

3. A bírósági legitimitás változó értelmezése

Vagy Bassok*

[Ez a fejezet a *Judges as Guardians of Human Rights and Constitutionalism* (Martin Scheinin, Helle Krunke & Marina Aksenova szerk., Edward Elgar Publishing 2016) 50-70. számában jelent meg. A zárójelben lévő számok a megjelent változat oldalszámjai].

[50] A fogalmak megváltoztatják jelentésüket, és ezek a változások befolyásolják azt, ahogyan a valóságot érzékeljük. Amikor Carl Schmitt megjelentette *A politika fogalma* című könyvét,¹ a "politikai" fogalma nem a pártpolitikát jelentette, amit ma általában ennek a fogalomnak tulajdonítunk (legalábbis a közbeszédben). Schmitt a "politikai" fogalmát arra az egzisztenciális - az alkotmányban lehorgonyozott - döntésre használta, amely meghatározza a politia identitását.² Amikor az amerikai bíró, Robert Jackson a *Brown* (1953) megvitatására kijelölt bírói konferencia elején megjegyezte, ³hogy "[ez] a politika kérdése", ⁴akkor a politikát a jogokról és politikákról szóló viták értelmében értette politikán, nem pedig az egzisztenciális politika értelmében, mint Schmitt. Amikor Jesse Choper azt írja, hogy "[a] *Bush kontra Gore* ügyben a végső kérdés - hogy kit válasszanak meg az Egyesült Államok elnökévé - a leg "politikaiabb" kérdés nemzetünkben"⁵, akkor a "politikai" szót a pártpolitikai értelemben használja. Amint ezek a példák is mutatják, a politikai fogalmának különböző jelentései vannak, amelyek az évek során változtak: Schmitt politikai fogalma ma már meglehetősen idegen számunkra.

[51] Az elmúlt évtizedekben tanúi lehettünk a bírósági legitimitás fogalmának megváltozott értelmezésének. Legalábbis az Egyesült Államokban, amikor jelenleg azt mondják, hogy a Legfelsőbb Bíróság (a továbbiakban: a Bíróság) legitimitással rendelkezik, akkor általában arra gondolnak, hogy a közvélemény-kutatások a Bíróság tartósan magas szintű társadalmi támogatottságát mutatják.⁶ Amint azt az alábbiakban részletezni fogjuk, száz évvel ezelőtt, mielőtt a

* A Nottinghami Egyetem jogi karának adjunktusa. A kiváló észrevételekért és visszajelzésekért hálás vagyok Martin Scheininnek, Marina Aksenovának és különösen Helle Krunke-nak. Minden hiba az én hibám.

¹ Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (Első kiadás 1928, George Schwab tr, University of Chicago Press 1976) 26.

² *Lásd pl.* John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Cambridge University Press 1997) 230-36, 251; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory", in David Dyzenhaus (szerk.), *Law as Politics* (Duke University Press 1998) 37, 42-5; Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law* (Duke University Press 1997) 102-3.

³ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. (4831954).

⁴ Bernard Schwartz, "Chief Justice Rehnquist, Justice Jackson, and the Brown Case" (1988) *Sup*1988. Ct. Rev. 245, 253.

⁵ Jesse H. Choper, "Why the Supreme Court Should Have Not Have Decided the Presidential Election of 2000" (2001) *Const*18. Commentary 335,340.

⁶ Jeffery Rosen, "The Supreme Court Has a Legitimacy Crisis, But Not For the Reason You Think" *The New Republic*, 2012. június 11. (a cikk címét a "New York Times/CBS közvélemény-kutatására alapozva, amely szerint az amerikaiaknak csak 44 százaléka helyesli a Legfelsőbb Bíróság munkáját").

a közvélemény-kutatások feltalálása. Még a közvélemény-kutatás 1930-as években történt feltalálása után sem volt hihető, hogy ilyen jelentést tulajdonítsanak neki, egészen az elmúlt évtizedekig, amikor a közvélemény-kutató szervezetek elkezdtek mérni a Bíróság közvélemény-kutatásának támogatottságát. A közelmúltig annak a kijelentésnek, hogy "a Bíróságnak legitimitása van", az volt a hihetőbb értelmezése, hogy a Bíróság tekintélye vagy ítéletei normatívan igazoltak. A normatív legitimitás és a szociológiai legitimitás között természetesen nem feltétlenül van kapcsolat. Ha azt mondjuk, hogy egy bíróság tartósan élvezi a közvélemény támogatását, az nem jelenti azt, hogy ez a támogatás normatív normák szerint indokolt. A közvélemény támogathat egy bíróságot a bírák képességeivel kapcsolatos mítosz alapján akkor is, ha ítéleteik hibásak és nem igazolhatóak. Hasonlóképpen előfordulhat, hogy a közvélemény nem bíz egy bíróságban, mivel az tévesen ítéli meg a normatív normák szerint könnyen igazolható ítéleteit.⁷

Már jóval a közvélemény-kutatások feltalálása előtt is ismert volt az a gondolat, hogy a közvélemény támogathat egy bizonyos álláspontot, bár az nem indokolt.⁸ Más szóval, elismerték azt az elképzelést, hogy a szociológiai legitimitáció különbözik a normatív legitimitációtól. Bár a legitimitás tárgyalásakor a normatív aspektus helyett annak szociológiai aspektusára nagyobb hangsúlyt fektetni igyekvő kísérletek nem korlátozódnak az igazságszolgáltatás legitimitációjára,⁹ a bírói legitimitáció területén a legitimitás új [52] értelmezésének felemelkedése az utóbbi években sokkal mélyrehatóbb volt. Ennek a drasztikusabb elmozdulásnak az oka igen egyszerű. A választott intézmények közvélemény általi támogatottságát az évek során a választásokon keresztül mérték, és így a legitimitás normatív és szociológiai aspektusa közötti feszültséget tárgyalták. Míg a közvélemény-kutatások feltalálása előtt az igazságszolgáltatók és a tudósok néha úgy beszéltek a bíróság legitimitációjának forrásáról, mint amely a közvéleményből ered, a bíróságok szociológiai legitimitációjára vonatkozó adatok csak a közvélemény-kutatások feltalálásával és a bíróságok közvélemény általi támogatottságának mérésével váltak elérhetővé.

