



JOGI
ISKOLA

JOGI TANULMÁNYOK KUTATÁSI
TANULMÁNYSOROZAT PAPÍR #05-011
MÁJUS 2005

A MINDENT ÁTHATÓ JOGI INSTRUMENTALIZMUS VESZÉLYEI

BRIAN Z. TAMANAHA

E-MAILBEN KÜLDJE EL ÉSZREVÉTELEIT A
KÖVETKEZŐ CÍMRE:
tamanahb@stjohns.edu
ST. JOHNS' UNIVERSITY SCHOOL OF
LAW UTOPIA8000 PARKWAY
QUEENS, NY 11439

Ez a dokumentum ingyenesen letölthető a következő címen:
A Társadalomtudományi Kutatóhálózat elektronikai
papírgyűjteménye <http://ssrn.com/abstract=725582>

MONTESQUIEU ELŐADÁS 2004

TILBURGI EGYETEM

A MINDENT ÁTHATÓ JOGI INSTRUMENTALIZMUS VESZÉLYEI¹

Brian Z. Tamanaha

I. BEVEZETÉS

A jog instrumentális szemlélete - az az elképzelés, hogy a jog eszköz a célok eléréséhez - az Egyesült Államokban magától értetődő, szinte a levegő része, amit belélegzünk. A jogi instrumentalizmus többféleképpen működik: a jog elméleti jellemzéseként, a joggal szembeni attitűdként, amelyet a professzorok tanítanak a hallgatóknak, az ügyvédek mindennapi gyakorlatukban való tájékozódásaként, a szervezett csoportok stratégiai megközelítéseként, amelyek a saját programjukat követik, a bírakkal és a bíraskodással szembeni nézetként, a jogalkotók és a közigazgatás felfogásaként, amikor törvényeket és rendeleteket hoznak. Mindezekben az összefüggésekben az emberek a jogot olyan eszköznek tekintik, amely az ő érdekeiket vagy az általuk támogatott vagy képviselt egyének vagy csoportok érdekeit szolgálja.

Kevesen ismerik fel, hogy a jogi instrumentalizmus viszonylag új keletű, körülbelül két évszázaddal ezelőtt keletkezett. Egyetlen más társadalomban sem, vagy legalábbis az általam ismert egyetlen társadalomban sem vált az instrumentalizmus a joggal kapcsolatos nézetek általánosan elterjedt nézetévé. A később jelzett okok miatt az Egyesült Államok haladt a legmesszebbre ebben az irányban. Valójában egy olyan hatalmas társadalmi kísérletbe kezdtünk, amelynek nincs korábbi példája.

¹ Ez az esszé egy részletesen kidolgozott, hamarosan megjelenő könyv részleteit tartalmazza, amelynek címe: A jog mint eszköz: Korunk csapdája.

útmutatást nyújtanak vagy figyelmeztetnek a buktatókra. Mindenki aggasztó jeleket mutat arra, hogy ez a kísérlet balszerencsésen végződhet.

Konkréten megfogalmazva a problémát, a társadalmi javakkal kapcsolatos éles nézeteltérések esetén, ha a jogot eszköznek tekintik, a társadalmon belüli egyének és csoportok arra fognak törekedni, hogy megragadják a jogot, és saját céljaik érdekében kitöltsék, értelmezzék és alkalmazzák a jogot. Az eredmény maga a jogért folyó verseny, olyan verseny, amelyben minden fél arra törekszik, hogy a jog erejét a maga javára fordítsa, és amely a jogrendben és azon keresztül a mindenki és mindenki elleni hobbsi konfliktust hozza létre.

Nem állítom, hogy az instrumentális jogszemlélet csak a modern korban létezik. A jogról való gondolkodás instrumentális irányzatai a nyugati jogi hagyomány korábbi korszakaiban is megtalálhatók. Ezt azonban legfeljebb a jog aspektusának, egyik képességének tekintették, nem pedig a jog lényegének. Nem állítom azt sem, hogy ma az Egyesült Államokban *csak* instrumentális jogi nézetek keringenek. A jog nem instrumentális felfogása még mindig jelen van és befolyásos. De az instrumentális nézetek elterjedésével a perifériára szorultak. Az általam itt azonosított elmozdulás a hangsúlyok és az arányok változása: a jog instrumentális és nem instrumentális nézetei együtt terjedtek és terjednek, de a jog túlnyomórészt nem instrumentális nézeteiről a túlnyomórészt instrumentális nézetekre való áttérés irányába történt. Végezetül nem állítom, hogy a fentiekben megfogalmazott hobbsi háború a jogon belül elkerülhetetlen. Inkább azt állítom, hogy a helyzet logikája egy ilyen forgatókönyvet vetít előre, és hogy ennek számos jele már most is nyilvánvaló.

Az átható jogi instrumentalizmusra való áttérés mögöttes természetével kapcsolatban egy megtévesztően összetett kérdés áll fenn, amelyet e dolgozat során

szem előtt kell tartani. Vegyünk két különböző lehetőséget. Az egyik lehetőség az, hogy a jog mindig is

instrumentális jellegű, ahogyan egy marxista vagy kritikai teoretikus állítja, hogy a jog mindig is az elit vagy bizonyos érdekeket szolgált, bár ez a részrehajlás nem instrumentális álca mögé bújt. E nézet szerint a modern jogi instrumentalizmussal járó alapvető változás az, hogy mindenki számára nyilvánvalóvá és ismertté teszi azt, ami rejtetten mindvégig történt. Ez egy nagyon is valós változás, valós következményekkel, de ez nem egy alapvetően nem instrumentális jogról instrumentális jogra való váltás.

A másik lehetőség az, hogy a jog valóban nem volt instrumentális a lényegi értelemben, így a jogi instrumentalizmusra való áttérés a jog alapvető jellegének megváltozását jelenti. A jog korábban olyan tartalomból állt, amely adott vagy előre meghatározott volt, oly módon, hogy nem volt teljes mértékben alávetve egyes egyének vagy csoportok kívánságainak, illetve nem határozta meg azokat.

A jog bizonyos értelemben autonóm vagy félautonóm volt, saját integritással rendelkezett. Ez utóbbi nézet szerint a változás a jog kiüresedését jelenti, amely a jogot kész kényszerítő hatalommá teszi, amely annak akaratának és vágyainak engedelmeskedik, aki ténylegesen megragadja.

Mindkét álláspontban van igazság: a jogot a múltban instrumentálisan használták, még akkor is, ha nem instrumentálisan jellemezték, és van egy olyan valóságos értelemben, hogy a jogot ma másképp értik és alkotják, mint a múltban. Ezen túlmenően mindkét álláspont egyetért a lényegi kérdésben: a jogot egyetlen nyugati társadalomban sem jellemezték ilyen egyértelműen és áthatóan eszközként. Ennek a változásnak mélyreható következményei lettek, amelyeket ez az esszé vázolni fog.

Az esszé kronologikusan és tematikusan fog haladni. A következő szakasz a common law korábbi, nem instrumentális nézeteinek leírásával kezdődik, majd a jogi instrumentalizmus kialakulásának körülményeit dolgozza ki. Ezt követően a szakasz a

jog instrumentális nézeteit vizsgálja a mai Egyesült Államokban.

jogi kultúra. Egy ilyen hosszú esszében lehetetlen minden lehetséges területre kitérni, ezért a jogi instrumentalizmusra fogunk koncentrálni a jogi oktatásban, a jogelméletben, a joggyakorlatban, a peres ügyekben és a bírák kinevezésében. Az utolsó szakasz e vizsgálat következményeit vázolja fel, azonosítva az aggodalomra okot adó okokat.

Mielőtt belekezdenénk, helyénvaló megjegyzést fűzni e sorozat névadójához, Montesquieu báróhoz. Bár műveire nem fogunk kifejezetten hivatkozni, ez az esszé Montesquieu előtt tiszteleg. A módszertan, a nézőpont és az elemzési keret, amely ezt a munkát meghatározza, közvetlen leszármazási vonalban követhető vissza, amely *A törvények szellemében* kezdődött. Az ő nyomdokain haladva történelmi, szociológiai, gazdasági, kulturális és politikai tényezőket veszek figyelembe, és nagymértékben részt veszek a racionális rekonstrukcióban. Magától értetődőnek veszem, hogy a jog nem érthető meg a teljes környező milió figyelembevétel nélkül, amelyben létezik. Korunk e szerény diagnózisa Montesquieu-nek és szellemében adós maradt.

II. A NEM INSTRUMENTÁLIS JOGFELFOGÁSRÓL VALÓ ÁTTÉRÉS

A JOG NEM INSTRUMENTÁLIS ÉRTELMEZÉSE

A nem instrumentális nézetekre jellemző, hogy a jog tartalma bizonyos értelemben adott; hogy a jog immanens; hogy a jogalkotás folyamata nem teremtés, hanem felfedezés kérdése; hogy a jog nem az emberi akarat terméke; hogy a jog egyfajta autonómiával és belső integritással rendelkezik; hogy a jog bizonyos értelemben objektíven meghatározott.

A középkorban Európában két különböző (de egymással keveredő) jogtípus rendelkezett ezekkel a jellemzőkkel. Az első típus a katolikus hagyományban a természetjog és az isteni jog volt - például a parancsolatok¹⁰. Az isteni és a természeti

törvény

a társadalmat irányító pozitív jogra nézve kötelezőnek gondolták, és azt átírták vele. Isten által előre adottak voltak, és Isten akaratából fakadtak, az ember által megváltoztathatatlanok voltak. Objektívek voltak, mivel abszolút erkölcsi és jogi igazságokat képeztek, amelyek mindenkire nézve kötelezőek voltak. Korlátokat szabtak a pozitív jognak. E törvények és elvek tartalmát a kinyilatkoztatás (beleértve a Szentírást is) és az Isten által az emberbe ültetett értelem alkalmazása révén ismerték fel.

A második típus a szokásjog volt. A mindennapi életet a középkorban a szokásjog, pontosabban a szokásjog egymást átfedő és néha egymásnak ellentmondó rendszerei szabályozták: a feudális jog, az úrbéri jog, a germán szokásjog, a római jog maradványai, a kereskedelmi szokások, a helyi szokások. A szokásjog állítólag ősidők óta létezik. A közösség életmódjából, az emberek szokásaiból és népszokásaiból eredt, és maga is azt alkotta. Mint ilyen, a szokásjog tartalma nem egy adott egyén vagy csoport akaratának eredménye volt, hanem alulról jövő kollektív kisugárzás. Ennek megfelelően a jog kifejezett megfogalmazásának és alkalmazásának folyamata a közösségi életben már megnyilvánuló vagy benne rejlő íratlan jog felfedezésének és kinyilvánításának kérdése volt.

A jognak ezek az egymásba fonódó felfogásai, amelyek legalább egy évezredig uralkodtak, nem voltak instrumentálisak abban a lényegi tekintetben, hogy egy mindenkire kiterjedő, előre adott rendet képviseltek. Ez egy mindenki számára szóló törvény volt, amely senkitől sem származott.

A törvény nem függött senki akaratától, és senkinek sem állt érdekében. A közösség törvénye volt. Bizonyos csoportok természetesen kedvezőbb helyzetben voltak, mint mások, mint például a nemesek a jobbágyokhoz képest, de mindenkinek megvolt a helye a törvény által szabályozott szerves társadalomban. A jogalkotás a modern

értelemben vett pozitív törvényhozás

jogi normák léteztek, de ez ritkás volt, és általában úgy értelmezték, hogy a már létező immanens jog egyértelművé tételét jelentette. A császárok, királyok és fejedelmek rendelkeztek a jog kihirdetésének jogával. Ezt a hatalmat azonban a természeti, az isteni és a szokásjog korlátozta.

AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBELI SZOKÁSJOG KÉT NEM INSTRUMENTÁLIS NÉZETE

Az Egyesült Államokban a szokásjog történeti értelmezése két különböző példát kínál a nem instrumentális jogra. Az első, amely a 19th. század második feléig uralkodott, folytonos a fenti két középkori jogfelfogással; a második, amely a 19th. század folyamán alakult ki, és rövid ideig a században²⁰ is dominált, a jogot tudományként jellemezte.

Az Egyesült Államokban a szokásjogot nagymértékben befolyásolta az angol szokásjog, bár külön utat járt be. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* című műve felbecsülhetetlen hatást gyakorolt, mivel a 18th. század végén és a 19th. században az ügyvédnek készülő tanoncok számára alapképzési anyagot szolgáltatott, valamint a korai jogi iskolák vezető szövege volt.² Az Egyesült Államok jogi hagyományát az élet, a szabadság és a tulajdon természetes jogaiba vetett erős hit is befolyásolta, amint azt a Függetlenségi Nyilatkozat és a Bill of Rights is kimondta és tükrözte.

A common law hagyományos angol értelmezése, amelyet az Egyesült Államokba is átvittek, két alapra mutatott rá.³ Először is, a fentebb ismertetett középkori nézetekhez hasonlóan a common law-t az emberek szokásainak termékének tekintették az idők folyamán.

² Lásd Dennis R. Nolan, "Sir William Blackstone és az új amerikai köztársaság: 51N.Y.U. L. Rev. (7311976).

³ Blackstone kommentárjainak kiváló tárgyalása megtalálható Daniel J. Boorstin: *The Mysterious Science of Law: An Essay on Blackstone's Commentaries* (Chicago: Univ. of Chicago Press 1996).

ősidők óta. Azt mondták, hogy a törvény a közösség megélt szokásait képviseli, a közösség kollektív bölcsességét, amelyet felismertek és joggá finomítottak. Úgy gondolták, hogy ez a nép szokásaiból és szokásaiból való származás teszi a törvényt konszenzusos jellegűvé. Ugyanakkor a szokásjog maga is a természetes jogok és elvek megtestesítője volt.

Ez azért volt így, mert úgy gondolták, hogy az általános szokás és a szokás a természetes elveket tükrözi és bizonyítja, és azért is, mert a bírák a common law-t és annak elveit ésszerű elemzéssel finomították. E tevékenységük során a bírák jogot hirdettek, nem pedig jogot alkottak.

Jesse Root, az Egyesült Államok egyik vezető jogásza (1798-ban)

fogalmazta meg ezt a jellegzetes felfogást:

[A] szokásjogunk a természet és a kinyilatkoztatás törvényéből származott; a megváltoztathatatlan igazság és igazságosság azon szabályai és maximái, amelyek a dolgok örökkévaló alkalmasságából erednek, és amelyeket csak meg kell érteni, hogy alá vessük magunkat nekik; mivel maguk a legmagasabb tekintélyek; bizonyos szokásokkal és szokásokkal együtt, amelyeket általánosan elfogadtak és elfogadtak a gyakorlatban, mint ésszerűeket és hasznosakat.⁴

Root szerint a szokásjog: "az ész tökéletessége"; "egyetemes"; "felölel minden esetet és kérdést, ami csak felmerülhet"; "önmagában tökéletes, világos és biztos"; "minden más törvény és szabályozás fölött áll"; "minden pozitív törvényt ez alapján kell értelmezni, és ahol ellentétben állnak vele, ott érvénytelenek"; "Örökkévaló".⁵

A 19th. század elejére ezek a joggal kapcsolatos, régóta fennálló elképzelések kezdtek elveszíteni erejüket, részben a felvilágosodás eszméinek, részben pedig az új társadalmi és gazdasági realitásoknak köszönhetően, amelyek elavulttá tették a régi common law szabályokat. A

⁴ Jesse Root, "The Origin of Government and Laws in Connecticut," Preface to Volume 1, *Root's Reports* (1798), excerpted in Mark De Wolfe, *Readings in American Legal History* (Cambridge, Ma.: Harvard 1949)p. 17, 16-24.

⁵ *Id.* 19.

a természettudományok újonnan megszerzett presztízsének köszönhetően a tudomány a jog legitimációjának felemelkedő formája lett. Blackstone, akinek *Kommentárjai* az 1753-ban Oxfordban tartott előadássorozatán alapultak, azt állította, hogy "a jogot nemcsak gyakorlati kérdésnek, hanem racionális tudománynak is kell tekinteni"⁶; mint ilyen, "az akadémiai tudás tárgya", amelyet az egyetemen tanulmányozni kell.⁷ A *Kommentárok* rendkívüli sikerét nagyrészt annak köszönhetette, hogy szervesen kategorizálta és szisztematikusan bemutatta a szokásjogot, ami korábban nem sikerült.

A 19th. század folyamán a tudomány presztízsének növekedésével párhuzamosan a szokásjogot is tudományként azonosították. Richard Rush, az Egyesült Államok egyik vezető jogásza 1815-ben megjelentetett egy esszét az "Amerikai jogtudományról", amelyben kijelentette: "Maga a jog ebben az országban ráadásul nagymértékben tudomány. A common law teljes szubsztrátuma a miénk, mint az a széles alap, amelyre minden más dolog épül".⁸ Az országos hírű jogreformer, David Dudley Field 1859-ben azt állította, hogy nincs olyan tudomány, amely "nagyságrendjében vagy jelentőségében nagyobb" lenne, mint "a jog tudománya".⁹ Edward Ryan, a Wisconsin Legfelsőbb Bíróság egyik bírója a jogi egyetem diplomaosztó beszédében (1873) kijelentette: "A jog tudomány".¹⁰ Egy 1851-es jogi tanulmányokról szóló esszé leírta, hogy miért:

A többi tudományhoz hasonlóan a [jog] is általános szabályoktól áthatott, a szerkezetét alakító, a bonyolultságát megoldó, a látszólagos ellentmondásait magyarázó szabályoktól. Más tudományokhoz hasonlóan feltételezik, hogy vannak első vagy alapvető elvei, amelyek soha nem módosulnak,

⁶ II *Kommentárok* idézve2.; Boorstin, *The Mysterious Science of Law*, supra 20.

⁷ I *Kommentárok* 26-7, idézi David Lieberman, *A jogalkotás tartománya meghatározva: Century England* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1989) 32. o.

⁸ Richard Rush, *American Jurisprudence* (1815), újranyomtatva a *Readings in American Legal History* című kötetben, 217. o., 268-280. o.

⁹ David Dudley Field, "Magnitude and Importance of Legal Science" (1859), újranyomtatva a *Law and Jurisprudence in American History*, Stephen B. Presser és Jamil S. Zainaldin, szerk. 5th (St. Paul, Minn.: West Pub. 2000) 740-45740. o.

¹⁰ Edward G. Ryan, Address to the Graduating Law Students of the University of Wisconsin (1873),

reprinted in Dennis R. Nolan, *Readings in the History of the American Legal Profession* (Charlottesville, Va.: Michie 1980) 153-159, 153, o..

és a mozdíthatatlan alap, amelyen az egész szerkezet nyugszik; valamint a függő elvek és szabályok sorozata, amelyeket az ész és a körülmények módosítanak és alárendelnek, és amelyek kifelé töretlen kapcsolatban a jog legtávolabbi alkalmazásaiig terjednek."¹¹

Christopher Columbus Langdell, akit 1870-ben neveztek ki a Harvard Law

School első dékánjává, a legbefolyásosabb megfogalmazást adta:

A jog, tudománynak tekintve, bizonyos elvekből vagy tanokból áll....Ezek a tanok mindegyike lassú lépésekkel jutott el a jelenlegi állapotába; más szóval, ez egy növekedés, amely sok esetben évszázadokon keresztül tart. Ez a növekedés főként esetek sorozatán keresztül követhető nyomon....Ezért úgy tűnik számomra, hogy lehetségesnek tartom, hogy a jognak egy olyan ágát, mint például a szerződések, vegyük, és anélkül, hogy viszonylag mérsékelt határokat lépnénk túl, kiválasszuk, osztályozzuk és elrendezzük az összes olyan esetet, amely bármilyen fontos mértékben hozzájárult valamelyik alapvető tanának növekedéséhez, fejlődéséhez vagy megalapozásához...".¹²

Eszerint a jog induktív, analitikus és deduktív aspektusokkal rendelkező tudomány volt. A jog nyersanyagát (empirikus komponensét) az eldöntött esetek jelentették. A döntések sémákba rendeződtek, amelyekből az indukción keresztül levezethetők voltak az irányadó szabályok, fogalmak és elvek. Ezeket a szabályokat, fogalmakat és elveket logikusan lehetett rendszerezni, és szükséges tartalmukat és következményeiket nyilvánvalóvá tenni, majd deduktív módon alkalmazni a jövőbeli esetek kimenetelének meghatározására. Az ügyvédek, bírák és jogászprofesszorok folyamatosan részt vettek ebben a folyamatban. A szokásjog és a jogok együttesen egy koherens és hézagmentes egészet alkottak, amely objektíven meghatározta a döntést

¹¹ "A jogi tanulmányok természete és módszere", 3U.S. Monthly Law Mag. 381-82 (1851)

¹² Christopher Columbus Langdell, Preface, Selection of Cases on the Law of Contracts, reprinted in *Law and Jurisprudence in American Legal History*, p. 747, 746-748. o. A jognak mint tudománynak hasonló

jellemzését írta a Columbia Law School dékánja, William A. Keener, "Methods of Legal Education", 1 Yale L.J. (1431892).

bármely adott esetben. Ezek az elképzelések képezték a formalistáknak nevezett, később tárgyalandó gondolkodási iskola alapját.¹³

A common law szemléletes leírása, amely a 19th. századi nem instrumentális jogi nézeteket egyesíti, James C. Carter 1890-ben az Amerikai Ügyvédi Kamarának tartott éves beszédében található. Az ő beszéde különösen sokatmondó e dolgozat szempontjából, mivel kritikájának konkrét célpontja az az egyre erősödő instrumentális nézet volt, amely szerint a törvényhozóknak hatalmukban áll a jogot saját akaratuk szerint kihirdetni.

