezzel kapcsolatos aggodalmak plenárisabb próbáját lásd Tom Ginsburg & Aziz Z. Huq, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 *UCLA L. Rev.* -- (megjelenés előtt 2018).