Ebben a fejezetben bemutatom a bírói legitimitás új értelmezésének kialakulását, és elemzem annak néhány következményét. Annak érdekében, hogy a két legitimitásfogalom közötti ellentétet világosan bemutassam, először is összehasonlítom Alexander Hamilton 78. számú föderalista diktumát a bírói hatalomról, és azt, ahogyan az amerikaiak jelenleg parafrázálják. Azt állítom, hogy míg Hamilton a bírói testület legitimitását a szakértelem szempontjából tekintette, ma úgy parafrázálják, mintha a bírói testület legitimitását a közvélemény támogatásának szempontjából látná. A második részben kifejtem, hogy a közvélemény-kutatások feltalálása hozta létre ezt a forradalmat a Bíróság legitimitásának forrásainak megértésében. E szakasz végén hangsúlyozom, hogy a

⁷ Vagy Bassok, "The Sociological-Legitimacy Difficulty" (2011) 26 J.L. and Pol. 239, 268-71.

⁸ Max Weber, *Gazdaság és társadalom*: G. Roth és C. Wittich (szerk.), University of California Press 1978) (bemutatja a feszültséget az uralkodó testület legitimitási igénye és az alattvalóknak a legitimitásába vetett hite között).

⁹ Betancourt és Alejandro Ponce, "A politikai elfogadás mint a politikai legitimitás alternatívája vagy kiegészítője: Concept, Measurement and Implications" (tervezet, 2015) (a kormányzati legitimitásról szóló vitában a politikai legitimitás bizonyos normatív aspektusokkal rendelkező fogalmának felváltását javasolja a "politikai elfogadás" tisztán szociológiai fogalmával, "amely nem feltétlenül von maga után normatív implikációt az elfogadás indokoltságára vonatkozóan").

a bírósági legitimitás új értelmezése nem jelenti azt, hogy a bíróságoknak követniük kell a közvélemény támogatását. Egy bíróság a legitimitást a nyilvánosság támogatása szempontjából is értelmezheti, és mégis követheti a jogi szakértelmet, ha úgy véli, hogy ez a stratégia a nyilvánosság támogatása szempontjából előnyös lesz.

Az alkotmányosság és a "népszuverenitás" közötti összeütközés, más néven az ellentétbbségi nehézség sok évtizeden át foglalkoztatta az amerikai alkotmányos gondolkodókat.¹⁰ A közvélemény-kutatás térhódítása a népszuverenitás új formáját vezette be: a közvélemény-kutatások mennyiségi eredményeit. A harmadik részben az ellentétbbségi nehézség értelmezésének fejlődését tárgyalom, mint olyan fogalmi keretet, amelyen keresztül a bírói legitimitás új értelmezésének felemelkedése kimutatható.

Ötletek utaznak. Mielőtt befejezném, bemutatom, hogy az igazságszolgáltatás legitimációs forrásának megértésében bekövetkezett változás az Egyesült Államokban hogyan hatolt be mind a bírói, mind a tudományos írásokba az Egyesült Államokon kívül. Két példát hozok fel: egy [53] tudományos beszámolót a dél-afrikai alkotmánybíróság munkájáról annak első tíz évében, amely azt példázza, hogy a bírói legitimitás megértésében bekövetkezett változás hogyan hat az USA-n kívüli bíróságok tudományos elemzésére. Az izraeli Legfelsőbb Bíróság azon kijelentései, miszerint legitimitása a "közbizalomból" ered, arra szolgálnak, hogy bemutassák a változás hatását az USA-n kívüli bíróságokra.

1. Hamilton komolyan vétele

A legitimitás fogalmának több arca van. Egyik arca normatív, a másik szociológiai.¹¹ A bíróságok intézményi legitimitásával összefüggésben a legitimitás normatív értelmezése szerint a bíróság addig élvez intézményi legitimitást, amíg tekintélye normatívan igazolható. Például azzal lehet érvelni, hogy a bíróság tekintélye mindaddig indokolt, amíg megfelelően védi az alkotmányban rögzített emberi jogokat. A legitimitás szociológiai értelmezése szerint egy bíróság addig élvez intézményi legitimitást, amíg a nyilvánosság viszonylag hosszú időn keresztül támogatja.¹²

Alexander Hamilton 1788-ban a 78. számú föderalista művében híres módon kijelentette, hogy "[a]z igazságszolgáltatásnak éppen ellenkezőleg, nincs befolyása sem a kardra, sem a pénztárcára. . . Valóban lehet

¹⁰ *Lásd pl.* Barry Friedman, "Egy akadémiai megszállottság születése: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five" (2002) Yale 112 L. J. 153.

¹¹ *Lásd* Richard H. Fallon, Jr., "Legitimacy and the Constitution" (2005) Harv 118. L. Rev. (a legitimitás három fogalmát 1787elemzi: jogi, szociológiai és erkölcsi).

¹² *Lásd pl.* C.K. Ansell, "Legitimitás: Baltés (szerk.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Elsevier 2001) 8704-6.

azt mondják, hogy nem rendelkezik sem erővel, sem akarattal, hanem csupán ítélőképességgel; és végső soron a végrehajtó kar segítségétől kell függenie még ítéleteinek hatékonysága tekintetében is.¹³

Hamilton szerint a kormány támogatása, amely elengedhetetlen a Bíróság ítéleteinek hatékonyságához, azért van meg, mert a végrehajtó hatalom elismeri a Bíróság *ítéletének* értékét, és nem azért, mert fél a közvélemény reakciójától. Még ha a Bíróság olyan ítéletet hoz is, amely ellentétes a közvéleménnyel vagy a kormány érdekeivel, a kormány akkor is végrehajtja az ítéletet, ugyanúgy, ahogyan egy beteg is eleget tesz a neki fájdalmat okozó kezelésnek. Hamilton tehát a [54] Bíróság hatalmát "csupán" a bírósági szakértelemre alapozta; nem pedig a bíróság közvélemény általi támogatására.¹⁴

2012-ben Pamela Karlan így fejezi be *Demokrácia és megvetés*¹⁵ című harvardi előszavát: "Alexander Hamilton kissé tévedett, amikor azt írta, hogy a bírói karnak "sem ereje, sem akarata nincs, csupán ítélőképessége; és végső soron a végrehajtó kar segítségétől kell függenie még ítéleteinek hatékonysága szempontjából is". A bírói karnak végső soron a néptől kell függenie".¹⁶

Más szóval, Karlan a nyilvánosság támogatását tekinti a Bíróság hatalmának forrásának. Még ha a Bíróságnak nincs is szakértelme, amíg a közvélemény támogatását élvezzi, addig megfelelően fog működni.

