



MAURER SCHOOL OF LAW

INDIANA UNIVERSITY

Bloomington

Jogi tanulmányok Research Paper

sorozat

Túlélhet-e a jogállamiság a bírósági politikát?
Research Network elektronikus könyvtárából a
következő címen: <http://ssrn.com/abstract=2292063>.
Charles Gardner Geyh

kutatási papír száma 252
97 CORNELL L. REV. 191 (2011-2012)

Elektronikusan elérhető a következő címen: <https://ssrn.com/abstract=2292063>

CAN THE RULE OF LAW SURVIVE JUDICIAL POLITICS?

Charles Gardner Geyh†

INTRODUCTION	192
I. THE SCHOLARLY DEBATE ON WHAT JUDGES DO: INCHING TOWARD CONSENSUS	197
A. The Ascendance of Formalism	197
B. The Rise and Fall of Legal Realism	199
C. The Rebirth of Realism and the Rise of the “Attitudinal Model”	200
D. The New Empiricists	206
1. <i>Studies in Law and Politics: The Supreme Court</i>	206
2. <i>Studies in Law and Politics: The Lower Courts</i>	209
3. <i>Studies in Law and Economics, Social Psychology, and Cognitive Psychology</i>	212
II. THE PUBLIC POLICY DEBATE ON WHAT JUDGES DO: SIMPLISTIC AND DICHOTOMOUS	214
A. Court Critics and Their Vision of Judicial Decision Making	215
B. The Legal Establishment and Its Vision of Judicial Decision Making	217
III. IMPEDIMENTS TO CONSENSUS IN THE PUBLIC POLICY DEBATE	220
A. Public Opinion and Its Role in the Policy Debate ...	220
B. Getting to the Bottom of the Ermine Myth	225
IV. THE FUTURE OF THE ERMINE MYTH: THREE SCENARIOS ...	228
A. The Possibility that the Dichotomous Public Policy Debate Will Persist Without Consequence	229
B. The Possibility that the Legal Establishment Will Lose the Dichotomous Public Policy Debate and Provoke a Crisis	234
C. The Possibility that Public Confidence in the Rule of Law and Judicial Independence Will Gradually Erode	236

† Associate Dean of Research and John F. Kimberling Professor of Law, Indiana University Maurer School of Law. I would like to thank Keith Bybee, Steve Burbank, Barry Friedman, Jim Gibson, Leandra Lederman, Ajay Mehrotra, Dave Pozen, Judith Resnik, James Sample, Roy Schotland, Greg Sisk, Brian Tamanaha, and Steve Wasby for their comments on an earlier draft. Thanks likewise to my research assistants Cristina Costa, Phillip Olsson, Mark Plantan, and Andy Williams, and my secretary, Rita Eads.

V. A HERMELIN MÍTOSZÁNAK ÚJRASZEMLÉLÉSE	238
A. A Hermelin-mítosz és a független igazságszolgáltatáscéljai	238
B. A jogintézmény reformjának újraszervezése	Napi
rend	244
KÖVETKEZTETÉS	252

BEVEZETÉS

A reneszánsz korból származó legendák szerint a hermelin inkább meghal, minthogy bemocskolja makulátlan fehér bundáját. ¹A hermelin így a tisztaság jelképévé vált, és az angol bírák átvették ezt a szimbólumot, és ruhájukat hermelinszőrrel díszítették.² Az amerikai bírák a maguk részéről egy hermelinbarátabb megközelítést alkalmaztak, eltekintve a szőrmétől, de megtartva a hermelint mint szimbólumot. A "...bírói hermelin" viselése így a "tisztaság és az igazságosság" iránti elkötelezettséget, ³valamint "minden pártérzékenység és személyes előítélet mellőzését" tükrözte.⁴ A Tennessee-i Legfelsőbb Bíróság 1872-ben szépen megfogalmazta a mítosz lényegét, amikor azt írta:

Azt mondják, hogy a hermelin nevű kis teremtmény annyira érzékeny a saját tisztaságára, hogy a hófehér bundáját érő legkisebb szennyeződésre megbénul és erőtlenné válik. . . . És hasonló érzékenységgel kell rendelkeznie annak, aki a bírói tisztet fogja betölteni. . . . De ha egyszer ez a nagyszerű hivatal megromlik, ha ítéletei inkább a bíró szenvedélyeit vagy érdekeit tükrözik, mint a törvény emberének adatait, a bíróságok megszűntek a közjó védelmezői lenni, és maga a törvény is levert és idegtépő gúny tárgyává válik.⁵

Bár a bírói hermelinre való hivatkozás kikerült a közhasználatból, az általa megtestesített feltételezés - miszerint amikor felöltik talárjukat, a független bírák félreteszik szenvedélyeiket, előítéleteiket és érdekeiket, és követik a törvényt - továbbra is szerves részét képezi a jogi berendezkedésnek.

¹ Christopher Gregg, *The Ermine*, MINERVA BRITANNA PROJECT, <http://f01.middlebury.edu/FS010A/STUDENTS/n075.htm> (utolsó látogatás 2011.11.8., október).

² *A VILÁG KÖNYVSZÓTÁRA* (7202003).

³ *In re McMillan*, 797 So. 2d 560, 571 (Fla. 2001) (per curiam) ("A bíró hozzáállásának és a tárgyalóterem légkörének valóban olyannak kell lennie, hogy függetlenül attól, hogy milyen vádat emelnek a peres fél ellen, vagy milyen ügyben kell pereskednie, a peres fél azzal a teljes bizonyossággal léphet a pult elé, hogy olyan fórumon van, ahol a bírói hermelin az, amit az fémjelez, a tisztaság és az igazságosság.").

⁴ Claire Martin, *John K. Alexander bíró életrajza*, CAL GENWEB PROJECT, <http://www.cagenweb.com/monterey/bio/s/alexanderjrk.shtml> (utolsó látogatás: 2011. október 18.) ("A bírói hermelin felöltéséhez és méltó viseléséhez szükséges minden pártos elfogultság és személyes előítélet elhagyása, képzettség, tiszta kezek és tiszta szív.").

⁵ *Harrison kontra Wisdom*, Tenn54. (7 Heisk.) (1872)99.,112

Az igazságszolgáltatásnak az amerikai kormányzatban betöltött szerepéről alkotott hagyományos felfogása.⁶ Ezt a feltételezést a tudósok és a politikai döntéshozók folyamatosan támadják, ami⁷ felveti a kérdést, hogy vajon van-e annyi igazság ebben a "hermelin-mítoszban", hogy még mindig érdemes legyen megvédeni, vagy eljött az ideje, hogy demitologizáljuk a bírák tevékenységéről alkotott képünket, és elismerjük, hogy a hermelin valójában csak egy megdicsőült menyét. Másképpen fogalmazva: túlélheti-e a jogállamiság a bírói politikát?

Az akadémiai szférában a jogászprofesszorok sokáig abból a feltételezésből indultak ki, hogy a bírák úgy döntenek az ügyekben, hogy kizárják a külső befolyásokat, és a releváns tényeket és törvényeket követik.⁸ A doktrinális tudomány, amely generációkon keresztül szinte monopolizálta a jogi szaklapok oldalait, abból az előfeltevésből indul ki, hogy a jogi doktrína mindenekelőtt akkor számít, amikor annak megértéséről van szó, hogy a bírák miért teszik, amit tesznek - hogy a bírák döntéseit az alkalmazandó jogra való hivatkozással kell megérteni és kritizálni.⁹ Eközben sok politológus régóta azt állítja, hogy a bírák ideológiai preferenciáikat követve döntenek az ügyekben.^{10 A} legfelsőbb bírósági döntéshozatalról szóló tanulmányok által generált megállapítások fényében ezek a tudósok az úgynevezett jogi modellt a teljes kitaláció státuszába sorolták.¹¹ A közelmúltban azonban interdiszciplináris tudósok egy csoportja áthidalta ezt a szakadékot empirikus projektek sokaságával, amelyek azt mutatják, hogy a bírói döntéshozatal komplexen sokféle hatásnak van kitéve, beleértve a jogot, az ideológiát és másokat is.¹²

⁶ Lásd a 35. lábjegyzetben hivatkozott forrásokat.

⁷ Lásd pl. , William P. Marshall, Keynote Address, *Judicial Takin gs, Judicial Speech, and Doctrinal Acceptance of the Model of the judge as Political Actor*, 6 DuKE J. CONST. L. & PUE. PoL'v l, 1-3 (2011) (a bírák politikai preferenciáinak tárgyalása) ; **Ruth** Marcus, *Booting the Bench: There 's New Ferocity in Talk of Firing Activist judges*, WASH. PoST, Apr. 11,2005, A19. o. (idézi Rick Santorum pennsylvaniai szenátort, aki úgy jellemezte a bírakat, hogy figyelmen kívül hagyják a törvényt, és helyett saját politikai preferenciáikat követik).

⁸ Lásd Thomas **R.** Hensley & Scott P. Johnson, *Unanimity on the Rehnquist Court*, AKRoN31 L. REv. 387, 389 (1998) (tárgyalja, hogy a tudósok hagyományosan azt feltételezték, hogy a jogi tényezők elégséges magyarázatot adnak az un anim itre); MichaelJ. Gerhardt, *Attitudes About Attitudes*, 101 MICH. L. REV. 1733,1733 (2003) (JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (2002)) ("A jogászprofesszorok úgy vélik. az Alkotmány és más törvények korlátozzák a Bíróságot, míg a legtöbb politológus nem.").

⁹ Lásd Hensley & John son, *supra* note. 8.

¹⁰ Lásd Gerhardt, *Supra* note 8; Marshall, *Supra* note 7, 8-9. o. (a bírói politikai realista meggyőződésről, miszerint a bírák ideológiai preferenciáikat követik).

¹¹ Lásd Marshall, *supra* note at (7,3a Legfelsőbb Bíróság két olyan ügyét tárgyalja, amelyek azt bizonyítják, hogy a bírák politikai szereplők); Theodore W. Ruger , Pauline T. Kim, Andrew D. Martin & Kevin M. Quinn, *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*, Co104 LUM. L. REv. 1150, 1157-58 (2004) (a Legfelsőbb Bíróság viselkedésének at titudin al modelljét tárgyalja).

¹² Lásd pl. Gregory C. Sisk & Michael Heise, *Bírák és ideológia: Public and Academic Debates About Statistical Measures*, Nw99. U. L. REv. 743, 779-83 (2005).

A tudósok között lassan kialakuló interdiszciplináris konszenzusnak nincs analógja a politikai döntéshozatalban. A bíróság kritikusai és védelmezői harsány, dichotóm vitákban feszülnek egymásnak.¹³ A kritikusok azt állítják, hogy azok a bírák, akiknek a döntéseit elmarasztalják, "aktivisták", akik semmibe veszik a törvényt, azért élnek, hogy kielégítsék ideológiai étvágyukat, és akiket számonkérhetően és ellenőrizhetően kell tartani.¹⁴ A védők úgy jellemzik a bírakat, mint a

Salamon rokonai utódai, akik kizárólag a jogállamiságnak hódolnak, és akiknek meg kell őrizniük függetlenségüket a csöcseléktől.¹⁵ Ebben a cikkben vizsgálom, hogy a bírák tevékenységéről kialakuló interdiszciplináris konszenzus milyen hatással van a folyamatban lévő közpolitikai vitára arról, hogy miként kell szabályozni az igazságszolgáltatást. Ez a kérdés mindeddig nagyrészt még nem vizsgált kérdés. A bírói döntéshozatal empirikus vizsgálatának szentelt tudósok a bírói döntéshozatali magatartás pozitív elméleteinek kidolgozására összpontosítottak, és csak futólag vették figyelembe az ilyen elméletek politikai implikációját,¹⁶ míg a bírói függetlenségről és elszámoltathatóságról mint közpolitikai kérdéstről író tudósok az empirikus adatoktól nagyrészt elszakadt normatív elméleteket dolgoztak ki.¹⁷

A cikk I. része a bírák tevékenységéről szóló tudományos vita fejlődését mutatja be a jogi realizmus mozgalmától napjainkig. Ezt két okból teszem részletesen. Először is, a bírói döntéshozatal kialakulóban lévő integrált, eklektikus, multidiszciplináris felfogásának története eléggé friss ahhoz, hogy eddig csak darabos fash ionban mesélték el.¹⁸ Másodszor, a multidiszciplináris mozgalom élén álló empirikusok talán ismerik a történetet, de sokan mások a tudományos és jogi szférában nem. A vita legújabb fejleményeinek tárgyalásakor a cél az, hogy a kialakuló közös alapokra összpontosítsunk, nem pedig a fennmaradó különbségekre. Ennek során a végső mondanivalóm egyszerű: a dichotomikus érvelés, miszerint a bírák kategorikusan figyelmen kívül hagyják a jogot és követik politikai preferenciáikat (vagy valami más), vagy kategorikusan figyelmen kívül hagyják a politikai preferenciáikat (vagy valami más), vagy kategorikusan figyelmen kívül hagyják a politikai preferenciáikat...

¹³ Hasonlítsuk össze Marcus, *Supra* note 7 (részletezve a bírák per sonal preferenciáinak bírói döntések meghozatalában való észlelt felhasználásával kapcsolatos kritikákat), Terri Jennings Peretti, *Does judicial Independence Exist? The Lessons of Social Science Research*, in *JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH* 103, 120 (Stephen B. Burbank & Barry Friedman eds., 2002) (a tudósok azon állításait vizsgálva, hogy a bírói függetlenség fontos).

¹⁴ Lásd Marcus, *supra* note 7; Ken Connor, *Activist judges Undermine Government fry the People*, CENTER JuST Soc'v (2008. május 22.), <http://www.centerforajustsociety.org/2008/05/22/13445/ideas-in-action/activist-judges-undermine-govemment-by-th-e-people/>.

¹⁵ Lásd *pl.* Peretti, *Supra* note. 13.

¹⁶ Lásd az alábbi részt **1.0.**

¹⁷ Lásd az alábbi II. részt.

¹⁸ Richard Posner bíró kilenc egymással versengő gondolkodási iskolára bontja a bírói

döntéshozatal folyamatban lévő, multidiszciplináris tanulmányozását, de az én célom itt éppen fordítva van: az eddig "versengő" elméletek szintetizálása oly módon, hogy az összhangban legyen a legújabb munkák együttműködőbb ethoszával. *Lásd* RICHARD A. POSNER, How JuDGES THINK 19-56 (2008).

icy preferenciák (és minden más), hogy kövessék a törvényt, megcáfolták.

A bírói döntéshozatal eklektikusabb, pozitívabb elméletére vonatkozó, kialakulóban lévő interdiszciplináris, tudományos konszenzussal szöges ellentétben áll a bírói függetlenségről, elszámoltathatóságról és kiválasztásról szóló közpolitikai vita, ahol a bírák tevékenységével kapcsolatos alapfeltevések továbbra is makacsul binárisak maradnak. A jogászok azt állítják, hogy a politikai nyomástól védett bírák betartják hivatali esküjüket és követik a törvényt - ezért van szükség egy független, a népi és politikai kontrolltól elszigetelt bírói testületre.¹⁹ A bíróságok kritikussai azt állítják, hogy ha a bírák magukra vannak utalva, figyelmen kívül hagyják a törvényt, és a politikai preferenciáiknak, stratégiai céljaiknak vagy személyes érzéseiknek megfelelő módon döntenek az ügyekben - ezért van szükség egy elszámoltatható, a népi és politikai kontrollnak alávetett bírói testületre.²⁰ A II. rész áttekinti a bíróságok védelmezőinek és kritikussainak közpolitikai érveit, hogy szembeállítsa, mennyire leegyszerűsítően dichotómikusak ezek a legújabb empirikus kutatások árnyaltabb megállapításaihoz képest.

A III. részben arra keresek magyarázatot, hogy a bírói döntéshozatalra gyakorolt hatások leírásakor a közpolitikai vita miért maradt makacsul kettéválasztott, miközben a tudományos vita az eklektika és a nagyobb konszenzus felé mozdult el. A közpolitikai viták természetüknél fogva a közvélemény szívének és elméjének megragadására irányulnak. A felmérési adatok azt mutatják, hogy a közvélemény szerint a bírákat jogi és jogon kívüli tényezők befolyásolják - ami azt jelenti, hogy a közvélemény' benyomása arról, hogy mi befolyásolja a bírói döntéshozatalt, összhangban van az I. részben részletezett legújabb kutatások eredményeivel. Ezek az eredmények együttesen azt sugallják, hogy a jogi intézmények számára ostobaság és szükségtelen lehet azt a látszatot fenntartani, hogy a bírákat kizárólag a tények és a jog befolyásolják. Ugyanezek a felmérések azonban azt mutatják, hogy a hermetikus mítosz továbbra is tartja magát, mivel jelentős többség úgy véli, hogy a bírákat kizárólag a tényeknek és a jognak kellene befolyásolnia, és helyteleníti a szerintük előforduló jogon kívüli befolyásokat. Ha a jogi intézményrendszer nyíltan elismerné a jogon kívüli befolyás elkerülhetetlenségét, az aláásná a mítoszt, és ezzel együtt potenciálisan a nyilvánosság bíróságokba vetett bizalmát is.

A IV. részben a leírástól a prediktív irányba haladok. Az egyik lehetőség az, hogy a kettéválasztott közpolitikai vita, amelyet az alábbiakban részletezek

¹⁹ Lásd AM. BAR Ass'N, JUSTICE IN JEOPARDY: REPORT OF THE COMMISSION ON THE 21ST CENTURY JUDICIARY 70 (2003) (azt javasolva, hogy "az igazságszolgáltatásnak nem szabadna a népszerűségi versenyek eredményétől függenie", és olyan előnyben részesített bírói kinevezési rendszert javasol, amely csökkenti a pénznek a bírák kiválasztására gyakorolt maró hatását).

²⁰ Lásd Marc us, 7. lábjegyzet; Connor, 7. lábjegyzet. 14.

A III. rész a belátható jövőben is fennmarad minden további következmény nélkül: a bírák továbbra is azt fogják mondani, hogy a jogállamiság rabszolgái; a kritikusok az "aktivista" bírakat támadják majd, mint az ámokfutó igazságszolgáltatás tüneteit; a közvélemény pedig ferde szemmel fogja nézni azokat a bírakat, akik eltérnek, de a hermelinmítoszba vetett hitét meg fogja tartani. Anélkül, hogy vitatnám a tehetetlenség lenyűgöző erejét, azt állítom, hogy az évek óta tartó fejlemények sorozata valószínűtlenné teszi ezt az eredményt. A "liberális bírói aktivizmus" elleni legújabb kampány, az ideológiailag megosztott Legfelsőbb Bíróságról szóló médiafelvételek, a szenátusi bírói megerősítési eljárásokban a jelöltek ideológiájával kapcsolatos pártpolitikai csatározások, a nyilvánosságra került beszámolók arról, hogy bírák nem hajlandóak kizárni magukat olyan ügyekben, amelyekben a jogon kívüli befolyásolás kockázata nyilvánvalónak tűnik, és a drága, erősen átpolitizált állami bírósági választási kampányok megjelenése kétségbe vonják azokat a feltételezéseket, amelyek szerint a szokásos forгатókönyv szerint folytatódik az ügymenet, amelyben a közvélemény bírákba és a jogállamiságba vetett bizalma magától értetődő. A másik lehetőség az, hogy az imént leírt események válságba sodortak bennünket, de a közvélemény-kutatási adatok szerint a bíróságokba vetett közbizalom továbbra is megmarad, és ez nem valószínűsíti az ilyen fejlemény bekövetkeztét. A harmadik lehetőség - és ez a legvalószínűbb -, hogy a jogállami értékek fokozatos csökkenésének leszünk tanúi, ahogy a közvélemény belátja a recent fejlemények tanulságait, és egyre inkább elkedvetlenedik a bírakkal és a függetlenségük szükségességével kapcsolatban.

Az V. részben az előrejelzéstől az előírások felé fordulok. Álláspontom szerint a jogi intézmény számára az a kulcs, hogy magát a hermelinmítoszt át kell alakítani. Ahhoz, hogy a mítoszok mozgósítani tudjanak egy közösséget, a mítoszok középpontjában egy vélt igazságnak kell állnia. Bár van igazság abban a "mítoszban", hogy a független bírák a törvényt követik, az igazságnak ez a magja azért csorbul, mert a "törvényt" a mítosz céljaira olyan mereven, a XIX. századi formalizmussal jobban összeegyeztethető fogalmakkal jellemezték, mint a rugalmasabb, kortárs értelmezésekkel. Ha a független igazságszolgáltatás elsődleges indoklása az, hogy kizárja a jogon kívüli befolyásokat, és lehetővé teszi a bírák számára, hogy a jogot egyfajta képletként alkalmazzák, akkor elkerülhetetlen a jogállamisággal és a bírói függetlenség értékével kapcsolatos szkepticizmus elmélyülése.

Lehetséges azonban visszalépni, és megerősíteni a független bírói kar instrumentális értékét más kifejezésekkel, amelyek hangsúlyozzák a bírói függetlenség szerepét három különálló cél előmozdításában: egy tágabb jogállamiság (amely elismeri a bírói mérlegelés elkerülhetetlenségét és azt a szerepet, amelyet a különböző hatások játszanak a mérlegelés kialakításában), a tisztességes eljárás és a pragmatizmus mindenütt jelenlévő formája által kialakított igazságos

eredmények, amelyeket a legtöbb bíró alkalmaz. Az az állítás, hogy a bírói függetlenség elősegíti a rugalmasabb jogállamiságot, a megfelelő vagy tisztességes eljárást és az igazságos eredményeket, még mindig "mitológiai", amennyiben a túlzott függetlenség felszabadíthatja a bírakat arra, hogy az alábbiak szerint cselekedjenek.

egyéb érdekek, amelyek akadályozzák ezeket a célokat. Ez az a pont azonban, ahol a bírósági elszámoltathatósági mechanizmusoknak működniük kell, hogy ugyanezen célok elérésével támogassák a függőséget.

A hermelinmítosz átállítása, hogy a független bírák rugalmas jogállamiságot tartanak fenn, megőrzik a tisztességes eljárást, és igazságosan keresik az igazságot, arra fogja kényszeríteni a jogi intézményeket, hogy újragondolják reformprogramjukat. A jogi intézményen belüli reformerek mantrája generációkon keresztül az volt, hogy "depolitizálják" vagy "kivonják a politikát" az igazságszolgáltatásból. Ez a nézet összeegyeztethető lehet az omladozó formalizmussal, de nem alkalmas arra, hogy együtt éljen egy olyan új koncepcióval, amely szerint a bírák jogon kívüli hatásoknak, köztük "politikai" hatásoknak is ki vannak téve, amennyiben ezek a hatások a tisztességes és ésszerű kormányzás művészetét érintik. Állításom szerint a jobb megközelítés az "irányított politika" korszaka felé való elmozdulás, amelyben a cél a bírói döntéshozatalra gyakorolt külső jogi befolyások szabályozása, nem pedig azok kiszorítása, a bírói függetlenség és a számonkérhetőség három célkitűzésének előmozdítása érdekében. Sok tekintetben ez a korszak már most is a nyakunkon van, de ennek egyértelműbb felismerése jobban megalapozná a jogi intézmény reformprogramját. Befejezésül a jogi oktatás, a bírák kiválasztása és a bírói felügyelet területén lehetséges reformok rövid ismertetésével illusztrálom a mondanivalót. A jogállamiság végül is túlélheti az igazságügyi politikát, de nem a külső jogi hatások tagadásával, hanem azok kezelésével.

I

A TÖRVÉNYES VITÁZS Arról, hogy mit csinálnak a fiatalok: A KONSZENZUS FELÉ KÖZELEDVE

A közelmúltbeli fejlemények minden korábbinál nagyobb mértékben egyeztettek össze a tudósok egymással versengő nézeteit a különböző tudományos diszciplínák között arról, hogy mi befolyásolja a bírói döntéshozatalt. Ahhoz azonban, hogy értékelni tudjuk e fejlemények jelentőségét, szükséges, hogy történelmi kontextusba ágyazzuk őket. Logikus kiindulópont a formalizmus megjelenése a tizenkilencedik században, amely fokozatosan átadta helyét a bírósági döntéshozatal megértésének egymással versengő, majd újabban egységesítő megközelítéseinek.

A. A formalizmus felemelkedése

Az Egyesült Államokban a tizenkilencedik század első fele a földrajzi és gazdasági terjeszkedés időszaka volt. E terjeszkedés érdekében a kereskedők és a vállalkozók a szokásjog modernizálására

törekedtek, "a jogi szakmával való szövetség megkötése révén, hogy saját érdekeiket a jogi rendszer átalakításával érvényesítsék".

te m."²¹ A vállalkozásbarát szokásjog felé történő átalakulás elősegítése érdekében a bíróságok a közeli ügyeket gyakran a közpolitikára és a gazdasági igazságszolgáltatásról alkotott elképzelésekre való hivatkozással oldották meg.²²

A tizenkilencedik század közepére azonban ez az átalakulás már majdnem teljes volt.²³ Az előző fél évszázad vívmányainak alátámasztására az egyszerű megoldás az volt, hogy ezeket a vívmányokat a jog új, formalisztikusabb szemléletmódjával rögzítették, amely "a common law szabályainak azt a látszatot adta, hogy azok önállóak, apolitikusak és kikerülhetetlenek, és amely azáltal, hogy "a jogi érvelést matematikának tüntette fel", "a jogi döntések ...elkerülhetetlenségének... levegőjét" közvetítette".²⁴

A tizenkilencedik század második harmadában, amikor a populisták és a progresszívek megkérdőjelezték a gazdasági eliteket és az általuk művelt jogrendet, a korszak főáramú bírái a malizmus számára új menedéket találtak. "E bírák számára - írja Lawrence Friedman - a formalizmus védőeszköz volt. Középutas konzervatívok voltak, akik egyfelől a vulgáris gazdagokat, másfelől a forradalmi tömegeket tartották távol. A jogi hagyomány az egyensúlyt, a szilárd értékeket, a rendezett eljárás iránti elkötelezettséget képviselte".²⁵

Eközben Christopher Columbus Langdell, a Harvard dékánja a tizenkilencedik század utolsó negyedében átalakította a jogi oktatást azzal, hogy a jogi egyetem tantermeiben a jogi elvekről szóló előadások helyett a kérdésekre és válaszokra helyezte a hangsúlyt, amelyek a jogi elveket az esetekből vezették le.²⁶ Az eseti módszer magában foglalta azt a felfogást, hogy a jogi elveket az esetek tudományos elemzéséből lehet levezetni, és a jogtudományt arra kell fordítani, hogy ezeket az elveket kimerítő cikkekben és értekezésekben elkülönítse és osztályozza.²⁷ A nettó hatás az volt, hogy a jogászok új generációit a formalizmus vagy semlegesebben "a klasszikus jogi gondolkodás" értékeivel vértették fel.²⁸

21 Morton J. Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, AM19. J. LEGAL HIST. 251,251 (1975).

22 William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed, *Bevezetés*, in AMERI CAN LEGAL REALISM, at xi, xii (William W. Fisher III et al. szerk., 1993).

23 Horwitz, *Supra* note at 21,251.

24 *Id.* at (252)idézi Oliver Wendell Holmes, Jr., *Privilege, Malice, and Intent*, HARV8. L. REV. 1,7 (1894).

25 LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW (2883. kiadás, 2005).

26 JOHN HENRY SCHLEGEL, AMERICAN LEGAL REALISM AND EMPIRICAL SOCIAL SCIENCE 25-26 (1995).

27 *Id.* at (27)idézte James Barr Ames ajánlását, miszerint a jogászprofesszoroknak "a jog minden fontos ágáról magasrendű értekezéseket kellene készíteniük, amelyek bemutatják a téma történelmi fejlődését, és tudományos elemzésen alapuló, megalapozott következtetéseket tartalmaznak"); lásd még Fisher et al., *supra* note 22 (megjegyezve, hogy "[p]roperly organized, law was like geometry" to classical educators); Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. PITT. L. REV. 1, 5 (1983) ("Langdell úgy vélte, hogy tudományos módszerekkel a jogászok néhány alapvető elvből és fogalomból helyes jogi ítéleteket tudnak levezetni").

28 Grey, *Supra* note at 27,16.

B. A jogi realizmus felemelkedése és bukása

A progresszív korszakban a klasszikus jogi gondolkodás diktátumait több oldalról is megkérdőjelezték. Oliver Wendell Holmes bíró úgy vélte, hogy:

A bírói döntés nyelve elsősorban a logika nyelve. A logikai módszer és forma pedig hízeleg a bizonyosság és a nyugalom iránti vágyak, amely minden emberi elmében ott van. De a bizonyosság általában illúzió, és a nyugalom nem az ember sorsa. A logikai forma mögött az egymással versengő jogalkotási indokok relatív értékének és fontosságának megítélése áll... Nem vesszük észre, hogy milyen nagy jogunk egy része a közvélemény szokásainak csekély változására tekintettel újragondolható.²⁹

Roscoe Pound dékán a tumban panaszkodott az uralkodó "mechanikus jogtudományra", amelyben "a premisszákat már nem kell vizsgálni", és "minden egyszerű következtetésre korlátozódik", olyannyira, hogy a "társadalmi fejlődést" "halott precedensek barikádjai akadályozzák".³⁰

Az 1920-as években a Columbia és a Yale egyetemi jogászai, akiket Holmes, Pound és mások kritikája győzött meg, lemondtak a formalizmusról, "funkcionálisabb" tantervet javasoltak, amely a technikai jogi doktrínát háttérbe szorította, és amellel érveltek, hogy a jogot jobban lehet empirikusan, mint társadalomtudomány tanulmányozni - egy sor olyan tevékenységet, amelyet Karl Llewellyn, a Columbia jogi professzora kollektíven "realizmusnak" nevezett.³¹ A formalizmus realista kritikája lesújtó is lehetett, amint azt Jerome Frank *Law and the Modern Mind* című könyvének alábbi kivonata szemlélteti:

El kell hagyni a mítoszgyártást és az atyai hazugságokat - a teljes jogbiztonság Mikulás-meséjét; a tündérmesét az arany törvények edényéről, amely már létezik, és amelyet a jó ügyvéd megtalálhat, ha csak elég szorgalmas; a fantáziát egy esztétikailag kielégítő gyári rendszerrel és harmóniával, következetes és egységes, amely majd akkor születik, ha megtaláljuk a racionalizáló elv varázspálcáját.³²

Az új realista számára tehát a jog nem volt transzcendentális; a jog inkább az volt, amit a jog tett. Annak megértése érdekében, hogy a bírák hogyan döntöttek az ügyekben, a realista lehangolta az elvont jogi elvek elemzését, amelyekre a bírák állítólag támaszkodtak, és több időt szentelt annak tanulmányozására, hogy a bírák valójában mit tettek - kiegyensúlyozták az előttük lévő ügyekben kockán forgó, egymással versengő politikákat.³³

29 Oliver Wendell Holmes, *A törvény útja*, HARV10. L. RE.v. 465-66457, (1897).

30 Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, YALE18 LJ. 454,462 (1909).