Miután évszázadokon át a szokásjog volt a jogalkotás domináns forrása, ez volt a jogalkotás felemelkedésének időszaka. Az olyan teoretikusok, mint Jeremy Bentham, a jogalkotást demokratikusabbnak, szisztematikusabbnak, világosabbnak és biztosabbnak hirdették, mint az "íratlan" szokásjogot, amely ellenzői szerint a manipulatív ügyvédek és elit bírák bizonytalan privilégiuma volt.¹⁴ Carter erre válaszolt (kiemelve a szerinte kulcsfontosságú szavakat):

Azt, hogy a bíró nem *alkothat* jogot, kezdettől fogva elfogadják. Az, hogy már létezik egy szabály, amely alapján az ügyet meg kell határozni, nem kétséges....Egyetértés van abban, hogy az igazi szabályt valahogy *meg* kell *találni*. A bírák és az ügyvédek - mindannyian együtt - részt vesznek a *keresésben*. A vitás esethez többé-kevésbé közelítő eseteket hoznak fel. Analógiákra hivatkoznak. Emberek szokásaira és szokásaira hivatkoznak. A már alapvetőnek tekintett elvekre hivatkoznak, és azok következményeit végigveszik; végül pedig levezetik azt a szabályt, amelyet a hatályos jog szerint alkalmazni kell az adott esetre....[A mi íratlan jogunk - amely a jogunk fő részét képezi - nem parancs vagy parancsok összessége, hanem olyan szabályokból áll, amelyek az igazságosság társadalmi mércéjéből, illetve azokból a szokásokból és szokásokból erednek, amelyekből maga a mérce származik.¹⁵

¹³ Langdell eszméinek kiváló tanulmánya Thomas C. Grey, "Langdell's Orthodoxy", 45 U. Pitt. L. Rev. 1 (1983).

¹⁴ A korszak általános tárgyalása megtalálható Robert W. Gordon, "'The Ideal and Actual in the Law': Fantasies and Practices of New York City Lawyers, 1870-1910" című könyvében: *The New High Priests: Lawyers in Post-Civil War America*, szerkesztette Gerard W. Gawalt (Westport, Conn.: Greenwood Press

1986) 51-74.

¹⁵ James C. Carter, "Az eszmény és a valóság a jogban", éves beszéd, American Bar Assoc. Reports (1890) 224-5.

Carter újra és újra hangsúlyozta, hogy a szokásjog az emberek szokásait tükrözi. A bíró és a jogász feladata az volt, hogy megfigyelje és megfogalmazza, rendszerezze és ésszerűsítse ezeket a szokásokat és szokásokat. Mint ilyen, "a jog igazi jellegében induktív tudományként tárja fel magát".¹⁶ "A jog a szociológia egyik részlege. A társadalom öntudatlan elhatározása, hogy minden tagja úgy cselekszik, ahogy a nagy többség cselekszik".¹⁷

Carter szisztematikusan támadta a common law leghangosabb kritikusának és a jogalkotás bajnokának, Benthamnek a jogi pozitivista nézeteit (amelyeket rövidesen kifejtünk). Carter úgy vélte (mint előtte Savigny), hogy nyilvánvaló, hogy "egyetlen törvényhozó sem hozhat olyan törvényeket, amelyeket akar".¹⁸ A törvényhozás által elrendelt reformok részlegesek, nem reprezentálják az emberek szokásait vagy igazságérzetét, és ezért kudarcra vannak ítélve. Egy retorikai csattanóval elbocsátotta Benthamet, mint olyasvalakit, akit "pontosan jellemezhetünk a *crank* vulgáris megjelöléssel...".¹⁹

A FELVILÁGOSODÁS ÉS ANNAK KÖVETKEZMÉNYEI

A 18th. századi felvilágosodásra jellemző volt a tudomány és az ész, mint az igazság és a tudás legmegbízhatóbb forrásainak presztízsének növekedése. Newton csodálatos felfedezései után, aki bejelentette, hogy egy maroknyi természeti törvény mindent irányít az égen és a földön, úgy gondolták, hogy a természet rendjének minden titkát a tudomány fogja feltárni. A felvilágosodás *filozófusai azt* is gondolták, hogy ahogy a természeti rendet is fel lehet fedezni és hasznosan ki lehet használni, úgy a társadalmi rendet is el lehet sajátítani. Az ember tudománya (az emberi természetre összpontosítva)

¹⁶ Id. 231.

¹⁷ Id. 236.

¹⁸ Id. 241.

¹⁹ Id. 244.

és a társadalom a jog és az erkölcs természetes alapelveiről szóló ismeretekhez vezetne, lehetővé téve az emberiség számára, hogy az ész segítségével alakítsa a társadalmat az anyagi és politikai fejlődés érdekében. Az ismeretekre való törekvés során a tudományt és az értelmet a mítoszok, babonák, vallási dogmák, gondolkodás nélküli hagyományok és szokások kritikus vizsgálatára alkalmazták.

A felvilágosodás kritikai iránya aláasta a nem instrumentális jogfelfogás két fent említett középkori pillérét - a természeti és isteni jogot, valamint a régóta fennálló szokásokat. Sok felvilágosodás gondolkodó ellenségesen viszonyult kifejezetten a katolicizmushoz és általában az intézményesített valláshoz. Az isteni kinyilatkoztatás és a katolikus természetjog így kevésbé vált elfogadhatóvá a jog forrásaként.

Hasonlóképpen, a felvilágosodásnak a hagyományok kritikai vizsgálatára helyezett hangsúlya aláasta a szokásoknak mindig is tulajdonított tekintélyt. Amit egykor a korok bölcsességének tekintettek, azt a halott múlt vak béklyóinak tekintették, amelyek visszatartják a fejlődést. A történelmi tanulmányok új hangsúlyozása, amely szintén a felvilágosodás terméke volt, azt bizonyította, hogy a történelmi idők és a régóta fennálló szokások és szokások gyakran zsarnokiak és barbárnak bizonyultak, és nem voltak méltóak az utánzásra vagy a folyamatos tiszteletre.²⁰

A korszak számos kortársa, köztük Blackstone is, egyszerre ragaszkodott a felvilágosodás előtti és a felvilágosodás kori nézetekhez, a köztük lévő feszültségek ellenére. Bernard Bailyn történész ezt az amerikai forradalmat körülvevő eszmékben találta meg:

A gyarmatosítók által idézett közönséges jogászok például a precedensre és az ősidők óta kialakult, töretlen hagyományra való hivatkozás jogát igyekeztek megalapozni, és feltételezték, ha nem is érveltek, hogy a korok felhalmozódása, az öröklött szokás terhe nagyobb bölcsességet tartalmaz, mint bármely ember vagy

²⁰ Lásd például John Milton Goodenow, *Historical Sketches of the Principles and Maxims of American Jurisprudence* (NY: Arno Press 1972). Az eredetileg 1819-ben megjelent könyv figyelemre méltóan modern kritikai érzékenységgel bír.

embercsoport az ész erejével ki tudott találni. Semmi sem lehetett volna idegenebb a felvilágosodás racionalistáitól, akiket a gyarmatosítók is idéztek - és ugyanolyan lelkesedéssel. Ezek az elméletalkotók úgy érezték, hogy éppen a szokások nehéz kérge nyomja le az emberi szellemet; arra törekedtek, hogy ledobják magukról, és korlátlan erővel olyan intézményi keretet teremtsenek, amely a múlt véletlenszerű örökségénél magasabb rendű.²¹

Végső soron a felvilágosodás érveinek következményei nemcsak a jog, hanem az erkölcs alapjait is sértették, amelyek ugyanezen alapokon nyugodtak. A *filozófusok* nem voltak erkölcsi relativisták vagy anarchisták. Éppen ellenkezőleg, céljuk az volt, hogy a jog és az erkölcs szilárdabb, racionálisabb és tudományosabb alapokra helyezték, hogy igazságosabb társadalmat hozzanak létre. Kezdetben nem voltak kétségeik afelől, hogy sikerrel járnak a racionális erkölcsi és jogi elvek keresésében.

Ma már tudjuk, hogy kudarcot vallottak. Ennek számos oka van, amelyek közül itt csak kettőt említünk meg. Először is, a világ felfedezése egyre nyilvánvalóbbá tette, hogy sokféle erkölcsi rendszer létezik, amelyekben látszólag kevés a közös vonás, ami arra utal, hogy az erkölcs és a jog nagyrészt konvencionális. Az emberi természet alap volt, és legfeljebb arra lehetett használni, hogy a társadalomban való túléléshez szükséges minimális szabályrendszerrel álljunk elő. Másodszor, az értelem hatalma és hatóköre korlátozódott. Egykor úgy gondolták, hogy az ész képes a helyes és jó érdemi elveit létrehozni. A felvilágosodás során azonban az értelemre eszközként tekintettek. Az ész lehetővé tette az emberek számára, hogy hatékonyan elérjék céljaikat, de nem tudta meghatározni a helyes, kívánatos célokat. A jóról és a helyesről alkotott elképzelések alapvetően a környező kulturális nézetek és az egyéni ízlés vagy szenvedélyek termékének tűntek.

²¹ Bernad Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, bővített kiadás (Cambridge, Ma.:

Harvard Univ. Press 1992), 33-34.

Az utilitarizmus e gondolatkomplexum következményeit egy erkölcsi rendszerré formalizálta, és azt vallotta, hogy az egyéni jó az, ami örömet okoz; a társadalmi jó elérése azt jelenti, hogy a társadalomban élő egyének között az öröm és a fájdalom összességének maximalizálását kell elérni. Bár az utilitarizmus a század19th folyamán elterjedt a liberális társadalmakban,²² soha nem volt a jó kielégítő leírása, mivel - más problémák mellett - az utilitarizmus hedonista beállítottságú, és nem tud különbséget tenni az élvezetek között - egy szadista fájdalmat okozó élvezetét ugyanolyan élvezetnek tekintik, mint az altruista élvezetét, amelyet egy másiknak nyújtott segítségéből nyer.

A felvilágosodás maradandó, megrázó öröksége, hogy aláasta az isteni és természeti törvényekbe, valamint a szokások és hagyományok bölcsességébe vetett korábbi hitet, amelyről egykor úgy gondolták, hogy helyes elveket ad az erkölcs, a jog és az élet számára, de nem kínált meggyőző helyettesítéseket. A nem instrumentális jogszemléletnek véget vetett, miközben olyan űrt hagyott maga után, amely később a jogi instrumentalizmust kísérteti fogja.

A JOGI INSTRUMENTALIZMUS ÉS A JOGALKOTÁS FELEMELKEDÉSE

A jogi instrumentalizmus kialakulása volt az egyik fő témája Lawrence Friedman csodálatos *History of American Law* (1973) című művének, amely aprólékos és panorámaszerű részletességgel mesélte el az amerikai jog fejlődését a gyarmatosítás előtti időktől a 20th. század elejéig. Friedman így kezdte beszámolóját: "A jogról mint alapvetően ember alkotta, lényegében eszközről vagy instrumentumról alkotott modern elképzelés idegen volt a klasszikus

²² Peter Gay szerint a felvilágosodás első felében a természetjogi elmélet, míg a második felében az utilitarizmus dominált. Peter Gay, *A felvilágosodás: The Science of Freedom* (NY: W.W. Norton 1996). 459.

common law."²³ Friedman szerint a 19th. század utolsó negyedére az instrumentalista jogszemlélet kialakult. Ez volt a reformista populista és (később) a progresszív mozgalmak ideje.²⁴ "Az amerikai jog a gazdasági harc lényeges eszköze vagy fegyvere volt....ez azt jelentette... hogy a jog nagyhatalmi társadalmi eszközként szolgálhatott".²⁵

A jogalkotás, mint a jogalkotás módjának felemelkedése kulcsfontosságú tényező volt a jog instrumentális szemléletének elterjedésében. Ezt az időszakot megelőzően a jog nagy részét a bírói szokásjog alkotta. A jogászok írásainak meghatározó témája ebben az időben az volt, hogy a jogalkotás növekvő gyakorisága, terjedelme és ambíciója milyen veszélyt jelentett a szokásjogra nézve. A 19th. század vége felé a jogalkotás egyre több olyan területen éreztette jelenlétét, amelyet korábban a common law szabályozott, és olyan területeken, amelyek a common law korábban hallgatott, különösen a közjogi és közigazgatási jogi kérdésekben. A bírák nem rejtették véka alá ellenségességüket a jogalkotás gyakoriságának és terjedelmének növekedésével szemben, amelyet minden alkalommal elleneztek.

A common law klasszikus felfogása kevés helyet biztosított az új jog aktív, jogalkotással történő megalkotásának. A jogászok azt állították, hogy a szokásjog koherens, rendezett és átfogó. A jogalkotás veszélyt jelentett a common law szisztematikus és racionális jellegére.²⁶ A jogalkotás hierarchiájában a common law-nak elsőbbséget tulajdonítottak, mivel a racionális jogtudományban csak a common law bírái voltak képzettek, a jogalkotók nem. A jogalkotás korlátozására a bírói felülvizsgálat jogkörének gyakorlása mellett a bírák

²³ Lawrence M. Friedman, *Az amerikai jog története*, szerk^{2nd}. (NY: Touchstone 1985) Az 23. első kötetet a következő kiadványban jelentették meg 1973.

²⁴ Lásd D. Hofstadter, *The Age of Reform* (NY: Vintage Books 1955).

²⁵ Id. 340.

²⁶ Lásd Grey, "Langdell ortodoxija", fentebb. 10,12.

egy régóta fennálló értelmezési szabályt alkalmazott, amely szerint a szokásjogtól eltérő jogszabályokat szigorúan kell értelmezni.²⁷

A common law és a törvényhozás között több mint két évszázadon keresztül folyt a harc a jogforrásként való elsőbbségért. Locke érvelése a nép képviselőjeként a parlamenti szuverenitás mellett lendületet adott a jogalkotásnak. A forradalom után a Jefferson-féle népi demokrácia és a jacksonista egalitarizmus hullámai, amelyek végigsöpörtek az amerikai politikai kultúrán, a bíró által alkotott szokásjogot még inkább védekezésbe kényszerítették.

Egy átmenetileg hatékony manőverrel a bírák hangsúlyozták, hogy a szokásjog, mint szokás és szokás, a nép beleegyezését testesíti meg, ami demokratikus legitimitásra tart igényt. Azt mondták, hogy az uralkodó társadalmi szokásokkal összeegyeztethetetlen jogszabályok valószínűleg halott betű maradnak, és az emberek ellenállnak nekik. A szokásjog védelmezői továbbá azzal érveltek, hogy a jogalkotás elkerülhetetlen vakságban szenved, mivel a törvényhozók a jogi szabályokat előre, általánosságban fogalmazták meg, amikor lehetetlen volt előre látni minden felmerülő körülményt, ellentétben a szokásjog óvatosabb és partikulárisabb, esetről-esetre történő alkotásával. A jogalkotást továbbá úgy becsmérelték, mint a különleges érdekek és a megbízhatatlan szenvedély és akarat termékét, amely bizalmatlan és korlátozó, szemben az értelemmel, az elvekkkel és a népnek a common law-ban megtestesülő akaratával.

A jogalkotás, mint jogforrás hívei, köztük a legismertebb Bentham, viszont rámutattak a common law nyilvánvaló hiányosságaira. Bentham azzal szerzett magának hírnevet, hogy polemikus támadást indított Blackstone híres *Kommentárjai* ellen, amelyeket ő

²⁷ Lásd 50 Am. Jur. Statutes, Sections 402,346; lásd még Karl N. Llewellyn, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to be Construed", 3Vanderbilt L.

Rev. 395 (1949-50).

ésszerűsítési gyakorlatként jellemezték, amely elrejtette a szokásjog kirívó állapotát.²⁸ Bentham azt állította, hogy a szokásjogot az ügyvédek és a bírák szándékosan tartották homályos állapotban, hogy mesterségesen támogassák presztízszüket és jövedelmüket. Azt a megdöbbentő érvet hangoztatta, hogy a common law nem is létezik. "Ezekben a szavakban [common law] egy név van, amely úgy tesz, mintha egy valóban létező tárgy neve lenne: keressetek egy ilyen létező tárgyat - keressétek a világvégéig -, és nem fogtok találni ilyen tárgyat".²⁹

A jog nem az emberek ősi szokásainak vagy objektív természeti elvek összessége volt. Lényegében a szabályok jogi tisztviselők általi kényszerítő érvényesítését jelentette.³⁰ Bentham szerint a jog a társadalmi jót szolgáló eszköz volt. A törvényeket úgy kell megtervezni és végrehajtani, hogy a lehető legnagyobb számú ember legnagyobb boldogságát maximalizálják. A jogalkotás utilitarista tudományát támogatta, amely világos, átfogó és koherens törvénykönyvet hozna létre, amely lehetővé tenné, hogy minden ember a saját ügyvédje lehessen. Bár elképzeléseit ismerték az Egyesült Államokban, helytelen Benthamre közvetlen oksági szempontból túl nagy hangsúlyt fektetni, mivel túlságosan elméleti volt a századelő 19th jogászainak és jogászainak gyakorlati érzékenységéhez.³¹

Bentham munkássága mindazonáltal fontos fogalmi betekintést nyújt ehhez a vizsgálathoz, mivel három eszmét kapcsol össze: a jogalkotást, a jogi instrumentalizmust és a jogi pozitívizmust. A jogi pozitívizmus egy olyan jogelmélet, amely szerint a jog az, amit az elismert hatóság törvényként határoz meg, ez a jog "akarat" vagy "parancs" elméleteként ismert;

²⁸ Lásd Jeremy Bentham, *A Fragment on Government* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1988). ²⁹ Jeremy Bentham, "Bentham's Letter, Letter IV, in *Codification of the Common Law* (NY: John Polbemus Printer 1882). 3.

³⁰ Lásd Jeremy Bentham, *A törvényekről általában: Principles of Legislation*, szerkesztette H.L.A. Hart

(London: Athlone Press 1970).

³¹ C. W. Everett, "Bentham in the United States", in *Jeremy Bentham and the Law*, szerkesztette George W. Keeton és Georg Schwarzenberger (Westport, Conn.: Greenwood Press 1970) 185-232.188,

A jogi instrumentalizmus az az elképzelés, hogy a jog eszköz vagy eszköz a célok eléréséhez; a jogalkotás a jog legjobban adaptálható formája. Ezek kölcsönösen erősítik egymást. Egy eszköz azért létezik, hogy célokat szolgáljon; ha a jog ezt hatékonyan teszi, akkor nyitottnak kell lennie a tartalom tekintetében, amelynek a meghatározott cél és a környező körülmények szerint kell változnia; ha a jog nyitott a tartalom tekintetében, és a célokat meg kell választani, akkor a tartalmának tetszés szerint meghatározhatónak kell lennie; a jogalkotás a legjobban alkalmazkodó rendelkezésre álló mechanizmus a jog instrumentális alakítására.

A 19th. század végére a lendület jelentősen eltolódott a szokásjogtól a jogalkotás mint a jogalkotás forrása felé, mind az eszmék legitimálása, mind a tényleges gyakorlat tekintetében. 1908-ban Roscoe Pound, a kor egyik vezető jogtudósa (jogi pozitivistá szellemben) megjegyezte, hogy "az amerikai jogalkotás nagy része... azon a feltételezésen alapul, hogy elég, ha az állam parancsol...".³²

A lendületváltás a jogalkotás irányába nem csak a demokratikus legitimitás nagyobb igényének kérdése volt. A hagyományos szokásjogi koncepciók, amelyek az absztrakt elemzés módjába merevedtek, kezdtek elavulttá válni, nem voltak többé működőképeseek, nem voltak képesek a gyorsan változó körülmények által felvetett problémáknak megfelelően megfelelni. Ha nem módosítják, a common law "elzárja a társadalmi fejlődés útját".³³ A megoldást a jogalkotás jelentette:

A jogalkotás időszaka következik, amely először új szabályt, majd új előfeltételeket, végül pedig a jogfejlődés új kezdetét jelentő, szisztematikus alapelvek gyűjteményét biztosítja....A további lépés, amely a jogalkotáson keresztül történő jogfejlődés jelenlegi korszakában kezd megtörténni, valójában a jogtudományi tevékenység ébredése, mivel a jogászok felismerik, hogy a jogalkotó, valamint a bíró vagy a doktrína írója révén is eredményt érhetnek el.³⁴

³² Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", 8Columbia L. Rev. (1908)605,613.