Nem meglepő, hogy Karlan közhelynek tekinti azt az elképzelést, hogy a Bíróságnak a közvélemény támogatására van szüksége ahhoz, hogy megfelelően működjön, és azt sugallja, hogy Hamilton ("kissé") tévedett. A Bíróság közvélemény általi támogatása és a Bíróság megfelelő működésének képessége közötti kapcsolat gondolata olyannyira erőteljessé vált az amerikai diskurzusban, hogy mára a barthes-i értelemben vett mítosszá vált. Természeté vált.¹⁷ Ma már szinte teljes konszenzus van az amerikai tudósok között abban, hogy mivel a Bíróság nem rendelkezik közvetlenül sem a "kard, sem a pénztárca" felett, a Bíróság megfelelő működéséhez ehelyett szociológiai legitimitációra van szükség.¹⁸ A Bíróság is elismerte, hogy hatalma a szociológiai legitimitáción nyugszik.¹⁹

¹³ The Federalist No. at (78,523 Alexander Hamilton) (Jacob E. Cook (szerk.), 1961).

¹⁴ Lásd Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation* (University Press of Kansas 1999) 54. (kifejtve, hogy Alexander Hamilton szerint "a bíróság egyetlen tekintélyigénye az észérvek ereje és a döntés egyértelmű pontossága").

¹⁵ Pamela S. Karlan, "A Legfelsőbb Bíróság, 2011-es terminus, Előszó: Democracy and Disdain" (2012) 126 Harv. L. Rev. 1, 71.

¹⁶ Karlan, "The Supreme Court, Term 2011" (15. o.), a következő címen 71.

¹⁷ Roland Barthes, *Mythologies* (Első kiadás 1957, Annette Lavers trs, Hill and Wang 1972) 129. ("Itt jutunk el a mítosz alapjához: a történelmet természetessé változtatja.").

¹⁸ Lásd pl. Barry Friedman, "Egy tudományos megszállottság születése: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five" (2002) 112 Yale L.J. 153, 221 ("[M]inden kommentátor azt állította, hogy a bírói hatalom végső soron a népi elfogadottságtól függ."); Michael L. Wells, "'Sociological Legitimacy' in Supreme Court Opinions" (2007) 64 Wash. and Lee L. Rev. 1011, 1016 ("Mint bárki, aki nem egy lakatlan szigeten él, a Bíróságnak, hogy elérje céljait, foglalkoznia kell azzal, hogy mások mit gondolnak róla ... a Bíróságnak ügyelnie kell arra, hogy úgy viselkedjen, hogy a közbizalmat keltse vagy fenntartsa.").

¹⁹ Lásd pl. *Planned Parenthood v. Casey*, U505.S. (833,1992865) (többségi vélemény) ("A Bíróság hatalma inkább a legitimitásában rejlik, amely a tartalom és az észlelés terméke, és amely az emberek elfogadásában

mutatkozik meg.

[55] Így a legtöbb tudós észre sem veszi, ahogy Karlan tette, hogy átfogalmazza azt, amit Hamilton a 78. számú *Federalist*-ben írt, hogy illeszkedjen ehhez az uralkodó felfogáshoz. Ők egyszerűen úgy olvassák Hamiltont, mint aki megerősíti az uralkodó paradigmát. Például James Gibson, Gregory Caldeira és Vanessa Baird "On the Legitimacy of National High Courts" című munkájukban azt írják, hogy "[n]em rendelkeznek még a világ legerősebb bíróságai sem a "pénztárca" vagy a "kard" erejével; a korlátozott intézményi erőforrásokkal rendelkező bíróságok ezért szokatlanul nagymértékben függenek választóik jóindulatától mind támogatás, mind megfelelés tekintetében ... a bíróságoknak más politikai intézményeknél jobban szükségük van a jóindulat mély tartalékára".²⁰ Ugyanebben a szellemenben írja Tom Clark, hogy "Valóban, legalábbis mióta Alexander Hamilton a *Federalist* #78-ban azt írta, hogy a bíróság "sem erővel, sem akarattal nem rendelkezik, hanem csupán ítélőképességgel", az amerikai kormányzat tanulmányozói felismerték, hogy a bíróság hatékonyságát korlátozza a közvélemény és a politikai akarat szükségessége, hogy határozatainak érvényt szerezzen."²¹

Hasonlóképpen, Barry Friedman, aki kitűnő tanulmányt írt a közvéleménynek a Bíróságra gyakorolt hatásáról annak története során, nem tesz különbséget a közvélemény-kutatások feltalálása előtti és az azt követő időszak között.²² Friedman szerint a történet a közvélemény és a Bíróság közötti, szerkezetileg változatlan kapcsolatról szól. Lényegében az ő beszámolója szerint a bírói legitimitást mindig is a közvélemény szempontjából értelmezték, az egyetlen változás az, hogy idővel a bírák egyre jobbak lettek a közvélemény értékelésében.²³ [56] *A Making Our Democracy Work - A Judge's View* című könyvében Stephen Breyer bíró kijelenti, hogy "[a] Bíróság megfelelő működésének biztosítása érdekében magának a Bíróságnak kell segítenie a nyilvánosságnak a Bíróságba vetett bizalmának fenntartásában". Breyer és Friedman könyveire hivatkozva Laurence Tribe és Joshua Matz tudósok zárják a kört, és 2014-es könyvükben azt írják, hogy "[l]ilyenkor a Bíróság, mint bármelyik kormányzati ág, mélyen törődik legitimitásával és a demokratikus társadalmunkban betöltött szerepével".²⁴ Nem érzik szükségesnek megjegyezni, hogy a szociológiai értelemben vett legitimitásra utalnak. Számukra közhelyszerű vagy természetes, hogy a bírói legitimitás azt jelenti, hogy a Bíróság tartósan bírja a közvélemény támogatását.

the Judiciary"); *Republican Party of Minnesota v. White*, U536.S. 765, 817-18 (2002) (Stevens, J., más véleményen). ("Mivel a bíróságok nem rendelkeznek sem a pénztárcával, sem a karddal, tekintélyük végső soron a közvéleménynek azokba vetett hitén alapul, akik a talárt viselik."). *Lásd még* Tom R. Tyler és Gregory Mitchell, "Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights" (1994) 43 *Duke L.J.* 703, 733 ("A bíróság a közvélemény legitimitását hatékonysága szempontjából központi jelentőségűnek tekinti.").

²⁰ James L. Gibson, Gregory A. Caldeira és Vanessa A. Baird, "On the Legitimacy of National High Courts" (1998) 92(2) *Am. Pol. Sci. Rev.* 343. *Lásd még* Richard Davis, *Justices and Journalists* (Cambridge University Press 2011) 19. (idézi a *Federalist* 78. számát, majd hozzáteszi: "[a]nak nincs kényszerítő ereje a döntései érvényesítésére, Ezért a bíróság iránti nyilvános tisztelet a legerősebb fegyver a bírák arsenáljában.").

²¹ Tom S. Clark, *The Limits of Judicial Independence (The Limits of Judicial Independence)* (Cambridge University Press 2011) 67.