31 *Lásd általánosságban* SCHLEGEL, 26,15-18. o., *fenti* jegyzet.

32 JEROME FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* (260Anchor Books szerk. 1963) (1930).

33 BENJAMIN N. CAROZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (1921), *reprinted in* AMERICAN LEGAL REALISM, *supra* note 22, at 172, 176-77 (a bírósági eljárást érdekek kiegyensúlyozását tartalmazó eljárásként írja le); Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, COLUM35. L. RE.v. (809,1935842) ("[A bíró] ösztönként értékeli a

A jogi realizmusnak az a kampánya, amely a jogtudomány tanulmányozását a szabályoktól a bírói magatartás empirikus, társadalomtudományi elemzése felé irányította, soha nem nyert teret az amerikai jogi egyetemeken, és az 1930-as évek végére kifutott.³⁴ John Henry Schlegel a bírákra is érvényes kifejezésekkel magyarázza, hogy a realizmus miért volt fenyegető a jogi akadémia számára:

A tudomány túlságosan fenyegető volt. Azt sugallta, hogy a jog szavai talán nem is olyan fontosak, hogy a jogászprofesszor különleges rezervátuma talán nem is olyan különleges, és hogy mivel a jog nem csak szabályokból áll, a jog uralma sem csak a szabályok követéséből áll. Ez a fenyegetés egyszerűen túl sok volt a jogászprofesszor szakmai identitásának; csak kíméletlenül lehetett támadni, vagy gúnyos nevetéssel eltüntetni.³⁵

A formalizmus hagyományos történetét és a realizmussal való szembesülését éles szavakkal meséltem el, hogy rávilágítsak a bírói döntéshozatalhoz való hozzáállásban a mai napig fennálló különbségek eredetére. A hagyományos történet azonban vitathatatlanul eltúlozza a "for malista-realista szakadék" mértékét.³⁶ Brian Tamanaha a korszakról szóló alapos tanulmányában megállapította, hogy "a korszak legjelentősebb jogászai, bírái és akadémikusai közül sokan ... a bíraskodást végletesen realista kifejezésekkel jellemezték"³⁷, míg sok jogi realista "hitt a jogban"³⁸, "a jog bizonyosságának és kiszámíthatóságának növelésére törekedett",³⁹ és "nem állította, hogy a bírák rutinszerűen manipulálják a jogot a kívánt eredmények elérése érdekében".⁴⁰ Tamanaha meglátásai szimmetriát adnak e cikk irányvonalához: Míg én amellet érvelek, hogy eljött az ideje, hogy véget vessünk a bírák tevékenységéről szóló, indokolatlanul dichotóm közpolitikai vitáknak, Tamanaha megmutatja, hogy e viták történelmi eredetét maguk is indokolatlanul dichotóm fogalmakkal ábrázolták.

C. A realizmus újjászületése és az "attitűdmodell" felemelkedése

A jogi realizmus mozgalmának megszűnése a jogi akadémián belüli széles körű agitáció végét jelentette a tanítás, az írás,

ellentétes emberi értékek, amelyek mindenkörülmények között szemben állnak egymással, értékeljük a precedensek társadalmi jelentőségét, amelyekre az egyes követelésekhivatkoznak").

³⁴ Charles K. Rowley, *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, in THE A LAW ÉS Eco NOMIcs eredete : ESSAYS BY THE FOUNDING FATHERS, (311 Francesco Parisi & Charles K. Rowley szerk., 2005) ("Az 1930-as évek végére a [jogi realizmus] elhalványult a színről.")

³⁵ SCHLEGEL, *Supra* note at 26,255.

³⁶ BRIAN Z. TAMANAHA, BEYOND THE FoRMALIST-REALIST DIRMÉ: THE RoLE OF POLITICS IN JuDGING (32010) ("[T]he formalista-realista felosztás alapvető tekintetben téves.")

³⁷ *Id.* 4.

³⁸ *Id.* 94.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* 6-7, 94.

és a jogról mint társadalomtudományról, nem pedig mint szabályrendszerrel való gondolkodásról. A jogi realizmus azonban befolyásolt néhány akadémiai jogászt, hogy feltárja, milyen módon világítják meg a kapcsolódó tudományágak a jog elemzését - olyan tudományágak, amelyek fokozatosan utat törtek maguknak a jogi egyetemeken, mint

"törvény és ... " alterületek. ⁴¹ Így a jogi realizmusnak tulajdonítják, hogy katalizálja

A jogi és közgazdasági mozgalomban, részben azért, mert a jogi realizmus a formalizmus jogi elemzésre vonatkozó monopóliumának megkérdőjelezésével előkészítette az utat, részben pedig azért, mert a realizmus sebezhető volt azzal a kritikával szemben, hogy nem rendelkezett jól meghatározott módszertannal, amit a közgazdasági elemzés igyekezett pótolni.⁴² A jog és pszichológia világosabban gyökerezik a realista hagyományban, és az 1950-es évek elején vált sajátjává, amikor a Chicagói Egyetem jogi karán elindult a jog és viselkedéstudományi program, amely úttörő kutatásokat végzett az esküdtszéki magatartás pszichológiájával kapcsolatban.⁴³ A jog és a szociológia hívei pedig - egy olyan részterület, amely a jog és szociológia

az első igazi csobbanás az 1960-as években a jogi kar projektjeivel az egyetemen

a Berkeley-i Kaliforniai Egyetem és a Wisconsin⁴⁴ Egyetem - li kewise nyomon követik empirikus hagyományait és érdeklődésüket az összefüggések iránt.

A jog és a társadalom között a realistáknak.⁴⁵

A jogi iskolákban egy tudományág "jog és" státuszba helyezése a marginalizáció eszközeként működhet, amely távol tartja azt a "jog és" státusztól.

a "valódi" jog tanulmányozása, amely továbbra is a bírák által értelmezett és alkalmazott szabályokra összpontosít. ⁴⁶ Nem ez volt a sorsa a politikatudománynak.

⁴¹ Rowley, *supra* note at34, (11"A jogi realizmus valódi jelentősége a következőkben található meg

... a jog és egyes társadalomtudományok közötti jövőbeli házasság előtt megnyitott útvonalában").

⁴² *Id.* at (12"A jog és a közgazdaságtan felé vezető utat kétségtelenül egyengette a jogi realista kihívás a formalizmussal szemben, amely megnyitotta az amerikai jogi oktatást a társadalomtudományok tanulmányozása előtt."); lásd még Owen M. Fiss, *The Death of the Law?*, 72 CORNELL L. REV. 1, 2 (1986) ("A jog és a közgazdaságtan [a] jogban a Roscoe Pounddal és a realistákkal kezdődő társadalomtudományi hagyomány folytatása."); Edmund W. Kitch, *The Intellectual Founda*

a "Jog és közgazdaságtan", J33. LEGAL EDUC. 184,184 (1983) ("[W]hen the serious jogtudós az előzményektől kezdve a jog és a jogintézmények intenzív vizsgálatára kíván áttérni, a jog és közgazdaságtan hagyományában olyan eszközöket és felismeréseket találhat, amelyek előremozdítják munkáját."). Ez azonban nem jelenti azt, hogy a jog- és közgazdaságtudósok ugyanúgy osztoznak a jogi realizmussal közös szellemi gyökereken, mint a politológusok és a pszichológusok. *Lásd pl.* RICHARD A. POSNER, *OVERCOMING LAW* (31995) ("A jogi és közgazdasági mozgalom kevésbé köszönheti a jogi realizmusnak.").

⁴³ *Lásd általában* SAUL M. KASSIN & LAWRENCE S. WRIGHTSMAN, *AZ AMERIKAI ESKÜDTSZÉK A TESZT: PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES* 12-14 (1988) (a chicagói egyetemről szóló

Zsúri projekt).

⁴⁴ LAWRENCE M. FRIEDMAN & STEWART MACAULAY, LAW ÉS A BÉHAVJÓRÁLIS SZEMÉLYEK 7 (2d ed. 1977) (a jogtudósok és társadalomtudósok közötti, az 1960-as évek közepén a U.C. Berkeley-n, a Wisconsin Egyetemen és más iskolákban formálisabban megszervezett együttműködésről szól); SCHLEGEL, *supra* note at 26248-50 (a sikeres Russell Sage programok az U.C., Berkeley és a Wisconsin Egyetemen).

⁴⁵ FRIEDMAN & MACAULAY, *supra* note at 44, (a jog és a viselkedéstudományok nyomán követe

mozgalom a jogi realizmus felé az 1920-as és 1930-as években).

⁴⁶ SCHLEGEL, *Supra* note at (26,254 tárgyalja "a másodosztályú állampolgárságot, amely a "törvény és" által implikált"). A jog és a közgazdaságtan valamivel jobban teljesített, részben azért, mert megközelítése jobban összeegyeztethető a szabályalapú elemzéssel. Rowley, *supra* note at 34,12

A jog mint társadalomtudomány iránti érdeklődés azonban elegendő volt ahhoz, hogy a bírói magatartás tanulmányozását egy, a jogi oktatástól teljesen független politikatudományi részterületen (bíróóságok és alkotmányjog vagy közjog) belül helyezték el.⁴⁷ Míg sok akadémiai jogász nem volt megelégedve a jogi realizmus következményeivel, addig a realista korszak politológusai nem. A kor úgynevezett "régii intézményesült" politológusai, mint Edward Corwin, Robertushman és Charles Grove Haines, mérsékelt irányzatú realisták voltak, akik "úgy vélték, hogy a politika finom és összetett módon lép be az igazságszolgáltatási folyamatba".⁴⁸ Más szóval, nem **gondolták**, hogy "politikai preferenciák vagy egyéni "érdekek" határozzák meg, hogy a bírák hogyan döntenek az ügyekben", még akkor sem, ha "elismerték, hogy az ilyen preferenciák befolyásolhatják a bírói döntéseket."⁴⁹ Az 1940-es években azonban C. Herman Pritchett a jogi realizmus egy agresszívebb, "viselkedési" irányzatát vezette be a bíróóságok tanulmányozásába, amely a szociálpszichológiai pedagógia radigmáján alapult.⁵⁰ Pritchett és utódai empirikus kutatásokkal igyekeztek bizonyítani, hogy a bírákat "saját preferenciáik motiválják".⁵¹ Pritchett elemzésének "A" bizonyítéka az volt, hogy a többségi és a kisebbségi véleményt megfogalmazó *Su preme Court* vélemények ugyanazon tények és jog alapján eltérő következtetésekre jutottak - az eltérést az egyes bírák politikai preferenciáival magyarázta.⁵²

A Pritchett nyomdokaiba lépő politológusok, akiket nem terhelnek egy olyan jogi kultúra normái, amely abból indult ki, hogy a jog a bírói magatartás korlátjaként működik, a bírák tevékenységét olyan kifejezésekkel írják le, amelyek a jogot, mint a bírói döntéshozatali egyenlet változóját háttérbe szorítják.⁵³ A

("[A] kapcsolatot [a jogi realizmus és a jog és közgazdaságtan között] nem szabad eltúlozni", részben azért, mert a jog és közgazdaságtan "olyan mozgalomnak bizonyult, amely a Langdelli-korszak formalizmusának egy részét magába foglalta, bár olyan formalizmus, amely azon az elképzelésen alapult, hogy a törvényeknek gazdaságilag hatékonyaknak kell lenniük, nem pedig azon, hogy a *stare decisis* és a precedensre kell támaszkodniuk.")

⁴⁷ FRIEDMAN & MACAULAY, *supra* note 44, at 7 ("[I]t fair to note that a joggal kapcsolatos társadalomtudományi érdeklődés kívül esik a jogtudományi tudományok és az összes társadalomtudomány főáramán, kivéve talán a politikatudományt.")

⁴⁸ Cornell W. Clayton, *A Legfelsőbb Bíróóság és a politikai jogtudomány: New and Old Institutionalisms*, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES 15, 20 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman szerk., 1999).

⁴⁹ *Id.*

így Lee Epstein, Jack Knight & Andrew Martin, *The Political (Science) Context of judging*, 47 ST. LOUIS U. L.J. 783, (7862003) (Pritchett szerepének tárgyalása a jogi realizmusnak a politikatudományi tanszékre való áthelyezésében és a kvantitatív empirikus módszerek elfogadásában); Paul

line T. Kim, *Lower Court Discretion*, 82 Y.U. L. REV. 383, 384 (2007) (tárgyalja, hogy a szociálpszichológiai paradigma milyen mértékben uralja a politológusok által a bíróisági döntéshozatal tanulmányozását).

⁵¹ C. HERMAN PRITCHETT, THE ROOSEVELT COURT: A STUDY IN JUDICIAL POLITICS AND VALUES 1937-1947 (1948), xii-xiii (1948).

⁵² *Lásd id.*

⁵³ *Lásd* Barry Friedman, *Taking Law Seriously*, PERSP4. ON POL. 261,263 (2006).

Az 1960-as években Glendon Schubert alkotta meg az "attitűd" kifejezést egy olyan modell leírására, amely azt magyarázta, hogy a Legfelsőbb Bíróság bírái hogyan szavaztak, utalva az attitűdjeikre vagy ideológiai preferenciáikra.⁵⁴ Az 1990-es években pedig Harold Spaeth és Jeffrey Segal egy nagy hatású könyvben foglalta össze a legfelsőbb bírósági döntéshozatalra vonatkozó politikatudományi kutatások jelenlegi állását, amelyben az "attitűdmodell" és a "jogi modell" került szembe egymással; az előbbi nyilvánították győztesnek, a jogi modellt pedig "értelmetlennek" minősítették.⁵⁵ A sok politológus által az attitűdmodell mellett szóló elsöprő bizonyítéknak tekintett sok politológus háttérében az ügyvédek, bírák és jogi iskolák által fenntartott, tartósan fennálló nézet, miszerint a Legfelsőbb Bíróság az ügyeket az alkalmazandó jog fényében dönti el, mítoszként maradt fenn.⁵⁶

Az attitűdmodell hívei által generált adatok fényében az 1990-es évekre kevés politológus vitatta volna, hogy a szavazások a U.S. Supreme Courtot az egyes bírák politikai preferenciái befolyásolták.⁵⁷ Egyesek szerint azonban "a Supreme Court ... tanulmányozása ... nem több, mint egyének gyűjteménye, akik személyes politikai preferenciáikat követték", nem vette figyelembe a bírói magatartást befolyásoló egyéb befolyásokat.⁵⁸ Howard Gillman és Cornell Clayton két fontos könyvében összegyűjtötte és népszerűsítette a "neoinstitutionalista" tudósok legújabb munkáit (ezt a jelzőt azért alkalmazták, hogy szellemileg összekapcsolják ezeket a tudósokat a realista korszak "régii intézményesítőivel"), akik azt állították, hogy a bírói döntéshozatal sokkal inkább

⁵⁴ GLENDON SCHUBERT, A BÍRÓI ELME: (221965).

⁵⁵ JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, A SZUPRÉMI BÍRÓSÁG ÉS AZ ATTITUDINÁLISÁG MODELL 62-6517, (1993).

⁵⁶ *Id.*; John M. Scheb II & William Lyons, *The Myth of Legality and Public Evaluation of the Supreme Court*, 81 Soc. Sci. Q. 928, 937 (2000) ("[O]nly a polgárok számára csak egy kisebbsége híve a törvényesség mítoszának az általuk ténylegesen meghatározónak vélt bírósági döntések tekintetében.

A bírák általánosan elismerik a bírói 'ideológia hatását. gies on their decisions.")

⁵⁷ Peretti, *supra* note 13, 109-10. o. (2002) ("Ezt az "attitűdmodell" a bíróságokat tanulmányozó társadalomtudósok széles körben elfogadják. Ahogy Segal professzor állítja, "[n]o serious

bírói kar tudósa tagadja, hogy a bírák döntéseit, különösen a Legfelsőbb Bíróság szintjén, legalábbis részben befolyásolja a bírák ideológiája". (idézi Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marxist Model*, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES, *supra* note at 48,237237,)).

⁵⁸ Howard Gillman & Cornell W. Clayton, *A bírói attitűdökön túl: Az intézményi Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES, *supra* note 48, at 1, 1-3 ("[T]here are good reasons to think that there may be much to be gained by focusing less on the policy preferences of particular justices and more on the distinctive characteristics of the Court as an institution, its relationship to other institutions in the political system, and how both of these might shape judicial values and attitudes.").

a politikai, jogi, társadalmi és kulturális intézmények hátterében, amelyeknek a bírák részét képezik.⁵⁹

Így például az olyan neoinstitutionalisták, mint Lee Epstein és Jack Knight, akik a bírói döntéshozatal kvázi-gazdasági "racionális választás" elméletét terjesztették elő, azzal érveltek, hogy bár a bírák valóban "a jogpolitika keresői", ahogyan azt az attitűdkutatók állítják, "a céljaik [elsősorban a politikai célok] elérésének képessége mások preferenciáinak figyelembevételétől függ".⁶⁰ Más szóval, a racionális választás szemszögéből nézve a bírák nem reflexszerűen szavaznak személyes politikai preferenciáiknak megfelelően, hanem stratégiai megfontolásból gondolkodnak arról, hogy a Kongresszus, az elnök és mások hogyan reagálhatnak adott ügyek kimenetelére, és ennek megfelelően igazítják döntéseiket, hogy jobban érvényesítsék a kívánt politikai eredményeket.

Ezzel szemben más neoinstitutionális tudósok a "történeti értelmező" megközelítést támogatták a bírói döntéshozatal megértésében, amely szerint az intézményi fejlődés történeti beszámolóí döntő fontosságúak az intézményen belüli döntéshozók értékeinek megértéséhez.⁶¹ Így az igazságszolgáltatás intézményi környezete segít létrehozni és keretbe foglalni azokat az értékeket, amelyeket a bírák a döntéseik meghozatalakor megvalósítani igyekeznek - olyan értékeket, amelyek többek között a jogállamiság iránti elkötelezettséget is magukban foglalhatják. A maguk részéről az attitűdmodell lelkes hívei gyakran nem annyira a neoinstitutionalista kritikák befogadásával reagáltak, mint inkább új tanulmányok készítésével, amelyek a neoinstitutionalisták igazát igyekeztek bizonyítani.⁶²

Eközben a jogi egyetemeken a jogi realizmus leckéi rövid reneszánszukat élték az 1970-es években a kritikai jogi tanulmányok mozgalmával, amely azt állította, hogy az elit bírák fenntartják osztályuk uralmát azáltal, hogy kihasználják a jog racionalitásának és kiegyensúlyozottságának fikcióját - és ezzel megerősítik a már meglévő egyenlőtlenségeket.⁶³ Az 1980-as években azonban a kritikai jogi tanulmányok mozgalma összeomlott.

⁵⁹SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES, *supra* note 48; A LEGFELSŐBB BÍRÓSÁG AZ AMERIKAI POLITIKÁBAN: ÚJ INSTITUCIONALISTA ÉRTELMEZÉSEK (Howard Gillman & Cornell Clayton szerk., 1999).

⁶⁰ LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, THE CHOICES JUSTICES MAKE, at xiii (1998).

⁶¹ Gillman & Clayton, *supra* note 58, at 6 (az egyik neoinstitutionalista tábor azokat alkotják, akiknek a munkája "az intézményi fejlődés történeti beszámolóját vagy a bírák tevékenységének interperatív káoszát" próbálja bemutatni, és megjegyzi, hogy "a történeti intézményi tanulmányok hajlamosak feltételezni, hogy a bírói magatartást nem csupán az intézmények *strukturálják*, hanem azok is alkotják abban az értelemben, hogy az egyes politikai megállapodásokhoz kapcsolódó célok és értékek energiát és irányt adnak a politikai szereplőknek"); lásd még Clayton, *Supra* note 48, 31. o. (az új intézményrendszerek "történeti-értelmezési változatát" Rogers Smith-nek és másoknak tulajdonítja).

⁶² Friedman, *supra* note at 53, (263)"Ma az attitűdlisták túl sok energiát fordítanak arra, hogy ... elhárítsák azokat az állításokat, amelyek szerint a hozzáálláson kívül más is számít."

⁶³ Lásd Frank B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance*, 92 Nw. U. L. REV. 251, 259 (1997) ("A CLS legtöbb szószólója

azonban tovább megy, és azt állítja, hogy a meghatározatlanságot a tőke érdekében manipulálják a
ted

annak súlya alatt, hogy képtelen volt intuícióit empirikus kutatásokkal igazolni, és nem tudott kielégítőbb alternatívát javasolni az általa szidott status quo helyett.⁶⁴

Mivel az attitűdmodell a huszadik század második felében jutott érvényre, feltételezhetnénk, hogy az attitűdvizsgálatok adatainak áradata, amelyek állítólag a jog irrelevanciáját bizonyítják a bírói döntéshozatalban, a jogászprofesszorok, bírák és ügyvédek számára is akut érdeklődésre és aggodalomra tarthat számot. A huszadik század végéhez közeledve azonban az attitűdvizsgálatok átfogó következtetéseit, amelyek a politikatudományi körökben kakofonikus zajt keltettek, a jogi szakmában tücsözküzűgás fogadta.

Frank Cross professzor az elsők 1997, között volt, aki egy jogi folyóiratban írt cikkében *kiáltotta ki* ezt a "szerencsétlen interdiszciplináris tudatlanságot".⁶⁵ "A politikatudományi kutatások és az attitűdmodell annyiban jelentősek, hogy potenciálisan eltörölhetik a jelenlegi és korábbi jogi tudományok nagy részének alapjait" - jegyezte meg Cross, de "[a] mai napig a jogi tudományok figyelemre méltó módon nem vesznek tudomást a bíróságokkal kapcsolatos politikatudományi kutatások e nagy és egyre növekvő mennyiségéről".⁶⁶ Michael Gerhardt professzor a feledékenységet a világnézet alapvető különbségének tulajdonította: "A jogászprofesszorok úgy vélik, hogy az alkotmány és más törvények korlátozzák a bíróságot, míg a politológusok többsége nem. A bírák joghűségével kapcsolatos eltérő nézőpontok biztosítják, hogy a jogtudósoknak és a politológusoknak kevés olyan mondanivalójuk van a Bíróságról, ami érdekelné egymást."⁶⁷

Patricia Wald bírónő még tovább ment, azt sugallva, hogy a jogi közösség nem feledékeny, hanem elutasító: "Valami olyasmit érzékelek, hogy a bírák személyes filozófiája beleszól a döntéshozatalukba, amikor a törvény vagy a precedens nem irányítja a mérlegelési jogkörüket az egyik irányba, vagy nem korlátozza azt a másikba."⁶⁸ Más szóval, amennyiben az attitűdmodell azt a puhább tételt képviselte, hogy a bírákat befolyásolják politikai preferenciáik, a modell semmi olyat nem mondott a jogi szakmának, amit az ne tudott volna már eddig is;⁶⁹ amennyiben pedig azt a keményebb tételt képviselte, hogy a jog nem korlátozza a bírákat, az attitűdmodell olyan alapvető nézőpontbeli különbséget tükrözött, amely kizárta a termékeny eszmecsere-t.⁷⁰

elit. A precedens az elnyomás szabályainak "álcája" volt, amelyet a hatalmi koncentrációk, különösen a tőke hatalmi koncentrációi tartottak fenn.").

⁶⁴ *Id.* 257-58, n 260.41.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.* 252-53.

⁶⁷ Gerhardt, *Supra* note at 8,1733.

⁶⁸ Patricia M. Wald, *A Response to Till,er and Cross*, Co99 LUM. L. REv. 235,236 (1999).

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Lásd a 66-68. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.*

D. Az új empiristák

A jogászprofesszorok és a politológusok így a bírói döntéshozatalról kontradiktóriális, dichotóm elképzeléseket alakítottak ki, amelyeket viszonylag elszigetelten boldogan ápoltak. A komolyabb interdiszciplináris elköteleződésre való kitaró felhívások azonban fokozatosan megzavarták magányukat.⁷¹ Néhány jogászprofesszor és bíró azzal érvelt, hogy a politológusok nem veszik elég komolyan a jogot.⁷² Mások az attitűdvizsgálatokat kritizálták, azzal érvelve, hogy az ilyen tanulmányok olyan szűken és mereven határolják le a "jog" fogalmát, hogy annak irrelevanciája a bírói döntéshozatal szempontjából kész tényként kezelhető.⁷³ Megint más jogtudósok saját empirikus kutatási programokat indítottak el, ami kritikát, sőt, néhány politológus részéről kritikát váltott ki a módszertanukkal kapcsolatban, de egyúttal a jogtudósok körében reneszánszát élte a bírói magatartás empirikus vizsgálata iránti érdeklődés.⁷⁴ Ez a "kvantitatív pillanat" a jogi akadémián⁷⁵ nagyon rövid idő alatt szinte teljesen eltörölte a bírói döntéshozatal tanulmányozását mint vagy-vagy vállalkozást, amelyben választani kell, és a bírói magatartást a jogra vagy a politikai preferenciákra való hivatkozással kell magyarázni, mintha ezek egymást kölcsönösen kizáró alternatívák lennének.⁷⁶

1. Jogi és politikai tanulmányok: A Legfelsőbb Bíróság

Mire elérkezett a kvantitatív pillanat, a politológusok már egy szinte megcáfolhatatlan empirikus bizonyítékot találtak a

⁷¹ Epstein et al., *supra* note 50, 783. o. ("Csak az utóbbi néhány évben mutattak a jogászprofesszorok nagy érdeklődést a

bíráskodáspolitikatudományi megközelítései iránt....."); Friedman, *supra* note at53, (262"[L] egal scholars now are pursuing the same kind of em a pozitív tudósként végzett kalózkutatásokat, izgalmas lehetőségeket teremtve a valódi interdiszciplináris együttműködésre. ").

⁷² Friedman, *supra* note53, 262. o. ("Mégis, a bíróságok és a bírói magatartás pozitív tudósai - a joggal kapcsolatos szinte kóros szkepticizmust tükrözve - egyszerűen nem veszik komolyan a jogot és a jogi intézményeket."); lásd még Harry T. Edwards, *CoUegality and Decision Making on the D.C. Circuit*, VA84. L. REv. 1335,1335 (1998) (elítelve két tanulmányt, mint "a figyelmetlen olyan akadémiai tudósok megfigyelései, akik félreértik és félreértik a ... bírák").

⁷³ Stephen B. Burbank & Barry Friedman, *Reconsidering Judicial Independence*, in JUDI CIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH, *supra* note13, at (a jog "operacionalizálásával" kapcsolatos attitűdvizsgálatok problémáit 9,tárgyalva25); Cross, *supra* note at63, (264"T this particular criticism may seem unpersuasive to lawyers as túlzottan csökkenteni - az a képesség, hogy két különböző oldal mellett érvelni lehet, nem jelenti azt, hogy ezek az érvek szükségszerűen azonos érvényességűek.").

⁷⁴ Lee Epstein & Gary King, *The Rules of Inference*, U69. CHI. L. REv. 1, (200211) (kritizálva a jogtudósokat, amiért nem fordítanak elegendő figyelmet a módszertanra az empirikus elemzés során); lásd még Sisk & Heise, *supra* note 12, 779-83. o. (az Epstein és King cikke által kiváltott "2002-es nagy empirikus módszertani vitát" tárgyalva).

⁷⁵ Gregory C. Sisk, *A mennyiségi pillanat és a minőségi lehetőség: Jogi tanulmányok a bírói döntéshozatalról*, CORNELL93 L. REv. 873,876 (2008) (recenzió FRANK B. CROSS, DÖNTÉSHOZATAL AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBELI FELLEBBVITELI BÍRÓSÁGOKON (2007)).

⁷⁶ *Id.* 877. o. (mind az empirikus tanulmányok, mind a doktrinális tanulmányok

nélkülözhetetlenségének tárgyalása).

azt a tételt, hogy egy bíró politikai preferenciái befolyásolják a szavazatait az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságán. Segal és Spaeth arról számoltak be, hogy az egyes bírák döntéseinek 74%-át meg tudták jósolni az attitűdök alapján;⁷⁷ Segal és Albert Cover egy másik tanulmánya szerint a polgári szabadságjogokkal kapcsolatos ügyekben az egyes bírák attitűdjei és szavazási magatartásuk közötti korreláció 80%-os vagy annál magasabb volt.⁷⁸

A későbbi interdiszciplináris munka azonban fontos árnyalatokkal szolgált. 2003-ban két jogászprofesszor és két politológus publikálta a "Legfelsőbb Bíróság előrejelzési projekt" eredményeit, **amelyben** az ember a gép ellen mérkőzött meg, amit leginkább a "John Henry balladája" huszonegyedik századi remake-jeként lehet leírni.⁷⁹ Összességében a "gép" - egy statisztikai modell - 75%-ban felülmúlta a jogi szakértők előrejelzéseit, mivel az ügyek kimenetelét helyesen jelezte előre.

az idő, szemben a kísérleti személyek 59.1%-ával.⁸⁰

Bár úgy tűnhet, hogy ez a projekt a politológusok és a jogászok között egyfajta hírességek halálos meccsét vívta, valójában nagyban hozzájárult annak bizonyításához, hogy a régóta tartó jog kontra attitűd vita hamis kettősséget mutatott. Ahhoz, hogy a gép működjön, a számítógépes modell nem alapozhatta előrejelzéseit naiv "attitűdfeltevésekre", amelyeket a szerzők "elégtelennek találtak ahhoz, hogy konkrét előrejelzéseket generáljanak a jövőre nézve".⁸¹ A modell az előrejelző képességeinek maximalizálása érdekében inkább olyan osztályozási fákat alkalmazott, amelyek egy bíró jövőbeli döntéseit annak fényében jósolták meg, hogy az adott bíró korábban hogyan döntött olyan ügyekben, amelyek hat félspecifikus szempontból hasonlóak voltak.⁸² Ugyanakkor az előrejelző képességek maximalizálása érdekében a szakértők nem szorítkoztak a folyamatban lévő ügyek naiv doktrinális elemzésére, hanem előrejelzéseik elkészítésekor szabadon figyelembe vehettek attitűdbeli tényezőket is.⁸³

Amennyiben a "jogi szakértők" tisztában vannak azzal, hogy egy bíró politikai preferenciái befolyásolják azt, hogy hogyan elemzi a jogot közeli ügyekben, nem lepődhetnek meg azon, hogy a bírák politikai preferenciáinak elkülönítésére irányuló kifinomult statisztikai modellek gyakran képesek megjósolni a Legfelsőbb Bíróság döntéseit - különösen azért, mert a szakértők valószínűleg megpróbáltak

⁷⁷ SEGAL & SPAETH, *Supra* note at 55,229.

⁷⁸ Jeffrey A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Bírósági bírák*, AM83. PoL. SCI. RE.v. 561-62557, (1989).

⁷⁹ Ruger et al., *supra* note at 11,1151.

így *Id.* 1152.

⁸⁰ *Id.* at 1164.