³³ Id. 616.

³⁴ Id. 612.

Egy új korszak kezdetét jelezve, Pound egyértelműen a jogalkotás, mint a jelen és a jövő preferált jogalkotási módja mellett tette le a voksát. A jogalkotás a 20th. század folyamán exponenciálisan megsokszorozódik az Egyesült Államokban, messze meghaladva a bíróságok jogalkotó tevékenységét.

A SZÁZAD VÉGÉN A JOGON KERESZTÜL MEGVÍVOTT KONFLIKTUS

A jogalkotás mint jogforrás felemelkedése heves társadalmi konfliktusok epicentrumában állt. A 19th. század elején a társadalom és a gazdaság a mezőgazdaság körül forgott. A század végére a városias, nyüzsgő városok domináltak. A gazdaság iparosodott, amit különösen a vasútfejlesztés indított el. Az emberek a nagy síkságokon át nyugat felé terjeszkedtek, és az egész országot benépesítették; a földspekuláció mindennapos volt; a kereskedelem robbanásszerűen megnőtt, a textilgyárak, szénbányák, olajtermelés, acélgyártás belső és külső kereskedelmet generált; a nagy kereskedelmi vállalkozásokat támogató finanszírozási mechanizmusok egyre kifinomultabbá váltak; az óriásvállalatok és trösztök kiterjesztették hatalmukat; a gazdasági fellendülés és visszaesés állandó valóság volt; a modern társadalom épp születőben volt. Mindeközben a technológia megváltoztatta a mindennapi élet feltételeit. Az elektromosság megvilágította a városokat; a telefonok lehetővé tették a távolságok közötti azonnali kommunikációt; a tömegtermelés és a fizetési tervek megfizethetővé tették az autókat, lehetővé téve a városok további terjeszkedését; a repülőgép a láthatáron volt.

Olyan társadalom jött létre, amely gyökeresen különbözött attól a gazdaságtól, amelyre a szokásjog épült. Ezt az időszakot megelőzően például a kártérítési jog a common law és a jogi vállalkozás kis részét képezte. De ebben az időszakban a vasutak

évente több ezer embert öltek meg és csonkítottak meg, míg az ipari balesetek tömegesen növelték az áldozatok számát. Hatalmas vállalatok alakultak ki, amelyek külön-külön és együttesen is irányították az alkalmazottak életét, alakították a fogyasztók ízlését és vásárlásait, és irányították a városok gazdasági sorsát, vetekedve a kormány hatalmával. Mindezt törvényekkel kellett kezelni. A szokásjog és a népszokások fogalma ebben az összefüggésben reménytelenül elavultnak bizonyult. A régóta fennálló szokásjogi fogalmak irrelevánssá vagy elégtelenné váltak.³⁵

Ebben az időszakban az eltérő gazdasági érdekekkel rendelkező szervezett csoportok közötti konfliktus egyre koncentráltabbá, szervezettebbé és intenzívebbé vált. Ez a harc a jogi szintéren zajlott.³⁶ A törvényhozás és a bíróságok arénájában zajlottak a küzdelmek az adósok és a hitelezők, a jelzáloghitelezők és a jelzálogjogosultak, a munkaadók és a munkavállalók, a tőke és a munkaerő, a nagy trösztök vagy üzleti kombinációk és a kormány között. Richard Hofstadter történész e szakasza szemléletesen érzékelteti ezt a megosztott időt:

A harc éle, ahogyan azt a populisták megtapasztalták, a kompromisszumos megoldások és a köztes csoportok állítólagos hiánya a politikai testületben, a plutokráciának tulajdonított brutalitás és kétségbeesés - mindezek azt sugallták, hogy ha a nép nem tudja békésen megnyerni a végső küzdelmet, az csak a plutokraták teljes győzelmét és a demokratikus intézmények teljes megszűnését eredményezheti, esetleg egy vérontás és anarchia időszakát követően. "Súlyos válsághoz közeledünk" - jelentette ki Weaver. "Ha a vagyontulajdonosok és a vagyontermelők közötti jelenlegi feszült viszony még sokáig fennmarad, akkor ijesztő katasztrófává érik. Ezt az egyetemes elégedetlenséget gyorsan értelmezni kell, és okait meg kell szüntetni." "Egy olyan nemzet közepén találkozunk" - mondta az 1892-es populista program - "amely az erkölcsi, politikai és anyagi csőd szélére sodródott. A korrupció uralja a szavazóurnákat, a törvényhozást, a kongresszust, és még a padok hermelinjét is érinti....".³⁷

³⁵ Lásd William Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought* (NY: Oxford 1998) 246-50.

³⁶ Lásd Friedman, *Az amerikai jog története*, fentebb 237-370.

³⁷ Hofstadter, *The Age of Reform*, 66-67. o.

Az egyik fél által a törvényhozásban elvesztett csatát a bíróságon vívták meg újra.

A bírósági felülvizsgálat amerikai gyakorlata a bírákat abba az egyedülálló helyzetbe hozta, hogy a bírának joguk van a jogszabályok érvénytelenítésére. Bár elméletileg ezt a hatalmat csak az alkotmányos korlátok megsértése esetén lehetett gyakorolni, az állami és szövetségi bíróságok ennél sokkal szélesebb körben jártak el.³⁸ A szerződési szabadságra és a tulajdonhoz való jogra hivatkozva, a Due Process klauzulára, a kereskedelmi klauzulára, az egyenlőségi védelmi klauzulára hivatkozva, vagy a common law elveit és alapjait felhasználva, és néha az észérvekre és a természetes igazságosságra való homályos hivatkozásokon kívül semmi mást nem kínálva, az állami és szövetségi bíróságok az 1880-as években kezdték el, és évtizedeken át folytatták a jogszabályok, különösen a munkásbarát jogszabályok érvénytelenítésének gyakorlatát. Egy tanulmány szerint a 19. századi, a munkáspárti törvények érvényességét bíróság előtt megtámadó 19 törvényt huszonhatot helybenhagytak, míg hatvanhétet érvénytelenítettek.³⁹ Bár ennek nagy része állami bíróságokon zajlott, az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága is aktív volt. "Egy számítás szerint az 1898 előtti időszakban a Legfelsőbb Bíróság összesen tizenkét szövetségi és 125 állami törvényt érvénytelenített, míg az 1898 utáni egyetlen generációban megháromszorozta ezeket a számokat (ötven szövetségi és 400 állami)".⁴⁰

A probléma nem csak az volt, hogy a bírósági eljárások meghiúsították a jogalkotási politikai kezdeményezéseket; az volt a probléma, hogy újra és újra a tőkeérdekek védelmének oldalára álltak. Ezek a döntések az objektív jog nevében végrehajtott, a gazdagoknak szóló obstrukciós kivételezéstől búzlóttak. Ezt a nézetet alátámasztja Stephen J. Fields legfelsőbb bírósági bírónak az egyik jogi döntésében elhangzott kirohanása: "A tőke elleni jelenlegi támadás csak a kezdet. Ez csak az

ugródeszka lesz más, nagyobb és átfogóbb támadásokhoz,

³⁸ Lásd pl. *Hepburn v. Griswold*, 75 US 603 (1870); lásd még William E. Nelson, "The Impact of the Antislavery Movement Upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America", 87 *Harvard L. Rev.* 513,530-31 (1974); Wiecek, *Lost World of Classical Legal Thought*, fentebb. 100.

³⁹ Wiecek, Id. 133 (idézet kihagyva).

⁴⁰ Id. 135 (idézet kihagyva).

amíg politikai küzdelmeink a szegények és a gazdagok háborújává nem válnak, egy olyan háborúvá, amely egyre intenzívebb és keserűbb lesz."⁴¹

Oliver Wendell Holmes bíró 1897-ben "A jog útja" című híres esszéjében leírta a jogi intézményeken keresztül folyó osztályharcot:

Amikor először kezdtek beszélni a szocializmusról, a társadalom kényelmes rétegei nagyon megijedtek. Gyanítom, hogy ez a félelem befolyásolta a bírói tevékenységet itt és Angliában egyaránt, de az biztos, hogy nem tudatos tényező volt az általam említett döntésekben. Úgy gondolom, hogy valami hasonló készítette azokat az embereket, akik már nem remélik, hogy a törvényhozást irányítani tudják, arra, hogy a bíróságokra mint az alkotmány magyarázóira tekintsenek, és hogy egyes bíróságokon új elveket fedeztek fel ezen eszközök testén kívül...⁴²

A FORMALISTÁK

A szociális jóléti jogszabályokat sújtó bírósági döntések hátterében a formalista jogfelfogás áll. A formalizmusnak mint a bírói döntéshozatal megközelítési módjának vagy stílusának korai megfogalmazása Pound "Mechanical Jurisprudence" (1908) című cikkében található. Pound a jog absztrakt, logikai tudományként való korabeli azonosítását támadta. "A jog nem tudományos a tudomány kedvéért".⁴³ E megközelítés - amit "fogalmak jogtudományának" nevezett - követőit azzal vádolta,⁴⁴ hogy a jog feltételezett dogmáiból való logikai levezetésre helyezik a hangsúlyt, kevés figyelmet fordítva a társadalmi következményekre:

...a fogalmak jogtudománya hanyatlásra hajlamos. A fogalmak rögzülnek. A premisszákat már nem vizsgálják. Minden egyszerű következtetésre korlátozódik belőlük. Az elvek megszűnnek jelentőséggel bírni. A jog a törvények összessége lesz.

⁴¹ *Pollock V. Farmers' Loan and Trust Co.*, US (157429,607)Field, J., eltérő véleményt nyilvánítva).

⁴² Oliver Wendell Holmes, "A jog útja", Harvard L. Rev. 457,467-68 (1897).

⁴³ Pound, "Mechanical Jurisprudence," supra 605.

⁴⁴ Id. 611.

szabályok. Ez az az állapot, amely ellen a szociológusok joggal tiltakoznak.⁴⁵

...

Hogy esetjogunk érett korában egy teljesen kifejlett rendszer sterilítésára tett szert, azt számos példa mutatja, hogy nem képes megfelelni a mai élet létfontosságú szükségleteinek.⁴⁶

A hibás formalista érvelés megtestesítőjeként Pound a *Lochner v.*

New York,⁴⁷ egy hírhedt ügy az amerikai jogtudomány évkönyveiben. A munkavállalók egészségének és biztonságának védelme érdekében a New York-i törvényhozás a pékek munkaidejét napi tíz óránál és heti hatvan óránál nem többre korlátozta. A bíróság érvénytelennek nyilvánította a törvényt, mint: "ésszerűtlen, szükségtelen és önkényes beavatkozás az egyén személyes szabadságához való jogába, illetve abba a jogába, hogy a munkával kapcsolatban olyan szerződéseket kössön, amelyek számára megfelelőnek és szükségesnek tűnnek saját maga és családja eltartásához".⁴⁸ A döntést az absztrakt szerződési szabadságra alapozva a bíróság figyelmen kívül hagyta a valóságot, hogy a pékek nem alkuszhattak szabadon - vagy elfogadták a munkáltatók által rájuk kényszerített munkafeltételeket, vagy nem kapták meg a munkát. Holmes bíró egy még mindig visszhangzó különvéleményt adott ki, amely a többséget azért marcangolta, mert saját személyes *laissez faire* nézeteiket olvassák bele az alkotmányba.

A jogról alkotott formalista nézetek, amelyeket korábban a jogtudományok tárgyalásakor mutattunk be, két alapvető fogalmat, a fogalmi formalizmust és a szabályformalizmust foglalták magukban. A fogalmi formalizmus az az elképzelés volt, hogy a jogi fogalmak és elvek, mint például a szerződési szabadság, szükséges tartalomtól és logikai összefüggésektől állnak, amelyek mindegyike észérvekkel felismerhető. A szabályformalizmus az az elképzelés volt, hogy a szabályok, elvek teljes teste

⁴⁵ Id. 612.

⁴⁶ Id. 614.

⁴⁷ 198 USA (451905).

⁴⁸ 198 US at 56.

és fogalmak koherensek, belsőleg következetesek, átfogóak és hézagmentesek voltak, és hogy a bírák "mechanikusan" tudtak érvelni a szokásjog e gyűjteményéből, hogy megtalálják a helyes választ bármely konkrét esetben.

PRAGMATIZMUS, HOLMES, POUND, A JOGI REALISTÁK

Pound kifejezetten von Rudolph von Ihering *Der Zweck im Recht* című művének (amely az Egyesült Államokban *Law as a Means to an End* címen jelent meg) tulajdonította a fogalmi jogtudomány kritikájának úttörő szerepét.⁴⁹ Egy másik kulcsfontosságú forrás Pound számára, amelyből sokat idézett, William James éppen megjelent *Pragmatizmus* című műve volt. Pound az elméletek és a tudomány "instrumentális" szemléletének megfogalmazásáért idézte Jamest.⁵⁰

A pragmatikus filozófia, az egyetlen őshonos amerikai filozófiai iskola a 19th. század utolsó negyedében született.⁵¹ Az amerikai szellemi és jogtörténet lenyűgöző részlete, hogy a pragmatikus filozófiát a cambridge-i értelmiségiek egy kis elit összejövetelén, a Metafizikai Klubban mutatták be és fejlesztették ki, amelynek tagja volt Charles Sanders Peirce, William James, Chauncey Wright és Oliver Wendell Holmes, az amerikai történelem legbefolyásosabb jogtudósa, valamint további hat jogász tag, köztük egy Nicholas St. John Green nevű Bentham-tanítvány.⁵² Holmes tehát már a kezdetektől fogva magába szívta a pragmatista nézeteket.

A pragmatikus filozófia egy másik, Dewey által preferált címkéje az "instrumentalizmus" volt. A pragmatizmus arra az elképzelésre épült, hogy az igazságok megállapítása

⁴⁹ Pound, "Mechanical Jurisprudence," supra 610-11.

⁵⁰ Id. 608.

⁵¹ Lásd Louis Menand, *A metafizikai klub: A Story of Ideas in America* (NY: Farrar, Straus and Giroux 2001).

⁵² John P. Murphy, *Pragmatizmus*: Boulder, Colorado: Westview 1990). 21.

a világbeli projektjeink megvalósítása során.⁵³ Az igazságok azok, amelyek működnek, olyan meggyőződések, amelyek megvalósításukkor megfelelnek az elvárásoknak. A tudás olyan megértésekből és elképzelésekből áll, amelyeket tesztelnek, és amelyek megbízhatónak bizonyulnak, amikor a kutatók közösségében cselekednek. Az igazságok a közös tevékenységünk során jönnek létre.

Ez nem azt jelenti, hogy az igazságok olyanok, amilyeneket az emberek kívánnak vagy hinni akarnak; egy olyan világgal állunk szemben, amely nem engedelmeskedik gondolatainknak vagy kívánságainknak; ez a valóság korlátokat szab - gyakran cáfolva vagy csalódást okozva - a hiteknek. A pragmatizmus tehát kísérletező, empirikus, cselekvésorientált és szociális jellegű volt. A pragmatizmus tagadta az emberi tapasztalaton kívüli abszolút igazságok lehetőségét, de ragaszkodott ahhoz, hogy az emberi tudás, különösen a tudomány által, már számos megbízhatóan bizonyos igazságot megállapított, és tevékenységünk révén folyamatosan újabbakkal bővül.

A pragmatikusoknak kevesebb mondanivalójuk volt az erkölcsi értékekről. Az abszolút igazságokhoz hasonlóan abszolút erkölcsi értékek abban az értelemben, ahogyan azt az erkölcsfilozófusok hagyományosan keresik, nem léteznek. Bár az erkölcsi értékeket gyakran általános tételek formájában fogalmazzák meg, jelentésük és következményeik csak alkalmazási kontextusban válnak nyilvánvalóvá, amikor olyan döntéseket kell hozni, amelyek figyelembe veszik az összes egymással versengő értéket és következményt. Az erkölcsi értékek aszerint értékelhetők, hogy jó vagy rossz, kívánatos vagy nem kívánatos következményekkel járnak-e, ha cselekszünk.⁵⁴ Értékelni lehet (és kell is) őket aszerint, hogy az ebből következő eredmények megfelelnek-e elvárásainknak és elégedettségünknek. De nem lehet őket igaznak vagy hamisnak ítélni abban az értelemben, ahogyan azt az empirikus állításokra alkalmazzuk; az erkölcsi

értékek a jelentés birodalmában működnek. James mindössze egy esszét írt, amelyet kizárólag az erkölcsi értékek témájának szentelt. Ebben megjegyezte, hogy a természetben nincs erkölcsiség.

⁵³ Lásd William James, *Pragmatism and the Meaning of Truth* (Cambridge, Ma.: Harvard Univ. Press 1975). ⁵⁴ Lásd Elizabeth Anderson, "Dewey's Moral Philosophy", in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring Edition 2005) <http://plato.stanford.edu/archives/spr2005/entries/dewey-moral/>.

dolgok.⁵⁵ Ez az emberi társadalmi lét egyik aspektusa: "a saját szubjektivitásának tényein túl nincs semmi erkölcsös a világon⁵⁶"... "nincsenek abszolút gonoszságok"...⁵⁷

A pragmatikus filozófiával szemben gyakran hangoztatott ellenvetés az, hogy a pragmatizmus erkölcsi relativizmust hirdet. A pragmatista nem tudja másként, mint instrumentális értelemben állítani, hogy az erkölcsi értékek egy csoportja rossz, egy másik pedig jó, csak azt, hogy a közösség vagy az egyén szempontjából jó vagy rossz következményekkel jár. Ez a probléma, mint rövidesen jelezni fogjuk, a realistákat is kísértette.

Bár Holmes a pragmatikus filozófiát, mint mindent, bizonyos fokú szkepticizmussal szemlélte, a pragmatizmus alapvető aspektusai megmutatkoztak bírói döntéseiben és jogi elméletalkotásában, különösen híres tagadása, hogy általános tételek egyértelműen eldönthetnek konkrét eseteket, ugyancsak híres állítása, hogy a jog középpontjában a tapasztalat és nem a logika áll, kísérletező szellemisége, a tényleges társadalmi következményekre való figyelem szorgalmazása és a jog instrumentális szemlélete.

Holmes Langdell-t a "legnagyobb élő jogi teológusnak" nevezte.⁵⁸ Bár Holmes csodálta Langdell teljesítményét, kifogásolta, hogy Langdell a jogot olyan logikusan felépített, önmagába zárt szabály- és elvrendszerként ábrázolta, amelyet deduktív módon alkalmazva konkrét esetekben válaszokat lehet adni. Holmes azt állította, hogy "bármilyen következtetésnek logikai formát lehet adni".⁵⁹ Nem a jogi elvek és a logikai következetesség mint olyanok ellen volt - amelyeket támogatott -, csak az ellen, hogy ezt a szisztematikus koherenciát a jog végső céljaként ábrázolják, és szkeptikus volt azzal az állítással szemben, hogy a bírácoknak

⁵⁵ William James, "The Moral Philosopher and the Moral Life", in *Essays in Pragmatism* (NY: Hafner Press 1948). 69.

⁵⁶ Id. 70.

⁵⁷ Id. 83.

⁵⁸ O.W. Holmes, Book Review (Of the Second Edition of Langdell's Casebook), *American L. Rev.* (2331880).

⁵⁹ Holmes, "A törvény útja", fentebb. 466.

objektív módon érvelni ilyen módon. Holmes elutasította a szokásjog egy másik gyakran idézett pillérét: "Régen elmúlt már az az idő, amikor a jog csak a közakarat öntudatlan megtestesülése".⁶⁰

Holmes szorgalmazta, hogy "egy joganyag akkor racionálisabb és civilizáltabb, ha minden benne foglalt szabály egyértelműen és határozottan egy olyan célra vonatkozik, amelyet szolgál, és ha az e célt szolgáló indokok szavakkal kifejezettek vagy kifejezhetőek".⁶¹ "A bírói döntés nyelve elsősorban a logika nyelve.