²² Friedman beszámolóját lásd Barry Friedman, *The Will of the People* (Farrar, Straus and Giroux 2009). A beszámolójával kapcsolatos kritikámat lásd Or Bassok, "The Supreme Court's New Source of Legitimacy" (2013) 16 *U. Pa. J. Const. L.* 153, 192-3.

²³ Friedman, *The Will of the People* (22. o.), a következő címen 376.

²⁴ Laurence Tribe és Joshua Matz, *Bizonytalan igazságszolgáltatás: The Roberts Court and the Constitution*

(Henry Holt and Company LLT 2014) 5.

A váltás egyértelmű. Hamilton modern "olvasói" számára a döntő kérdés az, hogy a Bíróság szociológiai legitimációval rendelkezik-e, támogatja-e a közvélemény. Hamilton számára a kérdés az volt, hogy a Bíróságnak van-e "ítélőképessége", rendelkezik-e szakértelemmel. Mi történt, ami ilyen drasztikusan megváltoztatta a Bíróság hatalmi forrásának értelmezését? Megtörtént a közvélemény-kutatások feltalálása.

2. A közvélemény-kutatás felemelkedésének hatása a legitimitásról alkotott képünkre

A tudományos közvélemény-kutatásokat az 1930-as években találták fel.²⁵ Miután a Gallup szervezet egy tudományos minta alapján pontosan megjósolta Roosevelttel 1936-os győzelmét az elnökválasztáson (megcáfolva egy magazin ellenkező előrejelzését, amely egy több mint kétmillió levélsvavazó nem tudományos felmérésén alapult), az amerikai közvéleményben rögzült az az elképzelés, hogy a közvélemény viszonylag kisszámú tudományos mintája pontosan tükrözheti az egész nemzet közvéleményét.²⁶ Az állandó közvélemény-kutatások több évtizede átformálta a demokratikus legitimitás fogalmát az Egyesült Államokban. Az 1980-as évek és a "közvélemény-kultúra" kialakulása óta a közvélemény-kutatások [57] a közbeszédben a demokratikus legitimitáció mérvadójaként szolgálnak.²⁷ A "közvélemény" kifejezés a közvélemény-kutatási eredmények szinonimájává vált.²⁸ A legitimitás sok tekintetben a közvélemény-kutatásokban kifejezett közvélemény támogatásának szinonimájává vált.²⁹ A legitimitás általános értelmezésének ez a változása olyan mélyen behatolt az amerikai pszichébe, hogy szinte láthatatlanná vált. Például az Egyesült Államokban mind a progresszív, mind a konzervatív hírmédia számos közügyekről szóló vitát a közvélemény-kutatások eredményeinek bemutatásával zár le. A tartós nézeteltérések által lekötött valóságban ezek a közvélemény-kutatások "egyértelmű" válaszokat kínálnak, és a normatív érvelésen alapuló válaszok helyébe lépnek.

²⁵ Lásd pl. John Durham Peters, "Historical Tensions in the Concept of Public Opinion" in Theodore L. Glasser, Charles T. Salmon (szerk.), *Public Opinion and the Communication of Consent* (The Guilford Press 1995) 3, 14 ("By the 1920s and 1930s, public opinion was reconceived as a measurable quantity that could be tapped by survey research.").

²⁶ Lásd James S. Fishkin, *The Voice of the People* (Yale University Press 1995) 77-8.

²⁷ Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (Harvard University Press 2010) 75-6; Sarah E. Igo, *The Averaged American* (Harvard University Press 2007) 12-13, 18-19 (bemutatja, hogy a közvélemény-kutatások eredményei jelentős tekintéllyel bíró társadalmi tényekként szolgálnak).

²⁸ Lásd George F. Bishop, *The Illusion of Public Opinion* (Rowman and Littlefield 2005) 6; Susan Herbst, *Numbered Voices* (University of Chicago Press 1993) 63 ("az 1940-es évektől napjainkig író tudósok kénytelenek voltak megküzdeni azzal a felfogással, hogy a közvélemény-kutatások a közvélemény szinonimájává váltak"); Amy Fried és Douglas B. Harris, "Governing with the Polls", (2010) 72 *The Historian* 323-4321., 353.

²⁹ Lásd Zizi Papacharissi, "The Virtual Sphere 2.0" in Andrew Chadwick and Philip N. Howard, *Routledge Handbook of Internet Politics* (Routledge 2009) 230, 233 ("politikusok, véleményvezérek és a média gyakran támaszkodnak a közvélemény-kutatásokon keresztül kapott közvélemény-összesítésére").

A politikai hatalom birtokosai már jóval a közvélemény-kutatások feltalálása előtt is figyeltek a közvéleményre, de a közvélemény hangoztatásának módja megváltozott. A közvélemény-kutatások feltalálásáig a választásokon kívül nem volt olyan adatforrás, amely közvetlen, rendszeres és megbízható mérést tudott volna adni a közvéleményről.³⁰ Tekintettel arra, hogy a választások mint a politikai nézetek artikulálásának módja korlátozott,³¹ a Bíróssággal kapcsolatos közvélemény-kutatásokra csak közvetve, durva és pontatlan módon lehetett következtetni, azokon a ritka alkalmakkor, amikor a Bíróság az országos elnökválasztási kampányok [58] témája volt.³² A közvélemény-kutatások feltalálásáig a választott hatalmi ágakat tekintették a közvélemény fő reprezentációjának. A Bíróság elleni támadásai a Bíróság csökkenő közvéleményi támogatottságának legfőbb tájékoztató jeleként szolgáltak. A választott képviselők mindig azt állíthatták, hogy álláspontjukat a közvélemény támogatja, és nem volt olyan elfogadott nyilvános mutató, amely megcáfolhatta volna állításukat.³³

A Gallup már az 1930-as évek végén elkezdett közvélemény-kutatásokat végezni a Bíróság iránti közbizalom mérésére, de csak az 1960-as években kezdte el a Gallup és a Harris szervezet szisztematikusan nyomon követni a Bíróság és döntései iránti közvélemény támogatását.³⁴ A Bíróság közvélemény-kutatásának nyomon követhetősége, e támogatás (gyakran a népszerű média által közzétett) nyilvános nyilvántartása, valamint a közvélemény-kutatások tudományos vonzereje a közvélemény-kutatások által a Bíróságba vetett közbizalmat a közvélemény képzeletében "valóságosabbá" tette.³⁵ A közvélemény-kutatások mint megbízható mérőszámok megjelenése, amelyek a Bíróság iránti közbizalmat mérik és nyilvánosan bizonyítják, a történelem során először tette lehetővé, hogy a Bíróság legitimitását a közvélemény támogatásának tükrében vizsgáljuk.