⁸² *Id.* 1163. A tanulmány által alkalmazott hat tényező a következő volt: az ügy származási körzete, az ügy tárgya, a kérelmező típusa, az alperes típusa, az alacsonyabb szintű bírósági ítélet ideológiai iránya, valamint az, hogy a kérelmező egy törvény vagy gyakorlat alkotmányellenességét állította-e.

⁸³ *Lásd id. 1185. o.* ("Az előjelzési eredmények arra utalnak, hogy a szakértők a jogi tényezők értékelésének kiegészítéseként igen általános attitűdfeltevésekre támaszkodtak").

azonosítsák ugyanezeket a preferenciákat, amikor saját előrejelzéseiket teszik.⁸⁴ Ez utóbbi feltételezéssel összhangban a kutatók azt találták, hogy a szakértők a modellhez hasonlóan (sőt, valamivel jobban) teljesítettek az egyes bírák szavazatainak előrejelzésében, de a modell sokkal jobban teljesített a "swing szavazatok" előrejelzésében, ahol a kutatók meglehetősen gyanították, hogy a Bíróság mérsékelt tagjainak összetett és sajátos preferenciái túl nehezek voltak a szakértők számára, hogy megjósolják őket.

számítógépes modell nélkül.⁸⁵ Ahelyett, hogy azt gondolnánk a tanulmányról, mint egy újabb adatpontról a legfelsőbb bírósági döntéshozatalban a jog vagy az attitűd elsőbbségéről folytatott dichotóm vitában, a szerzők azt javasolták, hogy a tanulmány által feltárt jog és attitűd közötti összetett kölcsönhatás indokolhatja a jog újragondolását: "[U]nder bármely olyan elméleti felfogás szerint, amely a jogot legalább részben abból állítja össze, amit a bírák tesznek, érdemes a "jog" alapvonalaként vagy iránytűjeként figyelembe venni azokat a helyettesítő adatokat, amelyek megbízhatóan előre megmondják, hogy mit fognak tenni a jövőben, függetlenül attól, hogy magukat "jogként" tudjuk-e elképzelni."⁸⁶

A kapcsolódó kérdésekkel foglalkozó közelmúltbeli tanulmányok még inkább aláhúzták a Su preme Court döntéshozatalának egyre inkább hibridizált és eklektikus megértésének szükségességét. Az akadémiai jogászok elkezdtek a bíró politikai preferenciái és a jogi referenciák közötti összefüggés feltárása.⁸⁷ Így például a konzervatív bírák jellemzően előnyben részesítik a

az alkotmány- vagy törvényértelmezés módszerei - például az originalizmus vagy a textualizmus -, amelyek konzervatív politikai eredményeket hoznak.⁸⁸ Ennek a felismerésnek kettős hatása van: először is, lerövidíti a jog és a hozzáállás közötti analitikus távolságot; másodsor, felveti annak lehetőségét, hogy azokon a ritka alkalmakkor, amikor a jogi és a politikai preferenciák eltérnek egymástól, az intézményes jogállami normák arra készíthetik a bírákat, hogy

az előbbit választják - ami legalább néhány olyan eset kimenetelét megmagyarázhatja, amelyet a statisztikai modellek nem jeleznek előre.⁸⁹

Ehhez kapcsolódóan az 1990-es években az attitűdkutatók által végzett precedensvizsgálatok megerősítették azt, amit a jogászok már régóta gyanítottak - hogy

⁸⁴ *Lásd id.*

⁸⁵ *Id.* at 1184-85 ("[T]he szakértők pontossági aránya az egyes bírák szerint jelentősen magasabb volt a Bíróság ideológiai spektrumának végén, mint a közepén.

a jogi szakértők nehézségei O'Connor és Kennedy bírákkal szemben aligha meglepőek. . . . Amire szükség van, az a szavazási szokások szisztematikusabb és árnyaltabb felismerése, és ezt ...az emberi szakértők nehezen tudják felismerni az esetenkénti elemzésből.

⁸⁶ *Id.* at (1191kiemelés kihagyva).

⁸⁸ *Lásd* Kim, *supra* note 50, 404-05. o. (azzal érvelve, hogy a bírának a politikai

preferenciák mellett jogi preferenciáik is vannak); Alexander Volokh, *Choosing Interpretive Methods: A Positive Theory of judges and Everyone Else*, 83 Y.U. L. REV. 769, 786 (2008) (azzal érvelve, hogy a bíró által elfogadott interpretív elméletek befolyásolják az ügyek kimenetelét).

⁸⁸ Lásd Volokh, *Supra* note 87, at 784-85 (tárgyalja, hogy a bírák hogyan használhatnak egy értelmezési módszert, hogy egy preferált eredményt érjenek el).

⁸⁹ Volokh professzor ezzel szemben azt feltételezi, hogy ennek az ellenkezője is igaz lehet - hogy a bírák megváltoztatják jogi preferenciáikat a preferált politikai eredmények elérése érdekében. *Id.*

a szoros ügyekben általában mindkét oldalon van precedens, és hogy egy bíró általában olyan precedensre támaszkodik, amely az ideológiai preferenciáinak megfelelő eredményt támogatja.⁹⁰ Az újabb munkák azonban fontos minősítéseket tettek hozzá, amikor azt vizsgálták, hogy a precedens tiszteletben tartása milyen szerepet játszik a Bíróság intézményi legitimitásának megőrzésében, és különbséget tettek a szokásos precedensek - amelyeket gyakran manipulálnak a politikai célok megvalósítása érdekében - és a tartósabb "szuper" precedensek között, amelyek azonosítható módon korlátozzák a Bíróság döntéshozatalait.⁹¹ Végezetül, két, egymást átfedő szerzőjű tanulmány megállapította, hogy a legtöbb bíró ideológiai preferenciái idővel "sodródnak".⁹² Amellett, hogy megnehezíti azt a feladatot, hogy a bíró szavazatait egy adott időpontban politikai preferenciáival hozzuk összefüggésbe, az ideológiai sodródás előfordulása felveti a kérdést, hogy miért fordul elő, hogy a változó politikai preferenciák korrelálnak-e a változó jogi preferenciákkal, és ha igen, akkor melyik a tyúk és melyik a tojás? Ezek a kérdések még inkább fontossá válnak annak fényében, hogy más kutatások szerint a Bíróság akkor hoz nagy valószínűséggel "következményes", azaz a jogra nagyobb hatást gyakorló döntéseket, ha a többség preferenciái homogének, ami felszabadítja a véleményírót arra, hogy a többség elvesztésétől való félelem nélkül határozottabban fogalmazzon.⁹³

2. *Jogi és politikai tanulmányok: Az alsó fokú bíróságok*

A korai attitűdvizsgálatok az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságára összpontosítottak, aminek volt értelme. Annak kimutatására, hogy a bírónak a törvényről (vagy a közrendről) alkotott nézete befolyásolja a törvényről alkotott nézetét, a *Su preme Court* - amely olyan közeli ügyekben dönt, ahol a törvény nem egyértelmű, és amely "a legfelsőbbnek nyilvánította magát a Consti-

90 SEGAL & SPAETH, *supra* note 55, 44-49. o. (azzal érvelve, hogy a precedensek érvényessége a bíróság többségének preferenciájától függ); HAROLD J. SPAETH & JEFFREY A. SEGAL, MAJORITY RULE OR MINORITY WILL: ADHERENCE TO PRECEDENT ON THE U.S. SUPREME COURT 16-17 (1999) (tárgyalja, hogy a bírák szelektíven használják a tényeket és a jogot, hogy alátámasszanak egy már elért eredményt).

91 MICHAEL J. GERHARDT, THE POWER OF PRECEDENT 177-78 (2008) (a szuperprecedenseket olyan mélyen a jogba ágyazott precedensekként tárgyalja, amelyek immunisak a felülbírálatra); THOMAS G. HANSFORD & JAMES F. SPRIGGS II, THE POLITICS OF PRECEDENT ON THE U.S. SUPREME COURT 19-23 (2006) (tárgyalja, hogy a Bíróság precedensekre hivatkozik, hogy legitimálja döntéseit).

92 Lee Epstein, Andrew D. Martin, Kevin M. Quinn & Jeffrey A. Segal, *Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important?*, 101 Nw. U. L. REV. 1483, 1504 (2007) (a huszonhat bíróból huszonkettőnél találtak sodródást, tizenkettő egyre inkább liberálisabb, hét konzervatívabb és három "egzotikusabb irányba" sodródó); Andrew D. Martin & Kevin M. Quinn, *Assessing Preference Change on the US Supreme Court*, 23 J.L. ECO. & ORG. 365, 365 (2007) (a több mint tíz éve a Bíróságon szolgáló tizenhat bíró közül tizenháromnál találtak sodródást).

93 Nancy Staudt, Barry Friedman & Lee Epstein, *On the Role of Ideological Homogeneity in Generating Consequential Constitutional Decisions*, 10 PA. J. CONST. L. (2008) 361, 381

tu tion ⁹⁴ nyilvánvaló kiindulópont. Általánosságban azonban úgy vélték, hogy a Legfelsőbb Bíróság tanulmányainak megállapításai nem feltétlenül terjednek ki a kerületi és körzeti bíróságokra, ahol a bírák -a fellebbviteli felülvizsgálat és esetleg más normák hatálya alá tartoznak, amelyek tiszteletben tartják az irányadó precedensek korlátait.⁹⁵

Az 1990-es években az attitűdkutatók azt állították, hogy az alsóbb szintű bírósági bírák a Legfelsőbb Bíróság ügynökeiként működtek, az utóbbi politikai preferenciáinak megvalósításával, reverzibilitás terhe mellett. ⁹⁶ Annak megmagyarázására, hogy a Legfelsőbb Bíróság hogyan irányította az alsóbb szintű bíróságokat a visszafordítások alacsony aránya ellenére, egyes politológusok azt feltételezték, hogy a Legfelsőbb Bíróság "doktrinális intervallumokat" határoz meg, amelyeken belül a kerületi bíróságok visszavonás nélkül eltérhetnek a Legfelsőbb Bíróság által preferált politikai eredményektől, és hogy a kerületi bírák saját politikai preferenciáikat stratégiaileg követik, azáltal, hogy azokat olyan mértékben hajtják végre, amennyire azok az említett intervallumok határain belül maradnak.⁹⁷ Az attitűd- és stratégiai választási modellek alaptételeivel összhangban egyik megközelítés sem ismerte el a jogot vagy a jogi normákat az alsóbb szintű bírósági döntéshozatal jelentős korlátjaként.

Az újabb munkák azonban tovább bővítették az alsóbb szintű bírósági döntéshozatalt befolyásoló tényezőket. Cross a körzeti bíróságokról készített úttörő tanulmányaiban megállapította, hogy "a bírósági döntéshozatal egyértelműen olyan keveréket foglal magában, amely magában foglal némi ideológiai befolyást, jelentős jogi befolyást és kétségtelenül más tényezőket is".⁹⁸ Az ideológiával kapcsolatban megállapította, hogy bár "úgy tűnik, hogy az a bírói döntéshozatalban szerepet játszik, ... a rendelkezésre álló bizonyítékok csak azt tudják bizonyítani, hogy viszonylag kis jelentőségű tényező".⁹⁹ Cross a bírósági felülvizsgálatban a tisztelet normáival, az ¹⁰⁰"eljárési küszöbökkel" (pl. az igazságossági követelményekkel) ¹⁰¹és az előfeltételekhez való ragaszkodással kapcsolatos tanulmányokban ¹⁰² azt találta, hogy "[f]gy minden olyan jogi változó esetében, amely kvantitatív vizsgálatra alkalmas, következetesen egy statis-

⁹⁴ Cooper kontra Aaron, U358.S. 1, (181958).

⁹⁵ Lásd Kim, *Supra* 50. lánjegyzet, 387-88. o. (megjegyezve, hogy az alsóbb szintű bíróságok viszonya a joghoz egészen más, mint a Legfelsőbb Bíróságé, mivel a Legfelsőbb Bíróságot nem kötik szigorúan semmiféle precedensek).

⁹⁶ Pl. Donald R. Songer, Jeffery A Segal & Charles M. Cameron, *The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions*, 38 AM. J. POL. SCI. 673,675 (1994).

⁹⁷ McNollgast, *Politika és bíróságok: A pozitív elmélet a bírósági doktrína és a Rul.e of Law*, S68. CAL. L. REV. 1631,1639 (1995).

⁹⁸ FRANK B. CROSS, DECISION MAKING IN THE U.S. COURTS OF APPEALS (1772007).

⁹⁹ *Id.* 28.

¹⁰⁰ *Id.* 51., 228. o. (az eredmények "általában összhangban vannak azzal, amit a jogi modell

diktálna", és arra a következtetésre jutott, hogy "egyetlen jogi norma, az alacsonyabb szintű bírósági döntés iránti tisztelet megerősítése statisztikailag következetesen szignifikáns, és messze a legfontosabb egyedi változó a kerületi bíróságok eredményeinek magyarázatában").

101 *Id.* 228-29. o. ("[A] jogi küszöbérték követelményének közbeiktatása nyilvánvalóan jelentős hatással volt a bírósági döntésekre").

102 *Id.* 122. o. (azzal érvelve, hogy a Legfelsőbb Bíróság precedensének való megfelelés körzeti bíróságok általi mértékét "a jogi modell figyelemre méltó erejének bizonyítékának lehet tekinteni").

tikailag szignifikáns összefüggés, amely robusztus volt a különböző minták és kontrollváltozók esetében." ¹⁰³

Cross körzeti bíróságokra vonatkozó kutatásával összhangban a körzeti bíróságokra vonatkozó tanulmányok szintén arra a következtetésre jutottak, hogy a jogi normák segítenek megmagyarázni a felsőbb bíróságok döntéseinek való megfelelést. ¹⁰⁴ Azokban a helyzetekben, ahol a hatályon kívül helyezés kockázata magas, nehéz lehet megmondani, hogy a kerületi bíróságoknak a felsőbb bíróságok precedensének való megfelelését a hatályon kívül helyezéstől való félelem vagy a jogállamiság iránti tisztelet motiválja, ¹⁰⁵ de ahogy Pauline Kim egy hatásos esszében érvel, ahol az alsóbb bíróságok mérlegelési jogköre szélesebb, a jogi normák iránti tisztelet jobban magyarázhatja a kerületi bíróságok folyamatos hűségét a felsőbb bíróságok precedenséhez. ¹⁰⁶ Hasonlóképpen, a vallásszabadsággal kapcsolatos ügyekről szóló tanulmányukban Gregory Sisk és Michael Heise professzorok elismerik, hogy "a politikai ideológia szerepet játszhat a periférián a vitás bírósági ügyek bizonyos típusainak eldöntésében", de arra a következtetésre jutnak: "[A]z a feltételezés, hogy a pártpolitikai vagy ideológiai preferenciák a legtöbb ügy eldöntésében uralkodó befolyást gyakorolnak, vagy hogy még a legvitatottabb és legnyíltabb jogi ügyek eldöntésében is változatlanul erős változók, az empirikus bizonyítékok alapján kétes extrapoláció." A jogi ügyek esetében a pártpolitikai vagy ideológiai preferenciák a legtöbb ügy eldöntését befolyásoló tényezők. ¹⁰⁷ A lényegről azonban lemaradna, ha az ilyen kijelentéseket annak az érvelésnek az alátámasztására használnánk, hogy a jog "megnyeri" az ideológiai preferenciákkal folytatott versenyét az alsóbb szintű bírósági döntéshozatal irányításáért; a kritikus következtetés inkább az, amelyet Sisk, Heise és Andrew Morriss a kerületi bírósági döntéshozatalról szóló korábbi tanulmányában vont le, miszerint "mint az empirikus kutatások esetében gyakran előfordul, tanulmányunk egyszerre nyújt vigaszt és kihívást minden tábor számára, ismét emlékeztetve minket arra, hogy a bírói magatartás túl összetett ahhoz, hogy könnyű következtetéseket vonjunk le a hatásokról és a pattémákról". ¹⁰⁸

¹⁰³ *Id.* 228-29. o.

¹⁰⁴ *Lásd pl.* Nancy C. Staudt, *Modeling Standing*, 79 N.Y.U. L. REV. 612, 683 (2004) (megállapítva, hogy az alsóbb szintű bíróságok joghatósági döntései "a politika felett állnak, ha az alsóbb szintű szövetségi bíróságokra világos és egyértelmű joghatósági szabályok vonatkoznak, és ha létezik hatékony bírói felügyelet").

¹⁰⁵ *Lásd* Kim, *Supra* 50. lábjegyzet, 427. o. (a különbségtétel nehézségeiről szólva, hogy az alsóbb szintű bíróságok "a jogi normák miatt" vagy azért követik-e a Legfelsőbb Bíróság precedensét, mert "félnek a visszafordítástól").

¹⁰⁶ *Id.* at (390) megkérdőjelezve a megbízó-ügynök modell "feltételezését, hogy az alacsonyabb szövetségi

a bíróságok kötelesek követni a Legfelsőbb Bíróság preferenciáit - nem csupán a precedenseket"); lásd még David E. Klein & Robert J. Hume, *Fear of Reversal as an Explanation of Lower Court Compliance*, L*Aw*37 & Soc'*v* RE*v*. 579,602 (2003) ("Egy másik lehetőség úgy tűnik számunkra, hogy

különösen valószínű -, hogy az egyezés az alacsonyabb szintű bíróságok bírónak azon törekvéséből fakad, hogy jogilag megalapozott döntéseket hozzanak.").

107 Sisk & Heise, *fentebb* 12. lábjegyzet, at 746.

108 Gregory C. Sisk, Michael Heise & Andrew P. Morriss, *Charting the Influences on the judicial Mind: An Empirical Study of judicial Reasoning*, N73.Y.U. L. RE*v*. 1377,1498 (1998).

3. *Jogi és közgazdasági, szociálpszichológiai és kognitív pszichológiai tanulmányok*

A bírói döntéshozatalra gyakorolt különböző hatásokat kiemelő "táborok" száma egyre szaporodik. A közgazdaságtani táboron belül (amely elkülönül a korábban tárgyalt, a racionális választások politikatudományi csoportjától) a tudósok azért küzdöttek, hogy leküzdjék azt a "zavart", hogy "a bírói magatartást gazdasági fogalmakkal magyarázzák, amikor a javadalmazást és a bírói alkalmazás egyéb feltételeit szabályozó szabályok szinte teljes egészében arra irányulnak, hogy a bírói tevékenységet elválasszák az emberi cselekvést gazdasági értelemben ...meghatározó ösztönzőktől".¹⁰⁹ E probléma leküzdése érdekében tágabban definiálták az önérdeteket, és azt állították, hogy a bírói döntéshozatalt különböző módon befolyásolják a népszerűség, a hatalom, a presztige, a közérdeklődés, a megerősítés, a hírnév és a szavazás, mint forrás a

igazságügyi hasznosság.¹¹⁰ Ezzel a tágabb meghatározással

összhangban a közelmúltbeli em

pirical munka igyekezett megmutatni, hogy az önérdékű bírák hogyan állíthatják be

döntéseik meghozatalát, hogy növeljék esélyeiket a magasabb bírósági kinevezésre. ¹¹¹ Az önérdék meghatározásával, amely magában foglalja a győzelemre való törekvést.

különböző közönség jóváhagyásával a jog és a közgazdaságtan behatol a szociálpszichológia szomszédos táborába. Lawrence Baum például a *Judges and their Audiences* című könyvében azt állítja, hogy a bírákat nemcsak a jogállamiság, a politikai preferenciáik vagy az e preferenciák megvalósításának stratégiai eszközei befolyásolhatják, hanem személyes szempontok is, például az a törekvés, hogy bírótársaik, a jogi közösség, a média és a közvélemény jól megbecsülje őket.¹¹² Egy empirikus tanulmány például azt találta, hogy a kerületi bíróságok nagyobb valószínűséggel fogadják el precedensként a tekintélyes bírák döntéseit.¹¹³

Annak ellenére, hogy kialakulóban van egy tudományos konszenzus arról, hogy a jog, a politikai preferenciák és más tényezők együttesen befolyásolják a bírói döntéshozatalt, a bírói vélemények olvasásából ebből semmit sem lehet leszűrni,

¹⁰⁹ Richard A. Posner, *Mit maximalizálnak a bírák és a bírák? (The Same Thing Everybody Else Does)*, Sur3. CT. EcoN. REv. 1,2 (1993).

¹¹⁰ *Id.* 13-23. o. (a bírák hasznosságához hozzájáruló tényezők áttekintése, és amellet érvel, hogy a szavazás mint a bírói hasznosság forrása a legfontosabb); *lásd még* Frederick Schauer, *Incentives, Reputation, and the Ingroup Determinants of judicial Behavior*, 68 U. CtN. L. REv. 615, 619-36 (2000) (Posner megközelítésének korlátainak azonosítása és kiterjesztése a kifejezetten a legfelsőbb bírósági bírákat érintő reputációs motivátorokra).

¹¹¹ Andrew P. Morriss, Michael Heise & Gregory C. Sisk, *Signaling and Precedent in Federal District Court Opinions*, 13 Sur. CT. EcoN. REv. 63, (962005); *lásd még* Mark A. Cohen, *The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing*, 12 INT'L REv. L. & EcoN. 13, 26-27 (1992) ("Az 1955 és 1981 közötti összes szövetségi trösztellenes ítélet vizsgálata azt mutatja, hogy az előléptetési potenciál valóban megmagyarázza a vállalati trösztellenes büntetőjogi büntetések eltéréseinek jelentős részét.").

112LAWRENCEBAUM, BÍRÁK ÉS KÖZÖNSÉGÜK: A PERSPECTIVE ON JUDICIAL BEHAVIOR (50,200660,97,135).

113 David Klein & Darby Morrisroe, *Az egyes bírák presztízse és befolyása a U.S. Courts of Appeals*, 28J. LEGAL STUD. 371,391 (1999).

amelyek azt a benyomást keltik, hogy a véleményíró egyedül a jog vezérli a következtetés levonásához. A bírák álnokok, téveszmék, vagy valami más? Míg az attitűdökkel foglalkozó tudósok sokat kölcsönöznek a viselkedépszichológiából, amikor azt állítják, hogy a bírák politikai attitűdjei arra készítetik a bírakat, hogy attitűdjeiknek megfelelően szavazzanak, nagyrészt közömbösek maradtak a miértekkel kapcsolatban¹¹⁴ - ez a kognitív pszichológia kérdése, amelyet pszichológusok, jogászprofesszorok és politológusok egy csoportja a huszonegyedik század fordulóján kezdett el komolyan vizsgálni az új kvantitatív pillanat egy másik összetevőjeként.¹¹⁵

A bírák tevékenységének legújabb, multidiszciplináris tanulmányozása leginkább a "nehéz" ügyekben érdekelt, "amikor a tények jogi inde term inátusra adnak okot"¹¹⁶, vagyis amikor a konkrét kimeneteleket nem diktálja egyértelműen az alkalmazandó jog. Ahogy Lawrence Wrightsman kifejti, az ilyen esetekben a bíró előzetes attitűdjei "befolyásolhatják a benyomások kialakulását, a bizonyítékok értékelését és a döntések meghozatalát".¹¹⁷ A bírák tehát "motivált érvelést" folytathatnak, amelynek során az alkalmazandó jog elemzését politikai vagy egyéb preferenciáik befolyásolhatják.¹¹⁸ Amikor a bírák olyan hiteles érvekkel szembesülnek, amelyek az általuk motivált következtetés mellett szólnak, Dan Simon hozzáteszi, hogy "a kognitív rendszer koherenciát kényszerít az érvekre, így az érvek azon részhalmaza, amely az egyik végeredményt támogatja, a bíró számára elfogadhatóbbá válik, az ellenkező részhalmaza pedig, beleértve a korábban megfelelőnek tűnő érveket is, kevésbé kedvezővé válik".¹¹⁹ A következményeként a "ténybeli minták, a mérvadó szövegek és az eredményül szolgáló tételek átstrukturálódnak", ami "szétszórja az ellentétes érveket", és lehetővé teszi, hogy az egyik döntés "domináns legyen a másikkal szemben."¹²⁰

A kognitív pszichológia tehát azt sugallja, hogy a bírakat nem feltétlenül az a vágy motiválja, hogy ideológiai vagy más előítéletek megvalósítása érdekében...

¹¹⁴ SEGAL & SPAETH, *supra* note 8, 433. o. ("A motivált vádaskodással kapcsolatos attitűdökkel kapcsolatos álláspont az agnoszticizmus. Ami számít, az az, hogy a bírák ideológiája közvetlenül befolyásolja a döntéseiket. Az, hogy a bírák ezt öntudatosan teszik-e, ... nem számít.")

¹¹⁵ *Lásd a* 116-23. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.

¹¹⁶ Evan R. Seamone, *Judicial Mindfulness*, 70 CALIF. L. REV. 1023, 1030 (2002).

¹¹⁷ LAWRENCE S. WRIGHTSMAN, JUDICIAL DECISION MAKING: IS PSYCHOLOGY RELEVANT? 55 (1999)

¹¹⁸ *Id.* at 55- 56 ; *lásd még* EILEEN B RAMAN, LAW, POLITICS & PERCEPTION: How POLICY PREFERENCES INFLUENCE LEGAL REASONING 13-40 (2009) (a motivált érvelés elméletének felvázolása és a lehetséges gyenge pontok feltárása); Lawrence Baum, *Motivation and judicial Behavior: Expanding the Scope of Inquiry*, in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 3, 5 (David Klein & Gregory Mitchell szerk., 2010); Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. CHI. L. REV. 511, 541-42 (2004) (a motivációs érvelést vizsgálja több olyan kontextusban, ahol az emberek a kívánt eredmény biztosítása érdekében torzították a tényeket).

¹¹⁹ Dan Simon, *A Psychological Model of judicial Decision Making*, 30 RUTGERS LJ. 1, 20 (1998) (kiemelés elhagyva).

¹²⁰ *Id.* (kiemelés elhagyva).

lekciókat, és őszintén hihetik, hogy ítéleteik kizárólag a jog elemzésén alapulnak, még akkor is, ha előítéleteik befolyásolják ítéleteiket.¹²¹ A heurisztikák különálló, de kapcsolódó részterületén számos tudós tanulmányozta, hogy a bírói érvelést hogyan befolyásolhatják és torzíthatják akaratlanul a kognitív torzítások vagy illúziók, amelyek akkor léphetnek fel, amikor az elme rövidítéseket alkalmaz az érvelési folyamat során.¹²²

Sok még a tennivaló a folyamatban lévő, multidiszciplináris empirical mozgalomban, hogy elemezze a bírói viselkedésre gyakorolt hatásokat - különösen a kevéssé tanulmányozott állami bíróságokon, amelyek az ország ügyforgalmának 98%-át elbírálják.¹²³ Mindazonáltal kialakulóban van az a konszenzus, hogy a bírák számos olyan tényezőnek vannak kitéve, amelyek befolyásolják a jogértelmezésüket, beleértve, de nem kizárólagosan az alkalmazandó jogi szöveget. Talán még ennél is alapvetőbb az az elképzelés, hogy ez az empirikus munka formálja és elmélyíti a jogról alkotott elképzeléseket - olyan elképzeléseket, amelyek felhagynak a jogról mint változatlan eredményeket diktáló matematikai képletekről alkotott elavult elképzelésekkel, és a jogot mint rugalmas edényt fogadják el, amely korlátozza a rendelkezésre álló választási lehetőségeket, miközben befogadja, ha nem is tartalmazza, a különböző jogon kívüli hatásokat.

II

A NYILVÁNOSSÁGI VITÁZS Arról, hogy mit csinálnak a
JUDGE-k: LEEGYSZERŰSÍTŐ ÉS KETTÉVÁLASZTÓ

Míg az új empirikusok egy kialakulóban lévő *con sensus* felé közeledtek, miközben a bírói döntéshozatal összetettségét és árnyaltságát igyekeznek megragadni, addig a közpolitikai viták vitapartneri megosztóak és egyszerűek maradtak. Az ilyen viták legintenzívebbjei a politikai átrendeződések által kiváltott ciklikus af vásárok, amelyek nyomán

¹²¹ Lásd BRAMAN, *supra* note 118, at 4-5 ("[P]sychological research indicates that decision makers may not always be aware of how alternative motives influence their reasoning processes. . . ."). K. ROWLAND & ROBERT A. CARP, POLITICS AND JUDGMENT IN FEDERAL DISTRICT COURTS 158 (1996) (olyan koncepcionális modellt javasol, amely "elutasítja ... az attitűdmodell axiomatikus feltételezését ... hogy a bírói ítéletet a bíró személyes politikai preferenciái motiválják").

¹²² Lásd általában Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How judges Decide Cases*, CORNELL 93. L. REV. 1 (2007) (az intuitív "pillanatnyi ítéletek" szerepét és következményeit tárgyalja a bírói döntéshozatalban); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the judicial Mind*, CORNELL 86 L. REV. 777 (2001)

(a lehorgonyzás, a keretezés, a visszatekintés, a reprezentatív heurisztika és az egocentrikus elfogultságok tárgyalása); Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65. CHI. L. REV.

571 (1998) (azzal érvelve, hogy a jog sok esetben megérti és alkalmazkodik a visszatekintő torzítások enyhítéséhez); Jeffrey J. Rachlinski, *Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation?*, 79 OR. L. REV. 61 (2000) (azon területek azonosítása, amelyeken a jogrendszer sikeresen vagy sikertelenül alkalmazkodik a közös emberi kognitív elfogultságokhoz); Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberation*

ately Disregarding, U153. PA. L. REv. 1251 (2005) (kísérleti eredményekről számol be, amelyek szerint a bírakat általában befolyásolják a releváns, de elfogadhatatlan bizonyítékok).
123 AM. BAR Ass'N, *fenti* megjegyzés, 19, viii.

az új rezsim vezetői kritizálják és fenyegetik a népszerűtlen, hatalmon lévő a régi rendszer bírúit, ami ellencsapást váltott ki a bíróság támogatóiból.¹²⁴

Szövetségi szinten a legutóbbi ilyen ciklus aztán kezdődött, hogy a Republikánus Párt 1994.¹²⁵-ben visszavette a Szenátus és a Képviselőház irányítását. Ekkor a konzervatív republikánus vezetők (és a hasonlóan gondolkodó szervezetek és kommentátorok) kampányt indítottak a liberális "aktivista" bírák megfúítására, javasolva a kiszemelt bírák felelősségre vonását és eltávolítását, a szövetségi bíróságok hatáskörének megszüntetését a szövetségi bíróságok felett.

vitatott döntéseket hozó kérdésekben, a rosszhiszemű bíróságok felosztatása, az igazságügyi költségvetések csökkentése és a "liberális" Clinton-jelöltek kinevezésének megakadályozása. 126 George W. Bush szenátusi megválasztása után a szenátusi 2000, demokraták hasonlóan válaszoltak, és számos eljárási eszközt használtak ki a túl konzervatívnak ítélt Bush-jelölések késleltetésére vagy elutasítására.¹²⁷ Válaszul a közhivatalnokok (köztük a bírák), szervezetek,

tudósok és mások, akik szimpatizálnak a bíróságok helyzetével, kritizálták a kritikusokat, és a támadások befejezésére szólítottak fel.¹²⁸ A demokraták 2006,

viisszaszerezte a Kongresszus feletti ellenőrzést, a konzervatív bírósági kritikusok elvesztették a hatalmat, és a ciklus lezárult.¹²⁹

A lényeg itt azonban az, hogy a vita két oldalát a bírák ügydöntési gyakorlatáról alkotott eltérő elképzelések ösztönözték. Az egyik sarokban a bíróságok kritikusai állnak, akiknek a bírói döntéshozatalról alkotott nézetei (legalábbis az őket érintő döntésekről) az attitűdmodell sötét, naiv hibridjét tükrözik, a másik sarokban pedig a jogi intézmény és annak védelmezői, akiknek a bírák tevékenységéről alkotott nézeteit a jogi modell reménytelen, ugyancsak naiv változata vezérli.