A logikus módszer és forma pedig hízeleg a bizonyosság és a nyugalom utáni vágynak, amely minden emberi elmében ott van. De a bizonyosság általában illúzió, és a nyugalom nem az ember sorsa."⁶² Az egymással versengő társadalmi érdekeket mérlegelni kell, és a szociálpolitikán alapuló döntéseket kell hozni. Holmes sürgette, hogy a bírák inkább nyíltan vegyenek részt ebben a folyamatban, mint tudat alatt vagy burkoltan. "[A] gyakran hangoztatott bírói ellenszenv az ilyen [politikai] megfontolásokkal való foglalkozástól való idegenkedés eredménye egyszerűen az, hogy az ítéletek alapja és alapja artikulálatlan marad...".⁶³

Holmeshoz hasonlóan Pound is azt írta, hogy "mint egy cél elérésének eszközét, [a jogot] az általa elért eredmények alapján kell megítélni, nem pedig belső szerkezetének finomságai alapján...".⁶⁴ "Az intézményeket nem az emberi természet feltételezett elveiből való levezetésre alapozzuk; megköveteljük, hogy gyakorlati hasznosságot mutassanak, és a politika alapjára és az emberi szükségletekhez való bevett alkalmazkodásra támaszkodunk."⁶⁵ A formalista joggal szembeni kritikájának alátámasztására

⁶⁰ Idézi: Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought*, supra, 180.

⁶¹ Holmes, "A törvény útja", fentebb. 469.

⁶² Id. 466.

⁶³ Id. 467.

⁶⁴ Pound, "Mechanical Jurisprudence," supra 605; Roscoe Pound, "The Need of a Sociological Jurisprudence," 19Green Bag (6071907).

⁶⁵ Pound, "Mechanical Jurisprudence," supra 609.

Pound a tudomány és az általa javasolt instrumentális megközelítés kapcsán idézte

William Jamesnek a filozófia instrumentális megközelítése melletti kiállítását:

A mai filozófiában az elméletek "eszközök, nem pedig válaszok a rejtélyekre, amelyekben megpihenhetünk". A tudománynak mint a levezetések rendszerének eszméje elavult, és a jogtudományban is végbemegy és végbemegy az a forradalom, amely más tudományokban e tekintetben végbement, és végbemegy.... a jogtudományban is.⁶⁶

Pound felajánlotta, hogy "A jogtudomány szociológiai mozgalma a pragmatizmus mint jogfilozófia mozgalma".⁶⁷ A jogtudomány, sürgette, "a társadalmi tervezés tudománya".⁶⁸

Karl Llewellyn, Jerome Frank és Felix Cohen, valamint más jogi realisták radikálisabb álláspontot képviseltek, mint Pound, de a jog instrumentális szemléletét illetően teljesen egyetértettek. Llewellyn jellemzése szerint a jogi realisták "a szabályokat, a jogot úgy tekintik, mint a cél elérésének eszközét".⁶⁹ Ez volt a jogi realizmus "fő tétele",⁷⁰ kiegészítve azzal a ragaszkodással, hogy a jogot úgy kell tekinteni, ahogyan az ténylegesen működik, nem pedig szabályok, fogalmak és elvek elvont halmazaként. A realisták rámutattak arra, hogy gyakran a jogi könyvekben leírt szabályokat, amelyek a jogászprofesszorok figyelmét lekötötték, a jogi tisztviselők nem hajtják végre, és a nyilvánosság nem tartja be. Ezért állította Llewellyn, hogy "amit ezek a tisztviselők a vitás ügyekben tesznek, az szerintem maga a jog".⁷¹

A realisták támadták a fogalmi formalizmust és a szabályformalizmust. A fogalmi formalizmus, mint már jeleztem, az az elképzelés volt, hogy a fogalmaknak eredendő vagy

⁶⁶ Pound, "Mechanical Jurisprudence," supra 608.

⁶⁷ Roscoe Pound, "The Need of a Sociological Jurisprudence", 19 Green Bag (6071907).

⁶⁸ Roscoe Pound, *Az ideális elem a jogban* (Indianapolis: Liberty Fund 2002) 234.

⁶⁹ Karl Llewellyn, "Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound", 44Harvard L. Rev. 1222,1223 (1931).

⁷⁰ M. McDougal, "Fuller kontra az amerikai jogi realisták: An Intervention," 50 Yale L.J. 827,834-

35 (1941).

⁷¹ Karl Llewellyn, *The Bramble Bush* (NY: Oceana 1930) 3.

előre meghatározott tartalommal és következményekkel, amelyeket a bírának csupán fel kellett fedezniük és alkalmazniuk kellett. Felix Cohen ezt "transzcendentális képtelenségnek" nevezte - a "fogalmak teológiai jogtudományának". A ⁷²

szabályformalizmus azt az elképzelést jelentette, hogy a jogi szabályok és elvek koherens, hézagmentes egészet alkotnak, amelyet a bírák mechanikusan alkalmaznak, hogy minden esetben eredményre jussanak. Mindezt a realisták elutasították. A fogalmak tartalma nem volt valamilyen módon kitörölhetetlenül előre meghatározott, hanem kitöltendő kérdés volt.

A szabályok között konfliktusok és hiányosságok voltak, minden szabály alól voltak kivételek, és az elvek egy adott alkalmazási kontextusban egynél több eredményre vezethettek.⁷³ Ezenfelül nagyfokú rugalmasság volt jelen annak meghatározásakor, hogy egy adott esetből milyen konkrét kötelező erejű jogszabályt lehetett levezetni. Ahelyett, hogy a szabályokból és elvekből kiindulva érvelnének a döntés felé, a realisták azt javasolták, hogy a bírák ehelyett a döntés durva érzékeléséből induljanak ki, és visszafelé haladva keressék meg a támogató jogi szabályokat és elveket, szükség esetén ⁷⁴felülvizsgálva a döntést az elfogadható következtetésre jutás során.⁷⁵

A PRAGMATIZMUS PROBLÉMÁJA A JOGBAN

Egy híres családon belüli vitában Pound később a realistákat támadta, akikkel sok közös vonása volt, amiért túl messzire mentek azzal, hogy tagadták, hogy a jogban és a bírói döntéshozatalban vannak szabályalapú formalista elemek,⁷⁶ és mert

⁷² Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35Columbia L. Rev. (8091935).

⁷³ Karl Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence-The Next Step", 30Columbia L. Rev. (4431930).

⁷⁴ Lásd Jerome Frank, Law and the Modern Mind (NY1963)114-21109,.

⁷⁵ Lásd Dewey, "Logical Method and Law", 10 CornellLaw Quarterly 17,23 (1924); Joseph C.

Hutcheson, "The Judgment Intuitive; The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", 14 Cornell L. Quarterly 285 (1929).

⁷⁶ Roscoe Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence", 44Harvard L. Rev. (1931)697.

kiürítve a törvényt erkölcsi erőforrásaitól.⁷⁷ Számos realista kifejezetten elfogadta, hogy az erkölcsi relativizmus a modern tudományos és filozófiai nézetek tagadhatatlan következménye.⁷⁸

A jogi instrumentalizmus számára árulkodó irónia, hogy ugyanezeket az ellenvetéseket korábban maga Pound is felhozta egy 1925-ös cikkében Walter Kennedy. A "Pragmatizmus mint jogfilozófia" című cikkében Kennedy megjegyezte, hogy Pound elutasította a természetes jogok koncepcióját,⁷⁹ és a társadalmi szükségletek kielégítését támogatta "a jog végső céljaként".⁸⁰ Kennedy idézett egy olyan passzust Poundtól, amely ezeket a nézeteket közvetíti:

...ha az emberi magatartás bármely területén vagy bármely emberi kapcsolatban a jog, olyan gépezetével, amilyennel rendelkezik, képes kielégíteni egy társadalmi igényt anélkül, hogy más igényeket aránytalanul feláldozna, nincs a dolgok természetéből fakadó örök korlát, nincsenek a teremtéskor szabott korlátok, amelyek ennek útjában állnának.⁸¹

Poundnak válaszolva Kennedy megjegyezte, hogy sok "társadalmi igény" létezik, amelyek közül néhány jó, néhány pedig nem, és hogy vannak egymásnak ellentmondó társadalmi igények. Pound válasza: "Nem hiszem, hogy a jogásznak többet kell tennie, mint felismerni a problémát, és felismerni, hogy az úgy jelenik meg előtte, hogy minden társadalmi érdeket biztosítani kell, amennyire csak lehet, és olyan egyensúlyt vagy harmóniát kell fenntartania közöttük, amely összeegyeztethető mindegyikük biztosításával".⁸²

Kennedy ezt nem találta megfelelőnek:

⁷⁷ Roscoe Pound, "A jog jövője", 47Yale L. J. (21937).

⁷⁸ Lásd Walter Wheeler Cook, "Scientific Method and the Law", 13 American Bar Assoc. J. 305 (1927); Underhill Moore, "Rational Basis of Legal Institutions", 23 Columbia L. Rev. 612 (1923). Purcell tárgyalja a realizmusnak ezt az aspektusát, Edward Purcell, *The Crisis of Democratic Theory*:

Scientific Naturalism and the Problem of Value (Lexington, Ky.: Univ. Press Kentucky 1973) 90-94.

⁷⁹ Walter B. Kennedy, "Pragmatism as a Philosophy of Law", 9 *Marquette L. Rev.* (63,681924-25).

⁸⁰ *Id.* 69.

⁸¹ *Id.* 69, idézi R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922). 97-98.

⁸² *Id.* idézve 71, Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 95-96.

A pragmatizmust gyakran bírálták, mert bizonyos értelemben anarchista, és nélkülözi a normákat vagy elveket... A jog mint gyakorlati tudomány megköveteli az egységességet, a stabilitás és a bizonyosság jelentős fokát. Nem elég, ha a peres felek igényeinek és követeléseinek tömegét egy kusza halomba keverjük, majd ezek közül annyit érvényesítünk, amennyit csak tudunk, amennyire a harmónia engedi.

Kennedy álláspontja fontos. Pound és az őt követő realisták egyik döntő hiányossága az volt, hogy feltűnően naivan vagy alulfejletten látták, hogyan kell azonosítani vagy megfogalmazni a társadalmi célokat, amelyeket a jognak szolgálnia kell. Sok realista utilitarista volt, mások úgy gondolták, hogy a társadalomtudomány segíthet a válaszok megadásában, mások a demokratikus mechanizmusokban bíztak, és megint mások nyilvánvalóan úgy gondolták (mint Pound), hogy az egymással versengő társadalmi érdekek között boldog egyensúlyt lehet teremteni.

Kennedy további ellenvetéseket fogalmazott meg a pragmatikus instrumentalista megközelítéssel szemben.

a jognak:

A pragmatizmus a társadalmi reformok oltárán imádkozik. A szociológus lapjai hemzsegnének társadalmi, házassági és ipari viszonyaink egyenlőtlenségeitől. Zseniális gyógymódok özönlének, amelyek célja, hogy még az emberiség útját is rendbe tegyék. Ezek a javaslatok elkerülhetetlenül az államhoz, mint a hatékony eszközhöz fordulnak, hogy érvényt szerezzenek nekik....Ha elfogadjuk azt a formulát, hogy a jog kizárólag azért létezik, hogy érvényt szerezzen a "követeléseknek" és "szükségleteknek", akkor nehéz megkérdőjelezni ezt a hirtelen rohamot az állami és szövetségi törvényhozás felé, hogy enyhülést szerezzen a politikai test minden valós vagy képzelt fájdalma és fájdalma ellen, de komoly kétségek merülnek fel afelől, hogy a jog képes-e felvállalni a társadalmi és vallási reformáció feladatait.....Ha van súlya annak a mai tendenciának a kritikájának, hogy a társadalmat törvényekkel tökéletes állapotba hozzák, hogy az emberi kapcsolatok hiányosságait kormányzati beavatkozással eltöröljék, akkor a pragmatikus jogásznak kell viselnie a felelősség egy jó részét; ezek annak a törekvésnek a kézzelfogható eredményei, hogy az alkotmányos elvek vagy a természetes jogok diktátumainak stabilizáló hatása nélkül az emberek minden igényét bele kell oltani a törvényekbe.⁸³

⁸³ Id. 72-73.

Kennedy tévedett, amikor Pound pragmatikus, instrumentalista megközelítését hibáztatta azért, hogy minden enyhülést kereső csoport a törvényhozás elé sietett. Ez a gyakorlat már a század 19th végén is létezett, ahogyan azt korábban leírtuk, jóval azelőtt, hogy Pound javasolta volna.

Kennedynek azonban igaza volt abban, hogy a pragmatikus instrumentalista jogelmélet összhangban állt ezzel a gyakorlattal, és elméleti alátámasztást és tekintélyt adott neki. A realisták hatása nem az volt, hogy a jogi instrumentalizmust, amely már létezett a jogalkotással kapcsolatban, létrehozták, hanem az, hogy legitimitással ruházták fel.

Ebben az időszakban a jogi elit - bírák, jogtudósok, ügyvédi kamarai vezetők - továbbra is a jogról alkotott nem instrumentális nézeteket képviselte. A jogi realizmus igazán kritikus következménye az volt, hogy hozzájárult a jogi elit körében még mindig erős nem instrumentális jogszemlélet összeomlásához. Miután ennek vége lett, nem maradt semmi, ami visszatarthatta volna a féktelen jogi instrumentalizmust.

Kennedy cikke előrevetítette a realizmussal (és a pragmatikus filozófiával) szemben az 1930-as évek közepén-végén és az 1940-es években támadt ellenállás tűzviharát, amely egybeesett a náci fenyegetés németországi megjelenésével. Ezek az események arra a kollektív megerősítésre készítettek, hogy az amerikai társadalom és értékek jók és helyesek, erkölcsileg fölötte állnak a nácizmus (és a kommunizmus) gonoszságainak.⁸⁴ A náci rezsim számos kirívó cselekedetét a jog nevében jogi szervek hajtották végre, ezért különösen szükséges volt annak megerősítése, hogy az amerikai jog nem olyan, mint a náci jog. A jogrealistákat keményen szidalmazták, amiért azt sugallták, hogy a jog a hatalom ügye, amelynek nincs önmaga számára integritása, és erkölcsi relativizmusuk miatt. A kritikák e dühöngő vihara alatt a realisták közül

néhányan nyíltan megbánták tettüket. Llewellyn ezt írta: "Én például kész vagyok nyíltan vezekelni mindenért, amiért alkalmat adtam arra az érzésre, hogy a modern jogászok vagy bármelyikük

⁸⁴ Lásd Purcell, *The Crisis of Democratic Theory*, supra Chaps. 7,8,9,10.

valaha is szem elől tévesztették ezt [a jog etikai összetevőjét]".⁸⁵ Más realisták tiltakoztak az ellen, hogy igazságtalanul rosszul jellemezték őket.⁸⁶ A jogi realizmust gyakorlatilag elhallgattatták.

Ezek félelmetes nehézségek a jogi instrumentalizmus számára, de a nem instrumentális jogszemlélet hívei saját kritikus hibájuktól szenvednek. Kennedy ezt demonstrálta, bár akaratlanul, amikor (fokozatosan) egy pápai enciklikára hivatkozva azt állította, hogy a természetjogi tanok támogatják a létfenntartást biztosító minimálbér törvényhozói bevezetését. Kennedy azonban azt is elismerte, hogy más jogászok úgy vélték, hogy a szerződési szabadságot sérti a törvényileg előírt minimálbér, továbbá, hogy a pápai enciklikákat nem tekintik általánosan (vagy alkotmányosan) mérvadónak. A jog nem instrumentalista megközelítése mellett elkötelezett jogászok tehát pontosan azon a ponton kerülnek próbára, ahol az instrumentalistákat felnyársalják.

Ez a probléma természetesen nem csak a jogban jelentkezik. Ez a modern kori állapot, a felvilágosodással először elindult nézetek betetőzése. A pragmatisták és a realisták csupán tudomásul vették a tudás minden területén végbemenő fejleményeket, amelyekben az objektivitás, az egyetemes értékek és az abszolút igazságok mindenütt megkérdőjeleződtek. A nem-euklideszi geometria megingatta az euklideszi geometria kizárólagosságára vonatkozó feltételezéseket; Einstein tér-idő relativitáselmélete nemcsak Newton mechanisztikus törvényeit döntötte trónfosztottá, hanem magukat a tudományos elméleteket is megkérdőjelezte, amelyekről korábban azt hitték, hogy a természet objektíven helyes leírásai; az antropológiai tanulmányok a tudományos és a népszerű fogyasztás számára feltárták a sokféle erkölcsi rendszer bőségét. Úgy tűnt, hogy a kulturális jelentésrendszerek és az egyéni szubjektivitás mindent kiszínez.

⁸⁵ Karl Llewellyn, "On Reading and Using the Newer Jurisprudence", 40 Columbia L. Rev. 593,603 (1940).

⁸⁶ Lásd Purcell, *The Crisis of Democratic Theory* (A demokratikus elmélet válsága), fentebb 172-74.

A jogi realizmusnak mint hasonló gondolkodók azonosítható csoportjának vége, de az általuk a jogi diskurzusra bevitt gondolatokat nem lehetett véglegesen elfojtani, mert azok a tágabb értelemben vett modern állapot részét képezték.

A FORMALIZMUS ÖSSZEOMLÁSA

A Laissez faire formalista bírósági döntések nagyjából akkor értek véget, amikor a realizmus is eltűnt a színről. A formalizmus összeomlása a következő évre tehető 1937.

Ez a hirtelen hanyatlás nem elsősorban a realisták formalista jogfelfogással szembeni kritikájának tulajdonítható, hanem inkább a Legfelsőbb Bíróságot övező politikai intézkedések következménye volt, különösen Franklin Roosevelttel 1937-es, kudarcba fulladt "bíróság-tömörítési terve". Ezt az eseményt "nagy alkotmányos háborúként"⁸⁷ jellemezték, amelynek csúcspontja egy "alkotmányos forradalom" volt.⁸⁸ A polgárháború és a rekonstrukció óta ez állt a legközelebb az ország valódi alkotmányos válságához.

Roosevelt elnököt felbőszítették a Legfelsőbb Bíróság döntései, amelyek érvénytelenítették a szociális jóléti törvényeit. Az 1936-os választásokon aratott elsőprő győzelmét követően Roosevelt azt javasolta, hogy az egész szövetségi igazságszolgáltatásban minden 70 év feletti bíró számára hozzanak létre egy új pozíciót. Roosevelttel azzal indokolta a tervet, hogy így oldja meg az ügyek feldolgozásában tapasztalható elmaradást, amelyet az idős bírák lassabb munkatempójának tulajdonított. Valódi célja azonban más volt: így azonnal hat újabb bírót nevezhetett volna ki a Legfelsőbb Bíróságba, tizenötökre növelve annak létszámát, és ezzel véget vethetett volna a bíróságnak a törvényhozási programjával szembeni ellenállásának.

⁸⁷ Marian C. McKenna, *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court Packing Crisis of 1937* (NY: Fordham Univ. Press 2002).

⁸⁸ Edwin Corwin alkotmányjogásznak tulajdonítják ezt a kifejezést az azonos című könyvében 1941. Lásd még William E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* (NY: OUP 1995).

A terv ellen, amelyet a független igazságszolgáltatás és a jogállamiság elleni támadásnak minősítettek, nagy visszatetszés tört ki, és 1937-ben a szenátusban megölték. A bírói instrumentalizmusról szóló üzenet szempontjából nem maga Roosevelt terve a kulcs, hanem inkább az az általános felfogás, hogy a bíróság a terv nyomására méltatlan visszavonulót fűjt. Alig két hónappal a terv bejelentése után a Legfelsőbb Bíróság megerősített egy washingtoni minimálbér-törvényt, amely látszólag semmiben sem különbözött attól a New York-i törvénytől, amelyet alig tíz hónappal korábban érvénytelenített.⁸⁹ Az ezt követő hónapokban a Bíróság helybenhagyta a Wagner-törvényt,⁹⁰ amely támogatta a munkaszervezeteket, és a társadalombiztosítási törvényt, amely munkanélküli- és öregségi ellátásokat hozott létre.⁹¹ Ezek a döntések tagadhatatlanul ellentétesek voltak az éppen az előző ciklusban eldöntött New Deal-ügyek betűjével és szellemével. A Bíróság joggyakorlatában bekövetkezett e kirívó fordulat fő oka Roberts bíró oldalváltása volt. Van Devanter bíró bejelentette, hogy a nyár júniusában visszavonul. A következő két évben négy új kinevezésre került sor. A Legfelsőbb Bíróság nem fog ismét a gazdasági szabályozással kapcsolatos jogszabályokat megsemmisíteni. A szabadság gazdasági értelmezései befejeződtek. A Laissez faire formalizmus szinte halott volt.⁹²

Az esemény mélyebb üzenete az volt, hogy az Alkotmány bírói értelmezése kétségtelenül azoknak az embereknek a személyes nézeteinek a terméke, akiket történetesen bírónak neveznek ki, és ezt meggyőzőbben fejezte ki, mint azt száz realista cikk megtehetné volna. Egy-két személy véleményének megváltozása nagy horderejű politikai és jogi következményekkel járt, amelyek emberek millióit érintették. A

⁸⁹ *West Coast Hotel kontra Parrish*, 300 US 379 (1937).

⁹⁰ *National Labor Relations Board kontra Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 US (11937).

⁹¹ *Steward Machine Co. kontra Davis*, US (3015381937); *Helvering kontra Davis*, US (3016191937).