³⁰ Lásd Robert S. Erikson, Norman R. Luttbeg, Kent L. Tedin, *American Public Opinion: Its Origins, Content and Impact* (2nd. kiadás, Wiley 1980) ("A közvélemény-kutatások megjelenése előtt, az 1930-as évek elején, sokkal pontatlanabb mérésekre kellett hagyatkozni, hogy mit gondol a közvélemény A közvélemény-kutatás előtt azonban a közvélemény értékelésének legmegbízhatóbb módszere a választási eredmények értelmezése volt, és az alkalmi népszavazások, amelyeknek sikerült utat találniuk a szavazólapokra.").

³¹ Lásd pl. Barry Cushman, "Mr. Dooley és Mr. Gallup: Public Opinion and Constitutional Change in the 1930s" (2002) 50 Buff. L. Rev. 7, 10-12 ("a szavazat nem egy különösen artikulált politikai kifejezési eszköz "Honnan tudjuk megmondani, hogy a közvélemény az emberre vagy a platformjára szavaz-e?")").

³² Lásd pl. Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* 189-90 (Oxford University Press 2004) ("Közvélemény-kutatási adatok vagy a közvéleményről való finomabb képet adó egyéb eszközök hiányában nehéz pontosan felmérni a közvélemény hangulatát egy olyan kérdésben, mint a bírói felsőbbtség."); Owen M. Fiss, *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910* (First Published Cambridge 1993, University Press 2006) 3-5 (a Bíróság az 1896-os és az 1912-es elnökválasztások egyik fő témája volt).

³³ Vö. Clark, *The Limits of Judicial Independence* (21. o.) 255-771,80, ("kifejezetten azt próbáltam bemutatni, hogy a Bíróságot ért kongresszusi támadások a közvéleményre vonatkozó intézményi jelzéseként értelmezhetők."); Jeffrey Rosen, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America* (Oxford University Press 2006) 9 ("az amerikai történelem nagy részében az amerikai nép alkotmányos nézeteinek legmegbízhatóbb képviselője a Kongresszus volt").

³⁴ Lásd Thomas R. Marshall, *Public Opinion and the Rehnquist Court* (State University of New York Press 2008) 1-2. ("Az 1930-as évekig nem volt közvetlen teszt, amely alapján meg lehetett volna állapítani, hogy a Legfelsőbb Bíróság döntése összhangban van-e az amerikai közvéleménnyel."), 29, 77; Gregory A. Caldeira, "Neither the Purse nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court" (1986) Am80. Pol. Sci. Rev. 1209, 1210-12.

³⁵ Lásd pl. Fried és Harris, "Governing with the Polls" (28. o.) 323. o. (maga a közvélemény is "valóságosabbá"

vált, így a politikai legitimitás politikai forrásává vált).

[59] Igaz, jóval a közvélemény-kutatások feltalálása előtt a Bíróság már megállapította, hogy az "a befolyás, a közbizalom révén működik".³⁶ Az ilyen jellegű állítások a nyilvánosságtól kapott leveleken, médiavisszhangon stb. alapuló impresszionista visszaemlékezésekre támaszkodtak.³⁷ A Bíróságot története során végig érdekelte a közvélemény, de mivel nem volt olyan elfogadott mérőszám, amely a Bíróság közvélemény általi támogatását bizonyította volna, a *választott képviselőknek* monopóliuma volt a közvélemény támogatásán alapuló legitimitációs igényre.³⁸ A Bíróság legitimitását elsősorban normatív értelemben értelmezték. Nem csoda tehát, hogy az amerikai alkotmányos diskurzus hosszú éveken át megszállottan kereste a Bíróság jogalkotás feletti bírói felülvizsgálati jogkörének igazolását.³⁹ Ami a szociológiai legitimitást illeti, a közvélemény-kutatás feltalálása előtt az a nézet volt elterjedt, hogy a kormányzat egészének van szüksége a közvélemény támogatására (és nem az egyes intézményeknek).⁴⁰

A közvélemény-kutatások feltalálásával és a közvélemény-kultúra térhódításával azonban az amerikai [60] diskurzusban közhelyé vált az az állítás, hogy a Bíróság legitimitását a közvélemény támogatottsága alapján kell értelmezni. A tudósok ma már egyetértenek abban, hogy "[a]z igazságszolgáltatás - a végrehajtó és a törvényhozó hatalomhoz hasonlóan - legitimitása a nyilvánosság támogatásától függ".⁴¹

Fontos hangsúlyozni, hogy a Bíróság legitimitásának a tartós társadalmi támogatottság szempontjából történő értelmezése nem jelenti azt, hogy a Bíróságnak követnie kell a közvéleményt. A bíróságok jogi szakértelem felmutatásával is szerezhetnek közvéleményt. Ha azonban a Bíróság legitimitását nem normatív, hanem szociológiai szempontból értelmezzük, az megváltoztatja azt a kritériumot, amely alapján a Bíróság döntéseit értékeljük. Ahelyett, hogy a Bíróság intézkedéseit normatív indoklásuk alapján vizsgálnánk, a Bíróság intézkedéseit a Bíróság közvélemény támogatásának biztosítása szempontjából értékeljük. Az ellen-

³⁶ *Lásd* Holmes v. Jennison, 39 U.S. 540, 618 (1840) ("A Bíróság hatalma erkölcsi, nem fizikai; befolyása, a közvélemény bizalma révén működik azon elvek szilárdságában és egységességében, amelyek alapján eljár; nem pedig pusztán bírósági tekintélye révén, amely ellen nem lehet fellebbezni."). ..."); United States v. Lee, 106 U.S. 196, 223 (1882) ("Bár az Alkotmány a bírósági részleget a három nagy hatalmi ág egyikeként ismeri el, amelyek között a kormány összes hatalma és funkciója megoszlik, természeténél fogva a leggyengébb mind közül [W]ith no a pártfogás és a pénztárca vagy a kard ellenőrzése nélkül, hatalmuk és befolyásuk kizárólag azon a közérzeten alapul, hogy szükség van egy olyan bíróságra, amelyhez mindenki fordulhat az Alkotmány és az ország törvényei által garantált jogok érvényesítése és védelme érdekében, valamint a döntéseik megalapozottságába és indítékai tisztaságába vetett bizalmon.").

³⁷ *Lásd pl.* Jeff Shesol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court* (W. W. Norton and Company 2010) (305"1937 volt egy azonnali, bár hiányos mércéje a közvéleménynek: a távirat. És e mérce szerint Roosevelt terve kezdettől fogva nagyon komoly bajban volt.").

³⁸ Fried és Harris, "Governing with the Polls" (28. o.) (341" a közvélemény-kutatások feltalálásáig a kongresszus a közvélemény volt").