A.A bírósági kritikusok és a bírói döntéshozatalról alkotott elképzelésük A "bírósági kritikusok", ahogyan itt használom a kifejezést, nem foglalják magukban mindazokat, akik kritikusak egy adott bíróság által hozott elszigetelt határozatokkal szemben (amelyek

¹²⁴ Charles Geyh, *A bíróságok és a kongresszus konfliktusainak koreográfiája*, in: A BÍRÓSÁGI FÜGGETLENSÉG POLITIKÁJA: COURTS, POLITICS, AND THE PUBLIC 19, 19-20 (Bruce Peabody szerk., 2010).

¹²⁵ Az ebben a bekezdésben összefoglalt események részletesebb tárgyalását lásd: CHARLES GARDNER GEYH, WHEN COURTS & CONGRESS COLLIDE : THE STRUGGLE FOR CONTROL OF AMERICA'S JUDICIAL SYSTEM 3-5, 260-82 (2006).

¹²⁶ *Lásd id.* 3-6.

¹²⁷ *Id.* 5-6. o.

¹²⁸ Sandra Day O'Connor, *Foreward to GEYH, supra note 125*, at vii, x ("A legjobb védekezés ezekkel a fenyegetésekkel szemben értékes örökségünk fenntartása és bővítése: egy olyan politikai kultúra, amelyben az ilyen fenyegetések egyszerűen elfogadhatatlanok") William S. Sessions.

& Charles Gardner Geyh, *Mentsük meg a bírákat!: This Time Partisan Attacks on the judicial Branch Have Gone Too Far*, LEGAL TIMES, July 2006²⁴, at (59"[A] korábbi támadások nem kis részben azért nem jártak sikerrel, mert azok, akik meg akarták őrizni a független igazságszolgáltatási rendszert, ellenálltak az igazságszolgáltatásnak. a támadásokat. Ha meg akarjuk őrizni a tisztességes és pártatlan bíróságokat, akkor fel kell készülnünk arra, hogy ismét megvédjük őket.")) .

¹²⁹ Geyh, *Supra* note at 124,41.

szinte mindenkit magában foglalna). A kifejezés inkább azokra utal, akik általában kritikusan viszonyulnak a bíróságokhoz, beleértve azokat is, akiknek az általános csendháborodása az elszigetelt ügyekben hozott bírósági döntésekre adott válasz.

A bíróságellenes érzelmek legújabb ciklusában a bíróság kritikusai felháborodtak a bírósági döntéseken - leggyakrabban azokon, amelyek érvénytelenítik a nép által elfogadott jogszabályokat -, és azzal érveltek, hogy ezekben az esetekben a döntéshozók figyelmen kívül hagyták a törvényt, és személyes preferenciáikat valósították meg. Robert Bork volt bíró például úgy vélte, hogy a nemzetet "egyre inkább nem a törvény vagy a választott képviselők irányítják, hanem nem választott, nem reprezentatív, nem elszámoltatható jogászokból álló bizottságok, amelyek a saját akaratukon kívül más törvényt nem alkalmaznak".¹³⁰ Rick Santorum pennsylvaniai szenátor úgy jellemezte a problémát, hogy "...a bírák úgy döntöttek, hogy a saját útjukat járják, és nem engedelmessé válnak az Amerikai Egyesült Államok törvényeinek."¹³¹ A Center for a Just Society pedig úgy vélekedett, hogy "[a] meglévő szövetségi és állami alkotmányainkkal nincs semmi baj. Ami rossz, az az, hogy a bírák tévesen félremagyarázzák a dokumentumkövetelményeit. Valójában átírják a dokumentumokat, félreértelmezve azokat, hogy saját társadalmi és politikai programjukat kielégítsék".¹³²

Abból a feltételezésből kiindulva, hogy a bírák túl gyakran hagyják figyelmen kívül a törvényt, és saját ideológiai preferenciáikat hajtják végre, a bíróságok bírálói azzal érveltek, hogy csak az "aktivista" bírák szabadságának korlátozásával lehet megőrizni a jogállamiságot. "Ha meg akarjuk őrizni az alkotmányunkat" - jelentette ki Steve King képviselő -, "akkor be kell tartanunk őket."¹³³ Hasonlóképpen, amikor törvényjavaslatot terjesztett elő, amelyben felszólította a szövetségi bírákat, hogy a szövetségi büntetési irányelvektől való eltéréseiket jelentse a Kongresszusnak, Tom Feeney képviselő úgy vélte, hogy a módosítása abból az "egyszerű elvből" indul ki, hogy "...a bírácoknak követniük kell a törvényt, nem pedig alkotniuk", és hogy "ha ennek az elvnek a követése "megfélemlíti" a szövetségi bírákat, akkor az talán jó dolog".¹³⁴ A kritikusok tehát gyakran kedvezően szemlélték a bíróságok ellenőrzésének módszereit, mint például a vád alá helyezést, a joghatóság megvonását vagy a költségvetés csökkentését - a bíróságok védelmezői által elítélt módszereket - mint a bírói elszámoltathatóság előmozdításának eszközeit.¹³⁵ Kijelentett céljuk, hogy a bírák "...bírói önmérsékletet" gyakoroljanak, ahogyan azt (szerintük) a Legfelsőbb Bíróság konzervatív döntései példázzák.

130 ROBERT H. BOBA, COERCING VIRTUE: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES (92003).

131 Marcus, *fenti* megjegyzés (7idézi Santorumot).

132 Connor, 14. lábjegyzet.

133 Marcus, *fenti* megjegyzés (7idézi Kinget).

- 134 Tom Feeney, Letter to the Editor, *Rep. Feeney Defends Measure to Thwart Sentencing 6'y* (Tom Feeney, Levél a szerkesztőnek)
Szesély, PALM BEACH DAILY Bus. REv., ápr. 28,2003,A7.
- 135 *Lásd* GEYH, *fenti* megjegyzés, 125,3-4. pont (példákat 273idézve).

mint például Clarence Thomas és Antonin Scalia bírák.¹³⁶ Állami szinten gyakran ellenzik a kinevezési rendszereket, és a bírák versenyztetett választások útján történő kiválasztását támogatják, ami lehetővé teszi a választók számára, hogy a bírákat felelősségre vonják döntéseikért (és megtisztítsák a bírói testületet az "aktivistáktól").¹³⁷

Az az elképzelés, hogy a független bírák figyelmen kívül hagyják a törvényt, és saját politikai preferenciáikat hajtják végre, nagyon hasonlít az attitűdmodellre. A bírósági kritikusok azonban nem állítják, hogy minden bíró ezt teszi - csak a rossz bírák.¹³⁸ Ebben a tekintetben álláspontjuk ellentétes az attitűdmodellel, amely azt állítja, hogy a bírák általában a politikai preferenciáik alapján cselekszenek, és közömbös, hogy ez a cselekvés nem kívánatos-e. A bírácoknak a politikai preferenciáik alapján kell cselekedniük.¹³⁹ A lényeges pont itt azonban az, hogy a bírák bírói döntéshozatalról alkotott kritikai felfogása dichotómikus: a világ a törvényt követő "jó" bírák (a bírói önmérséklet gyakorlói) és a preferenciáikat követő "rossz" bírák (a bírói aktivizmus gyakorlói) között oszlik meg.

B. A jogi intézményrendszer és a bírói döntéshozatalról alkotott elképzelése

A bírák és a bírósági védők abból a kategorikus előfeltevésekből indulnak ki, hogy a bírák nem alkotják, hanem követik a törvényt. Louis Lavorato iowai főbíró megjegyzései szemléltetőek: "Kormányzati rendszerünkben elvárjuk a bíraktól, hogy személyes nézeteiktől függetlenül a törvények szerint döntsenek." A bírácoknak a törvényt kell követniük.¹⁴⁰

Abból kiindulva, hogy a bírák a törvényt követik, a bíróságok védelmezői azzal érvelnek, hogy a bírói függetlenség alapvető fontosságú, mert megóvjá a bírácakat a pártatlan ítélezésükbe való külső beavatkozástól.

a jogállamiságot megrontó magatartás. Stephen Breyer bíró például úgy vélekedett, hogy "aZ igazságszolgáltatás függetlensége a következők körül forog
téma, hogy miként biztosítható, hogy a bírák a törvények szerint döntsenek, és ne saját szeszélyeik vagy a politikai hatalmi ágak akarata szerint." ¹⁴¹ Számos más bíró megjegyzései

¹³⁶ *Id.* 3-4., 206. o. ("George W. Bush elnök hivatalosan is kijelentette, hogy támogatta az olyan bírák kinevezését, mint Clarence Thomas és Antonin Scalia - a Bíróság két legkiszámíthatóbb konzervatívja").

¹³⁷ Symposium, *The Debate over judicial Elections and State Court judicial Selection*, 62 *IEO*.

J. LEGAL ETHICS 7, 1341379-80 (2008); Editorial, *The ABA Pwts ajv.dicial Coup*, WALL ST. J., Aug. at14,2008, A1 2.

¹³⁸ *Lásd a* 132-35. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

¹³⁹ *Lásd a fenti* 54-56. megjegyzéseket és a kísérő szöveget.

¹⁴⁰ Press Release, Iowa Judicial Branch, Chief Justice Reacts to Judicial Questionnaire (20069., augusztus), http://www.iowacourts.gov/news_service/news_releases/NewsItem221/index.asp.

¹⁴¹ Stephen G. Breyer, *bírói függetlenség az Egyesült Államokban*, ST40. Louis U. **LJ**. 989,

989 (1996).

Breyer bíró érzéseit.¹⁴² Hasonlóképpen, az Alkotmány-projekt kijelenti, hogy "a bírának csak a jogállamiságra és az alkotmányra kell reagálniuk, nem pedig a többség akaratára vagy a nyilvánosság, a politika vagy a média nyomására",¹⁴³ míg a Defense Research Institute jelentése hozzáteszi, hogy "[a] rendszerünk működéséhez a bírónak szabadon kell döntenie a tények és a jog alapján, indokolatlan befolyásolás vagy befolyásolás nélkül".¹⁴⁴

Ennek megfelelően a bíróságok védelmezői ellenzik a bírósági döntéshozatal ellenőrzésére irányuló javaslatokat - például a bírósági költségvetések csökkentésével, a bírósági jogkörök megnyirbálásával, a hibázó bírák felelősségre vonásával, a nem népes bíróságok felosztatásával vagy a bírói fizetésemelések visszatartásával - mint a bírák megfélemlítésére irányuló törekvést, amely veszélyezteti a bírói függetlenséget és a jogállamiságot.¹⁴⁵ Elutasítják a kritikusok "aktivizmusra" vonatkozó panaszait, amelyet a bírósági döntésekkel való egyet nem értésnél alig többre utaló címkének minősítenek.¹⁴⁶ Gyakran elítélik a bírák pártválasztásokon történő kiválasztását, mert az Amerikai Ügyvédi Kamara (American Bar Association, ABA) egyik jelentése szerint "az igazságszolgáltatás nem függhet a népszerűségi versenyek eredményétől", és a "jó bírónak" "elég függetlennek kell lennie ahhoz, hogy pártatlanul tartsa fenn a törvényt, tekintet nélkül arra, hogy az eredmények politikailag népszerűek lesznek-e a szavazók körében".¹⁴⁷

A bírósági függetlenség és a jogállamiság megóvása érdekében a bíróságok védelmezői következetesen azt a témát képviselik, hogy a bíróságokat és az igazságszolgáltatási rendszereket depolitizálni kell. Az ABA 21. századi igazságszolgáltatással foglalkozó bizottsága kategorikusan kijelentette, hogy küldetése "az amerikai bíróságokért folytatott eszkalálódó pártpolitikai harc enyhítése".¹⁴⁸ Az állami bírák kiválasztásának területén egyes képviselők azt javasolják, hogy "vegyük ki a politikát a rendszerből a pártatlan választások bevezetésével";¹⁴⁹ mások a bírák állami finanszírozását¹⁴⁹ szorgalmazzák.

¹⁴² 2 Charles Gardner Geyh, Panel, *Straddling the Faddling the Fence Between Truth and Pretease: The Role of Law and Preference in judicial Decision Making and the Future of judicial Independence*, 22 NOTRE DAME J.L. JAMES & PUS. POL'Y, 435, 444-45 (2008) (idézi Samuel L. Bufford, Julie A. Robinson és Louraine C. Arkefeld bírákat).

¹⁴³ AZ ALKOTMÁNYOS PROJEKT, AZ IGAZSÁGSZOLGÁLTATÁS FÜGGETLENSÉGÉRŐL SZÓLÓ ÚTMUTATÓ A SZERKESZTŐSÉGEK SZÁMÁRA 7 (2006), <http://www.constitutionproject.org/pdf/37.pdf>.

¹⁴⁴ DRI:DEFENSE RESEARCH INST., *Félelem vagy KEDVEZMÉNY NÉLKÜL: A DRI BÍRÓSÁGI FELADATCSOPORTJÁNAK BESZÁMOLÁSA* (112007).

¹⁴⁵ O'Connor, *fenti* megjegyzés, 128.x. pont.

¹⁴⁶ AM. BAR ASS'N, *AN INDEPENDENT JUDICIARY: REPORT OF THE ABA COMMISSION ON SEPARATION OF POWERS AND JUDICIAL INDEPENDENCE*, at vi (1997) ("[A]ctivism' has become a code word for a personal, political or ideological different with a particular decision.").

¹⁴⁷ AM. BAR ASS'N, *supra* note at 19,70.

¹⁴⁸ *Id.* at (4idézi Alfred P. Carlton Jr., az ABA elnökét).

¹⁴⁹ Michael Dayton, *Chief justice Lake Defends Latest Changes in judicial Code in N.C.*, N.C. LAW. WKLY., október (20. idézi 2003 James A. Wynn Jr. bírót).

választások, hogy "kivonják a politikát a bírói versenyekből".¹⁵⁰ Mások pedig a bírói választásokat kinevezési rendszerrel helyettesítenék, hogy "átpolitizálják a bírói eljárást".¹⁵¹ A szövetségi bírák kinevezését illetően az ABA a szövetségi bírák jelölőbizottságainak alkalmazását szorgalmazta, hogy "enyhítsék a "polarizált harc túlzásait", amely elősegíti azt a nézetet, hogy a bírák csak azért vannak hivatalban, hogy végrehajtsák a kinevezésükben részt vevők ideológiai programjait."¹⁵² Hasonlóképpen halljuk a felhívásokat, hogy "vegyük ki a politikát a bírói fizetésekről szóló vitából"¹⁵³ és általában véve a bírói kritika retorikájának depolitizálását, mert "ha ez a jelenlegi, gyakran politikailag motivált dobpergés a bírák ellen megállíthatatlanul folytatódik, egyre több ember ... fogja elveszíteni a hitét nemcsak a bíróságokban, hanem magában a jogállamiságban is".¹⁵⁴

A gyakran egydimenziós retorika ellenére, miszerint a független bírák a törvényt követik és semmi mást, hiba lenne azt feltételezni, hogy a bírósági védők a jognak a laposföld-társadalomra adott válasza, akik valóban azt hiszik, hogy a jog megítélése mechanikus, más hatásoktól független folyamat. Éppen ellenkezőleg, a bírósági védők elismerik a politikai preferenciák szerepét a bírói döntéshozatalban.¹⁵⁵ Így például az ABA 21. századi igazságszolgáltatással foglalkozó bizottsága, amikor azt a "tartós elvet[]" tárgyalja, hogy "a bírácoknak a jogállamiságot kell fenntartaniuk", elismeri, hogy "egyre kevésbé realiztikus az az elképzelés, hogy az alkotmányos vagy törvényes jog eléggé rögzített és világos ahhoz, hogy a bírák változatlanul meghatározzák annak jelentését, anélkül, hogy személyes vagy politikai tapasztalataik befolyásolnák őket."¹⁵⁶ A bíróságok védelmezői azonban az ilyen engedmények ellenére is kitartóan ragaszkodnak ahhoz a leegyszerűsítő feltevéshez, hogy a független bírák a törvényt követik, ami felveti a kérdést, hogy miért.

¹⁵⁰ David Haynes, *Sales Tax Case-Reform the System*, MILWAUKEE J. SENTINEL, July 17, at 2008, IOA.

¹⁵¹ Barbara Hoberock, *R. e part Cites Need for Reform in Sentencing*, TULSA WO RLD, Nov. 1, at 2008, AI 3.

¹⁵² ÁLLANDÓ BIZOTTSÁG. A SZÖVETSÉGI IGAZSÁGÜGYI FEJLESZTÉSEKRŐL, AM. BAR ASS'N, REPORT 118, at 1 (Aug. 2008), [htt p:/ / www2.americanbar.org/sd/ Document/2008_AM_118.pdf](http://www2.americanbar.org/sd/Document/2008_AM_118.pdf).

¹⁵³ *Gav. Paterson Commends Former Mayor Rudy Giuliani for Ideas on State Constitutional Convention*, U.S. FED. NEWS SERVICE, 2009. június 26., *elérhető*: <http://www.wlnr.com/story/2009/06/26/gav-paterson-commends-former-mayor-rudy-giuliani-for-ideas-on-state-constitutional-convention/> (Westlaw) (idézi Paterson kormányzót).

¹⁵⁴ Michael Traynor, *Igazságügyi függetlenség*: GoLDEN37 GATE U. L. REv. 487,497 (2007) (idézi Paul Friedman bírót).

¹⁵⁵ ; Theodore A. *McKee, Judges as Umpires*, 35 HOFSTRA L. REv. 1709, 1715 (2007) ("Nekünk, bírácoknak ellen kell állnunk annak a kísértésnek, hogy azt feltételezzük, hogy kívül esünk azoknak az erőnek a hatókörén, amelyek nem bíró társaink gondolkodásmódját és meggyőződését alakítják").

156 AM. BAR Ass'N, *fenti* megjegyzés, 19,6-8. pont.

III

A KÖZPOLITIKAI VITÁBAN A KONSZENZUS AKADÁLYAI

A tudósok között kialakulóban lévő konszenzus fényében, miszerint a bírák számos befolyásoló tényezőnek vannak kitéve, a makacsul bináris közpolitikai vita zavarba ejtő. Az a felfogás, hogy a bírák olyan engedelmes lények, akiknek döntéseit különbözőképpen befolyásolja a jog, az ideológia, a stratégiai célok, az önérdék és a közönség, amelyhez szólnak, nem ellenkező értelmű és nem is megrázó. Annak megértéséhez, hogy a politikai vita résztvevői miért tartják leegyszerűsítőnek és kettéválasztónak, jó kiindulópont a közvélemény, amelyet a politikai vita végül is befolyásolni kíván.

A. A közvélemény és szerepe a politikai vitában

A közvélemény megítélésének értelmezése rendkívül bonyolult. Egyes embereket jobban érdekel, hogy mit csinálnak a bíróságok, mint másokat. Egyesek többet tudnak arról, hogy mit csinálnak a bíróságok, mint mások. Egyeseknek több tapasztalatuk van a bíróságokkal kapcsolatban (esküdtként, tanúként vagy peres félként), mint másoknak. És mivel a bíróságok nem monolitikusak, lehetséges, hogy a bírósági rendszerek közötti különbségek a bírák és a bíróságok közvélemény általi megítélésében is eltéréseket eredményeznek. Végezetül a felmérési adatok ki vannak téve a rosszul megfogalmazott kérdések, az egymással versengő értelmezések és a kutatói részrehajlás szeszélyeinek. Röviden, a felmérési adatokkal kapcsolatos minden vitát csillaggal kell kísérni.

Ennek ellenére úgy tűnik, hogy a közvélemény úgy gondolja, hogy a bírák eklektikus hatásoknak vannak kitéve, ami összhangban van a kialakulóban lévő tudományos konszenzussal. Először is, a közvélemény úgy gondolja, hogy a bírák a jog igazságos és pártatlan döntőbírái. A Greenberg Quinlan Rosner Research Inc. által végzett felmérésben a megkérdezettek 79%-a 2001, úgy vélte, hogy a "tényekre és a jogra figyelemmel" jól vagy nagyon jól jellemzi a bírakat, 76%-uk ugyanezt gondolta a "tisztességes" kifejezésről, és 63%-uk a "pártatlan" kifejezésről.¹⁵⁷ 58% egyetértett azzal az állítással, hogy a bírák "inkább a tények és a jog alapján", mint "a politika és a különleges érdekek nyomása alapján" döntenek.¹⁵⁸

Másodszor, a közvélemény úgy gondolja, hogy a bírakat ideológiáik befolyásolják. Ugyanez a 2001-es felmérés azt mutatta, hogy a válaszadók 76%-a szerint a "politikai" kifejezés "jól" vagy nagyon jól jellemzi a bírakat.¹⁵⁹ 2005-ben egy másik országos felmérés szerint a megkérdezettek 85,5%-a gondolta úgy, hogy a bírák pártpolitikai háttere befolyásolja a döntéshozatalukat.

157 GREENBERG QUINLAN ROSNER RESEARCH INC., IGAZSÁGOSÁG A TÉT: FREKVENCIAKÉRDÉSEK. TIONNAIRE (52001), [http:// faircourts.org/ files/JASNationalSu](http://faircourts.org/files/JASNationalSu)

rveyResults.pdf.

158 *Id.* 6.

159 *Id.* 5.

vagy sokat.¹⁶⁰ Az említett 2005-ös felmérés szerint 57,9% értett egyet azzal az állítással, hogy "...a bírák mindig azt mondják, hogy döntéseik a törvényen és az alkotmányon alapulnak, de sok esetben a bírák valójában saját személyes meggyőződésükre alapozzák döntéseiket".¹⁶¹ 2006-ban pedig egy másik felmérés szerint a válaszadók 75%-a úgy vélte, hogy a bírákat nagy vagy közepes mértékben befolyásolják személyes politikai nézeteik.¹⁶²

Harmadszor, több felmérésből is kiderül, hogy a közvélemény mintegy 80%-a úgy gondolja, hogy a választott bírákat befolyásolják a kampányukhoz kapott támogatások.¹⁶³ Ez a nézet összeegyeztethető a stratégiai választási, gazdasági és szociálpszichológiai modellekkel. A stratégiai választás hívei feltehetően azt feltételezik, hogy a közpolitika befolyásolásában való hosszú távú érdekeik előmozdítása érdekében a bírák szavazataikat stratégiaileg a támogatóik preferenciáihoz igazítják, az újraválasztás elnyeréséhez szükséges mértékben;¹⁶⁴ a gazdasági modell hívei azzal érvelnek, hogy a hivataluk és politikai hatalmuk megtartására törekvő, önérdékű bírák olyan döntéseket hozhatnak, amelyek szükségesek hivatali idejük fenntartásához; a szociálpszichológiai megközelítés hívei pedig a támogatókat figyelmes közönségként azonosítják, akikre a bírák reagálhatnak.¹⁶⁵

Ezen túlmenően a nyilvánosság "jog" és politika értelmezése olyan módon olvad össze, amely összhangban van az interdiszciplináris tudósok által javasolt tágabb és rugalmasabb jogértelmezéssel. Az egyik nagyszabású tanulmány, amely több mint emberrel 400 készített interjúkon alapult, azt találta, hogy a közvélemény a jogot egyszerre tekinti érdekmentesnek, objektívnek és "rögzített szabályok szerint működőnek", valamint "játéknak, a taktikai ellenfelek terepének".¹⁶⁶ A jognak ezzel a kétoldalú felfogásával összhangban egy nemrégiben készült Kentucky-i felmérés megállapította, hogy a megkérdezettek 62%-a szerint "nagyon" vagy "valamennyire" fontos, hogy a bírójelöltek "kampányuk részeként nyilatkozzanak arról, hogyan állnak a fontos jogi és politikai kérdésekben".

160 CAMPBELL PUS. AFFAIRS INST., MAXWELL SETT. OF SYRACUSE UNIV., LAW AND COURTS QUESTIONS FROM PoLL2005 (2005), http://www.maxwell.syr.edu/uploadedFiles/campbell/data_sources/Law%20and%20Courts%20Questions%20from%20202005%20Poll.pdf.

161 *Jd.*

162 AZ ANNENBERG PUS. PoLICY CTR., UNIV. OF PA., FAIR AND INDEPENDENT CouRTS: A CONFERENCE ON THE STATE OF THE JUDICIARY: SUMMARY OF SURVEY RESULTS/THE PUBLIC AND THE CouRTS (32006), http://www.annenbergpublicpolicycenter.org/Downloads/Releases/Release_Courts20060928/Courts_Summary_20060928.pdf.

163 *Lásd* Charles Gardner Geyh, *Why judicial Elections Stink*, 64 OHIO. ST. L.J. 43, 54-55 & nn.56-58 (2003) (idézi a texasi, ohioi és pennsylvaniai közvélemény-kutatásokat).

164 Melinda Gann Hall, *Electoral Politics and Strategic Voting in State Supreme Courts*, 54J. PoL. 427, 428 (1992) ("Választók megnyugtatósa érdekében azok az állami legfelsőbb bírósági bírák, akiknek nézetei ellentétesek a választók és a bírósági többség nézeteivel, és akiknek a választási versenyfeltételekkel kell szembenézniük, ahelyett, hogy a politikailag ingatag kérdésekben másként vélekednének, a bírósági többséggel szavaznak.").

165 *Lásd* a 109-13. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.

in g. "16 7 Más szóval, a közvélemény a jogot és a politikát összefüggőnek tekinti, és támogatja, hogy a bírák a választópolgárok előtt elszámoltathatóak legyenek a döntéshozataluk alapjául szolgáló politikai és jogi nézeteikért.

Ugyanakkor a közvélemény továbbra is jelentős bizalmat táplál a bíróságok iránt, amelyekben olyan bírák ülnek, akiknek az indítékait vegyesnek tartja, és a bírák külső ellenőrzéstől való elszigetelését támogatja. Egy 2006-os felmérés szerint a lakosság 64%-a "nagyon" vagy "elégg" bíz a Legfelsőbb Bíróságban.¹⁶⁸ Egy másik felmérés szerint 76% "némi" vagy "nagymértékben" bíz az amerikai Legfelsőbb Bíróságban, ezt követi 74% a szövetségi bíróságok és 71% az állami bíróságok esetében. ¹⁶⁹ Egy felmérésben 71,9% gondolta úgy, hogy a bírákat meg kell védeni a külső nyomástól,¹ ⁷⁰ míg egy másik felmérésben 83% gondolta úgy, hogy a bírákat meg kell védeni a kongresszusi beavatkozástól. ¹⁷¹

Röviden, a közvélemény internalizálta azt, amit a legújabb tudományos kutatások is bizonyítanak - hogy a bírák jogi és politikai befolyásoknak vannak kitéve, de a közvélemény ennek ellenére továbbra is jelentős bizalmat szavaz a bíróságoknak. Ennek fényében a közpolitikai vitában a jogászok érvelésének az a látszata, hogy a bírákat kizárólag a jog és a tények mozgatják, túlviláginak, szükségtelennek és kissé ostobának tűnik. A közfelfogás azonban ennél bonyolultabb. ¹⁷² A polgárok gondolhatják, hogy a bírákat jogon kívüli megfontolások befolyásolják, de ez nem jelenti azt, hogy a polgároknak ez tetszik. Ahogy Keith Bybee professzor jelenti: "A felmérések azt mutatják, hogy az amerikaiak nagy többsége elvárja a szövetségi bíraktól, hogy pártatlanul alkalmazzák a törvényt, és bizalmatlanok azokkal a bírákkal szemben, akik szűk ideológiai érdekeket képviselnek".¹⁷³ Hasonlóképpen James Gibson professzor azt találta, hogy a Kentuckyban végzett felmérésében a válaszadók közel 72%-a "nagyon fontosnak" tartotta, hogy egy jó állami legfelsőbb bírósági bírónak

¹⁶⁷ JAMES L. GIBSON, AZ ÁLLAMI BÍRÓVÁLASZTÁSOK POLITIZÁLÁSA: AZ ÚJ CÍMEKKEL KAPCSOLATOS KAMPÁNYOK HATÁSA AZ ÁLLAMI BÍRÓSÁGOK LEGITIMITÁSÁRA KENTUCKYBAN, 2006: CODEBOOK 79 (2011), http://www.icpsr.umich.edu/cgi-bin/file?comp=none&study=31041&ds=1&file_id=1062502.

¹⁶⁸ Az ANNENBERG Pus. Poucv CTR., *supra* note162, at 2.

¹⁶⁹ Belden Russonello & Stewart, Access to Justice and Constitutional Rights Versus Political Pressure: Defining the Battle for the Courts (See p t. 2005), *in* JusTICE AT STAKE CAMPAIGN, SPEAK TO AMERICAN VALUES: KÉZIKÖNYV A TISZTESSÉGES BÍRÓSÁGI VITÁKHOZ. AND IMPARTIAL CouRTS app. at I 7 (2006), http://www.georgiaco.rts.org/ao/c/r_p_docs/speaktomeasricasvalue.pdf.

¹⁷⁰ CAMPBELL Pus. AFFAIRS INST., *fenti* megjegyzés. 160.

¹⁷¹ Belden Russonello & Stewart, *supra* note169.

¹⁷² *Lásd általában*: JAMES L. GIBSON & GREGORY A. CALDEIRA, PÁRTOK, KORMÁNYOK ÉS VÁLLALKOZÁSOK: POSITIVITY THEORY AND THE JUDGMENTS OF THE AMERICAN PEOPLE (2009) (a Samuel Alito bíró megerősítési folyamata során a Legfelsőbb Bírósággal kapcsolatos közvélemény attitűdök vizsgálatát).

173 Keith J. Bybee, *The Rule of Law is Dead! Éljen a jogállamiság!*, in WHAT'S LAW GOING TO DO WITH IT? MIT TESZNEK A JUDGESOK, MIÉRT TESZNEK H, ÉS MI VAN KOCKÁZATBAN 312 (Charles Gardner Geyh szerk. 2011.).