⁹² Lásd Wiecek, *Lost World of Classical Legal Thought*, Supra 231-41.

függönyt elhúzták, hogy leleplezzék, hogy a politika meghatározó befolyással lehet a legmagasabb szintű bírászkodásra.

A 20TH. SZÁZAD "AKTIVISTA" LEGFELSŐBB BÍRÓSÁGA

Az 1953-ban kinevezett Earl Warren főbíró kinevezése a bírói önérvényesítés új, példátlan szintjét hozta el, különösen az egyéni jogok területén. A mérföldkőnek számító *Brown v. Board of Education* (1954) volt a Warren-bíróság coming out bejelentése. A Bíróság megállapította, hogy az sérti a 14th. módosítás egyenlő védelmi záradékát, és érvénytelenítette az oktatásban törvényesen bevezetett szegregációt, amely akkoriban az egész délen elterjedt volt. Ma már kevesen vitatkoznának azzal a ténnyel, hogy a legalizált szegregáció mélyen erkölcstelen volt (bár a déliek jelentős többsége akkoriban hevesen ellenezte ezt); a rabszolgasággal együtt kitörölhetetlen foltként áll a nemzet történelmében. A Brown-döntés azonban jogi szempontból mindig is kétséges volt. A történelmi feljegyzések, bár nem biztosak, alátámasztják azt a következtetést, hogy a 14th. kiegészítés ratifikálói nem a legalizált szegregációt akarták megtiltani.⁹³ A faji szegregáció akkoriban életforma volt, sokan úgy gondolták, hogy az a természetes rendet tükrözi, és a ratifikációs időszakban a módosítást jóváhagyó államok közül több is szentesítette az iskolai és egyéb szegregációt.⁹⁴ *Brown* útjában állt a *Plessy kontra Ferguson* ügy is, egy ⁹⁵fél évszázados precedens, amely szerint az egyenlő védelemről szóló záradékot nem sérti a legalizált szegregáció, mivel a különálló létesítmények még mindig lehetnek egyenlőek. A jogi intézmény, eltekintve attól, hogy felülbírálta a

⁹³ Lásd Alexander M. Bickel, "The Original Understanding and the Segregation Decision", 69 Harvard L. Rev. 1 (1955).

⁹⁴ Charles Hyneman, *The Supreme Court on Trial* (Westport, Ct.: Greenwood Press 1974) 189-94.

⁹⁵ *Plessy kontra Ferguson*, USA163 (1896)537.

precedens, a Brown-döntéssel az volt a fő probléma, hogy nélkülözte az alkotmányjogi elemzés szokásos jegyeit. A vélemény alapvetően pszichológiai és szociológiai megállapításokon alapult, amelyek szerint a legalizált szegregáció a feketékre a szolgátság jelvényét rója, és ezért alkotmányosan megengedhetetlen.

Brown és a deszegregációs döntések csak a kezdetet jelentették. A Warren-bíróság számos újonnan talált alkotmányos védelmet vezetett be. A szabálytalan házkutatás során szerzett bizonyítékokat többé nem lehetett felhasználni a tárgyalásokon; a kényszerítő módszerekkel szerzett ⁹⁶vallomásokot megtiltották; az őrizetbe vett ⁹⁷személyeket tájékoztatni kellett a jogaikról, és le kellett mondaniuk azokról, mielőtt kihallgatták volna őket; a ⁹⁸rászoruló vádlottaknak joguk volt a közköltségen biztosított ügyvédhez; ⁹⁹és még sok más. A Bíróság elrendelte a szavazókörök újraelosztását, hogy azok arányosabbá váljanak a lakosságszámmal, amit korábban a törvényhozás belátása szerint politikai döntésnek tekintettek.¹⁰⁰ Fokozta a pornográfia védelmét, ¹⁰¹és megtiltotta az iskolai imákat.¹⁰² A Bíróság megállapította, hogy létezik a "magánélethez" való alkotmányos jog, annak ellenére, hogy az Alkotmányban ez sehol sem szerepel.¹⁰³

A Warren-bíróság joggyakorlatának hatása az volt, hogy jelentősen kiterjesztette az egyének politikai és polgári jogainak paramétereit, és érvényesítette ezeket a jogokat az állami és szövetségi kormányokkal szemben. A jobboldali kritikusok elkeseredetten ellenezték ezeket a döntéseket, amelyeket a bűnözők kényeztetéseként, az

erkölcstelenség bátorításaként és a

⁹⁶ *Mapp kontra Ohio*, 367 US 643 (1961).

⁹⁷ *Escobedo kontra Illinois*, USA (3784781964).

⁹⁸ *Miranda kontra Arizona*, US 384436 (1966).

⁹⁹ *Gideon kontra Wainwright*, USA (3723351963).

¹⁰⁰ *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 US (5331964).

¹⁰¹ *Kingsley International Pictures Corp. v. Regents*, USA (3606841959); *Jacobellis v. Ohio*, USA 378184 (1964).

¹⁰² *Engel v. Vitale*, 370 US (4211962); *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 US (1962).

(1963).

¹⁰³ *Griswold kontra Conn állam*, 381 US 479.

vallásellenes. A Warren-bíróságra ráaggatták az "aktivista" jelzőt, és a szót szitokszóként köpték ki. A liberálisok támogatói megtapsolták a Warren-bíróság reformjait, mint amelyek szükségesek voltak ahhoz, hogy az amerikai alkotmányos rendszert progresszívebb irányba tereljék, ugyanakkor aggódtak amiatt, hogy mi történne, ha ismét konzervatívabb bírák vennék át a Bíróság irányítását.

Az 1968-as elnökválasztáson Richard Nixon kiemelkedő kampánytémává tette a Warren-bíróságot és annak liberális döntéseit. Néhány nappal a választások előtt Nixon megígérte, hogy az általa kinevezett személyek nem lesznek bírói aktivisták:

[A legfelsőbb bíróságra jelöltek... szigorú konstruktivisták lennének, akik a jogértelmezést és nem a jogalkotást tekintik feladatuknak. Az Alkotmány gondozóinak és a nép szolgálóinak tekintenék magukat, nem pedig szuper-jogalkotóknak, akiknek szabad kezük van arra, hogy társadalmi erőiket és politikai nézeteiket ráerőltessék az amerikai népre.¹⁰⁴

Nixon nyert. Warren E. Burger főbíróvá nevezte ki a Warren visszavonulása miatt megüresedett hely betöltésére, majd a következő években Harry A. Blackmumot, Lewis F. Powell és William H. Rehnquist. A Warren-bíróság új joggyakorlatának nagy része azonban érintetlen maradt. Ennél is beszédesebb volt, hogy a Bíróság határozott álláspontja változatlan maradt. "A döntések egyensúlya azt sugallta, hogy a Burger Bíróság - elődjéhez hasonlóan - hajlandó volt a bírói hatalmat bizonyos társadalmi célok érdekében felhasználni, akár a precedensek megnyirbálásával vagy kiterjesztésével, akár új területekre való merészkedéssel".¹⁰⁵

¹⁰⁴ E.E. Kenworthy, "Nixon Scores Indulgence", New York Times, 1968. november 3., 1,79. o., idézi Donald Grier Stephenson, *Campaigns and the Court: the U.S. Supreme Court in Presidential Elections* (NY: Columbia Univ. Press 1999). 181.

¹⁰⁵ Id. 189.

Ha a "bírói aktivizmus" egyik mércéjeként a szövetségi és állami törvényhozás megdöntésére való hajlamot vesszük alapul, a Burger-bíróság aktivistább volt, mint a Warren-bíróság. Tizenkilenc év alatt a Warren-bíróság 23 szövetségi törvényt és 186 állami törvényt törölt el alkotmányos alapon; tizenhét év alatt a Burger-bíróság 32, illetve¹⁰⁶ 309 törvényt törölt el Burger uralkodása egyébként a korabeli Legfelsőbb Bíróság történetének vízvonalzó eseményét hozta. Nixon három kinevezettje a többséggel együtt szavazott a *Roe kontra Wade* ügyben az abortuszt tiltó állami törvények érvénytelenítése mellett, mivel úgy vélték, hogy azok megengedhetetlenül sértik a nő alkotmányos jogát arra, hogy maga dönthesse arról, mi történik a testével.¹⁰⁷ Az ellenzők számára *Roe a* törvényhozói hatalom bírói bitorlásának páratlan példája, amikor a bírák az alkotmány értelmezése nevében személyes nézeteiket erőltetik rá a népre.

Ennek talán legmegdöbbentőbb aspektusa a jelenlegi "konzervatív" Legfelsőbb Bíróság teljesítménye, amelyet olyan republikánus elnökök által kinevezett személyek uralnak, akik elleneztek az "igazságszolgáltatás általi kormányzást". A Rehnquist-bíróság, amely körülbelül ugyanezt az időszakot öleli fel, körülbelül *kétszer* annyi szövetségi törvényt sújtott, mint a Warren-bíróság, és hasonló számú állami törvényt, és az áldozatok számát továbbra is növeli.¹⁰⁸ Egy

¹⁰⁶ Kongresszusi Kutatószolgálat, *Az Amerikai Egyesült Államok alkotmánya: Analysis and Interpretation, and 2000 Supplement* (Washington, D.C. Government Printing Office, 1996,2000), amely megtalálható Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism* (Chicago: Univ. Chicago Press 2004) 40-41. Lásd még Bernard Schwartz, *The Ascent of Pragmatism: The Burger Court in Action* (Reading, Ma.: Addison Wesley Pub. 1990) 398-413.

¹⁰⁷ *Roe kontra Wade*, 410 USA (1973)113.

¹⁰⁸ Thomas Keck 2003-ig frissítette a Kongresszusi Kutatószolgálat adatait, és megállapította, hogy a Rehnquist Bíróság 2003-ig (tizenhét év alatt) 40 szövetségi törvényt és 128 állami törvényt törölt el. Azóta

mindkét kategóriát növelte, különösen az államiakat a tizennyolc éven aluliak és a szellemi fogyatékosok halálbüntetését érvénytelenítő döntéseivel. Keck, *A történelem legaktivistább legfelsőbb bírósága*, 40. o. 41.

tanulmány statisztikai és doktrinális elemzésekre támaszkodva arra a következtetésre jutott, hogy a Rehnquist-bíróság volt "a történelem legaktivistább legfelsőbb bírósága".¹⁰⁹

Cass Sunstein liberális alkotmányjogász azt állította, hogy a Rehnquist Bíróság "illegitim bírói aktivizmusról" tett tanúbizonyságot, amelyben "rendkívül készséges volt a kongresszusi (és állami) törvények megsemmisítésére, nem akkor, amikor az alkotmány egyértelmű, hanem amikor nem egyértelmű, és amikor az értelmes emberek nem értenek egyet abban, hogy mit jelent".¹¹⁰ Sok ilyen érvénytelenítés - jegyezte meg - "beleillik a Republikánus Párt szélsőséges elemeinek napirendjébe".¹¹¹ A politikai spektrum másik végén az érsekkonzervatív Robert H. Bork éles kritikát fogalmazott meg:

...a Legfelsőbb Bíróság új világossággal hozta elénk, hogy mit jelent az, hogy egy oligarchia uralkodik. Az életünket érintő legfontosabb erkölcsi, politikai és kulturális döntéseket folyamatosan kivonják a demokratikus ellenőrzés alól....A bíróság többsége rutinszerűen saját preferenciáit alapidokumentumunk parancsaként lépteti életbe.¹¹²

....

Reagan és Bush elnökök tizenkét éve után, akik mindketten eltökélt erőfeszítéseket tettek annak érdekében, hogy olyan bírakat nevezzenek ki, akik betartják az alkotmány eredeti értelmezését, úgy tűnik, távolabb kerültünk, mint valaha egy visszafogott bíróságtól... A bírák többsége arrogánsabb tekintélyelvűvé vált, mint valaha.¹¹³

Egy másik konzervatív alkotmányjogász, Mary Ann Glendon kérdezte: "Hogyan történhetett meg, hogy a mai Legfelsőbb Bíróság "konzervatív", "mérsékelt" bírái gyakran határozottabban és arrogánsabban gyakorolják a bírói hatalmat, mint a "liberális", "aktivista" Warren-bíróság tagjai?".¹¹⁴

¹⁰⁹ Id.

¹¹⁰ Cass Sunstein, "A Hand in the Matter", *Legal Affairs*, március-április, 27-30., <http://www.legalaffairs.org/printerfriendly.msp>. 2,3.

¹¹¹ Id. 2.

¹¹² Robert H. Bork, "Our Judicial Oligarchy", in Michael S. Muncie, szerk., *The End of Democracy: The Usurpation of Politics* (Dallas: Spence Pub. 1997). 10.

¹¹³ Id. 16.

¹¹⁴ Glendon, *A Nation Under Lawyers*, *supra* 117.

A 20th. század végén a Legfelsőbb Bíróság a jogszabályok eltörlésére való hajlandóságában a politikai hatalmi ágak tekintélyének szokatlanul nagyfokú tiszteletlenségét mutatta.

Még azok a bírák is, akik ragaszkodtak a bírói önmérséklet szükségességéhez - ez a megfogalmazás rendszeresen szerepel a véleményükben -, kevés nyilvánvaló önmérsékletet tanúsítottak, amikor az előítéleteiknek megfelelő eredményekhez kellett jutniuk. A *Bush kontra Gore* ügyben hozott példátlan döntés, amelyben a Legfelsőbb Bíróság egy nyilvánvalóan politikai döntés révén George W. Busht ültette az elnöki székbe, ennek a fejlődésnek a rendkívüli csúcspontja volt. Mintha a bírósági csomagolási terv, a jogi realisták és a Warren-bíróság halmozott hatásának köszönhetően - a *Roe-ügygel együtt* - a bírósági ítélkezés egyik lényeges eleme elpattant volna. Ami eltört, az egy megfoghatatlan, de nem kevésbé valós, önmaga által felállított korlátozás volt a jogi elemzés korlátlan instrumentális manipulációjával szemben, amelyet a bírák az általuk preferált célok elérése érdekében végeznek.

II. KORTÁRSJOGI INSTRUMENTALIZMUS

Ezen a háttéren a kortárs jogi instrumentalizmust most kiválasztott területeken vizsgáljuk meg. A következő vizsgálat különösen az instrumentalista jogszemlélet következményeit fogja nyomon követni a célokkal kapcsolatos éles nézeteltérések kontextusában, ami napjaink kulcsfontosságú dinamikája.

INSTRUMENTALIZMUS ÉS ERKÖLCSI RELATIVIZMUS A JOGI OKTATÁSBAN

A korabeli jogászprofesszorok, bírák és gyakorló jogászok nézetei a társadalmi zűrzavarok időszakában, a polgárjogi harcokban és a vietnami háború miatti

tiltakozásokban gyökereztek az 1960-as és 1970-es években. Az akkoriban írt beszámolókat, amelyeket a jelenlegi

visszatekintések, segítik a korszak érzékeltetését. Albert W. Alschuler egy nemrégiben megjelent könyvében jellemezte az uralkodó hozzáállást:

Mire az 1960-as években jogi egyetemre jártam, a tanárain már tisztában voltak a joggal. Pragmatikusok voltak, és a "funkcionális megközelítést" részesítették előnyben. Bár senki sem magyarázta el, hogy milyen funkciót szolgál a funkcionális megközelítés, éreztem, hogy mire gondolnak. A jog az érdekek kiegyensúlyozása és annak meghatározása volt, hogy mely érdekek "dominálnak". Az érdekek azt jelentették, hogy az embereknek milyen érdekeik vannak, vagy mit akarnak elérni, és a cél az volt, hogy ezek közül az érdekek közül minél többet kielégítsenek.¹¹⁵

A realizmus mint aktív mozgalom az 1940-es években elhallgatott, amint azt már korábban jeleztük, de a fogalmi és szabályformalizmus erőteljes kritikájának visszhangja földalatti folyóként folyt tovább, amely átjárta és magával ragadta azokat, akik az 1960-as és 1970-es évek jogászprofesszorai lettek. Calvin Woodward jogtörténész 1968-ban azt írta, hogy "Legalábbis a jobb jogi iskolákban a funkcionalisták és a "realisták" már nem magányos idegenek egy ellenséges világban. Valójában valószínűleg nagyobb a befolyásuk, ha számban nem is, de a langdelliánusoknál".¹¹⁶

Woodward rámutatott, hogy e jogfelfogás dominanciája a professzori kar körében ebben az időszakban nem lehet teljes mértékben a realisták befolyásának tulajdonítani:

...a társadalom egészére kiterjedő szekularizációs tendencia egy évszázados fejlődés csúcspontja, amely a törvényt "az égben merengő mindenhatóságból" a társadalmi reform földhözragadt eszközévé változtatta, és egyúttal a társadalmi reform, és egyúttal a jogászt kvázi papi figurából társadalmi mérnökké változtatta... át. A jogi oktatás... egyszerre tükrözte és járult hozzá ehhez a hosszú távú tendenciához.¹¹⁷

¹¹⁵ Albert W. Alschuler, *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes* (Chicago: Univ. Chicago Press 2000).

¹¹⁶ Calvin Woodward, "A jogi realizmus határai: 54 Virginia L. Rev. (689,7321968).

¹¹⁷ Id. 733.

A 20th. század folyamán a társadalom egészében véve elvesztette az objektíven létező elvekbe vetett hitét.¹¹⁸ A formalizmus elleni lázadás a tudás számos területén zajlott le.¹¹⁹

Ami még baljóslatúbb, hogy "a jó és a rossz ismerete, mint szellemi tárgy, szisztematikusan és hatékonyan megsemmisült".¹²⁰ A 20th. század elhozta a világ "kiábrándulását". A látványos gonoszság és szenvedés, amelyet a két világháborúban minden oldalról minden oldalnak okoztak, majd a szovjet totalitarizmus felemelkedése nem volt összeegyeztethető az értelemben és az elkerülhetetlen emberi fejlődésbe vetett hittel, amely a 19th. századi politikai gondolkodás oly nagy részét meghatározta.¹²¹ A jogról alkotott nem instrumentális nézetek korábban ismertetett összeomlása csupán része volt ezeknek a nagyobb fejleményeknek.

Egy neves jogtörténész, G. Edward White akkoriban azt írta, hogy "Az 1970-es évek amerikai kultúrájának utolsó és talán legjelentősebb aspektusa a közös értékek vagy célok felbomlása. A konszenzusos értékek helyére, amelyek körül az amerikai társadalom tagjai össze tudnak fogni, poláris alternatívák sorozata lépett...".¹²² Az értékek feletti éles nézeteltérés tényén túl az a sivár kilátás, hogy e viták megoldására nem látszik mód. Arthur Leff 1974-ben megjegyezte, hogy az objektív erkölcsi alapok hiánya "a modern szellemi élet olyannyira jól és

¹¹⁸ Az ehhez az állapothoz vezető eszmék történelmi feltárása Richard Tarnas: *A nyugati elme szenvedélye című könyvében található: Understanding the Ideas that Have Shaped our World View* (NY: Harmony Books 1991).

¹¹⁹ Lásd Morton G. White, "The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century", *Journal of History of Ideas* (1311947).

¹²⁰ Arthur Allen Leff, "A jog gazdasági elemzése: Virginia L. Rev. (1974): Some Realism about Nominalism, 60Virginia L. Rev. (1974)451,454)

¹²¹ Lásd Robert A. Nisbet, *Social Change and History* (NY: Oxford Univ. Press 1969).

¹²² G. Edward White, "Az ésszerű kidolgozottság fejlődése: L. Rev. 280,296 (1973).59

fájdalmasan ismert, hogy azon kevesek egyike, amely egyszerre borzalmas és banális."¹²³

"Nincs olyan, *hogy megkérdőjelezhetetlen értékelési rendszer*. Nem lehet bebizonyítani, hogy egy etikai vagy jogi rendszer felsőbbrendű egy másiknál, hacsak nem állítjuk, hogy egy ponton egy értékelőnek van a végső, ellentmondást nem tűrő, megkérdőjelezhetetlen szava."¹²⁴ Esszéjét emlékezetesen ezekkel a szavakkal zárta: "Isten segítsen rajtunk".¹²⁵

A levegőben érezhető volt a tudat, hogy a társadalom és a jog menthetetlenül elszakadt a helyes és helytelen kérdésekben régi horgonyaitól, és nem volt új horgonyzóhely a láthatáron. A rettegett és gyűlölt erkölcsi relativizmus, amellyel az 1940-es években a jogi realistákat hallgatásba verték, az 1960-as és 1970-es évekre életformává vált. Sokak számára elfogadott hittétel volt, hogy "egy pluralista és toleráns társadalomban lehetetlen elvárni, hogy az egyének vagy csoportok sok alapvető értékben egyetértsenek".¹²⁶

A Cornell Law School dékánja, Roger C. Cramton 1978-ban azt írta, hogy a jogi instrumentalizmus "a jogi egyetemek tantermeinek hétköznapi vallásává" vált. Ez az "ortodox" bölcsesség a jogászprofesszorok körében, amelyet naponta közvetítettek a diákjaiknak, "a jog és a jogalkalmazás instrumentális megközelítése", valamint "az általánosításokkal, elvekkkel és a bevett bölcsességgel szembeni szkeptikus hozzáállás" volt.¹²⁷ Cramton Holmesnak, a jogi realistáknak és a pragmatizmusnak tulajdonította (vagy hibáztatta), hogy ezek a joggal kapcsolatos attitűdök kialakultak:

¹²³ Leff, "A jog gazdasági elemzése", fentebb. 455.