³⁹ *Lásd pl.* Robert Justin Lipkin, *Constitutional Revolutions* (Duke University Press 2000) 7-9. ("A bírói kontextusban a legitimitás problémája a Bíróság azon hatáskörére összpontosít, hogy a többségi hatalmi ágak jogalkotási aktusait megsemmisítse.").

⁴⁰ *Lásd* Bassok, "The Supreme Court's New Source of Legitimacy" (22. o.) 160. o.

⁴¹ Benjamin J. Roesch, "Tömegellenőrzés: A többségi bíróság és a közvélemény tükröződése a doktrínában" (2006) Suff39. L. Rev. 379379.; *lásd még pl.* David B. Rottman és Alan J. Tomkins, "Public Trust and Confidence in the Courts: What Public Opinion Surveys Mean to Judges" (1999) 36 Court Review 24, 24 ("Egy olyan bíróság, amely nem élvez a nyilvánosság bizalmát vagy bizalmát, nem számíthat arra, hogy hosszú ideig hatékony

vitarendezőként, megbecsült büntetéskezesként vagy értékes tanácskozó testületként működhet.").

A majoritárius nehézség, amelyet a következő részben részletesen tárgyalunk, kiváló fogalmi keretet biztosít ennek a fejlődésnek az észlelésére.

3. Az ellentöbbségi nehézség mint a legitimitás megértésében bekövetkezett elmozdulás feltárásának kerete

Alexander Bickel *A legkevésbé veszélyes ág* (1962) című könyvét még a közvélemény-kultúra kialakulása ⁴²előtt írta. Mégis az általa megalkotott nehézség - az ellentöbbségi nehézség (a továbbiakban: CM nehézség) - úgy olvasható, mintha éppen a közvélemény korára találták volna ki. Pedig nem lehet megkerülni: Bickel nem ilyen értelemben értette meg a nehézséget azon egyszerű oknál fogva, hogy a Bíróság támogatottságát vizsgáló közvélemény-kutatásokat az 1960-as évek elejéig nem végeztek rendszeresen. Ráadásul az 1960-as évek elején - abban az időszakban, amikor *A legkevésbé veszélyes ágat* írták - a közvélemény-kutatások még nem érték el a közbeszédben a közhangulat megbízható tükörképeként a mai státuszukat.⁴³ Emiatt Bickel még mindig írhatta, hogy "[m]égis biztos, hogy egyetlen demokrácia sem működik úgy, hogy a napi kormányzati tevékenységek széles skálájáról [61] folyamatos orrszámlálásokat végeznek".⁴⁴ Nem feledkezett meg azonban az új közvélemény-kutatási technológia lehetséges hatásairól a Bíróság szerepére, és kifejtette, hogy "[a]z a politikai intézmények alkalmasabbak arra, mint a Bíróság, hogy megtalálják és kifejezzék a létező konszenzust - legalábbis addig, amíg a közvélemény-kutatás tudománya nem fejlődik tovább, mint amennyire jelenleg fejlődik".⁴⁵

A Bickel által értelmezett CM nehézség tehát nem a közvélemény-kutatások által tükrözött többséggel való szembeszegülés volt.⁴⁶ Eredeti bickeli értelmében a CM nehézség a távolról számon kérhető bírák nehézségét veti fel, akiknek joguk van a választók által számon kérhető képviselők által hozott jogszabályok érvénytelenítésére.⁴⁷ A közelmúltban felmerült szó szerinti értelmezés szerint a nehézség akkor merül fel, amikor a bírák olyan jogszabályokat semmisítenek meg, amelyeket a közvélemény-kutatások szerint a többség támogat.

A két CM nehézség megkülönböztetése azért fontos, mert lehetővé teszi számunkra, hogy a gondolkodásunkat strukturáló formális fogalmi keret segítségével feltárjuk a legitimitás két fogalma mögött meghúzódó különböző logikákat. A CM nehézség hagyományos megfogalmazása szerint, mivel a Bíróság strukturálisan nem elszámoltatható intézményként van kialakítva, nem tudja megoldani a CM

⁴² Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Bobbs-Merrill 1962).

⁴³ *Lásd pl.* Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (27. o.) 74. o.

⁴⁴ Bickel, *A legkevésbé veszélyes ág* (42. o.) 17.

⁴⁵ Bickel, *A legkevésbé veszélyes ág* (42. o.) 239.

⁴⁶ Vagy Bassok, "The Two Countermajoritarian Difficulties" (2012) St32. Louis U. Pub. L. Rev. 338-39.333,

⁴⁷ Michael J. Klarman, "Többségi bírói felülvizsgálat: (1997) Geo85. L.J. 491,

nehézség. Csak a CM-hatóságát tudja igazolni.⁴⁸ A közvélemény ellene fordulhat a Bíróságnak; a közvélemény visszatetszését tapasztalhatja, mint a *Brown-ügyben* hozott döntés után. Annak érdekében, hogy megelőzze az ilyen nyilvános visszahatásokat, a Bíróságnak időnként el kell kerülnie a robbanékony ügyek eldöntését, és a "passzív erényeket" kell alkalmaznia. Ez az elkerülés azonban azért van, mert a Bíróság "választói szempontból felelőtlen, és nincs földje, ahonnan erőt meríthetne".⁴⁹ Más szóval, Bickel szemében a Bíróság nem tud "erőt meríteni" a közvéleményből. Ezért a CM nehézség hagyományos értelmezésével való szembenézés logikája normatív: a Bíróság tekintélyének igazolása.

[62] Az egyik ilyen indoklás egy jogokon alapuló érv.⁵⁰ Az ilyen érvek azt állítják (vagy legalábbis feltételezik), hogy a bírák speciális képzésük vagy a közvéleménytől való viszonylagos elszigeteltségük (vagy mindkettő) miatt bizonyos intézményi előnyöket élveznek a jogalkotókkal szemben az emberi jogok felfedezésének, érvényesítésének és végrehajtásának folyamatában.⁵¹ Következésképpen a *bírói* felülvizsgálatot e jogok védelmének biztosításához szükséges eszközként indokolják.⁵²

A közvélemény-kutatások feltalálása óta a Bíróság bizonyítani tudja, hogy rendelkezik a közvélemény támogatásával, és hogy döntései megfelelnek a közvéleménynek. A CM nehézség szó szerinti megfogalmazása szerint a Bíróság megoldhatja, vagy legalábbis feloldhatja a CM nehézséget, ha határozatai megfelelnek a közvéleménynek. A szó szerinti, revizionista értelemben nincs CM nehézség, ha a Bíróság egyszerűen nem áll szemben a közvéleménnyel. Az utóbbi években számos tudós igyekszik bizonyítani, hogy a CM nehézség mítosz vagy illúzió, mivel idővel a Bíróság döntései inkább a többségi véleményt tükrözik, mintsem megghiúsítják azt.⁵³ A CM szó szerinti értelmezésével [63] való szembenézés logikája szociológiai: a kérdés az, hogy miként biztosítható a Bíróságnak a közvélemény támogatása.