"szigorúan kövessék a törvényt, függetlenül attól, hogy az ország lakói mit akarnak" 174.

Következésképpen a bírák jól teszik, ha ragaszkodnak a jogállami forgatókönyvhöz. John Roberts főbíró 2005-ös megerősítése hasznos illusztrációt nyújt. Roberts konzervatív politikai beállítottságáról széles körben beszámoltak, és a szenátusi demokraták mindent megtettek, hogy ideológiai szélsőségesnek állítsák be.¹⁷⁵ A demokratáknak hasonló sikerrel jártak

stratégia, amellyel két évtizeddel korábban Robert Bork legfelsőbb bírósági jelölését győzték le.¹⁷⁶ Az egyik kritikus különbség azonban az ex

ség, amelyhez a két jelölt a jogállamisági retorikát követte.

Bork hajlandó volt a szenátus igazságügyi bizottsága előtt megvilágítani bírói filozófiáját.¹⁷⁷ Az ő szemszögéből nézve csupán a jogértelmezését fejtette ki. Ezzel azonban világossá tette, hogy ideológiája valószínűleg hatással lesz azokra a döntésekre, amelyeket bíróként fog meghozni, ami hozzájárult ahhoz, hogy a szenátusi demokraták és az érdekcsoportok képesek legyenek a közvéleményt - és végül a szenátust - a jelöltségével szemben elmérgesíteni.¹⁷⁸ Roberts ezzel szemben, mint minden Bork után tanúskodó legfelsőbb bírósági jelölt, kevésbé volt szókimondó, visszautasította a kéréseket, hogy megvitassa nézeteit bármilyen jogi kérdésben, és többször hangoztatta, hogy a törvényt fogja követni.¹⁷⁹ A bírák olyanok, mint a bírók - vallotta. "A bírók nem alkotják a szabályokat, hanem alkalmazzák őket." 180 Az I. részben részletezett társadalomtudományi tanulás háttérében az az állítás, hogy a Legfelsőbb Bíróság "alkalmazza", de nem "alkotja" az alkotmányjog szabályait, amikor az első benyomást keltő, hevesen vitatott kérdésekben dönt, amelyek megosztották az alsóbb fokú bíróságokat. A bíróságok valami nagy dobás. És mivel a közvélemény hajlandó

174 James L. Gibson, *A bíraskodás politikája: Are Politicians in Races Inevitably Illegitimate?*, in WHAT'S LAW GOT TO DO WITH IT? WHAT JUDGES DO, WHY THEY DO IT, AND WHAT'S AT STAKE, *supra* note at 173, 289-281.

175 *Lásd pl. David D. Kirkpatrick, Senate Democrats Increase Resistance to Roberts*, N.Y. TIMES, 2005. augusztus 17., A16 (a szenátus prominens demokratáinak Roberts ideológiájával kapcsolatos kritikáiról); David E. Rosenbaum, *An Advocate for the Right: Bush Court Candidate Usually Picked More Conservative Path*, N.Y. TIMES, July at 28, 2005, A16 (Roberts konzervatívabb útját választotta).

176 *Lásd: Obama Pick for Bench Blocked by GOP for First Time*, ASSOCIATED PRESS, május 19, 2011, elérhető a <http://abcnews.go.com/US/wireStory?id=13636206> ("A politika 1987-ben megfordult, amikor a demokraták a konzervatív írásokra hivatkozva legyőzték a republikánus Robert Bork legfelsőbb bírósági jelöltet. A liberálisok szerint Bork konzervatív szélsőséges volt.

. . . . Bork jelölését 58-42 arányban, felfelé vagy lefelé szavazással elutasították."); *lásd még* Don

Irwin, *Reagan Asks Public to Back Bork Nomination*, L.A. TIMES, Oct. 4, 1987, at I; Editorial, *Against Robert Bork: His Bill of Rights Is Different*, N.Y. TIMES, Oct. 5, A22, 1987.

177 Linda Greenhouse, *Bork Sets Forth Spirited Defense of His Integrity*, N.Y. TIMES, szeptember 19, 1987, at A1 ("Bork bíró visszautasította néhány szenátor azon felvetését, hogy szándékosan módosította régóta vallott nézeteit a vallomásaiban, hogy növelje esélyeit a megerősítésre.")

178 David Lauter, *Senate Rejects Bork for Supreme Court*, 58-42, L.A. TIMES, Oct. 24, 1987

a címen. 1.

1 Sheryl⁷⁹ Gay Stolberg & Adam Liptak, *Rubens Fields Questions on Privacy and Precedent: Light Moments Amid Sharp Exchanges*, N.Y. TIMES, Sept. at 14, 2005, A1.

180 David G. Savage, *Rubens Sees Role as judicial 'Umpire'*, L.A. TIMES, Sept. at 13, 2005.

hisznek abban, hogy a bírakat befolyásolják személyes nézeteik,¹⁸¹ valószínűtlennek tűnik, hogy a közvélemény annyira ostoba volt, hogy azt feltételezze, hogy Roberts széles körben nyilvánosságra hozott konzervatív ideológiája nem befolyásolja a döntéshozatalát. Mindazonáltal azt, hogy Rob erts főbíróat könnyedén megerősítették, széles körben az ő egyszerű és következetes jogállamisági üzenet.¹⁸²

Legutóbb 2009, Barack Obama elnök jelezte, hogy a tention, hogy a nyugdíjba vonuló David Souter bíró helyére egy olyan személyt ültessenek, aki - más tulajdonságok mellett - "em path y "183 . "kódja" az aktivizmusnak, és nem volt helye egy olyan Legfelsőbb Bíróságon, amelynek kizárólag az alkalmazandó jog alapján kellene döntenie az ügyekben.¹⁸⁴ Amikor a Presi Obama később bejelentette Sonia Sotomayor jelölését, eltűnt minden utalás az empátiára, és helyette egy olyan nyilatkozat hangzott el, amely a jelölt jogállamiság iránti elkötelezettségét hangsúlyozta.¹⁸⁵ Mi

A kinevezését övező vita szinte kizárólag a korábbi kijelentéseire korlátozódott, amelyekben arra utalt, hogy a bírák jogon kívüli hatásoknak vannak kitéve (pl. hogy egy latin bíró másképp - és jobban - dönthet, mint egy fehér férfi, és hogy a kerületi bíróságok politikát csinálnak).¹⁸⁶

Röviden, bár a közvélemény tisztában van a bírói döntéshozatalra gyakorolt jogon kívüli befolyással, nem helyesli azt.¹⁸⁷ Ez segít a jogállamisági retorika folyamatos vonzerejének, valamint az ideológiai és egyéb befolyások visszaszorítását célzó politikai érvek visszhangjának magyarázatára. A bírák a maguk részéről nagyon is tudatában vannak a relatív

¹⁸¹ Lásd a fenti 160-62. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

¹⁸² Sheryl Gay Stolberg, *Panel Approves Rnberts, 13-5*, *As of 3Democrats8 Back Him: Szenátus to Vote Next Week; Confirmation Likely*, N.Y. TIMES, Sept. 23, at2005, A1 (megjegyezve, hogy Russell

D. Feingold, a szenátus igazságügyi bizottságának egyik demokrata tagja, aki Ro ber ts 'jelölése mellett szavazott, "azt mondta, hogy Roberts bíró meggyőzte őt arról, hogy "nem fog ideológiai programot hozni a bíróságra"). Az eredmények egyéb magyarázataihoz lásd Steven Lubet, *The Alito Confirmation: How Democrats Lost the Political Battk*, SAN DIEGO UN10N-TRJs., Febr. *availabk1*,2006, at [http:// www. sign onsandiego.com/ un io ntrib/ 20060201/ news_lzlel lubet.html](http://www.signonsandiego.com/unio ntrib/20060201/news_lzlel lubet.html) (arra utalva, hogy Roberts főbíró jelölése elsősorban azért volt sikeres, "mert a szintén konzervatív William Rehnquist főbíróat váltotta").

¹⁸³ Barack Obama elnök , David H. Souter bíró lemondásával kapcsolatos megjegyzések

(2009. május 1.), in *Obama's Remarks on the Resignation of justice Sout!JT'*, N. Y. TIMES, May 1, h 2009.ttp: / / www. nytimes.com / 2009/ 05/ 01 / us/ poli tics/ 01 so uter . text.html.

¹⁸⁴ Charlie Savage, *Obama múltját kutatva a judi ciaryra vonatkozó nyomok után: Speeches and Voting Records Are Studied*, N. Y. TIMES, May at 10,2009,A17.

¹⁸⁵ Sajtóközlemény, The White House, Remarks by the President in Nominating Judge Sonia Sotomayor to the United States Supreme Court (2009. május 26.), [http:// www. whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-in-Nominating-Judge-Sonia-Sotomayor-to-the-United-States-Supreme-Court/](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-in-Nominating-Judge-Sonia-Sotomayor-to-the-United-States-Supreme-Court/).

¹⁸⁶ Lásd Peter Baker & Jeff Zeleny, *Start of a Battk: New York!JT' lenne a harmadik nő, aki Serve as a Justice*, N.Y. TIMES, 2009. május 27., A1 ("Sotomayor bírónő korábbi megjegyzései arról, hogy neme és etnikai hovatartozása hogyan alakítja döntéseit, valamint a fellebbviteli

bíróságok szerepéről a politika kialakításában, azonnali konzervatív panaszokat generáltak, miszerint ő egy igazságügyi aktivista.").

187 *Lásd a 172-74. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.*

A közvélemény megítélése és a bírói kar intézményi legitimitása közötti összefüggés, és amennyiben a közvélemény olyan bírákat akar, akiknek a jogállamiság iránti elkötelezettsége megingathatatlan, a bírácoknak és a jogi intézménynek is kötelességük ezt az elkötelezettséget vállalni.¹⁸⁸

B.Hermelin-mítoszok háttérének megismerése

Elég könnyű a törvények betartásának erényeiről ékeskedni, ahogyan azt a jogi intézményrendszer hajlamos tenni. A bírói döntéshozatalra gyakorolt jogon kívüli hatások kiküszöbölésére való tényleges törekvés azonban vitathatatlanul bolondok dolga, mivel a bírácoknak elkerülhetetlenül mérlegelniük kell, amikor az alkalmazandó jog nem ad egyértelmű válaszokat, és az ilyen mérlegelést jogon kívüli hatások befolyásolják.¹⁸⁹ Amennyiben a jogi intézményrendszer azt a nézetet tartja fenn, hogy a bírácokat kizárólag a jogi szabályok mozgatják, akkor valóban egy mítoszt terjeszt.

Azok a tudósok, akik a jogállamiságot mítoszként vagy fikcióként írják le, ezt gyakran pejoratív módon teszik, azt állítva, hogy a mítosz üres héj, és azt javasolják, hogy fel kell robbantani vagy el kell hagyni.¹⁹⁰ Egy ilyen mítoszrobbantási gyakorlat eltúlzottnak, ha nem csalárdnak állítaná be azt a jogállamiságot, amelyet a jogi intézmény régóta a bírói döntéshozatal egyedüli befolyásaként védelmez. Ez viszont feltehetően kevésbé kettéválasztaná a politikai vitát, és jobban igazodna a bírácok tevékenységének tudományos értelmezéséhez. A hermelinmítosz azonban két ellensúlyozó előnyt kínál, amelyeket nem szabad figyelmen kívül hagyni - egy külső és egy belső előnyt.

A külső haszon a mítosznak az igazságszolgáltatás intézményi legitimitációjához való hozzájárulására vonatkozik a külvilággal szemben: a közvélemény igazságszolgáltatásba vetett bizalma megmarad a jogállamiságba vetett hit fenntartása révén.¹⁹¹ Azzal érvelhetnénk, hogy a hermelinmítosz aláásása a politikai bíróság elismerésével nem ingatná meg a

¹⁸⁸ A *bírói magatartás mintakódexe* arra utasítja a bírácokat, hogy "kerüljék ... a helytelen viselkedés látszatát", a kísérő megjegyzés pedig kifejti, hogy "[a] bírói karba vetett közbizalmat aláassa a helytelen és a helytelenség látszatát keltő magatartás". MODEL A JÚN. CONDUCT R. 1.2 (2007). A 2.2. szabály viszont kimondja, hogy a bírácok "fenntartják és alkalmazzák a jogot"; amennyiben tehát a jog fenntartásának és alkalmazásának elmulasztása helytelen, annak a látszatnak a keltése, hogy a bírácok nem tartják fenn és nem alkalmazzák a jogot (annak nyílt elismerésével, hogy a bírácok ehelyett jogon kívüli tényezőkre alapozzák döntéseiket), a helytelenség látszatát kelti. *Id.* at R. 2.2.

¹⁸⁹ A jogot elég rugalmasan lehet definiálni ahhoz, hogy a jogot és a politikát összevonjuk, és ezeket a "jogon kívüli" hatásokat jogi hatásokként jellemezzük. *Lásd* Ruger et al., *Supra* note 11; *supra* text accom.

11. megjegyzés. A közpolitikai vita megvitatásával összefüggésben azonban megőrzöm a vitát mozgó jogi-politikai megosztottságot.

¹⁹⁰ John Hasnas, *The Myth of the Rule of Law*, 1995 Wis. L. REV. 199, 202 ("[A]z igazán szabad társadalom megteremtése megköveteli a jogállamiság mítoszának elhagyását.").

¹⁹¹ *Lásd* Bybee, *Supra* 173. lábjegyzet, 312. o. (Az a tény, hogy "[a]z amerikaiak nagy többsége azt mutatja, hogy a szövetségi bírácok pártatlanul alkalmazzák a törvényt, és bizalmatlanok a szövetségi bírácokkal szemben.

akik szük ideológiai érdekeket képviselnek", bizonyítja az összefüggést a közvélemény jogállamiságról alkotott felfogása és az igazságszolgáltatásba vetett bizalom között).

a bíróságokba vetett közbizalom, mivel a korábban tárgyalt felmérési adatok azt mutatják, hogy a közvélemény továbbra is jelentős bizalommal van a bíróságok iránt, annak ellenére, hogy úgy véli, hogy a bírósági döntéshozatal ideológiai és egyéb befolyásoknak van kitéve.¹⁹² Ez az érvelés azonban alábecsüli, hogy a jogállamiságba vetett közhit mennyire központi szerepet játszik politikai kultúránkban. Ahogy Paul Kahn írta: "A jogállamiság talán a legmélyebb politikai mítoszunk. Ez az alapja a közösségünkről, mint egyedi történelmű, egységes népről alkotott meggyőződésünknek, valamint az állammal szembeni egyéni kötelezettségeinkről alkotott nézeteinknek."¹⁹³ A jogállamisággal kapcsolatos kételyek fenntartása alapvető fontosságú lehet a mítosz folyamatos életképességének megőrzéséhez, de a hit teljes feladása sokkal nagyobb árat követelne.¹⁹⁴ Gibson például úgy véli, hogy a választási elszámoltathatóság hiányában a bírák a nyilvánossággal szembeni legitimitásukat a szakértelmükből eredeztetik.¹⁹⁵ Amennyiben a nyilvánosság a bíró szakértelmét a jogi szövegek értelmezésében szerzett tapasztalatának és képzésének tulajdonítja, a jogállamiság mint fikció marginalizálása alááshatja a bírák és az igazságszolgáltatás legitimitását.

Erre az érve a szkeptikusok azt válaszolhatják, hogy az igazságszolgáltatás törvényességének hazugsággal való megőrzése cinikus és helytelen - de ez tévesen azt jelenti, hogy a jogállamiság mítosza kategorikusan nem igaz. A mítoszok egy kontinuumon helyezkednek el. Az egyik végén a teljes kitalációk állnak, például az egyszerűről vagy a fiatalság kútjáról szóló mesék. A másik végponton a történetek megszépítései állnak, amelyeket a közvélemény általában igaznak tart, például a trójai vagy az alamói csatákról szóló eltúlzott anekdoták. Amennyiben a mítoszok a szórakoztató értékükön túlmenően is megőrzik erejüket, az azért van, mert a kontinuum utóbbi végén helyezkednek el. A koboldokról szóló fantasztikus történetek keveseket ösztönöznek arra, hogy aranyedényeket keressenek a szivárványok tövében, de az alapító atyák erényét és bölcsességét eltúlzó történetek továbbra is hazafias elkötelezettséget keltenek a Függetlenségi Nyilatkozat és az amerikai alkotmány iránt, amelyek szinte szent iratok. Ami a jogállamiságot illeti, a hermelinmítosz magjában van egy jelentős igazságmag: a jog valóban befolyásolja a bírói döntéshozatalt, még akkor is, ha a befolyás kizárólagosságát túlzásba viszik.¹⁹⁶

A belső előny ezzel szemben a jogállamiság "mítoszában" magukra a bírókra gyakorolt hatását érinti. Amennyiben a bírakat a jogállamiság befolyásolja, annak a "mítosznak" a fenntartása, hogy a bírák lehetnek, vannak és

¹⁹² Lásd a fenti 157-62. lábjegyzetet és a kíséző szöveget.

¹⁹³ PAUL W. KAHN, LAW uralkodása: *Madison és Amerika felépítése*, xi. o. (2002).

¹⁹⁴ Marc O. DeGirolami, *Faith in the Rule of Law*, 82 ST. JOHN'S L. REV. 573, 605 (2008) (azzal érvelve, hogy a jogállamiságba vetett hit akkor a leghatékonyabb, ha kételyek mérséklők, ami "létfonosságú a létfonosságú hit fenntartásához").

195 Gibson, *Supra* note at 174,284.

196 *Lásd fentebb az I. részt.*

csak a jognak kell befolyásolnia, olyan normákat tart fenn az igazságszolgáltatáson belül, amelyek elősegítik a jogállamiság kultúráját, és végső soron magának a jogállamiságnak a nagyobb mértékű betartását.¹⁹⁷ A bírói kar jogállamiság iránti belső elkötelezettsége a legkönnyebben a bíróságok által kihirdetett magatartási kódexekben nyilvánul meg, amelyek gyakorlatilag mindegyike - különböző mértékben - az ABA *bírói magatartási modellkódexén alapul*.¹⁹⁸ Ezek a kódexek egyrészt arra szolgálnak, hogy a bírákat etikai kötelezettségeikről tájékoztassák, másrészt (legalábbis az állami rendszerekben) olyan magatartási szabályokat fogalmaznak meg, amelyeket a bírák fegyelmi vagy eltávolítási büntetés terhe mellett nem tartanak be.¹⁹⁹ A *bírói magatartás modellkódexének* preambuluma így kezdődik: "Az Egyesült Államok jogrendszere azon az elven alapul, hogy egy független, pártatlan és kompetens bírói testület ... értelmezi és alkalmazza a társadalmunkat irányító törvényt. Így az igazságszolgáltatás központi szerepet játszik a az igazságosság és a jogállamiság."²⁰⁰

A modellkódex 2.2. szabálya előírja, hogy "a bírónak a törvényt kell fenntartania és alkalmaznia, és a bírói tisztséggel járó valamennyi feladatot tisztességesen és pártatlanul kell ellátnia".²⁰¹ A szabályhoz fűzött megjegyzés hozzáteszi, hogy "[a]bár minden bíró egyedi háttérrel és személyes filozófiával érkezik a bírói székbe, a bírónak a törvényt anélkül kell értelmeznie és alkalmaznia, hogy a törvényt a bírónak nem kell a bírói tisztségre alkalmaznia.

tekintettel arra, hogy a bíró helyesli vagy nem helyesli a kérdéses jogszabályt."²⁰² Hasonlóképpen a 2.4. szabály (B) pontja kimondja, hogy "[a] bíró nem per

mit családi, társadalmi, politikai, pénzügyi vagy egyéb érdekek vagy kapcsolatok hajói, amelyek befolyásolhatják a bíró bírói magatartását vagy ítélőképességét."²⁰³ A szabályhoz fűzött megjegyzés hangsúlyozza²⁰⁴, hogy "[a]z igazságszolgáltatásba vetett bizalom erodálódik, ha a bírói döntéshozatalról úgy vélik, hogy nem megfelelő külső befolyásoknak van kitéve".²⁰⁴

Ezeknek a szabályoknak és elveknek a halmozott hatása egy olyan intézményi kultúra kialakítása, amelyben a jogállamiság olyan első számú elv, amelyet a jogi intézményrendszer hitvallásként fogad el, és reflexszerűen védekezik a kihívásokkal szemben. Ahogy Richard Posner bíró megjegyzi: "Bármennyi politikai bírászkodás megkérdőjelezi a bírósági eljárásról alkotott ortodox elképzeléseket ... és az attitűdkutatók kimutatták, hogy az amerikai igazságszolgáltatás minden szintjén (bár annál több, minél magasabb szinten

¹⁹⁷ Ahogy egy kommentátor felismerte: "A mítosz szót itt nem csupán egy hamis történetre használjuk, hanem inkább egy valódi hatalommal bíró történetre utal, amely, még ha nem is teljesen igaz, képes hatással lenni a valós világra azáltal, hogy befolyásolja a valós emberek motivációit és törekvéseit".

Blake K. Puckett, "Nagyon apolitikusak vagyunk": *A nemzetközi jogsegélyszakértő szerepének vizsgálata*, IND16. J. GLOBAL LEGAL Snn. 293,295 (2009).

¹⁹⁸ Marie McManus Degnan, *Megjegyzés, Nincs szükség tényleges elfogultságra: The Intersection of Due Process and Statutory Recusal*, TEMP83. L. REV. 225,227 (2010).

- 199 A JuD MoDEL KÓDEXe. Viselkedés pmbl. (2007).
200 *Id.*
201 *Id.* at **R.** 2.2.
202 *Id.* **R.** cmt2.2. [2].
203 *Id.* at **R.** 2.4.
204 *Id.* **R.** cmt2.4. [1].

a szint)", ami "he resy to the legal establish me n t".²⁰⁵ Bár az ilyen ortodoxia a valóságtól elrugaszkodottnak tűnhet, van egy ines képes logika abban a feltételezésben, hogy azok a bírák, akik a jogállamiságot hitvallásként fogadják el, valószínűleg komolyabban veszik a jogállamiságot, mint azok, akik agnosztikusak.

Az előzőekben leírtak fényében világosnak kell lennie, hogy a hermelinmítosz további életképessége a nyilvánosság és a bírák számára egyaránt a középpontjában álló, vélt igazságon múlik. A mítoszok azonban mozoghatnak a kontinuumukon, és amennyiben a megszépített igazságokat kitalációnak tekintik, a mítosznak a híveket egyesítő ereje veszélybe kerül: tanúi lehetünk a katolikus egyház küzdelmének, hogy visszaszerezze a katolikusok bizalmát papjaik jámborságában, miután nyilvánosságra kerültek a soraikban elkövetett szexuális visszaélésekről szóló jelentések.²⁰⁶ A Hermelin-mítosz veszélye, amint azt a IV. részben tárgyaltuk, az, hogy a Yeti útjára léphet: bármilyen igazság is adhatott eredetileg okot a mítosznak, végül háttérbe szorulhat a kétségek miatt, amelyek azzal fenyegetnek, hogy a mítosz az esti mese státuszába kerül.

IV

A HERMELINSZIGETI MITH JÖVŐJE: HÁROM FORGATÓKÖNYV

Röviden, van logika a bírák tevékenységéről és a bírák tevékenységéről szóló közpolitikai vita kettősségében. A public, akárcsak a tudományos közösség, megérti, hogy a bírákat jogi és nem jogi tényezők befolyásolják a döntéshozatal során, de az utóbbiakat igyekszik visszaszorítani. Azzal, hogy olyan bírójelölteket részesít előnyben, akik rendíthetetlenül elkötelezettek a jogállamiság mellett, a nyilvánosság azt reméli, hogy olyan bírákat választ, akikre a jogállamiság nagyobb gravitációs **vonzerőt** gyakorol, hogy csökkentse annak valószínűségét, hogy a jogon kívüli hatások miatt a bírák olyan jelentősen eltérnek a pályájuktól.²⁰⁷ A jogászok viszont tisztában vannak azzal, hogy a mérlegelési jogkör gyakorlása megköveteli a bírától, hogy döntéseik során külső jogi megfontolásokat is figyelembe vegyenek, de²⁰⁸ tekintettel vannak a közvélemény megítélésére, és a jogállamisági normákhoz igazodnak.²⁰⁹ Bár a bírák és az ügyvédek így elismerhetik a bírói döntéshozatalra gyakorolt többváltozós befolyásokat, ha csak titokban vagy akár suttozva, de ezt nyíltan teszik, azzal a veszéllyel, hogy ezzel a hermetikus mítoszt rombolják, amelynek egyik alaptétele, hogy a független, pártatlan bírák félreteszik a külső hatásokat.

²⁰⁵ PosNER, *Supra* note at 18,28.

²⁰⁶ Lásd általában *The Catholic Church and Sexual Abuse by Priests Archive*, AMERJCAN CATHOLIC.ORG, <http://www.americancatholic.org/news/clergysexabuse/> (utolsó látogatás 2013. szeptember) (kifejtve, hogy a szexuális botrányok megrázták a közvéleményt).

²⁰⁷ Lásd a fenti 157-58. lábjegyzetet és a kíséző szöveget.

²⁰⁸ Lásd a 155-56. lábjegyzeteket és a kíséző szöveget.

²⁰⁹ Lásd fentebb a 11.B. részt.

és kövesse a tényeket és a törvényt.²¹⁰ Ha nyíltan elfogadjuk az I. részben összefoglalt társadalomtudományi kutatások legújabb eredményeit, akkor elismerjük a kritikusok azon állításainak helyességét, hogy a bírói függetlenség valóban felszabadítja a bírakat arra, hogy többet és kevesebbet tegyenek a törvény követésénél. Ez az engedmény hatékonyan aláássa a független igazságszolgáltatás régóta fennálló indoklását, és a bíróságok védelmezőit rosszul felkészültnek hagyja az olyan érvekkel szemben, amelyek szerint a bírói döntéshozatalt nagyobb politikai és népi ellenőrzésnek kellene alávetni. A védők tehát ragaszkodtak a történetükhöz.

A kritikus kérdés a következő: Mi történik ezután? Legalább három lehetőség van. Az egyik végtel a semmi: a független bírakat továbbra is befolyásolják majd a jogszabályok és a jogon kívüli tényezők, de azt fogják mondani, hogy kizárólag a jogszabályok befolyásolják őket, és ezt a nyilvánosság folyamatos támogatásával fogják tenni - a hermelinmítosz sértetlenül és sértetlenül megmarad. A másik végtel az alkotmányos válság: az igazságügyi intézmény már elvesztette a közpolitikai vitát, és a nyilvánosság készen áll arra, hogy elveszítse a független igazságszolgáltatásba vetett hitét, amelyet nyíltan politizáltak, a jogállamisággal szemben közömbösnek és az általa szolgált nyilvánosság felé elszámoltathatlannak tart - a hermelinmítosz el fog pusztulni. A középen (és gyanítom, hogy a legvalószínűbb, hogy oda tartunk) a jogállamisági normák fokozatos eróziója áll: az egyre cinikusabbá váló közvélemény egyre kevésbé fogadjátja az állításokat, amelyek szerint a bírakat kizárólag a jog befolyásolja, és egyre fogékonyabb lesz arra, hogy a bírói kar függetlenségét nagyobb népi és politikai ellenőrzés alá vonják - a hermelinmítosz ereje el fog halványulni.

- A. Annak lehetősége, hogy a kettősségen alapuló közpolitikai vita következmények nélkül fennmaradjon

Valószínű, hogy a tudományos és a közpolitikai viták párhuzamos pályán folytatódnak, anélkül, hogy kereszteznék egymást, és értelmes következmények nélkül: a jogi intézmény és a bírósági kritikusok folytatják a dichotóm vitát, a tudósok tovább haladnak az árnyaltság és a konszenzus felé vezető más úton, és ennyi. E jóslat védelmében nem szabad alábecsülni a tehetetlenség némi erejét. Ha közel egy évszázadnyi társadalomtudományi kutatás arról, hogy mit csinálnak a bírák, még mindig nem befolyásolta azt, hogy a jogi intézmény és a bírósági kritikusok szerint mit csinálnak a bírák,²¹¹ akkor joggal kételkedhetünk abban, hogy ez egyhamar meg fog változni. Továbbá fontos megérteni, hogy a jogi intézmény jogállamiság iránti kizárólagos elkötelezettsége és a társadalomtudományi ismeretek befogadásának elmulasztása nem egyszerűen tudatlanság vagy ostobaság kérdése. Sokkal inkább a jogállamiság kultúrájának tulajdonítható, amelyet a jogi intézmény igyekszik fenntartani a belső és a közvélemény körében, annak érdekében, hogy

-
- 210 *Lásd a fenti 1-5. megjegyzéseket és a kísérő szöveget.*
- 211 *Lásd a fenti II.A-B. rész 42-44. megjegyzését és a kísérő szöveget.*

intézményi legitimitásának megőrzése.²¹² És a jogállamiság embere továbbra is működik: a bíróságokba vetett közbizalom továbbra is magas.²¹³ Mindaddig, amíg a közvélemény a jogállamiság mítoszt mint

Ha a bíróságok nem tűrik, hogy a mítosz nem tükrözi a valóságot, és továbbra is bízunk a bíróságokban, akkor a bíróságok védelmezői a társadalomtudományi kutatások összetettségének és árnyaltságának felvállalása helyett inkább a mítosz fenntartását részesítik előnyben. A bíróságok kritikusai a maguk részéről továbbra is ciklikus támadásokat intéznek a bírák és a bíróságok ellen, korlátozott vagy eredménytelen módon.

Az a jóslat azonban, hogy a hermelinmítosz valószínűleg belátható időn belül is fennmarad, túl sokat következtethetünk egy pillanatfelvételtől. Míg jelenleg a közvélemény továbbra is bízunk azokban a bírákban, akikről úgy gondolja, hogy kizárólag a jogállamiságnak kellene elkötelezniük magukat, még akkor is, ha a közvélemény elismeri, hogy ugyanezek a bírák jogon kívüli befolyásoknak vannak kitéve, korántsem egyértelmű, hogy a nézeteknek ez az összefolyása állandósult állapotban van. Míg az a felfogás, hogy a törvények alakíthatók, a bírák pedig korrumpálhatók, már régóta velünk van, az az átható érzés, hogy a politikai ideológia rutinszerűen befolyásolja a bírói döntéseket.

a döntéshozatal egy újabb jelenség, amely a jogi realista mozgalomra és annak utóhatásaira vezethető vissza.²¹⁴ Még a közelmúltban is számos olyan fejleményről számoltak be széles körben, amelyek megkérdőjelezik a jogállamiságot, és aláássák annak alapfeltételét, miszerint a bírák számára csak a tények és a jog számítanak, túl nyilvánvaló módon ahhoz, hogy figyelmen kívül hagyjuk.