¹²⁴ Arthur Allen Leff, "Unspeakable Ethics, Unnatural Law", 1979 Duke L. J. 1229,1240 (1979) (kiemelés az eredetiben).

¹²⁵ Id. 1249.

¹²⁶ Roger C. Cramton, "The Ordinary Wisdom of the Law School Classroom", 29 J. Legal Educ. 247,252 (1978). 252.

¹²⁷ Id. 248.

Manapság a jogot hajlamosak vagyunk kizárólag instrumentális szempontból szemlélni, és úgy tekinteni rá, mint amely nem rendelkezik saját értékekkel, kivéve bizonyos "folyamatértékekkel" kapcsolatos korlátozott egyetértést, amelyekről úgy gondoljuk, hogy a demokratikus működésünkben implicit módon jelen vannak. Egyetértünk a nyilvános szintéren felmerülő nézeteltéréseink megoldásának módszereiben, de másban nemigen. Az érdemi célok a politikai folyamatból vagy a közösség magánérdekeiből származnak. A jog instrumentális megközelítése szerint az ügyvéd feladata a jogi folyamatok megkönnyítése és manipulálása az ügyfele érdekeinek előmozdítása érdekében.¹²⁸

Cramton tömören megragadta a jog üres edényként való felfogását, amelyhez társult az ügyvéd víziója, akinek az a szerepe, hogy az ügyfél eszközeként szolgáljon, és aki a jogi szabályokat és eljárásokat ugyanígy kezeli.

Az 1970-es évekre két, kritikus jelentőségű áramlat alakult ki. A jogi instrumentalista nézetek - a saját vonzerejüknek, de a nem instrumentális nézetek hiányosságainak is köszönhetően - győzelmet arattak a jogi akadémián. Ez pedig az erkölcsi értékekkel és a közjával kapcsolatos, az egész társadalomra kiterjedő, csoportos nézeteltérések kontextusában történt, ami a jelek szerint még súlyosabbá vált, mivel az ilyen viták megoldására szolgáló objektív normák elérhetőségébe vetett hit elvesztése miatt. Woodward már 1968-ban felvetette a kritikus kérdést: "a funkcionális megközelítés nem arra tanít-e mindenféle embert, hogy a jogra úgy tekintsen, mint magán- vagy személyes rendelkezési eszközre?".¹²⁹

INSTRUMENTÁLIS JOGELMÉLETEK

A ma az Egyesült Államokban keringő főbb jogelméletek mindegyike az 1970-es években született. Ezen elméletek közül sokan kifejezetten a jogi realisták utódaiként azonosítják magukat, és a jogot végletesen instrumentális módon értelmezik. A jog és közgazdaságtan, amelyet elsősorban Richard Posner dolgozott ki, a jogot a gazdagság

maximalizálásának eszközeként jellemzi. A kritikai jogi tanulmányok a jogot (viszonylag autonóm)

¹²⁸ Id. 257.

¹²⁹ Woodward, "The Limits of Legal Realism," *supra* (735kiemelés az eredetiben).

az elit uralmának eszköze. A kritikai feminizmus a jogot a férfi patriarchátus eszközeként jellemzi. A kritikai fajelmélet a jogot a fehér uralom eszközeként jellemzi.

Az 1980-as évek végén és az 1990-es évek elején hirtelen megrohanták az elméletírók, akik a "jogi pragmatizmus" mellett tettek hitet.¹³⁰ A pragmatizmushoz való közeledés szembetűnő sajátossága az volt, hogy a politikai nézetek teljes skálájából érkező tudósok vettek részt benne, köztük a jog és közgazdaságtan guru Richard Posner, a CLS veteránjai, Morton Horwitz és Martha Minow, a kritikai feminista Margaret Radin, a kritikai fajelméletet képviselő Mari Matsuda, valamint a főáramú, semmilyen konkrét iskolával nem azonosított tudósok sokasága. Olyan elméletalkotók, akik a múltban démonizálták egymást - a kritikus tudósok és Posner -, ugyanazt a programot hirdették. Ez a pragmatizmussal kapcsolatos konvergencia - bár voltak ellenvélemények¹³¹ - nem tükrözte a vitatott nézetek közötti hirtelen megbékélést. Tartalmi elképzeléseikben ugyanolyan távol maradtak egymástól, mint valaha. A konvergencia ténye megerősítette azt, ami a század elején kritikák forrása volt: a pragmatizmus üres a célok tekintetében, és nem nyújt különösebb útmutatást az értékek tekintetében.¹³²

A pragmatizmus népszerűsége rövid életű volt, mivel nem volt nyilvánvaló, hogy a pragmatizmus milyen felismerést, ha egyáltalán nyújtott a jog számára. A pragmatikus filozófia elsősorban az abszolutista igazságelméletek negatív kritikája volt. Amikor Pound, Dewey és a realisták a század20th elején jogi kontextusban a pragmatista gondolkodásra hivatkoztak, a pragmatizmus ellen küzdöttek.

¹³⁰ A témával kapcsolatos szakirodalom hatalmas. Két kiváló korai gyűjtemény: Symposium, On the Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought, 63 S. Cal. L. Rev. 1569 (1990); Michael Brint és William Weaver, szerk., *Pragmatism in Law and Society* (1991).

¹³¹ Lásd Steven D. Smith, "The Pursuit of Pragmatism", 100 Yale L.J. 409 (1990); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Ma.: Harvard Univ. Press 1986). 161.

¹³² Lásd Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatizmus és a jog társadalmi elmélete*. (Oxford: Clarendon Press 1997).

a jog uralkodó, nem instrumentális szemlélete, mint absztrakt elvek, amelyeket logikusan, a társadalmi következményekre való tekintet nélkül alkalmaztak. A pragmatizmusnak akkoriban valódi ereje volt. Az 1960-as és 1970-es évekre, mint jeleztük, a jog pragmatikus megközelítése uralkodott, és a jogi instrumentalizmus "az osztályterem hétköznapi vallása" volt. Ma már rutinszerű, hogy a bírák mérlegelik döntéseik társadalmi következményeit. Richard Rorty filozófus arra a következtetésre jutott, hogy a pragmatizmus a mai jogban "banális", mivel meglátásait már elsajátították.¹³³

A jogról alkotott instrumentális nézetek érvényesülését jelzi a jogállamiság "formális" változata is.¹³⁴ Friedrich Hayek meghatározta a formális jogállamiság befolyásos korai definícióját: "minden technikai részletétől megfosztva ez azt jelenti, hogy a kormányzatot minden cselekedetében előre rögzített és kihirdetett szabályok kötik, olyan szabályok, amelyek lehetővé teszik, hogy a hatóság adott körülmények között kellő bizonyossággal előre lássa, hogyan fogja kényszerítő hatalmát használni, és e tudás alapján tervezze meg az egyén egyéni ügyeit".¹³⁵ Ez a megfogalmazás semmit sem mond a jog tartalmáról, arról, hogy a törvények mit tilthatnak vagy mit nem engedhetnek meg. Csak annyit mond, hogy a kormány köteles az előre meghatározott szabályokat követni (bármilyen is legyen az a szabály).

A jogelméletben a jogállamiságról szóló legbefolyásosabb esszét Joseph Raz írta az 1970-es években, amely a jog tisztán instrumentális, erkölcsileg üres értelmezését állítja:

A jó és a rossz között éles különbség. Hasonlóképpen, a jogállamiságnak való megfelelés a jog eredendő értéke, sőt, ez a legfontosabb eredendő értékük. A jog lényege, hogy a viselkedést szabályokon és bíróságokon keresztül irányítsa a

¹³³ Richard Rorty, "A pragmatizmus banalítása", 63S. Cal. L. Rev. (1990)1811.

¹³⁴ Lásd általában Brian Z. Tamanaha, *A jogállamiságról: History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 2004).

¹³⁵ Friedrich Hayek, *The Road to Serfdom* (Chicago: Univ. of Chicago Press 1996). 80.

az alkalmazásukért való felelősség... Mint más eszközöknek, a jognak is van egy sajátos erénye, amely erkölcsileg semleges, mivel semleges a cél tekintetében, amelyre az eszközt használják.¹³⁶

Itt van a kor egyik legjelentősebb jogelméleti szakembere, aki egyértelműen kijelenti, hogy a jog erkölcsileg üres eszköz, mint a kés, amellyel lehet zöldséget szeletelni vagy embert ölni.

Hangsúlyozni kell, hogy a jogról való nem instrumentalista gondolkodás fontos irányzatai ma is forgalomban vannak. Különösen a természetjogi gondolkodás több fajtájának vannak továbbra is élénk kifejtői.¹³⁷ John Finnis újjáélesztette Aquinói katolikus természetjogi gondolkodását.¹³⁸ Ernest Weinrib a klasszikus természetjogi felfogással alátámasztott formalista jogfelfogás mellett érvelt.¹³⁹ Michael Moore az erkölcsi realizmus elméletét fogalmazta meg, amelyben objektíven létező jogi és erkölcsi entitások vannak, amelyek helyes válaszokat adnak a jogi kérdésekre.¹⁴⁰ Ronald Dworkin, bár nem a hagyományos értelemben vett természetjogi teoretikus, azt a nézetet fejtette ki, hogy minden esetben léteznek helyes válaszok a jogi kérdésekre, amelyeket a bírúk a közösség immanens erkölcsi és politikai elveinek figyelembevételével, a jog részeként ismerhetnek meg.¹⁴¹

¹³⁶ Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue", in *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press 1979) 225-26.

¹³⁷ A természetjogi elmélet kiváló áttekintése Brian Bix, "Natural Law Theory: The Modern Tradition", in Jules Coleman and Scott Shapiro, szerk., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford Univ. Press 2002).

¹³⁸ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press 1980).

¹³⁹ Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Ma.: Harvard Univ. Press 1995); Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", 97 *Yale L.J.* 949 (1988).

¹⁴⁰ Michael S. Moore, *Önmagunk nyilvános nevelése: Critical Essays in Jurisprudence* (Oxford: Oxford Univ. Press 2000).

¹⁴¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Ma.: Harvard Univ. Press 1986); Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, Ma.: Harvard Univ. Press 1985).

Dworkin elméletének, valamint az összes többi elméletnek is az az elsődleges nehézsége, hogy nincs egyetértés a jog mögötti elvek tartalmát illetően (jogi kérdésekkel kapcsolatos elemzései következetesen liberálisak, ami azt a gyanút kelti, hogy saját politikai nézeteit emelte magasabb rangra), nincs egyetértés abban, hogyan kell ezeket az elveket azonosítani, és nincs mód annak megerősítésére, hogy a helyes elveket azonosították-e, még ha azonosították is. Ahogy Alastair MacIntyre morálfilozófus megjegyezte, "úgy tűnik, nincs egyértelműbb tény a modern világban, mint az erkölcsi nézeteltérések mértéke és mélysége, gyakran eléggé alapvető kérdésekben való nézeteltérés".¹⁴² Késő van ahhoz, hogy a jogról ilyen értelemben egy plauzibilis, nem instrumentális szemléletet építsünk fel.

A JOGI GYAKORLAT INSTRUMENTALIZMUSA

A jogról alkotott instrumentális nézetek elmélyülése a joggyakorlatban is megmutatkozik. Az Egyesült Államok kontradiktórius jogrendszere eleve instrumentális szerepet szán az ügyvédeknek. Az ügyvédi hivatásra vonatkozó modellszabályok legelső mondata egyértelműen kijelenti, hogy az ügyvédi tevékenység lényege az eszköz (ügyvéd) és a cél (ügyfél) közötti kapcsolat: "az ügyvéd, mint az ügyvédi hivatás tagja, az ügyfelek képviselője".¹⁴³ Meghagyja, hogy "az ügyvédnek tiszteletben kell tartania az ügyfélnek a képviselet céljaira vonatkozó döntéseit".¹⁴⁴ Ezt a bevallottan instrumentális kapcsolatot megerősítve a szabályzat emlékeztet arra, hogy "Az ügyvéd által az ügyfél képviselete... nem jelenti az ügyfél politikai, gazdasági, társadalmi vagy erkölcsi nézeteinek vagy tevékenységének jóváhagyását".¹⁴⁵

¹⁴² Alastair MacIntyre, "Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity", in E.B. McLean, szerk: *New Perspectives on Natural Law* (Wilmington, Del.: ISI Books 2000).

¹⁴³ Az Amerikai Ügyvédi Kamara szakmai magatartási modellszabályai (2002), preambulum: A Laywer's

Responsibilities [1].

¹⁴⁴ Id. Szabály (1.2a).

¹⁴⁵ Id. Szabály (1.2b).

Számos jel utal arra, hogy a jogi szakma napjainkban egyedülállóan nehéz kihívásokkal szembesül. Az 1990-es évek elején és közepén nagy nyilvánosságot kapott könyvek jelentek meg, amelyek *Az elveszett ügyvéd*, *Az elárult szakma* és *a jogi szakma válsága címmel jelentek meg*, és amelyeket egy sor kevésbé látható, hasonlóan gondolkodó könyv és cikk kísért.¹⁴⁶ Közös témájuk az volt, hogy az ügyvédek - talán visszavonhatatlanul - elvesztették korábbi eszményeiket és pozíciójukat, mint a közösség oszlopai, mint ügyvéd-államférfiak, mint közszereplők, mint a tisztesség emberei, mint a közjó megőrzői. Az ügyvédek vastagon benne voltak az 1970-es évek Watergate-ügyének, az 1980-as évek takaré- és hitelbotrányának, és nemrégiben az Enron-ügynek a kellős közepén. Ma, siránkoztak az aggódók, az ügyvédi hivatás olyan üzlet, mint bármelyik másik.

Az ügyvédek "erkölcstelen technikusok", akik bármit megtesznek, amit az ügyfelük kér, függetlenül attól, hogy erkölcsileg mennyire visszataszító vagy társadalmilag káros, amíg az nem lépi át a törvénytelenység határát (és néha még akkor is). Az ügyvédek tisztán instrumentális megközelítést alkalmaznak a jogban, ügyfeleik szolgálatában.

A változás egyik jele a jogi szakma régóta fennálló dualista eszményének átalakulása. Sokáig azt állították, hogy az ügyvédek "elkötelezettséggel tartoznak az ügyfél érdekeinek és a közjónak a szolgálatában".¹⁴⁷ Az ügyvédi tevékenységgel kapcsolatos instrumentális nézetek elmélyülésével azonban az ügyvéd közjó iránti önálló kötelezettsége kezdett elenyészni. Figyeljük meg a szakmai etikai kódexek egymást követő változásait. Az 1908-as szakmai kánonok kimondták, hogy az ügyvéd "a szakma becsületét és ügyfele érdekeit szolgálja, amikor szolgáltatást nyújt vagy

¹⁴⁶ Lásd Anthony Kronman, *The Lost Lawyer* (Cambridge, Ma.: Harvard Univ. Press 1993); Sol M.

Linowitz és Martin Mayer, *The Betrayed Profession: Lawyering at the End of the Twentieth Century* (NY: Charles Scribner's Sons 1994); Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society* (NY: Farrar, Straus and Giroux 1994).

¹⁴⁷ Amerikai Ügyvédi Kamara, *A közszolgálat szellemében: A Blueprint for the Rekindling of Lawyer Professionalism* (Chicago: American Bar Association 1986). 10

olyan tanácsot ad, amely arra irányul, hogy az ügyfelet és vállalkozását az erkölcsi törvények legszigorúbb elveinek pontos betartására ösztönözze."¹⁴⁸ Az ügyvéd lelkiismeretének volt végső szava a döntésekben. A következő változat, az 1969-es ABA Model Code of Professional Responsibility (Az ügyvédi felelősség modellkódexe) érezhetően fedettebb nyelvezetet használt: "Ügyfelének a megfelelő döntés meghozatalában való segítése során az ügyvéd számára gyakran kívánatos, hogy rámutasson azokra a tényezőkre, amelyek olyan döntéshez vezethetnek, amely erkölcsileg is igazságos, valamint jogilag is megengedhető."¹⁴⁹ Ezt a szerény tanácsot rögtön követte a következő: "Végső soron... az ügyvédnek mindig szem előtt kell tartania, hogy a döntés, hogy nem jogi tényezők miatt lemond-e a jogilag elérhető célokról vagy módszerekről, végső soron az ügyfelet és nem őt magát illeti meg".¹⁵⁰ A jelenlegi változat, az 1983-as ABA Model Rules of Professional Conduct a legkevésbé igényes: "A tanácsadás során az ügyvéd nemcsak a jogra, hanem más megfontolásokra, például erkölcsi, gazdasági, társadalmi és politikai tényezőkre is hivatkozhat, amelyek az ügyfél helyzetére nézve relevánsak lehetnek." A tanácsadás során az ügyvéd nem csak a jogra hivatkozhat.¹⁵¹ Az ügyvédek tájékoztatása arról, hogy az ügyfelek tanácsadásakor az egyéb megfontolások között felvethetik az erkölcsi szempontokat *is* (ma), messze áll attól az állítástól, hogy kívánatos rámutatni az ügyfeleknek, hogy mi az erkölcsileg helyes (1969), ami már visszalépés volt az erkölcsi jog legszigorúbb elveinek pontos betartásának az ügyfelekre való ráerőltetésétől (1908).¹⁵²

Az instrumentalizmus meghonosodása mélyebbre hatol, mint az ügyvédek által a szakmájuk meghatározásának tekintett két eszménykép egyikének eltiprása. Magára a jogi szabályok és eljárások gyakorló jogászok általi megítélésének módjára is kiterjed. Az ügyvédek kielégíthetik

¹⁴⁸ ABA, Szakmai etikai kánonok, supra Canon 32,14.

¹⁴⁹ ABA Model Code of Professional Responsibility (1969), Etikai megfontolás 7-8.

¹⁵⁰ Id.

¹⁵¹ ABA Model Rules of Professional Conduct (1983) Szabály 2.1.

¹⁵² A legutóbbi kódex megalkotását övező tárgyalási folyamatok lenyűgöző tanulmánya azt mutatja, hogy a peres ügyvédek hogyan sorakoztak fel a kamarai elittel és az akadémikusokkal szemben oly módon, hogy tevékenységük nagyobb védelmet élvezzen. Theodore Schneyer, "A szakmaiság mint politika: The Making of a Modern Legal Ethics Code," in Robert Nelson, et. al., *Lawyers' Ideals/Lawyers' Practices: Transformation in the American Legal Profession* (Ithaca, NY: Cornell Univ. Press 1992).

az ügyfelekkel szembeni kötelességük, miközben a törvény szellemében maradnak, a törvényt kötelező érvényű diktátumnak tekintik, amelyet be kell tartani. Vannak gyakorló jogászok, akik így tekintenek a jogra, talán a legelterjedtebbek az idealista kormányzati jogászok körében, akik a jog érvényesítését és a köz szolgálatát látják magukban. Egy másik megközelítés azonban az, amelyben az ügyvédek a törvényt és a jogi eljárásokat a legvégsőkig manipulálják és feszegetik, függetlenül attól, hogy mennyire távol állnak a törvény szellemétől, vagy mennyire ellentétesek azzal. Mindkettő elismert megközelítése a jogászkodásnak.¹⁵³ Talán hasonlóan hangzanak, de a végletekig feszítve a kettő olyan távol áll egymástól, mint a következő: tegyük azt, amit a törvény előír, amikor az ügyfél célját követjük, szemben azzal, hogy tegyünk meg bármit, amikor az ügyfél célját követjük (beleértve a törvény manipulálását vagy kijátszását). Sok ügyvéd a mai gyakorlatban a másodikhoz közelebb álló magatartást képvisel, mint az elsőhöz.