⁴⁸ Bassok, "The Two Countermajoritarian Difficulties" (46. o.) 343-4 (a Bíróság többségi ellenhatalmának különböző indoklásai).

⁴⁹ Bickel, *A legkevésbé veszélyes ág* (42. o.) 184.

⁵⁰ *Lásd pl.* Michael J. Perry, "Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for Courts" (2003) 38 Wake Forest L. Rev. 635, 638-9 ("A liberális demokrácia alapvető erkölcsi elkötelezettsége minden emberi lény valódi és teljes embersége - és ezért minden emberi lény sérthetlensége - iránt, fajra, nemre, vallásra stb. való tekintet nélkül. Ez az elkötelezettség a liberális demokrácia számára axióma.").

⁵¹ *Pl.* Perry, "Az emberi jogok védelme a demokráciában: What Role for Courts" (50. sz.) 655-7 ("Valószínűleg a demokráciában az emberi jogok optimális védelme nem valósul meg, hacsak a politikailag független bíróságok nem játszanak jelentős szerepet a védelmükben."); Michael J. Perry, *The Constitution, The Courts, and Human Rights* (Yale University Press 1982) 102 ("az intézményi kompetenciák összehasonlítása alapján a politikailag elszigetelt szövetségi igazságszolgáltatás nagyobb valószínűséggel mozdít el minket a helyes válasz irányába, ha az emberi jogi kérdés mélyen ellentmondásos... mintha a politikai folyamatot a saját eszközeire bíznák... .').

⁵² *Pl.* Daniel A. Farber és Suzanna Sherry, *Judgment Calls* (Oxford University Press 2009) 11 ("A többségi uralom önmagában nem képes megvédeni a vallási, politikai, faji és földrajzi kisebbségeket az elnyomástól, sem az alapvető emberi jogokat, amikor az erőtlenek és népszerűtlenek igénylik azokat.").

⁵³ *Lásd például* William Mishler és Reginald S. Sheehan, "The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?" (A Legfelsőbb Bíróság mint ellenpárti intézmény?) (1993) 87(1) *American Political Science Review* 87, 89, 93-8; Micheal W. Giles, Bethany Blackstone és Richard L. Vining, Jr., "The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making" (2008) *The 70 Journal of Politics* 303.

4. Az igazságügyi legitimitáció megértésének változása a migrációban

A dél-afrikai alkotmánybíróság

Theunis Roux könyve a Dél-afrikai Alkotmánybíróság (a továbbiakban: SACC) első évtizedének sikeréről kiváló példa arra, hogy a legitimitás értelmezésének változása hogyan terjed az Egyesült Államokon kívülre. Ahogy Roux elismeri, a normatív legitimitás és a szakértelem mércéjével mérve a SACC története fennállásának első tíz évében nagy siker. Maga Roux azonban nem tekinti teljes sikernek a bíróság első tíz évét, mivel "a bíróság soha nem tudta kiépíteni azt a fajta nyilvános támogatást, amelyet általában egy sikeres alkotmánybíróság védjegyének szokás tekinteni".⁵⁴

Már a kezdetektől fogva világos, hogy Roux átvette azt az amerikai elképzelést, amely szerint a bíróságnak a megfelelő működéshez tartós közvéleményi támogatással, azaz szociológiai legitimitással kell rendelkeznie. Roux azt írja, hogy "a közvélemény bizonyos szintű támogatottsága előfeltétele mindannak, amit egy alkotmánybíróság egyébként remélhet elérni".⁵⁵ E paradigma szerint a közvélemény-kutatás a közvélemény támogatásának felmérésére szolgáló módszer. Más szóval, ahhoz, hogy megfelelően működhessen, az SACC-nek tartós közvélemény-kutatási támogatottsággal kell rendelkeznie, amit a közvélemény-kutatásokban mérnek.

Ebben a paradigmában Roux egy problémával szembesült: a SACC anélkül működött megfelelően, hogy tartós állami támogatással rendelkezett volna. Roux nem tagadhatja, hogy "a dél-afrikai eset látszólag szembemegy ezzel a szabállyal".⁵⁶ Voltak "bizonyos nyers tények a Chaskalson Bíróság intézményi legitimitásával kapcsolatban"⁵⁷, amelyeket nem lehetett összeegyeztetni azzal az elképzeléssel, hogy a bíróságok legitimitását szociológiai szempontból határozzák meg. A James Gibson [64] és Gregory Calderia által 1996-97-ben, 2001-ben és 2004-ben végzett felmérések azt mutatták, hogy a Bíróság soha nem szerzett tartós társadalmi támogatást.⁵⁸ A SACC első tíz évére vonatkozóan nem állnak rendelkezésre más adatok, mivel az Igazságügyi és Megbékélési Intézet (IJR) csak 2006-ban kezdte vizsgálni a SACC iránti bizalmat.⁵⁹ Ahogy Roux

⁵⁴ Theunis Roux, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005* (Cambridge University Press 2013) 391 ("A bírói függetlenség tiszteletben tartásához szükséges politikai kultúra is még nagyon is épülőben volt, amikor Chaskalson bíró távozott hivatalából. Ebben az értelemben a bíróságról nem mondható el, hogy elérte volna az érett alkotmányos demokráciában működő bíróságokra jellemző intézményi függetlenséget").

⁵⁵ Ibid. 37.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid. 34.

⁵⁸ James L. Gibson és Gregory A. Caldeira, "A demokrácia védelmezői? Legitimacy, Popular Acceptance, and the South African Constitutional Court" (2003) 65 J. Pol. 1, 11 ("Összehasonlítva szempontból a dél-afrikai alkotmánybíróságnak nem sikerült a dél-afrikai tömegközönség körében a jóindulat nagyon mély rezervoárját kialakítania."); James L. Gibson, "The Evolving Legitimacy of the South African Constitutional Court", in François du Bois and Antje du Bois-Pedain (szerk.), *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa* (Cambridge University Press 2008) 229, 246-7 (a 2004-ben végzett felmérés alapján azzal érvel, hogy a SACC "alacsony vagy közepes szintű támogatottságot élvez ... az alkotmánybíróság támogatottsága alig változott 1997 és 2004. között. . a minimálisan levonható következtetés az, hogy a Számvevőszék az első és az utolsó felmérés közötti hét év alatt nem bővítette támogatását").