Először is, a konzervatívok kampánya a "bírói aktivizmus" ellen már több mint egy évtizede országos figyelmet kapott. Amint azt a II. részben tárgyaltuk, az 1990-es évek közepétől kezdve a bíróságok bírálói mindenütt elítélték a liberális aktivista bírákat, akiket (hallgatólagosan és kifejezetten) olyan bírákként azonosítottak, akik figyelmen kívül hagyják a törvényt és saját politikai preferenciáikat hajtják végre.²¹⁵ Van némi bizonyíték arra, hogy a kampány teret nyert a nyilvánosság körében. Egy 2005-ös felmérésben a megkérdezettek 56%-a egyetértett azzal, hogy "[a] bírói aktivizmus ... úgy tűnik, válságba jutott", mert "[a] bírák rendszeresen felülbírálják az emberek akaratát, új jogokat találnak ki, és figyelmen kívül hagyják a hagyományos erkölcsöt".²¹⁶ A konzervatívok liberális kritikája

bírókkal szemben elszigeteltebb volt, de a Legfelsőbb Bíróság *Bush kontra Gore*²¹⁷ ügyben hozott döntése páratlan tanítási pillanatot teremtett a liberálisok számára, akik elszántak arra, hogy megmutassák, hogy a konzervatív bírák is ki vannak téve a konzervatív bírák

²¹² Lásd Scheb & Lyons, 56. lábjegyzet, 938. o. (kifejtve, hogy a mítosz célt szolgál, és "a Bíróság számára támogatást biztosít").

²¹³ Lásd a fenti 157-58. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

²¹⁴ Lásd a fenti 98-107. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.

²¹⁵ Lásd a 130-32. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

216 Martha Neil, *Az USA fele látja az Judicial Activism válságát*: ABAJournal felmérés eredményei meglepnek néhány jogi szakértőt, ABAJ. E-REP. 1 (2005)30, szeptember), <http://www.abanet.org/journal/redesign/s30survey.html>; lásd a£50James L. Gibson, Gregory A. Caldeira & Lester Kenyatta Spence, *The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*, BRIT33. J. Pol. Sci. (2003)535,556 217 USA (531982000).

ideológiai befolyások. ²¹⁸ A közvélemény-kutatási adatok azt mutatják, hogy a *Bush kontra Gore* ügy nem eredményezte a közvélemény bizalmának nettó csökkenését az Európai Bíróság iránt.²¹⁹ Áruklodó azonban, hogy a demokrata pártiak körében a bizalom szintje csökkent, miközben a republikánusok körében nőtt, ami arra utal, hogy a Bíróság teljesítményét határozottan pártpolitikai szempontok szerint értékelték.²²⁰

Másodszor, amikor a média beszámol az amerikai Legfelsőbb Bíróság döntéseiről, a bírák szavazatait rendszeresen ideológiai blokkokba - liberális, konzervatív vagy mérsékelt (swing) szavazatokba - sorolja. Három közelmúltbeli ügy sajtóborító kora szemléltető. A Legfelsőbb Bíróság 2008-as, a *District of Columbia kontra Heller* ügyben hozott, öt-négy arányban meghozott döntésének²²¹ ismertetése során, amely a második alkotmánymódosítás alapján érvénytelenítette a fegyverviselést szabályozó törvényt. a sajtó az eredményt a Bíróság "liberális" és "konzervatív" bírásra való kifejezett hivatkozással magyarázta.²²² Hasonlóképpen, a 2009-es *Caperton kontra A. T. Massey Coal Co.* ügyben²²³ egy állami legfelsőbb bírósági bírónak a kizárás elmulasztása ellen benyújtott tisztességes eljárásjogi panaszában egy olyan ügyből, amelyben az egyik peres fél vezérigazgatója 3 millió dollárt költött az igazságszolgáltató megválasztásának támogatására, miközben a peres fél ügye folyamatban volt, a sajtó a "lib erális blokk" termékeként számolt be a többség véleményéről.²²⁴ És a *Ricci v. DeStefano* ügyre hivatkozva,²²⁵ egy fordított-<liscrimi országos ügyben, amelyet ázsiai és spanyolajkú tűzoltók indítottak, akiket nem léptettek elő, a *New York Times* arról számolt be, hogy Anthony Kennedy bíró "saját maga és a [C]ourt konzervatív győztes négy tagja nevében írt".²²⁶ Az üzenet mindenki számára világos, kivéve a reménytelenül tompa: ahhoz, hogy megértsük, miért szavaznak a bírák **ügy, ahogyan szavaznak**, nem elég megérteni a jogi érvelésüket, ahogyan az az általuk írt ~~vélemény~~ükörződik; ismerni kell ideológiai irányultságukat. Tény, hogy a sajtóban gyakran előfordul, hogy a Bíróság érvelésének tárgyalását a bírák ideológiai beállítottságára való hivatkozással kezdik. bírák szavazatai, ami implicit módon hangsúlyozza az ideológia elsőbbségét a jogállamisággal szemben.

²¹⁸ ALAN M. DERSHOWITZ, *SuPREME INJUSTICE: How THE HIGH CouRT HIJACKED ELECTRED ELECIT*

TION at (2000,52001) (a határozatot "törvénytelennek" és erősen politikai jellegűnek minősítve).

²¹⁹ Lásd Herbert M. Kritzer, *The Impact of Bush v. Gore on Public Perceptions and Knowledge of the Supreme Court*, *JUDICATURE* (8532,200136) (kifejtve, hogy "a nettó hatás [a választás] a nyilvánosságnak a Bíróságról alkotott értékelésére lényegében nulla volt").

²²⁰ *Id.* 58-59. o. (adatok bemutatása, amelyek a demokrata és a 'republikánus pártok körében bekövetkezett elmozdulásokat mutatják).

a Tanács jóváhagyása).

²²¹ *Dist. of Columbia v. Helle r*, U 554.S. (5702008).

²²² *Lásd pl. Adam Liptak, Justices' Ruling on Guns Elicits Rebuke, from the Right*, N. Y. *TIMES*, október, 20,2008,A15. o.

223 Caperton kontra AT. Massey Coal Co., 129 S. Ct. (22522009).

224 David G. Savage, *A bírák nem lehetnek a saját nagy adományozókat érintő ügyekben*, *High Court Review*,

L.A. TIMES, június, 9,2009,A10.

225 Ricci kontra DeStefano, S129. Court (26582009).

226 Adam Liptak, *A Legfelsőbb Bíróság elfogultságot állapított meg a fehér tűzoltókkal szemben: 5-4 Ruling that Sets New Employment Standards*, N.Y. TIMES, June at30,2009, A1.

Harmadszor, Robert Bork megerősítési eljárását követően a szövetségi bírák kinevezésével kapcsolatos, széles körben ismertetett pártpolitikai csatározások aláhúzták azt a tételt, hogy az ideológia döntő jelentőséggel bír a bírói döntéshozatalban. A szenátus republikánusai ellenálltak a "liberális aktivista" bírák megerősítésének, akiket a Borsodban jelöltek.

Bill Clinton elnök,²²⁷ míg a szenátusi demokraták küzdöttek, hogy elutasítsák

"konzervatív szélsőségesek", akiket George W. Bush elnök jelölt.²²⁸

Egyrészt mindkét politikai párt állítólagosan fenntartotta a jogállamiság elveit azzal érvelve, hogy kampányukat az a szándék motiválta, hogy az ellenfél elnöke ne nevezzen ki olyan bírót, akiknek az ideológiai beállítottsága olyan szélsőséges, hogy

a jogkövető magatartásukba való beavatkozás.²²⁹ Másrésztől

A megerősítési csatározások egy bal- és jobboldali ideológusokkal teletűzdelt bírói testületről festenek összetett képet.

Negyedszer, széles körben nyilvánosságra kerültek olyan esetek, amikor bírót bíráltak azért, mert elmulasztották kizárni magukat olyan ügyek tárgyalása alól, amelyekben személyes érdekeltységük volt, ami vitathatóan befolyásolta a törvény követésére való képességüket. 2004-ben Scalia bíró elfogadta a meghívást, hogy Dick Cheney alelnökkel együtt egy hétvégén részt vegyen a

kacsavadászat Louisianában, míg az alelnök ellen indított perben

²³⁰Scalia ezt követően kizárta magát az ügy tárgyalásából, és végül az alelnök javára szavazott.²³¹ A szerkesztők kritikusan reagáltak. Az egyikük hitetlenkedve kérdezte: "Kétkelkedne-e egy racionális ember abban, hogy

ha minden dolog egyenlő, a bíró talán éppen annak az embernek a felé hajlik, akivel annyira "jól megismerkedett"?" ' Egy másik ²³²hozzátette, hogy "[a]z összeférhetetlenség nyilvánvaló, és Scaliának fel kell mentenie magát a

az ügyet azonnal, hogy megvédje a bíróság esetleges döntésének hitelességét".²³³

Egy nyugat-virginiai legfelsőbb bírósági versenyben Brent Benjamin bírójelölt legyőzte a hivatalban lévő Warren McGraw főbíró a több mint 3 millió dolláros független kiadásokból származó támogatással.

²²⁷ Lásd Neil A. Lewis, *Conservatives Set/or Fight on Judicial Nominees*, N.Y. TIMES, Nov., 13,1992,B16. o. (a konzervatívok felkészülése a Clinton elnök által tett bírói kinevezések elleni küzdelemre).

²²⁸ Peter Baker, *Parties Gear Up for High Court Battle*, WASH. POST, június, 27,2005,A2. (megjegyezve, hogy a kormány ellenfelei "haditermet" hoztak létre, hogy stratégiát dolgozzanak ki William Rehnquist legfelsőbb bíró nyugdíjba vonulását megelőzően).

²²⁹ Sen. Kennedy *SufrPorts Filibuster on Nomination of Judge Alito*, U.S. FED. NEWS SERVICE, 2006. január 26., elérhető a ProQuest, Doc. No. 982178891; *Cochran Will Not SufrPort Kagan Confirmation to Supreme Court*, FED. INFO. & NEWS DISPATCH, INC., 2010. augusztus 4., elérhető a ProQuest, Doc. No. 2289437471.

²³⁰ Szerkesztőségi cikk, *Scalia bíró és Cheney úr*, N.Y. TIMES, febr. 28,2004,4. szám, A14.

²³¹ *Cheney v. U.S. Dist. Court*, U 542.S. (367,2004371).

²³² EJ. Dione, *Justice Scalia Is in the Wrong Line of Work*, SEATTLE TIMES, 2004. március 23.,

<http://community.seattletimes.nwsources.com/archive/?date=20040323&slug=dionne23>.
233 Szerkesztőségi cikk, *Do the Right Thing-Again*, DENVER POST, április 13., 2004, B6. o.

egy szénipari vállalat vezérigazgatója, amely akkoriban egy 50 millió dolláros ítélet ellen fellebbezett.²³⁴ Benjamin bíró ezt követően elutasította, hogy kizárja magát a szénipari vállalat ügyének meghallgatásából, és később a vállalat javára adta le a döntő szavazatot.²³⁵ Az egyik szerkesztőségi cikkíró azt írta, hogy "a nyugat-virginiai eset, bár szélsőséges, egy riasztó tendenciára utal. Egy olyan pillanatban történik, amikor a bírósági semlegesség - és a semlegesség látszata -, amely a tisztességes eljárás alapját képezi, egyre nagyobb veszélynek van kitéve a nagypénzű állami bírósági kampányok miatt".²³⁶ Egy másik azt kérdezte: "Ha a polgárok úgy gondolják, hogy a bírói hivatal a legmagasabb ajánlattevőnek eladó, miért tisztelnék a jogállamiságot?".²³⁷

Bár ezek a kizárási imbolgók nem érintik az ideológia szerepét a bírói döntéshozatalban (és Benja min bíró esetében a kizárás megtagadását végül az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága visszavonta),²³⁸ táplálják a közvélemény azon gyanúját, hogy jogon kívüli tényezők, például barátság és pénzügyi függőség befolyásolják a bírói döntéshozatalt. És a közvélemény legalábbis hallgatólagosan nem helyesli ezt.²³⁹ Annak ellenére, hogy az uralkodó szabály szerint a bírónak saját maga kell döntenie a minősítési kérelmekről, amely szabály azon a nézetten alapul, hogy a bírák vélhetően pártatlanok és követik a törvényt, a közvélemény 81%-a úgy gondolja, hogy más bírónak kellene meghoznia az ilyen döntéseket, - ami egy másik feltételezésen alapul -, hogy ilyen helyzetekben a külső jogi hatások a jogállamiság aláásásának kockázatát hordozzák.²⁴⁰ Hasonlóan, a lakosság nagyjából 80%-a gondolja úgy, hogy a megválasztott bírákat befolyásolják a kampánytámogatások, amelyeket kapnak,²⁴¹ ami viszont jelentősen befolyásolja a bíróságok legitimitásának megítélését.²⁴²

Ötödször, és ezt a fent tárgyalt nyugat-virginiai disz-minősítési ügy alapjául szolgáló tények is szemléltetik, a bíróválasztási kampányok közelmúltbeli politizálása aláasta azt a nézetet, hogy a bírák egyszerűen a tények és a jog pártatlan döntőbírái.²⁴³ A több millió dolláros bírói kampányok

²³⁴ Caperton kontra A.T. Massey Coal Co., S129. Court (2252,2009).2254

²³⁵ *Id.*

²³⁶ Editorial, *Justice Not for Sale*, N.Y. TIMES, március, 3,2009,A26. oldal.

²³⁷ David Merritt, Op-Ed., *A bírói hitelesség forog kockán az ügyben*, WICHITA EAGLE, márc. 6., 2009,9A. o.

²³⁸ Caperton, 129 S. Ct. at 2254.

²³⁹ Lásd a fenti jegyzetekben és 230,232,236, a 237.

²⁴⁰ Lásd a Justice at Stake kampány 40sajtóközleményét, Justice at Stake Campaign, Poll: Huge Majority Wants Firewall Between Judges, Election Backers (200922., február), http://www.justiceatstake.org/newsroom/press_releases.cfm/poll_huge_majority_wants_firewall_betweenJudges_election_backers?show=news&newsID=5677.

²⁴¹ Lásd Geyh, *Supra* 163. lábjegyzet, 52. és 47. o. (a "80-as axiómára" hivatkozva és elismerve, hogy a százalékos arányok joghatóságokként és választásonként változnak).

²⁴² James L. Gibson, *Kampány a bírói székért*: 42 LAW & Soc'v REV. 899, 902 (2008) ("A bírói tisztségre pályázóknak nyújtott támogatások sokak számára érdekellentétet, sőt, az adományozó és a bíró közötti quid pro quo kapcsolatot jelentenek, ami aláasta az érzékelt pártatlanságot és legitimitást.").

²⁴³ Lásd James L. Gibson, *Challenges to the Impartiality of State Supreme Courts: Legitimitásemélet és "új stílusú" bírói kampányok*, AM102. POL. Sc1. REv. 59, 72 (2008) (azzal érvelve, hogy

mára már mindennapos, hogy az egész államra kiterjedő televíziós reklámok arról szólnak, hogy melyik legfelsőbb bírósági jelölt támogatja vagy ellenzi a halálbüntetést, az áldozatok jogait, az abortuszt stb.²⁴⁴ 2002-ben az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága kimondta, hogy a bírójelölteknek joguk van az Első Alkotmánykiegészítés értelmében véleményt nyilvánítani azokról a kérdésekről, amelyek később bíróként valószínűleg felmerülnek, azzal az állítólagos indokkal, hogy a bíróválasztás éppen ezekről a kérdésekről szól.²⁴⁵ Ezekben a fejleményekben az a feltételezés rejlik, hogy a bírák által eldöntendő, égető kérdések olyan közpolitikai kérdéseket jelentenek, amelyeket a választóknak joguk van befolyásolni vagy ellenőrizni, nem pedig csak jogi kérdéseket, amelyeket jogi szakértők (azaz bírák) képesek beavatkozás nélkül megoldani. A bírák politikai preferenciáinak ismerete egyre fontosabbá vált a bírói kampányok során:²⁴⁶ lásd a 2010-es, az iowai Legfelsőbb Bíróság három olyan bírójának vereségét, akik korábban úgy döntöttek, hogy a melegek házassághoz való jogát az iowai alkotmány védi.²⁴⁷

B. Annak lehetősége, hogy a jogi intézményrendszer elveszíti a dichotóm közpolitikai vitát és válságot idéz elő

A fentiekben részletezett öt fejlemény miatt a jogászok közül sokan figyelmeztetnek a közelgő válságra. Általánosságban az az aggodalmuk, hogy a bíróságok olyan mértékben átpolitizálódtak, hogy a közvélemény elveszíti a jogállamiságba és a pártatlan igazságszolgáltatásba vetett hitét. Egy észak-karolinai bíró 2005-ben a Jog Napján tartott beszédében kijelentette, hogy "demokráciánk veszélyben van", és hogy "a hatalmi ágak szétválasztása, amely életben tartotta és élteti demokráciánkat, veszélyben van", mert "a bírák és az igazságszolgáltatás ellen a politikai és egyéb vezetők által elkövetett folyamatos, lealacsonyító és néha nyílt támadások lassan aláássák az igazságszolgáltatás hitelét, és végül, I

a politizált bírói kampányok aláássák az állami bíróságok legitimitását); *lásd még* Geyh, *Supra* 163. lábjegyzet, 54-55. o. (megjegyezve, hogy több közvélemény-kutatás szerint a lakosság több mint 80%-a úgy véli, hogy a kampánytámogatások befolyást vásárolnak a bírónál).

²⁴⁴ *Lásd*: JAMES SAMPLE, LAUREN JONES & RACHEL WEISS, A 2006-os Úrválasztások új politikája: How 2006 WAS THE MOST THREATENING YEAR YET YET THE FAIRNESS AND IMPARTIALITY OF OUR COURTS - AND How AMERICANS ARE FIGHTING BACK 16 fig.9 (Jesse Rutledge szerk.), 2007) (megállapítva, hogy 2005-06-ban a jelöltek együttesen több mint egymillió dollárt gyűjtöttek a legfelsőbb bírósági választási kampányokban Georgiában, Kentuckyban, Michiganban, Észak-Karolinában, Nevadában, Ohioban, Oregonban, Texasban és Washingtonban); *id.* a 4. ábra 3., 8. ábra 13, 35. ábra (egy olyan reklámot mutat be, amely kiemelte egy ellenfél szavazatát, amely egy fiatalok halálbüntetésének eltörlésére szavazott, egy másikat, amely azt állította, hogy a jelölt az "áldozatok és családjaik" mellett állt ki, és egy másikat, amely a jelölt életpárti álláspontját reklámozta).

²⁴⁵ *Lásd*: Republican Party of Minn. v. White, U536.S. 787-88765, (2002).

²⁴⁶ *Lásd* Gibson, *Supra* note 174, 289. o. (idézi a közvélemény-kutatásokat, amelyek szerint a közvélemény fontosnak tartja, hogy a bírák kifejtsek véleményüket a főbb politikai

és társadalmi kérdésekben).

²⁴⁷ A.G. Sulzberger, *Ouster of Iowa judges Sends Signal to Bench*, N.Y. TIMES, Nov. 4, 2010, A1.

félelem, aláássák a jogállamiságot.²⁴⁸ Nemrégiben Margaret Marshall, Massachusetts főbírája kijelentette, hogy "az állami bíróságok válságban vannak", részben az "állami bíróságok politizálódása" miatt.²⁴⁹ Amint azt kifejtette:

A mostani ellenséges környezetben minden bírói döntés a pártválasztókhoz való hűség - vagy a pártválasztókhoz való nem igazodás - üzenetévé válhat, hasonlóan a törvényhozók szavazási eredményeihez.

és semleges bírák, akik tudják, hogy minden egyes írásos véleményt az érdekcsoportok politikai pártoskodásuk megnyilvánulásaként értékelhetnek, hatalmas nyomást érezhetnek arra, hogy ügyek eldöntésekor a válluk fölé nézzenek, és feladják a bírói semlegesség elveit.²⁵⁰

2008-ban egy elismert tudományos kommentátor hozzátette, hogy "a választott bírói testület intézménye bajban van, talán válságban", a "választások intenzitása miatt",²⁵¹ és ugyanebben az évben a minne soti főbíró is azt mondta, hogy "[p]erceptions of fairness, equity, and access will be dramatically undermined if the public's confidence in the courts erodes and it is only takes one big, nasty election campaign to seriously rombolja a nehezen kivívott közbizalmat, amelyet bírói testületünk jelenleg élvez".²⁵² A szövetségi kinevezési eljárásról egy másik kommentátor kijelentette, hogy "[a]z ideológiai ellenőrzés már sok jelöltet keserített meg, veszélyeztette a bírói függetlenséget, elriasztotta az egyéneket a megerősítési eljárás elviselésétől, és hozzájárult a betöltetlen állások válságához a fe de rális igazságszolgáltatásban."²⁵³ Egy másik kommentátor általánosabban megjegyezte, hogy "a bírói kar jelenleg válságban van", mert "a politikai folyamat minden szinten növelte a pártosodás szerepét a bírák kiválasztásában", ami egy "erősen frakcionált bírói karhoz" vezetett, amely "kevésbé szívélyes a belső kapcsolataiban, és kevésbé valószínű, hogy tiszteletben tartja független intézményi szerepét, mint olyan szakmai közösséget, amelynek feladata a törvények egyenlő, egységes és kiszámítható módon történő végrehajtása".²⁵⁴

A bíróságokba vetett bizalom közelgő válságáról szóló kijelentések azonban nehezen egyeztethetők össze a felmérési adatokkal, amelyek azt mutatják, hogy a nyilvánosság

248 Thomas W. Ross, *N. C. Superior Court bíró beszéde a jog napján*, N. C. LAW. WKLY., május 16., elérhető2005, az Academic OneFile, Doc. No. GALE A1 34519374.

249 Edward H. Pappas, *Judicial Independence in Crisis (Part 1)*, MICH. BARJ, május2009, 18,18 (idézi Margaret Marshall massachusettsi főbíró).

250 Margaret H. Marshall, *A semlegesség ígérete*: HuM36. RTs. 3,4 (2009).

251 George D. Brown, *Politikai bírák és népi igazságszolgáltatás: A Conservative Victory or a Conservative Dilemma?*, WM49. & MARYL. REV. 1543,1546 (2008).

252 Eric J. Magnuson, *The State of the Judiciary*, BENCH & BAR MINN., aug. 2008,20,23.

253 Michael M. Gallagher, *A megerősítési eljárás lefegyverzése*, CLEv50. ST. L. REV. 513, 516-17 (2003).

254 Richard Lavoie, *Activist or Automaton: Az intézményi igény a középút elérésére az amerikai jogtudományban*, ALB68. L. REV. 611,627 (2005).

a szövetségi és állami bíróságok támogatása továbbra is magas.²⁵⁵ Bár a közelmúltbeli fejlemények kétségeket ébresztenek a bíróságokba és a jogállamiságba vetett közbizalom hosszú távú stabilitását illetően, kevéssé támasztják alá a közelgő katasztrófára vonatkozó szörnyű előrejelzéseket.

C. A jogállamiságba és a bírói függetlenségbe vetett közbizalom fokozatos csökkenésének lehetősége

Van egy harmadik lehetőség is a tehetetlenség és a katasztrófa két szélsősége között: ahogy a közvélemény továbbra is belsővé teszi a jogi realizmus tanulságait, fokozatosan egyre szkeptikusabb lesz azokkal az állításokkal szemben, amelyek szerint a független bírák elkötelezettek a jogállamiság mellett, és egyre fogékonyabb lesz azokra az érvekre, amelyek szerint a bírákat nagyobb népi ellenőrzés alá kellene vonni. Az ég nem fog leszakadni, csupán elkezd megereszkedni, de ez a fejlemény mégis jelentős következményekkel jár a bírák tevékenységéről és szabályozásuk módjáról szóló közpolitikai vita hosszú távú jövőjére nézve.

Máshol már bemutattam a bírósági függetlenségi normák kialakulását, amelyek a tizenkilencedik és a kétezredik század folyamán alakultak ki.²⁵⁶ Ezek a normák a bírói függetlenséget olyan instrumentális értéknek tekintik, amely lehetővé teszi a bírák számára a jogállamiság fenntartását azáltal, hogy megvédi őket az olyan fenyegetésektől vagy ellenőrzésektől, amelyek megzavarhatják a törvény pártatlan alkalmazását az előttük lévő ügyek tényállására.²⁵⁷ Ahogy ezek a normák a tizenkilencedik században megszilárdultak, mérsékeltek a kongresszus azon készletét, hogy az intenzív, bíróságellenes ciklusok idején teljes hatáskörét kihasználva a bírói testületet saját akarata szerint hajlítsa.²⁵⁸

Az ítélőtábla és az ügyvédi kamara továbbra is elkötelezett a bírói függetlenségi normák fenntartása mellett, és mivel ezek a normák olyan mélyen beágyazódtak, nem valószínű, hogy gyorsan engednek a jogállamisági alapelveket megkérdőjelező bizonyítékoknak, amelyeken ezek a normák nyugszanak.²⁵⁹ A nyilvánosság mostanra számos kontextusban megismerkedett a bírák tevékenységének egy olyan szemléletmódjával, amely abból az alapvetően eltérő (és interdiszciplináris kutatások által alátámasztott) előfeltevésből indul ki, hogy a független bírák döntéseiket számos hatásnak, többek között a jognak, de nem kizárólag annak függvényében hozzák meg.²⁶⁰ Ha a jogi intézményrendszer kitart a független bírói kar egydimenziós védelmében, amely egy olyan előfeltevésből indul ki, amelyet a közvélemény egyre inkább kontrafaktikusnak tekint, akkor az

²⁵⁵ Lásd a fenti 168-69. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

²⁵⁶ Lásd GEYH, *fenti* megjegyzés 125.

²⁵⁷ *Id.* 279.

²⁵⁸ Lásd *id.* 52. o. (azzal érvelve, hogy a tizenkilencedik században a Kongresszus egyre inkább vonakodott attól, hogy a rendelkezésére álló eszközöket a bírói karral szembeni

megtorlásra használja fel annak döntéshozatala miatt).

²⁵⁹ *Lásd a* 141-54. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

²⁶⁰ *Lásd a fenti* 160-67141., lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

csak idő kérdése, hogy a közvélemény és választott képviselői újraértékeljék a független igazságszolgáltatás értékét. Miért adjunk a bírának mozgásteret személyes, pártpolitikai, stratégiai vagy ideológiai preferenciáik érvényesítésére, amikor ugyanezt nem tesszük meg az úgynevezett "politikai" kormányzati ágak tisztviselőivel?

Az emberi elme kognitív konfliktusokkal való együttélési képessége jelentős, és a nyilvánosság számára teljesen lehetséges, hogy elviseljen egy látszólag ellentmondásos helyzetet, amelyben a bírák egyszerre tartják fenn és tagadják meg a jogállamiságot - ahol a jogi és a politikai harc az elsőbbségért folyik.²⁶¹ Vannak azonban határok, és már kezdtük látni a jeleket. A legjelentősebb talán az, hogy ötven év után, amikor az államok közel fele a bírák kiválasztásának módszerét a versenyztetett választásokról az "érdemi kiválasztási" rendszerekre változtatta, a kinevezési rendszerek felé tartó mozgás megtorpant és kezdett visszafordulni.²⁶² A kinevezési rendszerek legitimitásukat az így kiválasztott bírák szakértelme és jogállami értékei alapján nyerik: az érvelés szerint az érdemek alapján kinevezett bírák pontosan és pártatlanul tudják értelmezni a törvényt, elszigetelve a választópolgárok múltó többségétől, amely a bírákat népszerűtlen döntésekért büntetni kívánja.²⁶³ Ez azonban olyan nyilvánosságot feltételez, amely annyira bíz a bírák jogállamiság iránti elkötelezettségében, hogy hajlandó lemondani arról a hatalmáról, hogy a bírákat érdemi választói elszámoltathatóság révén féken tartsa. Az érdemi kiválasztás mozgalmának vége, valamint az érdemi kiválasztást alkalmazó államokban a közelmúltban tett azon erőfeszítések, hogy visszatérjenek a megmérettetéses választásokhoz, minden bizonnyal arra utalnak, hogy a nyilvánosság fokozatosan egyre szkeptikusabb a bírák indítékaival szemben.

Ezt az egyre növekvő szkepticizmust megerősíti, hogy miközben a közvélemény bizalma az állami és szövetségi igazságszolgáltatásban általában véve továbbra is magas, a közelmúltbeli közvélemény-kutatási adatok jelentős nyugtalansági görcsökről árulkodnak. Amint azt már korábban említettük, egy 2005-ben végzett felmérés szerint a többség egyetértett azzal a kijelentéssel, hogy a bírói aktivizmus "válságpont"ra jutott.²⁶⁴ Ráadásul, bár a jelentős többség talán idegenkedik a

² Lásd ⁶¹Bybee, *Supra* 173. lábjegyzet (arra a következtetésre jutva, hogy egy ilyen ellentmondás hasznos a politikai és jogi tényezők tényleges szerepének elrettentő feltárásában a bírósági döntéshozatalban); lásd még JUDITH N. SHKLAR, LEGALISM: LAW, MORALS, AND PUNISHMENT TRIALS, at x (1986) (megjegyezve, hogy a bírósági döntéshozatal szigorúan jogi modelljéhez való ragaszkodás "nevetségesnek tűnhet", mert "a legtöbb megfontolt polgár tudja, hogy a bíróságok döntően a politikai célokat elősegítő szabályok megalkotásában járnak el").

²⁶ Lásd ²Charles Gardner Geyh, *The End, ess Judicial Selection Debate and Why It Matters for judicial Independence*, GEO21. J. LEGAL ETHICS (1259,2008)262).

²⁶³ Lásd Geyh, *Supra* 163. lábjegyzet, 54-55. o.; lásd még Gibson, *Supra* 174. lábjegyzet, 284. o. (azzal érvelve, hogy a választott bírák legitimitása azzal függ össze, hogy "a bírákat olyan jogi szakértőknek tekintik-e, akik a jogállamiság keretein belül ügyesen alkalmazzák jogi képzettségüket a döntésekben").

²⁶⁴ Lásd a fenti megjegyzést és a 216kísérő szöveget.

a "kongresszusi beavatkozás" a bírákba,²⁶⁵ a többség azonban egyetért azzal, hogy azokat a bírákat, akiknek a döntései ismételtelen ellentmondanak a választói értékeknek, fel kell menteni.²⁶⁶ Egy másik, 2005-ben feltett felmérési kérdésben 46% értett egyet azzal az állítással, hogy a bírák "arrogánsak, irányíthatatlanok és elszámoltathatatlanok", míg csak 38% nem értett ezzel egyet.²⁶⁷ Végül 2006-ban a Princeton Survey Research Associates International jelentése szerint a válaszadók 64%-a értett egyet azzal a kijelentéssel, hogy "az Ön államában a bíróságok általában megbízhatók abban, hogy az állam egésze szempontjából helyes döntéseket hozzanak"; amikor 2009-ben feltették a majdnem azonos kérdést, az egyetértők aránya 42%-ra csökkent.²⁶⁸

V

A HERMELIN MÍTOSZÁNAK ÚJRASZEMLÉLÉSE

Röviden, úgy tűnik, hogy a jogi intézmény egy szikla és egy kemény hely között van. Ragaszkodhat ahhoz az egyre valószínűtlenebb történethez, hogy a független bírákat kizárólag a tények és a jog befolyásolják, és fokozatosan elveszítheti közönségét a bíróságok kritikussai számára, akik leleplezik és elítélik a bírói döntéshozatalra gyakorolt ideológiai befolyást, és nagyobb népi és politikai ellenőrzést követelnek. Vagy pedig nyíltan elismeri, hogy a bírói döntéshozatalt jogon kívüli tényezők befolyásolják, és egy csapásra kibebezi a bírói függetlenség létjogosultságát. Így vagy úgy, a hermelin mítosznak annyi.