A joggal kapcsolatos második attitűd a jogi egyetemen mélyül el a hallgatókban. Az alábbiakban méltányosan jellemezzük azt, ami az 1970-es évektől kezdve a jogtanítás széles körben gyakorolt módszerévé vált:

A legfontosabb, hogy [az ügyvédeknek] képesnek kell lenniük arra, hogy felfüggeszthessék az ítélőképességüket, és hogy az eléjük kerülő ügy mindkét oldalát meglássák, mert bármelyik ügyet is képviseljék, felkérhetik őket, hogy érveljenek. A jogászprofesszor feladata gyakran az, hogy megváltoztassa a hallgató véleményét, majd ismét megváltoztassa, amíg a hallgató és az osztály meg nem érti, hogy számos helyzetben, amely szakmailag eléjük kerül, teljes szívvvel bármelyik oldalnak szentelhetik képességeiket. Ezután ki kell zárniuk elméjük azon részének nagy részét, amely a másik oldalt látta, és módot kell találniuk arra, hogy lekicsinyeljék és leküzdjék az ellenfél érvelésének egykor általuk erősnek tartott pontjait.¹⁵⁴

¹⁵³ Az ügyvédi munka különböző modelljeinek feltárása megtalálható Rob Atkinson, "A Dissenter's Commentary on the Professionalism Crusade", 74 Texas L. Rev. 259 (1995); Stephen L. Pepper,

"Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering," 104 Yale L. J. (1995).

¹⁵⁴ Linowitz, *Az elárult szakma*, supra 116.

A professzorok rendszeresen megkérik ugyanazt a diákot vagy különböző diákokat, hogy mindkét oldal legjobb érveit fogalmazzák meg. Ezzel a pedagógiai technikával a diákokat arra tanítják, hogy ne vegyenek tudomást a jog kötelező erejéről. Három év után a diákok érthető módon arra a gondolatra jutnak, hogy a jogi szabályok nem mások, mint eszközök, amelyeket az ügyvédek az általuk képviselt oldal érdekében használnak.

A jogi szabályokkal és eljárásokkal szembeni tisztán instrumentális hozzáállással összhangban az ügyvédektől "elvárják, sőt bátorítják, hogy a szabályok minden kiskapuját kihasználják, kihasználják ellenfeleik minden egyes taktikai hibáját vagy tévedését, és minden jogi vagy ténybeli értelmezést az ügyfeleik javára fordítsanak".¹⁵⁵

Robert Gordon írta le ezt a gyakori orientációt:

Az ügyvédek nem követhetnek el bűncselekményeket, és nem segíthetnek az ügyfeleknek bűncselekményeket tervezni. Csak olyan etikai utasításoknak kell engedelmessé válniuk, amelyek egyértelműen szabályokban vannak megfogalmazva, és figyelmen kívül kell hagyniuk a homályos előírásokat. Végezetül nem szabad nyíltan hazudniuk a bírácoknak, és nem szabad bizonyítékokat hamisítaniuk. Ellenkező esetben kihasználhatnak, és ha ez ügyfeleik érdekeit szolgálja, ki is kell használniuk minden rést, kétértelműséget, technikai kérdést vagy kiskaput, a jog vagy a tények minden nem nyilvánvaló és teljesen hihetetlen értelmezését.¹⁵⁶

Hangsúlyozni kell, hogy itt nem arról van szó, hogy minden ügyvéd mindig ilyen korlátlanul instrumentálisan viszonyul a jogi szabályokhoz, de a legtöbb ügyvéd az idő nagy részében így tesz.

Ez a jellemzés nem korlátozódik a magánügyvédekre. Az Egyesült Államok Igazságügyi Minisztériumának Jogtanácsosi Hivatalának hírhedt "kínzási feljegyzése" - amely a foglyok kihallgatásának a kínzás elleni jogi tilalmak által megszabott korlátainak jogi feltárását mutatta be - kiváló példája annak, hogy az ügyvédek kihasználják "minden rést, kétértelműséget",

technikai részlet, vagy kiskapu, bármely nem nyilvánvalóan és teljesen hihetetlenül hihetetlen értelmezése a

¹⁵⁵ Gordon, "Az ügyvédek függetlensége", fentebb. 10.

¹⁵⁶ Id. 20.

jog vagy tények", hogy az USA a lehető legnagyobb mozgásteret biztosítsa a foglyok kihallgatására. Ez az alkalmazandó jogi szabályok szelektív értelmezésének mindennapos jogászgyakorlata volt, amely a kívánt eredményhez vezetett, a kínzás rendkívül magas küszöbértékének meghatározásához: "az a szint, amely általában egy kellően súlyos fizikai állapottal vagy sérüléssel - például halállal, szervi elégtelenséggel vagy a testi funkciók súlyos károsodásával - járna együtt ahhoz, hogy kínzásnak minősüljön".¹⁵⁷ E jogi értelmezés szerint nagy fájdalmat és szenvedést lehet okozni a kínzás elkövetése előtt, ami pontosan az, amit a Bush-kormányzat akart.

Az ügyvédek egy átlátszóan egyszerű lépéssel jutottak el oda. A kínzást tiltó amerikai törvény a kínzást "súlyos" fájdalomként és szenvedésként írta le, anélkül, hogy meghatározta volna, mi a "súlyos". A Jogtanácsosi Hivatal ügyvédei a "súlyos fájdalom" legszigorúbb definícióját keresték meg, amelyet találtak, és ez történetesen egy biztosítással kapcsolatos jogszabályban szerepelt, amely a sürgősségi orvosi állapotok meghatározásakor a szervi elégtelenséget és a halált említette.¹⁵⁸ Ezért a kínzást úgy határozták meg, hogy az olyan sérüléssel jár, amely a szervi elégtelenség és a halál szintjére emelkedik. Ezeknek a jogászoknak nem az volt az elsődleges célja, hogy kitalálják, mit akar a törvény tiltani - a "kínzást" -, hanem az, hogy a törvény olyan vitatható értelmezését alkossák meg, amely lehetővé teszi számukra, hogy elérjék, amit akartak - hogy a lehető legnagyobb fájdalom alkalmazásával rávegyék a foglyokat, hogy beszéljenek, és hogy jogi fedezetet nyújtsanak, ha a kínzásra fény derül.

Amikor ez a feljegyzés napvilágot látott, az Abu Ghraib börtönben elkövetett kínzások nyilvánosságra kerülése után, a közvélemény felháborodott. E feltárás szempontjából a leglényegesebb az, hogy

¹⁵⁷ Jay S. Bybee főügyész helyettes feljegyzése a Fehér Ház tanácsosának, Alberto Gonzales bírónak,

augusztus 12002,, 6.

¹⁵⁸ Lásd Robert Vischer, "Legal Advice as Moral Perspective", megjelenés előtt, Florida Law Review (2005).

leleplező volt a jogászok viszonylag nyugodt reakciója, amelyet egy jogtudós foglalt össze, aki megjegyezte a kontrasztot a közvélemény megdöbbenésével:

A jogi szakma nagy része... drámaian másként fogadta a hírt. Charles Fried például megvédte az OLC munkáját, azt állítva, hogy "[a]zzal nincs semmi baj, ha bármilyen témát megvizsgálunk, hogy kiderítsük, mik a jogi követelmények."Eric Posner és Adrien Vermeule úgy jellemezte az elemzést, mint "szokásos ügyvédi munkát, rutinfeladatot". Azok a jogászok, akik bíralták a memorandumokat, a jogi elemzés hiányosságaival foglalkoztak...¹⁵⁹

Bár a kínzás témája minden volt, csak nem rutinszerű, a feljegyzés valóban rutinszerű anyag volt abban az értelemben, hogy minden ügyvéd, aki elolvassa, ismerősnek találja az érvelési stílust, amely a törvény eszközszerű manipulálásával a kívánt cél eléréséhez vezet. Az ügyvédek ezt csinálják.

A szabályok iránti instrumentális orientáció teljes normalitása nyilvánvaló, ha figyelembe vesszük az érintett szereplőket. A feljegyzés egyik szerzője, Jay Bybee, kiváló jogász, aki jelenleg az Egyesült Államok fellebbviteli bíróságának, a második legmagasabb szövetségi bíróságnak a tagja. Egy másik szerző, John Yoo, a Berkeley jogi professzora. A feljegyzés címzettje Alberto Gonzales, a texasi legfelsőbb bíróság egykori bírója volt, aki akkoriban a Fehér Ház tanácsosa volt, majd később (a feljegyzés körüli botrányt követően) az amerikai igazságügyi miniszterré, a szövetségi kormány legfőbb jogi tisztviselőjévé léptették elő.

Fried a Harvard professzora, a Massachusetts-i Legfelsőbb Bíróság volt bírója és az Egyesült Államok korábbi főügyésze. Vermeule és Posner a chicagói egyetem professzorai. Mindannyian kiváló jogászok. Ügyvédek minden szinten, mindenféle munkakörben, az épphogy csak boldogulni tudó egyéni ügyvédektől kezdve az ügyészekig és védőikig, a házon belüli ügyvédekig.

¹⁵⁹ Vischer, "A jogi tanácsadás mint erkölcsi perspektíva", supra

a vállalati jogászoktól az elit cégek partnerein át a legfőbb ügyészig megtanították őket arra, hogy a jogi szabályokat és folyamatokat pusztán instrumentális szempontból tekintsék és rutinszerűen kezeljék.

A jogi szabályok alapvetően kötelező erejűek. Még nem világos, hogy milyen következményekkel jár egy olyan jogrendszer, amelyet mindenütt olyan ügyvédek jellemeznek, akik figyelmen kívül hagyják a szabályok kötelező erejét, hogy (bűncselekmény elkövetésétől eltekintve) korlátlanul manipulálják a jogi szabályokat és eljárásokat ügyfeleik érdekében. Vannak arra utaló jelek, hogy az amerikai jogi szakma ebbe az irányba tart.

AZ OKKAL KAPCSOLATOS PERES ELJÁRÁSOK INSTRUMENTALIZMUSA

A közérdekű perek, más néven okperek, a jogi instrumentalizmus mai csúcspontja a bírósági környezetben. Az okok miatti pereskedés jellemzően olyan ügyvédek foglalatában, akik országszerte jogi eljárásokat kezdeményeznek annak érdekében, hogy olyan döntéseket érjenek el, amelyek elősegítik az általuk támogatott konkrét menetrendet. Ezek alapvetően kis, legfeljebb egy tucatnyi ügyvédből álló, jelentős pénzügyi háttérrel rendelkező ügyvédi irodákról szólnak, amelyek "a pereskedés mint a társadalmi változás eszköze iránti elkötelezettséget" követik.¹⁶⁰ Ahogy egy ügyekkel foglalkozó ügyvéd fogalmazott: "A jog természetesen mindig is a változás eszköze volt, de az utóbbi évtizedekben az ügyvédek-aktivisták új fajtájának tudatos, sőt szenvedélyes erőfeszítései révén a változás kedvelt motorjává vált".¹⁶¹ "Az 1950-es évek eleje óta" - jegyezte meg egy megfigyelő - "a bíróságok a legkönnyebben hozzáférhető és gyakran a leghatékonyabb eszköze a

¹⁶⁰ Michael McCann és Helena Silverstein, "A jog "csábításainak" újragondolása: A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States," in *Cause Lawyering*, szerkesztette Austin Sarat és Stuart Scheingold (NY: Oxford Univ. Press 1998). 263.

¹⁶¹ Thomas B. Stoddard, "Vérző szív: Reflections on Using the Law to Make Social Change, 72 NYU L. Rev. (967.9731997).

kormányzat a társadalmi tiltakozó mozgalmak által kívánt közpolitikai változások eléréséhez".¹⁶²

A modern közérdekű peres eljárások eredete, amelyek az 1970-es években indultak be, *Brownban található*. Az NAACP, a jogi védelmi alapítványa révén, egy sor olyan ügyet indított, amelyek a szegregációt, a feketékkel szembeni szavazati korlátozásokat és a faji alapon korlátozó szövetségeket támadták meg. Sikerét követően ezt az úttörő megközelítést más, a társadalmi változásokban érdekelt csoportok is követni kezdték. Abraham Chayes 1976-ban a Harvard Law Review-ban megjelent befolyásos cikke számba vette a jelenséget. Megállapította, hogy ezek a perek annyira példátlanok voltak, hogy "az eljárás csak azért ismerhető fel perként, mert egy bírósági teremben zajlik egy bírónak nevezett tisztviselő előtt".¹⁶³ A jogorvoslat kevésbé egy múltbeli sérelem kompenzálására irányult, hanem inkább előremutató volt, és egy meglévő társadalmi vagy jogi helyzet megváltoztatására irányult. A döntések kevésbé a jogi jogok értelmezésén, hanem inkább közpolitikai kérdéseken fordultak, a jogorvoslatok pedig nem egyszerű kártérítési ítéletek vagy tiltó határozatok voltak, hanem törvényhozásszerű, részletes rendeletek.

Bár ezeket a pereket a "közérdekű pereskedés" nevében folytatták le, Chayes felismerte, hogy a szervezett érdekcsoportok a pereskedést a napirendjük előmozdítására használják fel.

Az ügyek pereskedésének első hullámában többnyire liberális ügyek - környezetvédelem, nők jogai, bevándorlók jogai, melegek jogai stb. - vettek részt. A konzervatív érdekcsoportok - üzleti vállalkozások, a pozitív diszkrimináció elleni fellépés, vallási csoportok stb. - által indított perek az 1980-as évek elejére teljes erővel megjelentek, egybeesve a szövetségi bírói kar általános jobbra tolódásával, amely a

Reagan elnökök által kinevezett konzervatív bírának köszönhető.

¹⁶² Aryeh Neier, *Csak az ítélet*: Wesleyan Univ. Press 1982). 9.

¹⁶³ Abraham Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89Harv.L.Rev. (1281,13031976).

és Bush. Ma már számos bal- és jobboldali csoport van, amelyek a "közjó" nevében pereskednek a legkülönbözőbb érdekek érvényesítése érdekében. Az éles csoportkonfliktusok kontextusában a jognak ennek a tökéletesen instrumentális szemléletének az eredménye az, hogy "a bíróságok az eszmék felsőbbrendűségéért folyó harctérre váltak ebben az országban".¹⁶⁴

A baloldali és jobboldali csoportokat egyesíti, hogy "a jog minden rendelkezésre álló eszközt felhasználják a közérdekről alkotott elképzeléseik megvalósítására".¹⁶⁵ A "pert a reform eszközének tekintik".¹⁶⁶ Az utóbbi időben azonban a közérdekű perek igazi lelkesítői a konzervatív ügyvivők. Az egyik baloldali ügyvivő megjegyezte, hogy 1996 "egyik területen a másik után - az elmeegészségügy, a halálbüntetés védelme, a jólét - a reform paradigmái, amelyekről azt hittük, hogy felépítettük őket, összeomlottak".¹⁶⁷ A liberálisok fájdalmasan megtanulták, hogy az eszközöket ugyanolyan szerencsésen lehet az ember javára vagy ellene használni. Egy bíróság dönthet az abortuszhoz való jog mellett, vagy a pozitív diszkrimináció ellen. A liberálisok ellen fordult az ár olyannyira, hogy az egykor kedvelt eszköz - az okok pereskedése - egyre inkább a másik oldal félelmetes fegyverének tűnt.

INSTRUMENTALIZMUS A BÍRÓI KINEVEZÉSEKBEN

Nathan Glazer politológus 1975-ben azt kérdezte, hogy az amerikai politika végleg eltolódott-e "egy birodalmi igazságszolgáltatás felé"? Annak ellenére, hogy az elnökök elszántan olyan bírákat neveztek ki, akik önmérsékletet tanúsítanak, Glazer megjegyezte, hogy "a Bíróság elkötelezte magát egy olyan

¹⁶⁴ Daniel J. Popeo, "Public Interest Law in the 80's" Barron's, március (2, Popeo 1981, 28 a Washington Legal Foundation, egy konzervatív közérdekű cég főtanácsosa volt); lásd Karen O'Conner és Lee Epstein, "Rebalancing the Scales of Justice: Assessment of Public Interest Law", 7 Harv. J.L. & Pub. Policy

(1984)483,484.

¹⁶⁵ Michael Horowitz konzervatív közérdekű pereskedést támogató nyilatkozata, idézi: Id. 503.

¹⁶⁶ David Wagner, "Jogi aktivizmus - Amikor a konzervatívok törvényt hoznak", Insight Magazine, 1998. augusztus 10., elérhető, a <http://www.insightmag.com> oldalon.

¹⁶⁷ Dean Hill Rivkin, "Reflections on Lawyering for Reform: Is the Highway Alive Tonight?" 64 Tenn. L. Rev. 1064,1069 (1997).

aktivista hozzáállás, nagy hatással az élet különböző területeire.... [és a Bíróság] egyszerűen törvényhozói véleményt nyilvánít a nehéz problémákról".¹⁶⁸ Az azóta eltelt negyedszázadban, amióta ezt a kérdést feltette, a Glazer által azonosított bíróságok expanzív, hatalomszerző magatartása számos megfigyelő szerint állandó maradt, ha nem is romlott. Ez nem csak a Legfelsőbb Bíróságról szól. Az ügyek peres ügyei, a jogviták, a messzemenő jogszabályok és közigazgatási rendeletek értelmezése, a pereskedők szociális igazságosságra irányuló kérései nyomán a bírák egyre gyakrabban hoznak olyan döntéseket, amelyek a társadalmi élet minden területét áthatják, a börtönreformtól az iskolai finanszírozáson át a termékértékesítésig és -tervezésig, az internetes pornográfiáig és a melegházasságig. A 20th. század végén, mondta Robert Bork, "vitatható, hogy az amerikai bírói testület - az amerikai Legfelsőbb Bíróság, amelyet az alacsonyabb szintű szövetségi bíróságok és számos állami bíróság támogat - az egyetlen legerősebb erő, amely kultúránkat formálja".¹⁶⁹ Bár okunk van kételkedni abban, hogy a bíróságok olyan hatékonyan látják el ezt a feladatot, mint ahogyan azt Bork állítja, kétségtelen, hogy nézetét széles körben osztják. Ez a jognak a bírói kar kezében összpontosuló instrumentális hatalmáról szóló nyilatkozat.

Az ebben az esszében tárgyalt gondolatkomplexum logikájának egy ideológiai csatában *kell* tetőznie, hogy ki lesz bíró. Ha egy bírónak jelentős mozgástere van arra, hogy személyes nézeteit belevigye a jogi döntésekbe, és ha a bírácoknak rendkívüli hatalmuk van a társadalmi élet alakítására, akkor elengedhetetlen, hogy a bírói testületet olyan személyekkel népesítsük be, akik osztják az ideológiai nézeteket. A politikai koalíciók a jogalkotás érdekében jönnek és mennek, de a hasonlóan gondolkodó bírák kritikus tömegének elérése egy generációra rögzítheti egy ideológiai nézetrendszer dominanciáját. Ráadásul a bírácoknak hatalmukban áll olyan döntéseket hozni, melyek

¹⁶⁸ Nathan Glazer, "Towards and Imperial Judiciary", *Public Interest*, ő1975, szi szám, "A birodalmi igazságszolgáltatás felé". 115.

¹⁶⁹ Robert Bork, *Slouching Toward Gomorrah* (1996) 96.

a politikai folyamatok felülírása, akár bírósági felülvizsgálat, akár a törvények és rendeletek szűk értelmezésével.

Még ha az egyik csoport hajlamos is lenne tartózkodni attól, hogy sajátos társadalmi elképzelése előmozdításának eszközeként megragadja a bírói posztok feletti ellenőrzést, abból a célból, hogy ne csorbítsa a jog integritását, a helyzet dinamikája szinte elkerülhetetlenül a bírói kinevezésekért folytatott küzdelemhez vezet, ha csak védekezésként is, hogy a bírói posztok ne kerüljenek olyan féktelen ideológiai ellenfelek kezébe, akiknek nincsenek hasonló aggályaik. Egyik fél sem bízhat abban, hogy a másik fél meghátrál, hogy tartózkodik a bírói kar kooptálására tett kísérletektől, ezért minden oldalon részt kell vennie ebben az erőfeszítésben.

Pontosan ezt a harcot látjuk ma a szövetségi és állami bíróságok minden szintjén. A 2005 tavaszán kirobbant csúnya vita arról, hogy a demokrata szenátorok a késleltetés eszközével megakadályozták, hogy Bush elnök legszélsőségesebb bírójelöltjeiről szavazásra kerüljenek, csak a legutóbbi volt a bírák kinevezése körüli, egyre fokozódó és egyre élesebb harcban. Azok a republikánusok, akik a felháborító demokrata obstrukcióra panaszkodnak, kényelmesen elfelejtik "a Clinton-évek fanyar bíróválasztási politikáját, és azt, amit sokan Clinton jelöltjeinek példátlan rossz bánásmódjaként jellemeznének".¹⁷⁰ A republikánusok ideológiai alapon nyíltan ellenezték Clinton kinevezéseit, és szisztematikusan késleltették vagy akadályozták a folyamatot. Amikor Clinton távozott hivatalából, 42 jelöltjét nem erősítették meg, 38-at közülük soha nem hallgattak meg.¹⁷¹ Clinton elnökségének utolsó hat évében a republikánusok "erősen átpolitizált, pártos és megosztó bírói megerősítési eljárást folytattak az alacsonyabb szintű szövetségi bíróságok esetében".