A. A Hermelin-mítosz és a független igazságszolgáltatás céljai

Van azonban egy másik út is, amely abban áll, hogy magát a hermelinmítoszt úgy alakítjuk át, hogy az jobban összeegyeztethetővé váljon azzal, amit a modern bírák tesznek (és ezáltal helyreálljon az igazságnak az a magja, amely szükséges ahhoz, hogy a mítosz megőrizze életképességét), miközben megőrzi azokat az alapvető normákat, amelyek a mítosz független igazságszolgáltatás iránti elkötelezettségét alátámasztják. A kiindulópont az, hogy elgondolkozzunk azon, hogy a modern bírák megérdemelnek-e és miért érdemelnek bizonyos fokú függetlenséget: Milyen instrumentális értékeket képvisel egy olyan független bírói testület, amelyet olyan bírák népesítenek be, akiknek a döntéseiket

265 *Lásd a fenti* 172. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.

266 *Lásd Neil, fenti* megjegyzés (216a válaszadók 56%-a értett egyet ezzel a megállapítással).

267 *Id.*

268 Az ANNENBERG Pus. POLICY CTR., *supra* note 162, at 2; PRINCETON SURVEY RESEARCH ASSOC. INT'L, KÜLÖN ÁGAK, KÖZÖS FELELŐSÉGEK: A NATIONAL SURVEY OF PUBLIC EXPECTATIONS ON SOLVING JUSTICE ISSUES 21, 50 (2009), <http://contentdm.ncsconline.org/cgi-bin/showfile.exe?CISOROOT=/ctcomm&CISOPTR=118>. A felmérésben 2009 a kérdés "az állam bíróságaira" kérdezett rá "az Ön államának bíróságai" helyett. *Lásd a kérdés megfogalmazását*, ANNENBERG Pus. POLY CTR. U. PA. 4 (2006. szeptember 28.), <http://www.an>

nen [bergpublicpolicycenter.org/Downloads/Releases/Release_Courts20060928/Courts_Questions_20060928 . pdf](http://bergpublicpolicycenter.org/Downloads/Releases/Release_Courts20060928/Courts_Questions_20060928.pdf); PRINCETON SURVEY RESEARCH Assocs. INT 'L, *supra*.

A jogorvoslati döntéseket számos befolyásoló tényező befolyásolja, többek között, de nem kizárólag az alkalmazandó tények és jogszabályok? Legalább három.

A jog szabályai újraértelmezve. A független igazságszolgáltatás egyik indoklása módosított formában feltámasztja a jogállamiságot, mégpedig két különböző módon. Először is, amennyiben a jog továbbra is befolyásolja a bírói döntéshozatalt, a bírói függetlenség elősegíti a jogállamiságot azáltal, hogy elszigeteli a törvények követésére hajlamos bírákat a közhivatalnokoktól vagy másoktól, akik kényszerítenék a bírákat a preferált politikai eredmények elérésére. Ezt az érvet gyengítik azok az adatok, amelyek azt mutatják, hogy a függőség egyúttal felszabadítja a bírákat arra, hogy figyelmen kívül hagyják a jogot, ha erre hajlamosak.²⁶⁹ Ez az ellenérv azonban csak annyiban "nyerő", amennyiben az autonómia költségei - a bírói függetlenség által eltűrt nemkívánatos külső jogi hatásokban kifejezve - meghaladják a függetlenség által előmozdított jogállami előnyöket. Sőt, az az aggodalom, hogy a bírák a jogállamisági célok előmozdításához szükségesnél függetlenebbek lehetnek, nem annyira a függetlenség önmagában való vádja, mint inkább annak elismerése, hogy a függetlenséget az elszámoltathatósággal kell mérsékelni.

Másodszor, a "jog" fogalmát tágabban is meghatározhatjuk, hogy ideológiai és egyéb hatásokat is figyelembe vegyünk. Kevés jogász állítja, hogy a vitás jogi kérdésekre csak egyetlen "helyes" válasz létezik; a legtöbben szabadon elismerik, hogy a "jogállamiság" a közeli esetekben többféle elfogadható választ is megenged. Bár a konzervatívok és a liberálisok másként értékelhetik az ilyen kérdéseket, a válaszok mégis a tágan értelmezett jog körébe tartoznak. Míg egy ilyen konstrukció a társadalomtudósoknak, akik a jog elég pontos meghatározására törekszenek ahhoz, hogy megkülönböztessék annak hatását más hatásoktól, a jog tágabb meghatározása jobban megragadja a jog jelentését a jogi intézmény számára. Ahogy Stephen Burbank professzor bölcsen írta: "Jobban szeretem a megélt tapasztalat kuszaságát, mint az irreálisan szűkszavú modellek rendezettségét." ²⁷⁰ Ily módon a "jog" nem annyira a kimeneteleket diktálja, mint inkább a lehetséges kimenetek körét írja le.

Átstrukturálva a bírói függetlenség jogállami indoklása kevésbé ambiciózus, mint a tradicionalisták által hirdetett. Nem állítja, hogy a jog diktálja a szoros ügyek kimenetelét, csak azt, hogy a tágan értelmezett jog releváns befolyást gyakorol a bírói döntéshozatalra, amelyet a függetlenség segít megőrizni. A bírói függetlenség jogállamisági érvei a legerősebbek lehetnek a könnyű vagy rutinszerű ügyekben, ahol a jognak a bírói döntéshozatalra gyakorolt hatása - ha a jogfüggőség nem rontja - vitathatatlanul a legkifejezettebb. Bár a tudósok

²⁶⁹ Lásd a fenti 54-56. megjegyzéseket és a kísérő szöveget.

²⁷⁰ Stephen B. Burbank, *A bírói magatartás tanulmányozásáról: A jogról, a politikáról, a tudományról és*

WHAT'S AT STAKE, *supra* note at 173,41.

a nehéz ügyekre tér ki, Posner bíró megjegyzi, hogy "a legtöbb ügyet rou tine ... ahelyett, hogy abban a kényelmetlen, nyitott régióban tartózkodna, ahol a bírák szabadlábban vannak", és hogy "[a] rutinügyet a legalista módszerekkel a legkevesebb felhajtással el lehet intézni".²⁷¹ Még a nehéz ügyekben is a döntésükbe való külső beavatkozástól való mentesség lehetővé teszi a bírák számára, hogy a legjobb megítélésük szerint adják meg, hogy mit követel meg a törvény - rugalmasan értelmezve -.

Megfelelő eljárás. A független igazságszolgáltatás másik indoklása az eljárásorientált. A bírósági eljárások számtalan biztosítékot tartalmaznak, amelyek szabályozzák az információgyűjtés és a döntéshozatal módját. A feleknek joguk van az értesítésre és a meghallgatásra - ahol lehetőségük van ügyvédet fogadni, és a bizonyítási szabályok hatálya alá tartozó tanúk kikérdezésére -, és garantált a pártatlan bíróhoz való joguk, akinek ki kell zárnia magát az elfogultság miatt, és nem tárgyalhatja az ügyet másokkal *ex parte*.²⁷² Az ilyen eljárási biztosítékok feltételezik, hogy a bíró az így szerzett és korlátozott információk alapján hoz döntést, ami viszont azt feltételezi, hogy a bíró elég független ahhoz, hogy ezt megtegye - ami azt jelenti, hogy a bíró ellen tud állni a kívülállók nyomásának, akik semmissé tennék az eljárási biztosítékokat azáltal, hogy a bírót saját akaratukhoz igazítják. Így, ahogy Martin Redish és Lawrence Mar shall írta, "[a] tisztességes eljárás alapvető értékei közül azonban egyik sem teljesülhet független bíró részvétele nélkül".²⁷³

Ha azt mondjuk, hogy a bírói függetlenség elősegíti a tisztességes eljárást azáltal, hogy a bírákat arra készíti, hogy döntéshozatalukat egy olyan eljáráshoz igazítsák, amely az eljárási biztosítékokat betartja, ez azonban nem jelenti azt, hogy a bírák döntései nem befolyásolhatók, vagy nem lehetnek áthatolhatatlanok a jogon kívüli befolyásoktól. Azok a bírák, akik eléggé el vannak szigetelve a külső nyomástól ahhoz, hogy tiszteletben tartsák a peres felek tisztességes eljáráshoz való jogait, még mindig mérlegelnek a kapott információk értékelése során, és számos befolyásnak kitett döntéseket hoznak, ahogyan Edward Rubin kifejtette: "[A] tisztességes eljárás nem

²⁷¹ PosNER¹, *supra* note 18, at 46; lásd még Harry T. Edwards & Michael A. Livermore, *Pitfalls of Empirical Studies That Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking*, 58 DuKE LJ. 1895, 1897 (2009) ("When the relevant legal materials are uncontroversial, and precedents is clear, judges' deliberations are straightforward and judgments are easily reached.").

²⁷² 2 U.S. CONST. amends. V, VI, XIV, § 1; FED. R. Evm. 601-15 ; *In re Stuhl*, S233.E. 2d 562, 568 (N.C. 1977) ("A bírónak minden olyan személynek, aki jogilag érdekelt az eljárásban, vagy ügyvédjének teljes jogot kell biztosítania a törvény szerinti meghallgatásra, és a törvény által engedélyezett esetek kivételével nem kezdeményezhet és nem vehet figyelembe *ex parte* vagy más, a folyamatban lévő vagy küszöbön álló eljárással kapcsolatos közléseket."); MODELL JOGI KÓD. CONDUCT R. (2.9,A 2.11) (1) (2007) ;

JAMES J. ALFINI, STEVEN LUBET, JEFFREY SHAMAN & CHARLES GARDNER GEYH, BÍRÓI KONVENCIÓ DUCT AND ETHICS 2-23 (4th ed. 2007) ("A pereskedőknek joguk van elvárni ..., hogy ügyüket nyilvános fórumon, pártatlan bíró vagy esküdtszék előtt tárgyalják, mindkét fél képviselőinek jelenlétében.").

27³ Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, YALE95 LJ. 455,476 (1986).

nem követelik meg, hogy a határozatok kizárják a közrendi megfontolásokat, vagy hogy azok logikusan vagy véglegesen következzenek az alkalmazandó szabályokból. De megkövetel egy bizonyos típusú döntéshozatalt, mégpedig olyan döntéshozatalt, amelyet a megállapított eljárási védelem korlátoz."²⁷⁴ Ezen túlmenően a bírói függetlenség nemcsak azt teszi lehetővé, hogy a bírák betartják a megállapított eljárási biztosítékokat, hanem maga is olyan eljárási biztosíték, amely elősegíti az igazságszolgáltatásba és a kormányzat legitimitásába vetett közbizalmat. Tom Tyler és mások számos kontextusban kimutatták, hogy azok a peres felek, akik "rosszul teljesítenek a tárgyaláson, nem fogják becsmérelni a bírót vagy a rendszert mindaddig, amíg úgy vélik, hogy az általuk elért eredmények tisztességes eljárásokkal elért igazságos eredmények".²⁷⁵

A National Center for State Courts (Állami Bíróságok Nemzeti Központja) jelentése is megerősíti, hogy "az a felfogás, hogy a bíróságok tisztességes eljárásokat alkalmaznak és egyenlően bánnak a csoportokkal, a legerősebb előrejelzője a bírósági teljesítmény kedvező értékelésének".²⁷⁶ A bírói függetlenség, amely biztosítja, hogy az érdekelt megfigyelők, akik a bírákat a kívánt eredmények elérésére akarják rábírní, ne diktálják a bírák döntéseit, olyan eljárási védelemnek tekinthető, amely erősíti a tisztességes eljárást és a kormányzati legitimitást - még akkor is, ha a független bírák döntéseit jogi és jogi szempontok befolyásolják. jogon kívüli megfontolások.²⁷⁷

A túlzott bírói függetlenség felszabadíthatja a bírákat arra, hogy figyelmen kívül hagyják a tisztességes eljáráshoz fűződő jogokat az igazságszolgáltatás legitimitásának kárára, ahogy arra is felszabadíthatja őket, hogy figyelmen kívül hagyják a jogállamiságot. Ez azonban nem cáfolja a függetlenségnek a tisztességes eljárás előmozdításában játszott szerepét, "hanem inkább arra hívja fel a figyelmet, hogy a túlzott függetlenséget megfelelő elszámoltathatósággal kell megfékezni. Így azok a bírák, akik figyelmen kívül hagyják

²⁷⁴ Edward L. Rubin, *Independence as a Governing Mechanism*, in JOURNAL OF INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: Egy interdiszciplináris megközelítés, fenti jegyzet:13, (2) . 70.

²⁷⁵ Tom R. Tyler, *The Role of Perceived Injustice in Defendants' Evaluation of Their Court room Experience*, 18 LAW & Soc'y REV. 51, 69-70 (1984); lásd még: TOM R. TYLER, ROBERT J. BOECKMANN, HEATHER J. SMITH & YUEN J. HUO, SOCIAL JUSTICE IN A DIVERSE SOCIETY 82-83. (1997) (arról, hogy a peres felek gyakrabban fogadják el az általuk tisztességesnek vélt eljárásokból származó ítéleteket).

²⁷⁶ DAVID B. ROTTMAN, RANDALL HANSEN, NICOLE MORR & LYNN GRIMES, ÉRZÉKELÉSEK A BÍRÓSÁGOK A KÖZTÁRSASÁGBAN. A TAPASZTALAT, A RÉTEGZET ÉS AZ ETNIKA HATÁSA: ZÁRÓJELENTÉS (602003).

²⁷⁷ Tyler nem azonosítja a bírói függetlenséget önmagában olyan tényezőként, amely hozzájárul a

a bírósági eljárásba vetett közbizalom, de ez implicit módon jelen van az általa azonosított tényezők közül többben is, beleértve a bíró igazságosságra való törekvését, a bíró becsületességét, a bíró magatartásának etikusságát és a bíró elfogultságát. Tom R. Tyler, *Mi az eljárási igazságosság? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 LAW & Soc'y REV. 103, 121 (1988). Ha például egy bíró semlegesnek és igazságosnak mutatja magát, de úgy gondolják, hogy egy felpörgetett törvényhozó vagy érdekcsoport befolyása alatt áll, a bíró igazságosságának, becsületességének, etikájának és elfogultságának érzékelésére gyakorolt káros hatás egyértelműnek tűnik.

a tisztességes eljáráshoz fűződő jogokat visszafordítással, mandamussal, szélsőséges esetben (legalábbis az állami rendszerekben) fegyelmi büntetéssel és eltávolítással lehet érvényesíteni.²⁷⁸

Igazságosság. Még azoknak is el kell ismerniük egy alapvető különbséget a bírák és a törvényhozók között, akik szerint a bírák köpenyes politikusok. Anélkül, hogy vitatnánk, hogy a bírák, akárcsak a törvényhozók, bizonyos értelemben "politikai döntéshozók" lehetnek, a bírák, a törvényhozókkal ellentétben, a felek közötti ügyeket bírálják el. Az ügyek elbírálása során a bírák tényeket állapítanak meg és jogi következtetéseket vonnak le az igazságszolgáltatás végső célja érdekében. Gyakorlatilag, ha az alkalmazandó jog egyértelmű és kötelező a bíróságra nézve, a bírói szerepet a jogállamiság eszménye annyira körülhatárolja, hogy a bírácoknak - az igazságtalan törvényekről szóló filozófiai fejtegetések ellenére - követniük kell a törvényt, és ha szándékosan másképp cselekszenek, fegyelmi felelősségre vonhatók.²⁷⁹ Ha azonban az alkalmazandó jog nem egyértelmű, az igazságosság szükségszerűen megköveteli, hogy a bírák más megfontolásokat is figyelembe vegyenek a jog értelmezése során, hogy olyan eredményt érjenek el, amely az adott ügyben érintett felek számára "igazságos".

"Az igazságosság" egy polimorf fogalom, amely különböző embereknek különböző dolgokat jelent, és most nincs itt az ideje, hogy kidolgozzunk és megvédjünk egy preferált igazságossági elméletet. *AJ.*, tisztán leíró jellegű kérdésként azonban elegendő azt mondani, hogy a bírák az általuk legjobbnak tartott döntéseket hozzák, és a II. részből megtudhatjuk, hogy eközben számos tényező befolyásolja őket, többek között a jogi szövegek, a jó közrendről alkotott elképzeléseik, a döntéseik stratégiai következményei, a közönség, amelyet el akarnak érni, és az önérdék. Ebben a tekintetben a bírák a szó legbanálisabb értelmében "pragmatikusak".²⁸⁰ A pragmatizmus természeténél fogva eklektikus megközelítést alkalmaz a bírói döntéshozatalra gyakorolt megfelelő hatások tekintetében, amely összeegyeztethető a bírák tevékenységének tudományos megítélésével. Ahogy Thomas Grey írta: "[A] pragmatista tendencia a normatív és leíró teoretikusok, történetmesélők és modellépítők, értelmezők és oksági magyarázók közötti kereskedelem, nem pedig háborúskodás előmozdítása".²⁸¹ Richard Rorty 1991-ben írva megjegyezte, hogy "[a] pragmatizmus hetven évvel ezelőtt ésszerűen sokkoló volt.

²⁷⁸ A J uD modellje. MAGATARTÁS R. 2.2 (2007). A kontradiktórius eljárásba való beavatkozás miatt fegyelmi büntetést kapott bírák ügyeinek részletes ismertetését lásd: *At.FINI ET AL.*, *Supra* note, 272.2-23-2-27. o.

²⁷⁹ *MoDEL CoDE OFJ uD. CoNDuct R.2 . 2; lásd pl. Reiser kontra Residential Funding Corp .,380 F.3d 1027, 1029 (7th Cir. 2004) ("Ahogy a fellebbviteli bíróságnak követnie kell a Legfelsőbb Bíróság döntéseit, akár egyetértünk velük, akár nem . . . úgy a kerületi bíráknak is követniük kell e bíróság döntését, akár egyetértenek vele, akár nem."); *In re Feinberg*, 833 N. E. 2d 1204, 1209 (N. Y. 2005) ("A kérelmező következetes figyelmen kívül hagyása a hivatal alapvető törvényi követelményeinek, elfogadhatatlan jogi inkompetenciáról tanúskodik.")*

²⁸⁰ Steven D. Smith, *The Pursuit of Pragmatism*, 100 YALE LJ. 409, 424 (1990) ("Az a

következtetés, hogy a jogi pragmatizmus ellenállhatatlan, legalábbis az önjelölt pragmatisták számára túl szépnek tűnhet ahhoz, hogy igaz legyen. Valójában a következtetés túl igaz ahhoz, hogy jó legyen. A pragmatizmus a fent tárgyalt értelemben azért ellenállhatatlan, mert közhelyes.").

281 Thomas C. Grey, *Holmes és a jogi pragmatizmus*, STAN41. L. REV. 787,791 (1989) .

ezelőtt, de az azt követő évtizedekben fokozatosan beivódott az amerikai józan észbe. "282 Posner bíró és mások tehát valószínűleg nem túloznak, amikor arra a következtetésre jutnak, hogy a "pragmatista" kifejezés - amely abban a hajlamban testesül meg, hogy a "nehéz ügyekben a közrendre, az alkalmazandó szabályok mögött álló célokra és a döntéseik társadalmi és intézményi következményeire való hivatkozással döntenek az alkalmazandó jog háttérében - "a legjobban jellemzi az átlagos amerikai bírót igazságügyi hierarchiánk minden szintjén, és a legnagyobb betekintést nyújtja viselkedésébe". 283 Posner bíró néha szembeállítja a "legal ist"-et a pragmatikus igazságosságról alkotott felfogásával (bár a ".igazságosság" nem az a kifejezés, amelyet Posner használ),²⁸⁴ de ez nagyrészt szükségtelennek tűnik. A felvilágosult jogász magáévá teszi a hermelinmítoszt és annak jogállami eszményét, de elismeri a mérlegelés szerepét az applicable law megfejtésében, és annak szükségességét, hogy ezt a mérlegelést a pragmatikusok eszközeinek igénybevételével gyakorolja. Ennyiben a pragmatizmus valóban mindenütt jelen van.

A pragmatizmus ebben a mindenre kiterjedő formában érzékeny arra a kritikára, hogy "túl igaz ahhoz, hogy jó legyen", mert olyan tágan jellemzi a bírák tevékenységét, hogy az elveszíti leíró, előrejelző és preszkriptív erejét.²⁸⁵ Ez a kritika végzetes lehet, ha az univerzalista pragmatizmust annak elemzése céljából vetném be, hogy a pragmatikusok közösen hogyan oldanának meg vagy kellene megoldaniuk bizonyos jogi problémákat. Itt azonban korlátozottabb a mondanivalóm: amennyiben a pragmatizmus nagy vonalakban leírja a legtöbb bíró által gyakorolt igazságszolgáltatást, a bírói függetlenség a pragmatikus igazságszolgáltatás hatékony gyakorlásának lényeges összetevője, annak minden változatában. Annak megállapítása, hogy egy adott kontextusban hogyan kell alkalmazni a jogot, hogy a legjobb, legigazságosabb, legésszerűbb vagy legigazságosabb eredményt (válasszon a kívánt jelzőt) érje el, szükségszerűen megköveteli az adott ügy részleteinek ismeretét és megértését. A bíró egyedülálló helyzetben van ahhoz, hogy megszerezze a pragmatikus döntések meghozatalához szükséges részletes információkat azokban az ügyekben, amelyekben elnököl. Ha a bírót alárendeljük az olyan érdekelt megfigyelők kívánságainak, akik nem férnek hozzá a kontextus-specifikus tényekhez (vagy nem törődnek azokkal), az aláássa a bíró azon képességét, hogy igazságos vagy méltányos eredményt érjen el.

A független bírói testület indoklásának ilyen módon történő újracsomagolása lehetővé teszi a jogi intézmény számára, hogy megvédje a bírói testület autonómiáját anélkül, hogy olyan túlvilági állításokhoz folyamodna, miszerint a bírák apolitikusak, vagy hogy a bírói döntéshozatalban csak a formalisztikusan meghatározott jog számít. Még alapvetőbb, **hogy** mindezt úgy teszi, hogy közben megőrzi a

282 Richard Rorty, *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, in PRAGMATISM IN LAW AND SOCIETY (89, Michael Brint & William Weaver szerk., 1991).

- 283 POSNER, *Supra* note, 18,230. o.; lásd még a fentebb említett forrásokat. 2.
- 284 Lásd PosNER, *supra* note 18, 41-56. o. (a legalizmus és a pragmatizmus viszonyának tárgyalása és kritikája).
- 285 Smith, *Supra* 280. lábjegyzet, 423-24. lábjegyzet.

és valójában megerősíti a hermelinmítoszt, amely évszázadok óta védi és támogatja az igazságszolgáltatás intézményi legitimitását, azáltal, hogy háromszorosan is igazolja az igazságszolgáltatás függetlenségének fenntartását.

B. A jogi intézmény reformmenetrendjének újraszabályozása

Amint az előző alfejezetben kifejtésre került, a jogi intézménynek nyíltabban el kell ismernie és el is kell ismernie, hogy a jogban vannak olyan üres helyek, amelyeket a független bírák a jogi és jogon kívüli megfontolásokon alapuló mérlegelési jogkörük gyakorlásával töltenek be. Ezek a jogon kívüli hatások a szó tágabb értelmében "politikaiak", amennyiben a kormányzás művészetét alkotó ideológiai, stratégiai, szociológiai, pszichológiai és ökológiai tényezőket támasztják alá.²⁸⁶ A jogi intézmény mindazonáltal őszintébben elismerheti létezésüket anélkül, hogy félne a bírói függetlenség aláadásától, ha a független bírói testület indoklását úgy alakítjuk át, hogy az a független bírónak a rugalmasabb jogállamiság fenntartásában, a tisztességes eljárás előmozdításában és az igazságos eredmények elérésében játszott szerepére összpontosítson.

A politikai hatások hatásának elismerése Jekyll és Hyde-szerűséggel bír: Egyfelől a bíróságok minden megfontolt tanulmányozója számára - beleértve a gondolkodó ügyvédek és bírákat is - enyhe modorú. Másrészt viszont úgy tűnik, hogy jelentős kárt okozna a bírói szerepnek a jogi intézmény által a közpolitikai vitában fenntartott, ideálissá tett mítoszának.

Ismétlem, nem csak lehetséges, hanem szükséges is, hogy a jogi intézménynek a közpolitikai vitában elfoglalt helyét úgy alakítsuk át, hogy az "politikaiabb" bíróságnak adjon helyet, miközben megőrzi az er mine mítosz jótékony tulajdonságait, ha a bíróságokkal törődők hosszú távon meg akarják őrizni az igazságszolgáltatás függetlenségét és legitimitását. A jogi intézmény szemléletének ilyen irányú átorientálása azonban azzal az árral jár, hogy a bíróságot reformprogramjának újragondolására kényszeríti. Több mint egy évszázada a jogi intézmény mantrája az volt, hogy "depolitizálják" vagy "kivonják a politikát a bíróságokból".²⁸⁷ Ha azonban elismerjük, hogy a bíróságok elkerülhetetlenek - sőt, kívánatosak -, ha bizonyos típusú "politikai" hatásoknak vannak kitéve, akkor eljött az ideje, hogy a jogi intézményrendszer feladja a "politikán kívüli" bíróságok ellen folytatott keresztes hadjáratát.

²⁸ Stephen Burbank professzor⁶ a jogi és a jogon kívüli hatásokról úgy ír, mint amelyek kiegészítik egymást:

[A]z ismert és bevett (de nem feltétlenül determinált) jog és a bíró preferenciáinak követése a peres ügyekben releváns politikai kérdésekben egymást kiegészítik abban az értelemben, hogy a bírói függetlenséghez és a beszámolási képességhez hasonlóan szükségük van egymásra (vagy legalábbis támaszkodniuk kell egymásra).

Burbank, *Supra* note at 270,54.

²⁸⁷ Lásd a 148-54. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.

a "politika" kizárása az igazságszolgáltatásból, és ehelyett az igazságügyi politika irányítására törekszik.

Jelentős mértékben már elérkezett az igazságügyi politika irányításának korszaka, ha valaha is volt olyan időszak, amikor ez nem így volt. A jogi intézmény sokat nyerhet és keveset veszíthet azzal, ha nyíltabban elismeri ezt a valóságot, ami lehetővé teszi számára, hogy koherensebbé tegye politikai menetrendjét. A lényeg a következő: olyan bírákat akarunk, akik komolyan veszik a jogot, és akik elkötelezettek a tisztességes eljárás és az igazságos eredmények mellett. Egyrészt, ahogyan azt fentebb kifejtettük, mindhárom célt olyan bírák érhetik el, akik külső jogi hatásoknak vannak kitéve, és vitathatatlanul nem is érhetők el ilyen hatások nélkül, tekintettel arra, hogy a bírának mérlegelési jogkörrel kell élniük, amelyet külső jogi megfontolások befolyásolnak. Másrészt a külső jogi befolyások belülről és kívülről is meghiúsíthatják ezeket a célokat. Belülről a bíró ideológiai buzgalma, stratégiai cselszövése, csupasz önérdeke és egyéb befolyások néha háttérbe szoríthatják a bírónak a jog, a tisztességes eljárás és az igazságos eredmények iránti elkötelezettségét; kívülről pedig a bírói döntéshozatalba való túlzott külső beavatkozás megfélemlítheti vagy meghiúsíthatja a bírót, aki egyébként a kívánt célokat követné. A reformprogramnak tehát logikusan arra kell irányulnia, hogy megfelelő egyensúlyt teremtsen aközött, hogy a bírának biztosítva legyen a kvázi jogi, kvázi politikai funkcióik ellátásához szükséges függetlenség, hogy külső beavatkozás nélkül ériék el a rendszerszintű célokat, és hogy a bírákat olyan, a megbízhatóságot elősegítő intézkedéseknek vessék alá, amelyek elrettentik a belső beavatkozást ugyanezen rendszerszintű céloktól. E cikk keretein túlmutat egy olyan felülvizsgált politikai menetrend teljes körű kidolgozása, amely a bírói politikát ilyen módon kezeli, de néhány példa rávilágíthat arra, hogy a javasolt megközelítés hogyan működhet.

Jogi oktatás. Az igazságügyi politika irányítására vonatkozó megközelítés kidolgozása logikusan a jogi iskolákban kezdődik, ahol a leendő ügyvédek, bírák és (sok) törvényhozó először ismerkedik meg a bírák gondolkodásmódjával. A politikai elemzés - annak elemzése, hogy a bírák hogyan döntenek nehéz jogi kérdésekben a versengő politikai szempontok figyelembevételével - már a jogi képzés szerves részét képezi.²⁸⁸ Egyetlen megfontolt jogászprofesszor vagy joghallgató sem gondolja, hogy a bírák a jogi szövegek kizárólagos felhasználásával, a jogpolitikára való hivatkozás nélkül tudnak vagy tudnak dönteni szoros jogi kérdésekben. Innen már csak egy rövid ugrás azoknak a tényezőknek az azonosítása, amelyek befolyásolhatják az egyes bírákat abban, hogy az egyik politikát válasszák a másik helyett.

A joghallgatóknak olyan társadalomtudományi adatokkal való megismertetése, amelyek részletesen bemutatják a bírói döntéshozatalra gyakorolt jogi és jogon kívüli hatásokat, a joghallgatók által nap mint nap elvégzett politikaelemző képzés kisebb részeként,

288 *Lásd* WILLIAM M. SULLIVAN, ANNE COLBY, JUDITH WELCH WEGNER, LLOYD BOND & LEE,
LLOYD BOND & LEE
S. SHULMAN, ÜGYVÉDEK OKTATÁSA: (2007) (a szakpolitikai elemzés jogi egyetemi
környezetben **történo** alkalmazásának bemutatása).

szerény, de fontos reform lenne. Pusztán gyakorlati szempontból a hallgatók szisztematikusabban sajátítanak el azokat az információkat, amelyeket a jó jogászok véletlenszerűen, tapasztalatból szereznek. Emlékezzünk a korábban tárgyalt Legfelsőbb Bíróság előrejelzési projektjére.²⁸⁹ A szerzők arról számoltak be, hogy a Legfelsőbb Bíróság tapasztalt pereskedői felülmúlták az akadémikusokat és a számítógépes modellt az ügyek kimenetelének előrejelzésében, ami arra utal, hogy az érintett pereskedők meglehetősen ügyesek lettek a bírák döntéseit valószínűleg befolyásoló jogi és jogon kívüli tényezők azonosításában.²⁹⁰ A peres ügyészekből vett mintavétel túl kicsi volt ahhoz, hogy a kutatók biztos következtetéseket vonhassanak le a vizsgálatban részt vevő többi előrejelzővel szembeni teljesítményükre vonatkozóan, de legalább utaló jellegű.²⁹¹

Tágabb politikai szempontból egy szerény társadalomtudományi komponens beépítése a jogi kar tantervébe a jogi intézmény következő generációja számára olyan szemléletmódot biztosít, amely jobban felkészíti a bírák tevékenységét az igazságügyi politika hatékony irányítására. Ez pedig azzal kezdődik, hogy a bírák döntései jogon kívüli hatásoknak is ki vannak téve.

igazságügyi Selection. Amint azt a II. részben dokumentáltuk, a mainstream jogi intézményrendszer ellenzi azokat, akik "politizálnák" a bírák kiválasztását,²⁹² és olyan szervezetek, mint az ABA és az American Judicature Society régóta kampányolnak azért, hogy "kivegyék a politikát" a kiválasztási folyamatból, például az állami bíróválasztások megszüntetésével és a szövetségi megerősítési eljárásoknak a jelöltek "képzetségének" értékelésére való korlátozásával.²⁹³ Ezek a kampányok egyszerűen kudarcot vallottak - az amerikaiak többsége továbbra is az állami bíróválasztást támogatja, és a szövetségi megerősítési eljárások továbbra is ideológiai csatater maradnak.²⁹⁴ Csendben a főáramú intézmény váltott irányt: a bírói választások teljes eltörlésére irányuló javaslatok háttérbe szorultak a választások állítólagos káros hatásainak csökkentésére irányuló szerényebb javaslatokkal szemben (pl. a bírói kampányok állami finanszírozása, a részvételi választások pártatlan választásokkal való helyettesítése, a bírói ciklusok meghosszabbítása a választások gyakoriságának csökkentése érdekében), miközben a szenátusi vizsgálatok megszüntetésére irányuló,²⁹⁵ felhívások a

289 *Lásd a 77-85. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.*

290 *Lásd a 77-85. lábjegyzetet és a kísérő szöveget.*

291 Ruger et al., *Supra* II. lábjegyzet, II 78. o. (részletezve, hogy a minta mindössze tizenkét ügyvédből állt a nyolcvanhárom szakértőből).

292 *Lásd a fenti 148-54. lábjegyzeteket és a kísérő szöveget.*

293 *Lásd pl. AM. BAR Ass'n, supra* note 19, at 70 (ajánlja, hogy a bírói kinevezések az érdemeken alapuljanak, és azt állítja, hogy "az igazságszolgáltatás nem függhet népszerűségi versenyek eredményétől").

294 *Lásd pl. Richard Brust, No More Kabuki Confirmations: Better Ways to Vet Supreme Court Nominees*, A.B.A.J., Oct. at2009, 39, 39 (a szövetségi bírósági kinevezési meghallgatások vitás jellegének leírása).

295 *Lásd pl. Call to Action: A bírósági kiválasztás javításáról szóló nemzeti csúcstalálkozó nyilatkozata*, 34 *Lov. L.A. L. REv.* 1353, 1354 (2001) (röviden ismerteti a bíróválasztás által jelentett veszélyt, és megállapítja, hogy "[a] túl kevés figyelmet fordítottak a választási eljárás fokozatos változtatásaira a bírói függetlenséget fenyegető legsúlyosabb veszélyek

némelyikének kezelésére és

jelölt ideológiáját felváltja a küzdelem az ilyen vizsgálatok megfelelő körének kijelöléséért.²⁹⁶ Más szóval, a jogi intézményen belül a mozgás a megszüntetéstől a férfi időszedő igazságügyi politika felé már javában zajlik.

Ennek ellenére az intézmény irányultsága lényegében változatlan marad: a kompromisszumos intézkedések gyakorlati szükségszerűséget jelenthetnek, de egy tökéletes világban az igazságszolgáltatás mentes lenne a politikai befolyásoktól.²⁹⁷ A bíraskodás eredendően kvázi-jogi, kvázi-politikai jellegének nyíltabb elismerése azonban arra készítheti a jogi intézményt, hogy elgondolkodjon azon a lehetőségen, hogy a bírói politika kezelése, nem pedig kiküszöbölése a kiválasztási folyamatban nem csak a legjobb, amit tehet, hanem a legtöbb, *amit* tehet.

Ha az állami bírák kiválasztásának reformjáról az optimális függetlenség és elszámoltathatóság egyensúlyának megteremtése szempontjából gondolkodunk, három következtetést vonhatunk le. Először is, ez azt jelenti, hogy az államok közötti eltérések kívánatosak és elkerülhetetlenek: ha a kérdéses joghatóságban a bírának a törvény/igazságosság/közös ész célkitűzései megvalósításának nagyobb akadályát a bírói függetlenséget fenyegető külső (a választók vagy mások részéről érkező) veszélyek jelentik, akkor a függetlenséget erősítő kinevezési rendszer előnyösebb lehet; ha viszont az elsődleges aggodalom az, hogy a túlságosan független bírák a rendszerszintű célokat személyes célokkal helyettesítik, akkor az elszámoltathatóságot elősegítő választási rendszer lehet a jobb eszköz a bíróságokba vetett közbizalom megőrzésére.²⁹⁸ Másodszor, és az elsőből következően, ez azt jelenti, hogy a kiválasztási rendszerek állandó változásban lesznek, mivel az adott joghatóságokon belül a függetlenség és elszámoltathatóság közötti számításokat befolyásoló körülmények idővel változnak. Harmadszor, ez arra utal, hogy az államok jogosan "finomhangolják" kiválasztási rendszereiket. A választási rendszerek függetlenséget veszélyeztető hatásainak mérséklésében érdekelt államoknak meg kell vizsgálniuk az ilyen

pártatlanság"); lásd még AM. BAR Ass'N, *supra* 19. lábjegyzet, 74. o. ("A Bizottság most azokra az államokra irányítja figyelmét, [amelyekben a bírói választások továbbra is megrögzöttek], és ajánlásokat tesz, amelyek célja a választásoknak a jó igazságszolgáltatási rendszer tartós elveire gyakorolt káros hatásainak enyhítése"); James Sample, Caperton: *Correct Today, Compelling Tomorrow*, 60 SYRACUSE L. REV. 293, 302 (2010) (a fokozatos reformok mellett érvel, mivel "az alapvető változásokra való ismételt felhívások kevés pragmatikus értéket képviselnek").

²⁹⁶ Lásd Brust, *Supra* 294. lábjegyzet (kitérve néhány olyan javasolt javaslatra, amelyek célja az ideológiai vizsgálat terjedelmének korlátozása a szövetségi bírósági megerősítő meghallgatásokon).

²⁹⁷ Lásd pl. AM. BAR Ass'N, *supra* note 19, at (74kifejtve, hogy "A Bizottság ellenzi a bíróválasztás alkalmazását az első kiválasztás eszközeként", és "[a]hosszú távon ... úgy véli, hogy ez a nézet széles körű elfogadást fog nyerni. Rövid távon azonban a Bizottság elismeri, hogy a bíróválasztás támogatottsága számos államban továbbra is megmarad", és hogy indokolt egy sor másodlagos javaslat megtétele, amelyek "a választások néhány káros hatásának enyhítésére irányulnak" azokban az államokban, amelyek megtartják a választásokat).

²⁹⁸ Burbank & Friedman, 73. sz. jegyzet, 9., 17. o. ("Még ha valaki nem is hajlamos a szövetségi modellre, a bírói függetlenség (és az elszámoltathatóság) instrumentális szemlélete megköveteli, hogy figyelmet fordítsunk arra, hogy mit várunk el a

bíróságoktól, és hogy e tekintetben milyen különbségek lehetnek az Egyesült Államok különböző bírósági rendszerei között, illetve ugyanazon rendszeren belüli bíróságok között.").

a pártoktól a párton kívüli versenyekre való áttérés, a fellebbviteli kampányok állami finanszírozása vagy a bírói ciklusok meghosszabbítása; ezzel szemben a kinevezési rendszerek elszámoltathatóságát fokozni kívánó államoknak el kellene gondolkodniuk a bírói értékelési programok bevezetésén, hogy a bírói választásokon a cégek megtartását segítsék, meg kellene fontolniuk a bírói kinevezési bizottságok teljesítményének javítását, és a kiválasztási folyamaton kívül olyan eszközöket kellene vizsgálniuk, amelyekkel a bírákat felelőssé tehetnék a hivatali magatartásukért, például a fegyelmi rendszerek és a kizárási eljárások megerősítésével (ezt a következőkben részletezzük).

A szövetségi kinevezési eljárás tekintetében ez azt jelenti, hogy a szenátus elkerülhetetlenül és kívánatosnak tartja a szenátusi vizsgálatokat a jelölt bírói döntését befolyásoló jogi és jogon kívüli tényezőkről, mint a várható ~~szükség~~ ^{szükség} előmozdításának egyik módját, mivel a nyilvánosság választott képviselőit meggyőzi arról, hogy a jelöltek komolyan veszik a jogot, elkötelezettek a megfelelő eljárás mellett, és pragmatikus igazságszolgáltatásra törekszenek. Ez azt jelenti, hogy el kell ismerni annak szükségességét, hogy olyan határokat kell meghúzni, amelyek védelmet nyújtanak a függetlenséget veszélyeztető vizsgálatokkal szemben, amelyek célja a jelöltek ígéreteinek vagy kötelezettségvállalásainak kikövetelése a jövőbeli ügyek meghatározott módon történő eldöntésére. És azt jelenti, hogy fel kell hagyni azzal a naiv reménnyel, hogy a kinevezési eljárás megtisztítható a keserű, pártos és stratégiai jellegétől; ugyanakkor azt is jelenti, hogy a bírói kinevezések politikáját kellőképpen kell kezelni, hogy megóvjuk a jelöltek elleni olyan túlzott és féktelen támadásoktól, amelyek magának az eljárásnak a destabilizálásával és a bírói testület intézményi legitimitásának aláásával fenyegetnek.²⁹⁹

A bírák és az igazságszolgáltatás felügyelete. Amint azt a II. részben elmeséltük, a bírói felügyelet politikája olyan mértékben polarizálódott, hogy az már-már karikatúraszerűvé vált. A bíróságok bírálói, akiket az a nézet vezérel, hogy a bírák szégyentelen ámokfutó döntéshozók, drákói bírósági korlátozó intézkedéseket (például vádemelést, hatáskörrelvonást és költségvetési megszorításokat) javasoltak a bírák felelősségre vonása érdekében.³⁰⁰ A jogi intézményrendszer, amelyet az a nézet vezérel, hogy a bírák a jogállamiság megvesztegethetetlen alapjai, ellenezte az ilyen intézkedéseket, mint a bírói függetlenséget fenyegető veszélyeket.³⁰¹

Az ilyen, generációkon keresztül ciklikusan javasolt és elvetett javaslatok esetében³⁰² a jogászok számára lehetségesnek, sőt könnyűnek kellene lennie, hogy megvédjék az igazságszolgáltatást ezekkel szemben anélkül, hogy a bírói szerep egydimenziós felfogásához folyamodnának. Anélkül, hogy vitatnánk, hogy a bírák

299 *Lásd:* GIBSON & CALDEIRA, *fenti* 172, 124-25. o.

300 *Lásd fentebb a II.A. részt.*

301 *Lásd fentebb a II. részt. B.*

302 *Lásd általában GEYH, fenti megjegyzés (az amerikai törvényhozás történelmi erőfeszítéseit 125 tárgyalja a bíróságok feletti ellenőrzés gyakorlására).*

a törvényen kívüli befolyásoknak, a bírácoknak a jogalkotónak való alárendelését célzó taktikák nem arra irányulnak, hogy a bírácok a jog folyamatorientált, igazságosságra törekvő őrzői legyenek, hanem arra, hogy a bírácok azt tegyék, amit a jogalkotók mondanak nekik, és ez éppen ezeknek az értékeknek a kárára történik.

A bíróságok megfékezésére irányuló, gyűjtő hatású és szinte elkerülhetetlenül kudarcra ítélt javaslatok fixálása azonban hajlamos fenntartani azt a tévhitet, hogy a politika (vagy a politikusok) távol tartása a bíróságoktól a jogi intézményrendszer legfőbb célja, és annak is kellene lennie. A 9bscured az a rutinszerű adok-kapok az ágak között, amely számos kontextusban jellemzi normális munkakapcsolatukat, ahol az igazságügyi politika kezelése már régóta a folyamat megszokott része.³⁰³ Például a Kongresszus2006., amely elégedetlen volt azzal, hogy a bírói kar nem fegyelmezett bírácokat a nagy visszhangot kiváltó ügyekben, javasolta egy főfelügyelői hivatal létrehozását a szövetségi bírói karon belül, és kezdeményezte egy olyan bíró magatartásának vizsgálatát, akinek fegyelmi eljárása folyamatban volt. ^{30 4} Az Igazságügyi Konferencia ellenezte a főfelügyelői javaslatot, mivel az veszélyeztette függetlenségét, ³⁰⁵de átalakította fegyelmi eljárását, ³⁰⁶és a törvényjavaslatot soha nem fogadták el.³⁰⁷ Az elmúlt évtizedben a kongresszusban olyan törvényjavaslatokat terjesztettek elő, amelyek megtiltják a bírácoknak, hogy részt vegyenek olyan oktatási szemináriumokon, amelyeket olyan vállalatok szponzorálnak, amelyeknek a bíróságok előtt van üzletük.³⁰⁸ A szövetségi bírák és az Igazságügyi Konferencia ellenezte az ilyen jogszabályokat, mivel azok sértik a hatalmi ágak szétválasztását.

³⁰³ Geyh, *Supra* 124. lábjegyzet, 23. o. ("Idővel a kongresszus és a bíróságok különféle mechanizmusokat használtak ki arra, hogy ismertessék nézeteiket, kommunikálják elégedetlenségük mélységét, kompromisszumokat érjenek el, armentő belenyugvást tegyenek lehetővé, és válságok kiváltása nélkül túltegyék egymást.")

^{30 4} Judicial Transparency and Ethics Enhancement Act of 2006, H.R. 5219, 109th Cong., sec. 2(a) , § (10212006) (Javaslat egy igazságügyi főfelügyelő létrehozására a bírói visszaélések kivizsgálására); *Impeaching Manuel L. Real, a United States District Court for the Central District of California bírója, for High Crimes and Misdemeanors: Hear ing on H.R. Res. 916 Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the judiciary*, 109th Co ng. 2-4 (2006); *Judicial Transparency and Ethics Enhancement Act of 2006: Hearing on H.R. 5219 Before the Subcomm. on Crime, Terrorism, and Homeland Sec. of the H. Comm. on the judiciary*, 109th Cong. 1-4 (2006) [a továbbiakban: *Hearing on H.R. 5219*]; lásd még Geyh, *Supra* 124. lábjegyzet, 27. o. (a főfelügyelői javaslatot a Kongresszus arra irányuló törekvésének példájaként tárgyalja, hogy a bírói önszabályozást ösztönözze).

³⁰⁵ Lásd a H.R.-ről szóló meghallgatást, lásd a304., *fenti*5219, megjegyzést. 61.

³⁰⁶ Lásd Tony Mauro, *Binding National Rules Adopted for Handling Judicial Misconduct Complaints*, LAW.COM (Mar. 200812.), <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1205232267963&slretum=l&hbx>; lásd még: RULES FOR JUDICIAL-CONDUCT AND JUDICIAL-DISABILITY PROCEEDINGS (A BÍRÓSÁGI MÉRLEGZETEK ÉS A BÍRÓSÁGI DISZKARILITÁS ELJÁRÁSÁRA VONATKOZÓ SZABÁLYOK)

(2008), elérhető a http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/Misconduct/jud_conduct_and_disability_308_app_B_rev.pdf oldalon.

³⁰ *Törvényjavaslat Összefoglalása és státusza 109. kongresszus (2005-2006) H.R. 5219, THOMAS*, <http://hdl.loc.gov/loc.uscongress/legislation.109hr5219> (utolsó látogatás 20116., szeptember).

³⁰⁸ Sajtóközlemény, admin . Office of the U.S. Courts, Judicial Conference Opposes Sweeping Restrictions on Educational Programs (2000. szeptember 19.), http://www.uscourts.gov/News/NewsView/00-09-19/Judicial_Conference_Opposes_Sweeping_Restrictions_on_Educational_Programs.aspx.

a bírák, a szólásszabadságuk és a függetlenségük - de végül felülvizsgálták egy etikai határozatot, amely jelentős korlátozásokat ír elő a költségtérítéses szemináriumokon való bírói részvételre vonatkozóan.³⁰⁹

A bíróságok irányítására vonatkozó főáramú javaslatok és az általuk kiváltott függetlenségi és elszámoltathatósági érvek értékelése - a függetlenség és elszámoltathatóság hármasságára való egyértelműbb hivatkozással - segítene strukturálni és mérsékelni a jogi intézménynek az ilyen javaslatokra adott válaszát. A bírói tisztségből való kizárás reformja hasznos példa a téma illusztrálására és e cikk lezárására, mivel szabályozása ugyanazoknak az áramlatoknak a nyomását és vonzását tükrözi, amelyek a bírák tevékenységéről szóló szélesebb körű vitát is alakították.

A "pártatlanság" évszázadok óta a bírói szerep egyik meghatározó jellemzője, és a common law-ban a pártatlanság védelme megdönthetetlen volt: a bírakat nem lehetett elfogultság miatt kizárni.³¹⁰ A XX. században azonban a tudósok és a politikai döntéshozók elkezdtek megkérdőjelezni ezt a formalista tételt, és az 1970-es években a szövetségi és állami törvényeket úgy módosították, hogy a bíró kizárását írják elő, ha a bíró elfogult volt, vagy "pártatlansága ésszerűen megkérdőjelezhető".³¹¹

Bár ezek a változások látszólag a jogi intézmény engedelménnyel tükrözik annak, hogy a bírák jogon kívüli hatásoknak vannak kitéve, amelyeket kezelni kell - sok bíró nem szívesen fogadta el a reformokban megtestesülő új világregendet.³¹² A bírói közösségen belüli folyamatos megosztottságot jól szemlélteti a Legfelsőbb Bíróság megosztott döntése a *Caperton kontra A. T. Massey Coal Co.* ügyben³¹³.

³⁰⁹ *Id. Vö.* U.S. Judicial Conference Comm. on Codes of Conduct, Advisory Opinion No. 67: Attendance at Independent Educational Seminars (felülvizsgált 2009. június), elérhető a <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/conduct/Vol02B-Ch02.pdf> oldalon (a bírónak figyelembe kell vennie azokat a tényezőket, amelyeket figyelembe kell vennie, amikor arról dönt, hogy részt vesz-e egy költségtérítéses szemináriumon), és Bruce A. Green, *May Judges Attend Privately Funded Educational Programs? Should Judicial Education Be Privatized? Questions of Judicial Ethics and Policy*, 29 *FORDHAM URB. LJ.* 941, 954-60 (2002) (részletesen idézve az Advi 1998-as változatából). 67. sz. vélemény).

³¹⁰ 3 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES *361 ("A bírakat vagy bírakat nem lehet megtámadni ... mert a törvény nem feltételezi az elfogultság vagy előnyben részesítés lehetőségét egy olyan bíró esetében, aki már felelős arra, hogy pártatlan igazságszolgáltatást gyakorol, és akinek tekintélye nagymértékben függ ettől a feltételezéstől és elképzeléstől.").

³¹¹ John P. Frank, *Disqualification of Judges*, *YALE LJ.* 605 (1947) (megkérdőjelezve a az elfogultság miatti kizárást előíró szabály hiánya). 1972-ben az ABA közzétette a *bírói magatartás modell kódexét*, amely előírta a bírák számára, hogy kizárják magukat, ha "elfogultságuk ésszerűen megkérdőjelezhető", 1974-ben pedig a Kongresszus módosította a szövetségi bírói kizárási törvényt, hogy ugyanezt a megfogalmazást tartalmazza. 28 U.S.C. § 455(a) (2006); MODEL CODE OF JUD. CONDUCT 3C. kánon (1972).

³¹² Egy, az 1990-es években végzett, több államra kiterjedő tanulmány szerint a bírák között kétértelműség mutatkozott azzal kapcsolatban, hogy a kizárás különböző körülmények között helyénvaló-e. JEFFREY SHAMAN & JONA GOLDSCHMIDT, *JUDICIAL DISQUALIFICATION: AN EMPIRICAL STUDY OF JUDICIAL PRACTICES AND ATTITUDES* (1995).

³¹³ 129 S. Ct. (2009)2252.

egy állami legfelsőbb bírósági bíró, aki nem volt hajlandó kizárni magát egy fellebbezés tárgyalásából, miután több mint 3 millió dollárnyi támogatást kapott.

(független kiadásokon keresztül) a választási kampányához az egyik fél vezérigazgatójától, amíg a fellebbezés folyamatban volt.³¹⁴ Az öt

tagok többsége abból a feltételezésből indult ki, hogy a bírák jogon kívüli hatásoknak vannak kitéve, és arra a következtetésre jutott, hogy a tisztességes eljárás megköveteli egy objektív szabály bevezetését, amely nélkül "nem létezhetnek

megfelelő védelmet nyújt egy olyan bíróval szemben, aki egyszerűen félreérti vagy tévesen értelmezi az ügy eldöntésében szerepet játszó valódi motívumokat."³¹⁵ Az ebből eredő

szabály, amelyre a többség hivatkozott, az volt, hogy "a pszichológiai tendenciák és az emberi gyengeségek reális értékelése alapján" az inter est "a tényleges elfogultság vagy előítéletesség olyan mértékű kockázatát hordozza-e magában, hogy a gyakorlatot".

meg kell tiltani, ha a tisztességes eljárás garanciáját megfelelő módon akarjuk érvényesíteni."³¹⁶ A négy ellenvéleményt, ezzel szemben, hewed to rule of

jogi retorika és ősi feltételezések: "A bírókban, akik bíróként szolgálnak, fennáll a becsületesség és a feddhetetlenség vélelme" - állapították meg.³¹⁷ "Minden bíró esküt tesz, hogy fenntartja az Alkotmányt és pártatlanul alkalmazza a törvényt, és bízunk abban, hogy ennek megfelelően fognak eljárni. ígéret."³¹⁸

A *Caperton-ügyben* a többség világossá tette, hogy a ~~kizárás~~ szabályozása a megfelelő eljárás elemzésén keresztül csak olyan szélsőséges esetekre korlátozódik, amelyekben a kizárás súlyos elmulasztását az állami kizárási szabályok alkalmazása nem akadályozza meg, ami azt jelezte, hogy a Legfelsőbb Bíróság beavatkozása elkerülhető az állami szabályok szigorú alkalmazásával.

kizárási előírások.³¹⁹ Közvetlenül a *Caperton-ügyet* követően, azonban ambivalencia uralkodik: míg például a Michigan Su preme Court értelmes kizárási reformot fogadott el, addig a Wisconsin Supreme Court szinte semmibe vette *Caperton* többségének üzenetét.³²⁰

A jogi intézményen belüli, a bírósági diszkvalifikációval kapcsolatos megosztottság a legmerészebben akkor mutatkozik meg, amikor a diszkvalifikációs eljárás reformjáról van szó. A szövetségi bíróságok és a legtöbb

államokban a bírák maguk döntenek a kizárási kérelmekről.³²¹

Függetlenítés

A képesítés megállapításait fellebbezés vagy man damus útján felül lehet vizsgálni, de ez a felülvizsgálat erősen korlátozott, a többségi vélemény szerint

- 316 *Id.* 2257-59.
317 *Id.* at (2263 idézi a *Withrow v. Larkin*, U 421.S. (35,197547)).
318 *Id.* (idézi *Withrow*, U421.S., 47. o.).
319 *Id.* at (2267 Roberts, CJ., más véleményen) (idézi *Withrow*, U421.S. at 47).
Id.
Id. 2265-67.

³²⁰A michigani és wisconsini fejleményekről lásd James Sample, *Court Reform Enters the Post-Caperton Era*, DRAKE 58 L. REV. 787, 793-810 (2010).

³²¹CHARLES GARDNER GEYH, FED. JUDICIAL CTR., JUDICIAL DISQUALIFICATION: AN ANALYSIS OF FEDERAL LAW 78-79 (Kris Markarian ed., 2d. kiadás 2010); Judicial Disqualification Project, Am. Bar Ass'n, *Taking Disqualification Seriously*, JUDICATURE (9212,200816).

hogy a bírónak a kizárás mellőzéséről szóló döntése csak a mérlegelési jogkörrel való visszaélés bizonyítása esetén változtatható meg.³²² Ezek a szabályok jól illenek a hagyománytisztelőkhöz, akik ragaszkodnak a pártatlanság védelméhez és ahhoz a feltételezéshez, hogy a bírák képesek kizárni a jogon kívüli befolyásokat és alkalmazni a jogot; a szabályok rosszul illenek a reformerekhez, akik szkeptikusak azzal a felvetéssel kapcsolatban, hogy a bírák képesek lennének önmaguktól elvonatkoztatni és pontosan felmérni saját - valós vagy vélt - elfogultságuk mértékét.³²³

Az általam ebben a cikkben javasolt megközelítés arra szólítaná fel a jogi intézményeket, hogy gondolják át hagyományos nézeteiket. Ha elismerjük a bírói döntéshozatalra gyakorolt számos jogon kívüli hatást, és azt javasoljuk, hogy ezeket a hatásokat a jogállamiság, az eljárási méltányosság és a józan, pragmatikus döntéshozatal maximalizálása érdekében kezeljük, akkor több következtetés is magától értetődően következik.

Először is, a jogállamiságot kezdetben jobban szolgálja, ha a kizárási szabályokat nem a célzott bíró értelmezi és alkalmazza, aki hajlamos arra, hogy magát alkalmasnak tartsa a döntéshozatalra, és később jobban szolgálja, ha ezáltal kizárják azokat az elfogult bírákat, akik nem zárnák ki magukat. Másodszor, a tisztességes eljárást jobban szolgálja, ha a bírónak mint rókának nem kell saját tyúkólját őriznie. Harmadszor, az a perspektíva, amely abból ered, hogy a kizárási kérelmek eldöntése során a problémától távol áll, nem pedig annak része, javítja a pragmatikus, igazságosságra törekvő döntéshozatal kilátásait. Ezzel szemben a rossz kizárási politikán túlmutató következményei lehetnek annak, ha a jogi intézmény azt a túlvilági előfeltevést vallja, hogy a bírák nem érzékelik azt az elfogultságot, amellyel vádolják őket, amikor a kizárási kérelmekről kell dönteniük. Amíg a *Caperton* ügy folyamatban volt, egy felmérés szerint a megkérdezettek 81%-a úgy vélte, hogy a kizárásról szóló döntéseket más bírónak kellene meghoznia - ami nem meglepő eredmény, tekintve azt az elterjedt nézetet, hogy a bírák jogon kívüli befolyásoknak vannak kitéve.³²⁴ Az, hogy a bírák a közvélemény által ilyen elsöprő többséggel preferált megközelítést "a problémát kereső megoldásként" utasítják el, azzal a ³²⁵kockázattal jár, hogy hozzájárul a bíróságokba vetett közbizalom fokozatos eróziójához, amit előre jeleztem.

KÖVETKEZTETÉS

A kormány intézményi legitimitása a kormányzottak beleegyezésétől és támogatásától függ. E hozzájárulás és támogatás stabilitását a rendszerbe vetett mély és tartós közhit segíti.

322GEYH,fenti 321,99-102. o.

323 Lásd fentebb a II.A-B. részt.

324 Lásd a fenti megjegyzést 240.

325 David Ingram, *A kongresszus megvizsgálja a bírák visszahívását: House Panel Considers Considers Changing Dis qualification Rules for Federal Judiciary*, NAT'L LJ., Nov. 2, 2009, at 1 (idézi Edith Jones főbíró).

a kormányzás, amelyet viszont a kormányzás alapjául szolgáló elveket bemutató és felnagyító történetekbe vetett közös hit támogat. A nemzet ifjúságát olyan történetekkel nevelik, amelyek az "alapító atyák" nagyságát - bölcsességüket, erényüket és hősiességüket - és szükségszerűen az általuk létrehozott kormány nagyságát hangsúlyozzák. A fehér, férfi, rabszolgotartó, birtokos elit szerepének megvitatása ennek megfelelően háttérbe szorul, mellékszálakra és ritkább fórumokra szorul.

Ahhoz azonban, hogy egy mítosz hosszú távon sikeresen mozgósítsa a közvéleményt, kell, hogy legyen benne valami "ott". Ebben a tekintetben az alapító nemzedék eredményei valóban figyelemre méltóak voltak, és érthető, hogy ezek az eredmények - még ha megszőpítve és szerkesztve is - képesek fenntartani egy nemzet hitét több mint két évszázadon keresztül. Ugyanez mondható el arról a hermetikus mítoszlól is, hogy a független bírák fenntartják és alkalmazzák a törvényt. A veszélyt az jelenti, hogy a mítosz fokozatosan elavul, és a független bírói testületet támogató egységesítő elvként elveszíti erejét, mivel egyre inkább felismerik, hogy a bírakat nem csak a hagyományosan értelmezett "jog" befolyásolja. E cikk célja annak bemutatása volt, hogy a hermelinmítosz aktualizálásával, amelynek lényege a bírói szerep realisabb megítélése, lehetségesnek kell lennie a mítosz mint egységesítő elv megőrzésének, hogy a bírói intézményi legitimitás a jövő nemzedékek számára is fennmaradjon. A jogi intézmény által a bírói szerepről elmesélt történetek meg fogják őrizni a mítosz jellegét, amennyiben megszőpítik vagy eltúlozzák az igazságot, lekicsinyelve azt, hogy a bírák milyen mértékben élhetnek vissza függetlenségükkel a jogállamiság, a tisztességes eljárás és a józan, pragmatikus döntéshozatal rovására. A felülvizsgált mítosz lényege azonban - miszerint a független bírák igyekeznek követni a törvényt, betartják a tisztességes eljárást, és józan eszüket latba vetve igazságos eredményekre törekszenek - megtartja az igazságnak azt a jelentős magvát, amely szükséges ahhoz, hogy a közvélemény továbbra is támogassa a mítoszt és a bíróságok függetlenségét. És ha a bírói elszámoltathatóságot úgy gondoljuk el, hogy a bírói döntéshozatalra gyakorolt bíróságon kívüli befolyások kezelésével csökkentjük a bírói függetlenséggel való visszaéléseket, akkor ez lehetővé teszi, hogy ez az igazság maga növekedjen.