¹⁷⁰ Sheldon Goldman, Elliot Slotnick, Gerard Gryski, Gary Zuk és Sara Schiavoni, "W. Bush Remaking the

Judiciary: Like Father Like Son?" 86 *Judicature* (2003)282,294.

¹⁷¹ John Anthony Maltese, "Megerősítési patthelyzet: Bill Clinton és George W. Bush alatt", 3 *Journal of Appellate Practice and Process* 1,21 (2003).

bírák."¹⁷² A republikánusok a maguk részéről a Ronald Reagan által a Legfelsőbb Bíróságra jelölt Robert Bork kifogástalanul képzett jelöltjének ideológiai indíttatású kirúgása miatti korábbi egyedülálló felháborodásra mutatnak rá, amely igazságtalanság miatt még mindig forronganak.

Regan, George H.W. Bush és George W. Bush elnökök mindannyian szisztematikusan ideológiai alapon vizsgálták a szövetségi bírói kinevezéseket. Clinton elnök - sok baloldali támogatója megdöbbenésére - úgy tűnt, hogy általában nem törődik a bírói kinevezésekkel, és többnyire mérsékelt kinevezéseket tett. Most mind a republikánusok, mind a demokraták, és számos külső politikai csoport is éberrel figyel a leendő bírák ideológiájára a kinevezési eljárás során.

A szövetségi bírói kinevezések körüli viták kapták az országos figyelem nagy részét, de ugyanilyen heves ideológiai küzdelmek zajlanak állami szinten is. A bírák harmincnegyzett államban állnak választás előtt, vagy első fokozaton, vagy az egyéves ciklus után történő megtartásukért. Az 1990-es évek elejétől kezdve a médiában és a tudományos életben is széles körű riadalmat keltettek az egyre vitatottabbá váló bírói kampányok. Egy rövid mintavétel az ország minden tájáról származó beszámolókból: "az eddigi legkeményebb állami bírói versenyek" (Wisconsin); "a legdühösebb és legdrágább" (Nyugat-Virginia); "a legvadabb eredmények" (Texas); "meglepő és rendkívüli" (Nevada); a bírói választások mindenütt "zajosabbá, csúnyábbá és költségesebbé" váltak.¹⁷³ A fenti államokon kívül Oklahoma, Tennessee, Alabama, Ohio, Kalifornia, Mississippi, Idaho, Dél-Karolina, Florida, Florida, Idaho, Louisiana és Michigan államokban is maró bírói választások zajlottak.

¹⁷² Sheldon Goldman, Elliot Slotnick, Gerard Gryski és Gary Zuk, "Clinton bírái: 84Judicature 228, (2542001).

¹⁷³ Steven P. Croley, "A többségi nehézség: Chicago: A választási bírói testület és a jogállamiság," 62Chicago L. Rev. (689,7341995) (idézetek kihagyva).

választási kampányok az 1990-es évek óta, és az idő múlásával egyre rosszabb.¹⁷⁴ "A 2000-es bíróválasztás példátlan volt, a kampányok sokkal költségesebbek voltak, mint valaha, a külső csoportok részvétele pedig sokkal aktívabb és csúnyább, mint bármikor, sőt "aljas", "nemzeti szégyen", "íz-ig-vérig romlott"."¹⁷⁵ Most dollármilliók áramlanak ezekbe a bírói kampányokba - két évtizeddel ezelőtt még soha nem látott összegek -, amelyek túlnyomó része olyan csoportoktól származik, amelyek olyan bírák megválasztására törekszenek, akiket az érdekeik szempontjából barátságosabbnak tartanak.

Mind szövetségi, mind állami szinten a bírák kinevezése vagy megválasztása körüli csaták az abortusz bírói kezeléséről, a bűnözéssel szembeni keménységről, a kártérítési reformról, a fegyverkorlátozásról, a vállalkozásokkal szembeni barátságról vagy ellenségességről, a családi értékekről (melegek jogai), a pozitív diszkriminációról, a vallás helyéről a közintézményekben, a halálbüntetésről, a törvényhozás iránti tiszteletről és még sok másról folytak. Mind szövetségi, mind állami szinten a csatározások vezető résztvevői a politikai spektrum bal- és jobboldali "közérdekű" csoportjai - környezetvédelmi csoportok, női csoportok, üzleti érdekvédők, fundamentalista keresztény csoportok stb.¹⁷⁶ Ugyanezen csoportok közül sokan, akik peres ügyeket indítanak, erőteljesen próbálják alakítani az ügyeket tárgyaló bírák ideológiai profilját is, abból a feltételezésből kiindulva, hogy a bíróságok felhasználására irányuló erőfeszítéseik sajátos érdekeik érvényesítésére sikeresebbek lesznek, ha a bírák osztják a mögöttes ideológiai nézeteiket.

¹⁷⁴ Anthony Champagne, "Interest Groups and Judicial Elections", 34 Loyola L.A. L. Rev. 1391 (2000-01); Stephen J. Ware, "Money, Politics and Judicial Decisions: A Case Study of Arbitration Law in Alabama,"

15 Journal of Law and Politics 649 (1999); John D. Echeverria, "Changing the Rules by Changing the Players: 9 NYU Environmental L.J. 217 (2000-01).¹⁷⁵ Roy A. Schotland, "Financing Judicial Elections, 2000: Change and Challenge," 2001 L. Rev. Mich. St. U. Det. C.L. (2001)849,.850
¹⁷⁶ Lásd Anthony Champagne, "Interest Groups and Judicial Elections", 34 Loyola L.A. L. Rev. 1391 (2000- 02).

Néhány megfigyelő szerint nem újdonság, ami ma történik, hogy az Egyesült Államok történelme során a bírakat mindig ideológiai okokból nevezték ki.¹⁷⁷ Ez a megállapítás helytálló - a bírák ideológiai nézetei az USA történelmének korábbi időszakában is előtérbe kerültek a kinevezési döntésekben -, de egyben szörnyen félrevezető is. Az ideológiára való összpontosítás és a hasonlóan gondolkodó bírák kinevezésére való törekvés még soha nem volt ilyen hosszú ideig tartó, ilyen szisztematikus, ilyen szélsőséges, ilyen széles körben elterjedt, ilyen céltudatos és kérlelhetetlen. Az esszé korábbi részeiben tárgyalt témákhoz hasonlóan ez a helyzet is a korábban tapasztaltakon túlmutató jelentős romlást, elmélyülést, durvulást tükröz, ami az instrumentális jogi nézetek elterjedésének és megszilárdulásának köszönhető, miközben a társadalmi javakról éles nézeteltérések vannak.

IVAZ ÁTHATÓ JOGI INSTRUMENTALIZMUS VESZÉLYEI

A fenti áttekintés azt mutatja, hogy az Egyesült Államokban egyik jogi kontextusban a másik után a jogi intézményeken belül és azokon keresztül zajlanak a harcok bizonyos célok érdekében. Ugyanez a folyamat zajlik a törvényhozás és a közigazgatási szabályozás terén is (helyhiány miatt nem tárgyaljuk), ahol több százmillió dollárt költenek kampánytámogatásokra és lobbizásra a kedvező jogi rendszerek biztosítása érdekében. Ez az, ami a jog instrumentális szemléletéből következik az éles konfliktusokkal teli helyzetben. Ezt értettük e dolgozat elején azon az állításon, hogy a hobbsi mindenki mindenki ellen konfliktus átültetésre került a jogi szintérré.

Egy újabb példa a közelmúltból segít a lényeg megértéséhez. 1993-ban a hawaii legfelsőbb bíróság a *Baehr kontra Lewin* ügyben úgy ítélte meg, hogy a hawaii törvény

egyenlőségi védelmi záradékának

¹⁷⁷ Erwin Chemerinsky, "Ideology and the Selection of Federal Judges", 36U.C. Davis L. Rev. (6192003).

Alkotmány előírta, hogy a meleg és leszbikusok házasságot köthessenek.¹⁷⁸ A Lambda Legal, egy meleg ügyekkel foglalkozó pereskedő cég segített az ügyben. *Baehrt* kezdetben a melegszervezetek jelentős győzelemként ünnepelték, az első ilyen győzelemként. A döntés azonban országszerte mozgósította a vallási konzervatívokat, hogy sikeresen ösztönözzék az állami törvényhozásokat olyan törvények elfogadására, amelyek megtiltják az azonos neműek házasságának elismerését. Hawaii ugyanilyen értelmű alkotmánymódosítást fogadott el. A Lambda Legal egy korábbi ügyvédje később összefoglalta az ügy hatását: "Röviden, egyetlen bátorító bírói döntés az ötven állam közül csak egy államban... országos politikai és jogi lavinát indított el, amelynek szörnyű következményei voltak a melegre nézve."¹⁷⁹ Ez az esemény a forgatókönyv szerint játszódott le a massachusettsi 2003 legfelsőbb bíróság döntése után, amely megállapította, hogy az állami alkotmány értelmében a melegeket a házassággal egyenértékű jogok illetik meg.¹⁸⁰ A meleg országszerte ismét ujjongtak. A döntés utóhatásaként San Francisco és több más város tisztviselői számos meglegházasságot kötöttek, amelyekről az országos hírműsorok kiemelten beszámoltak. A következő választásokon tizenegy államban - előre láthatóan - olyan alkotmánymódosításokat fogadtak el, amelyek egyenesen tiltották a meglegházasságot. Egy szövetségi kerületi bíró a Lambda Legal által később benyújtott kereset alapján érvénytelenítette Nebraska alkotmánymódosítását, mivel az sérti az amerikai alkotmányt (ez a döntés minden bizonnyal fellebbezésre kerül).¹⁸¹ Ezt a döntést viszont a konzervatívok annak megerősítéseként idézték, hogy Bush konzervatív bírójelöltjeit meg kell erősíteni.¹⁸² Ennek a jogon belül vívott spirális konfliktusnak nem látszik vége.

¹⁷⁸ *Baehr kontra Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

¹⁷⁹ Thomas B. Stoddard, "Vérző szív: N.Y.U. L. Rev. (967,9881997): Reflections on Using the Law to Make Social Change (Gondolatok a jog alkalmazásáról a társadalmi változás érdekében).

¹⁸⁰ *Goodridge kontra Massachusetts Department of Public Health*, N798.E.2d (941Mass. 2003).

¹⁸¹ "Judge Voids Same-Sex Marriage Ban in Nebraska," New York Times, május A1413,2005,.

¹⁸² Carl Hulse, "Senate Republicans to Open Filibuster War Next Week," New York Times, 2005. május 14., A9.

Talán megnyugtató, ha azt gondoljuk, hogy jobb, ha ezek a csaták a jogi szintén zajlanak, mint az utcán. De eltekintve az összes többi problémától, ami az ilyen csatákkal kapcsolatos, ez nem egy tisztességes harc. A jogi csatározások költségesek. Minél több pénze van valakinek, annál sikeresebben tud harcolni ezen az arénán. Ráadásul a pénzzel rendelkező csoportok megszilárdíthatják előnyüket egy olyan átfogó stratégia összehangolásával, amely magában foglalja a kedvező jogszabályok keresését, a kedvező közigazgatási szabályozások és végrehajtás keresését, a barátságos bírák kinevezését, és az okok pereskedését, mindezt azért, hogy érdekeiket a jogban és a jogon keresztül érvényesítsék. És valóban, bizonyos jól finanszírozott, országos hatókörű csoportok, mint például a vállalatok által finanszírozott amerikai kereskedelmi kamara,¹⁸³ pontosan ezt teszik.

Ennél is kritikusabb, hogy a jogi instrumentalizmus és az általa generált harc legalább két különböző szempontból fenyegeti a jog integritását. A jog megkülönböztető jellemzője mindig is az volt, hogy a közhatalom megnyilvánulása, amelyet a *közjó érdekében kell* gyakorolni. A jog legitimitása, az engedelmességre való igénye ezen az igényen alapul. E jellemző nélkül a jog nyers kényszerítés. Ha a jog üres edény, egy olyan eszköz, amelyet meg lehet tölteni és alkalmazni lehet bármely csoport előnyére, amely sikeresen ellenőrzi, akkor a jog a közhatalom magánelőnyökre való alkalmazását jelenti, egy magánprogram megvalósítása érdekében. Ha ez a helyzet, akkor nem nyilvánvaló, hogy miért lenne kötelességünk betartani a törvényt. Ha egyre több ember lesz ezen a véleményen, a jog elveszítheti azt a széles körű, rutinszerű önkéntes jogkövetést, amelytől függ.

A második fenyegetés a kötelező jellegre vonatkozik, amely a jog alapvető megkülönböztető jellemzője, különösen a bírák tekintetében. A joghatóság befolyása miatt

a

¹⁸³ Lásd Public Citizen Report, Congress Watch, *Tom Donohue*: (2005. február): *Az Amerikai Kereskedelmi Kamara elnöke felügyeli a renegát vállalatokat, miközben a vállalati elszámoltathatóság korlátozását szorgalmazza* (2005. február).

Realisták, egyre erősebbé vált az a nézet, hogy a bírák döntései ideológiailag preferált eredményeken alapulnak. A realisták szerint ez a bírák tudatalatti folyamataként működik, akik a jogot ideológiailag színezett lencséjükön keresztül érzékelik. De ez tudatos is lehet: szükség esetén ugyanúgy, ahogyan egy ügyvéd manipulálja a jogi szabályokat az ügyfelek érdekeinek szolgálatában, a bírák is kiforgathatják a jogi szabályokat, hogy elérjék az általuk kívánt célokat. "A "jog"... pusztán eszközökké vagy akadályokká válik, amelyeket a bírának stratégiaileg kell felhasználniuk *a priori* politikai céljaik előmozdítása érdekében".¹⁸⁴

Ez felveti a kérdés lényegét. A jognak a személyes meggyőződések prizmáján keresztül való szemlélése talán elkerülhetetlen, bár a bírák is megpróbálhatják megvizsgálni, hogy az egyes előítéletek milyen hatással lehetnek a döntéseikre. Ami nem elkerülhetetlen, az az, hogy egy bíró a jog kötelező erejének betartása helyett, őszintén próbálva kitalálni, hogy mit ír elő a törvény (bármennyire is homályos), átmenjen a jogi szabályok instrumentális manipulálásába, hogy elérjen egy személyesen kívánt célt, hasonlóan ahhoz, ahogyan egy ügyvéd teszi az ügyfél szolgálatában. Ez áthidalja a nagy szakadékot közöttük, hogy a bírákat arra utasítják, hogy a törvény által meghatározott eredményre jussanak, vagy pedig arra, hogy a bírákat arra utasítják, hogy az általuk preferált eredményre jussanak.

A kritikus kérdés az, hogy a jogról alkotott, végletesen instrumentális nézetek általános elterjedése, és különösen a bírák kinevezésével kapcsolatos instrumentális nézetek elterjedése - akiket egyre inkább *elsősorban* ideológiai nézeteik alapján választanak ki - azt eredményezi-e, hogy több bíró gyakrabban lép át az első orientációból a másodikba. Ezáltal a bírák átállnak a jogi szabályok tisztán instrumentális megközelítése felé. A legtöbb ügy, amelyben döntenek, az lesz, amit személy szerint

előnyben részesítenek, hogy előmozdítsák az őket támogató csoportok céljait, függetlenül attól, hogy

¹⁸⁴ Cornell W. Clayton, "Az igazságügyi politika-alkotás kínálati és keresleti oldala (avagy miért legyünk olyan pozitívak a politika igazságszolgáltatással kapcsolatban?)" 65 Law & Contemp. Probs. 69 (2002).

mit mond a törvény. Ez már nem egy olyan rendszer, amelyben a jogi szabályoknak kötelező ereje van a bírákra nézve. Ez már nem lenne jogrendszer.

V.A REFORMEREK ROSSZUL SIKERÜLT JÓSZÁNDÉKAI

Abból ítélve, amit írtak, elmondható, hogy a realisták megdöbbentek volna a mai jelenet láttán. Hittek a jogban, és abban, hogy az képes az általános társadalmi javak növelésére. Céljuk az volt, hogy jobbá, hatékonyabbá és eredményesebbé tegyék. A realisták megértették, hogy a jogi szabályoknak van egy beépített kötelező, nem instrumentális aspektusuk, amely jogként határozza meg őket. Holmes és Pound, még ha bírálták is a laissez faire nézeteken alapuló bírói döntéseket, csodálták a formalista alaptételeket, különösen azt az alapvető tételt, hogy a jogi szabályoknak van egy kötelező ereje, amelyet - többnyire - követni kell.¹⁸⁵ John Dewey, a jog instrumentális szemléletének erőteljes támogatója kijelentette: "Természetesen minden ok megvan arra, hogy a jogi szabályok a lehető legszabályosabbak és leghatározottabbak legyenek".¹⁸⁶ Szándékaik ellenére az általuk képviselt eszmék következményeiről kiderülhet, hogy aláássák a jog kötelező erejét.

Ez az esszé a jó szándékok sorát idézi fel, amelyek váratlanul rossz következményekhez vezettek. A felvilágosodás gondolkodói el akarták oszlatni a tudatlanságot és a vak babonát, de közben erkölcsi alap nélkül hagytak bennünket, amit ők bizonyára nem akartak és nem is vártak. Bentham meg akarta reformálni a szokásjogot, amelynek nagy szüksége volt rá, ezért az instrumentális megközelítést támogatta, de a célok kérdésére adott utilitarista válasza nem bizonyult kielégítőnek. A jogi realisták progresszív jogászok voltak

¹⁸⁵ Ezt meggyőzően érvel Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Oxford Univ. Press

1996) 1. fejezet; Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (New Haven, Conn: Yale Univ. Press 1977).
¹⁸⁶ Dewey, "Logikai módszer és jog", fentebb. 25.

reformerek, akik meg akarták akadályozni, hogy a formalista bírák akadályokat gördítsenek a szociális jóléti állam elé. Ők a jog instrumentális megközelítését támogatták azzal a felfogással, hogy az a társadalmi szükségleteket szolgálja; mi átvettük az instrumentális felfogást, de elvesztettük a hitet a közös társadalmi javak eszméjében. A Warren-bíróság megpróbált nagyobb társadalmi igazságosságot elérni, de mind a politikai, mind az igazságszolgáltatásban olyan visszahatást váltottak ki, amelyben az általuk támogatott progresszív értékeket ma egy konzervatív bírói kar fenyegeti. A liberális csoportok az általuk kívánt társadalmi változások elérésére használták az okok pereskedését, és most aggódnak, mivel a konzervatív csoportok saját taktikájukat fordítják ellenük.

Nem minden esetben úgy sikerült, ahogy a reformerek remélték vagy várták, legalábbis nem teljesen. Ez nem ok arra a következtetésre, hogy a reformer erőfeszítések hibák voltak. Amellett, hogy abszurd és értelmetlen következtetést levonni, sok eredmény pozitív volt, és az, hogy a reformok nem valósultak meg, talán még rosszabb lett volna.

De befejezésül egy burke-i hangot fogok megütni. Edmund Burke a dicsőséges francia forradalom híres kritikusa volt, aki azt tanácsolta, hogy lehetetlen, ostoba és helytelen minden hagyományt elvetni. Természetesen a társadalom kulturális és politikai intézményeit meg kell vizsgálni, de nem szabad megvetnünk vagy gúnyolódunk rajtuk, és nem szabad mindent megtennünk a teljes megsemmisítésük érdekében. Ha a reformisták kritikai támadásai során hibát követtek el, akkor az az volt, hogy a győzelemre való törekvésükben túl messzire mentek. Támadásaik nagybaniak voltak, a végletekig vitték őket.

Miután a csata felhői eloszlanak, a reformátoroknak maguknak kell építkezniük,

és lehet, hogy rájönnek, hogy az új alapok megépítéséhez szükséges anyagot megsemmisítette a mindent elsöprő pusztító támadás. Azt is felfedezhetik, hogy a csata még nem ért igazán véget, mert soha nem ér véget. Az árnyékban, elkeseredve az elvesztés és az önkényes pusztítás miatt, amit ők

a másik oldal lesz, az ideiglenesen legyőzöttek, akik várják a lehetőséget, hogy a kritikus reformerek által használt taktikákat és érveket a kritikus reformerek ellen fordítsák, de kétszer olyan keserűen és meggyőződéssel.

A sztereotip amerikai történettel ellentétben ennek az esszének nincs előre láthatóan happy endje. Nem lehet tudni, hogy a jogról alkotott instrumentális nézetek elterjedése és elmélyülése meddig fog eljutni, vagy hogy milyen teljes körű következményei lesznek ennek a fejlődésnek. Van azonban elég jel arra, hogy világossá tegyük: ostobák lennénk, ha nem vennénk tudomást róla. Úgy tűnik, hogy egy jogrendszer nem létezhet sokáig anélkül, hogy ne lenne széles körben elterjedt meggyőződés, hogy a jognak megvan a maga integritása. A mindent átható jogi instrumentalizmus ezt veszélyezteti.