⁵⁹ Lásd: The Institute for Justice and Reconciliation < <http://www.ijr.org.za/political-analysis-SARB.php>>

hozzáférés december2ben. 2015.

arra a következtetésre jut, hogy "a Bíróság soha nem épített ki nagy intézményi legitimitást (a "diffúz támogatás" értelmében)".

...⁶⁰ És mégis azt írja, hogy "a Chaskalson Bírósággal kapcsolatban az az érdekes, hogy a kezdetektől fogva képes volt játszani az alkotmányban neki szánt vétőszerepet, és hogy ezt a szerepet anélkül folytatta, hogy valaha is nagy intézményi legitimitást épített volna ki".⁶¹

Bár Roux megpróbálja megmagyarázni a SACC sikerét anélkül, hogy feladná azt az elképzelést, hogy a bíróságok legitimitását a tartós közvélemény támogatásán mérik, a könyvében lefestett kép Hamilton gondolatmenetét támasztja alá. Roux olyan képet fest, amelyben a dél-afrikai elit, amely főként az Afrikai Nemzeti Kongresszus pártból (ANC) állt, még a sarkalatos alkotmányos kérdésekben is hitt a bírói szakértelemben. Világos, hogy az ANC egyes vezetői, különösen Nelson Mandela, egyszerűen azért tettek eleget a SACC döntéseinek, mert hittek a szakértelemben, még akkor is, amikor a SACC az érdekeik ellenében döntött.⁶² Még az ANC-n belüli, az Mbeki elnöksége alatti szakadások, és az ANC vezetőségének egy része számára a Bíróság támogatására vonatkozó stratégiai okok [65] ebből következő csökkenése ellenére is "valójában nagyon kevés támadás indult a Bíróság ellen, és egyik sem volt sikeresnek mondható".⁶³ A SACC szakértelmébe vetett hit nem feltétlenül csak a jogi doktrínában való bírói szakértelemben vetett hit volt (bár az is létezett⁶⁴).

Ahogy Roux kifejti, az ANC inkább az emberi jogok iránti elkötelezettségéből engedelmessé vált a Bíróságnak a Chaskalson-korszakban, és mivel a Bíróságot az emberi jogok szakértőjének tekintették.⁶⁵

Roux ismételtelen kijelenti, hogy "[a] Chaskalson Bíróság politikai támadásoktól való elszigetelésének fő meghatározója az ANC függetlenségéhez fűződő érdeke lehetett".⁶⁶ Véleménye szerint "a Bíróság folyamatosan képes volt szembeszállni a liberális alkotmányelmélet szokásos feltételezéseivel azáltal, hogy kihasználta az ANC dominanciáját, hogy a politikai hatalommal való visszaélés független ellenőrzőjeként szerepet alakítson ki magának".⁶⁷

⁶⁰ Roux, *Az elvek politikája* (54. o.) 4.

⁶¹ Roux, *Az elvek politikája* (54. o.) 4. *Lásd még* ibid. 8, 15 ("Bár a Bíróság soha nem épített ki nagy intézményi legitimitást, képes volt számos politikailag ellentmondásos ügyben dönteni, és ezeket a döntéseket végrehajtani."), 37-8, 206-7 ("a Bíróság nem tudta elkerülni, hogy intézményi szerepe és ezáltal intézményi függetlensége is azon múlott, hogy a Bíróság képes volt-e fenntartani a nyilvánosság hitét értelmezési gyakorlatának pártatlanságában").

⁶² Roux, *The Politics of Principle* (54. o.) 173 ("Mandela személyesen is mélyen kötődött a bírói függetlenség értékéhez.... Amíg Mandela volt az elnök, addig a bírák őszinte elkötelezettségét a törvény szerinti döntéshozatal iránti elkötelezettségét bizalmukba fogadták."). *Lásd még* ibid. 127. o. (azzal érvelve, hogy az ANC kulcsszereplői "mélyen elkötelezettek lehettek a bírói függetlenség értéke iránt"), 189.

⁶³ Roux, *Az elvek politikája* (54. o.) 186-7. *De lásd* ibid. 8. ("Bár kezdetben az ANC-nek a bírói függetlenség melletti elkötelezettsége révén meglehetősen jól elszigetelődött az alacsony közvéleményi támogatottságának hatásaitól, a bíróság Chaskalson főbírói megbízatásának előrehaladtával fokozatosan egyre inkább ki volt téve a politikai támadásoknak, különösen az érett alkotmányos demokráciák bíróságaihoz képest").

⁶⁴ Theunis Roux, "Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa", (2009) 7 Int'l J. Const. L. 106, 138 ("a CCSA jogilag hiteles döntéshozatalának hírneve kölcsönzi ... az ANC-kormány folyamatos tiszteletét és engedelmességét a CCSA határozatai iránt. . .").

⁶⁵ Roux, *The Politics of Principle* (54. o.) 388 ("A Bíróság ezért úgy tudta ábrázolni intézményi szerepét, mint ami egyenértékű azzal, hogy az ANC-t saját, régóta fennálló [emberi jogi] kötelezettségvállalásaihoz tartja magát."). *Lásd még* Makau wa Mutua, "Remény és kétségbeesés egy új Dél-Afrikáért: The Limits of Rights Discourse" (1997) Harv10. Hum. Rts. J. 76-863,, (89részletezve az ANC elkötelezettségét az emberi jogok nyelve mellett).

⁶⁶ Roux, *The Politics of Principle* (54. o.) Lásd 144.még: ibid. 125-6, 186-7.

⁶⁷ Roux, *Az elvek politikája* (54. o.) 363.

A SACC sikerét fennállásának első tíz évében jobban magyarázza Hamilton felfogása a Bíróság legitimitációs alapjáról, mint a jelenlegi revizionista felfogás. Ne utasítsa el a végrehajtó hatalomnak a bírói döntéseknek való megfelelés gondolatát, mert a SACC-t szakértőnek tekinti, mint a naivitás egy olyan formáját, amely valójában nem létezhet, vagy mint valami, ami csak akkor létezhetett, amikor a világ még fiatal volt. Az amerikai jegybank irányelveit általában azért tartják be, mert a végrehajtó hatalom szakértői tanácsként tekint rájuk, nem pedig a [66] közvélemény támogatása miatt.⁶⁸ Valójában a közgazdaságtant a világ nagy részén (beleértve az Egyesült Államokat is) még mindig a szakértelem olyan formájának tekintik, amelynek az újságokban külön rovatot szentelnek (szemben a joggal, amely az általános "hírek" rovatban jelenik meg). A Federal Reserve közvélemény általi támogatását nem mérik olyan gyakorisággal, mint a Legfelsőbb Bíróság támogatását.

Amíg az irányító elit a nemzeti legfelsőbb bíróságot saját országában a jog szakértőjének tekinti, és úgy fogadja el annak tanácsait, mint a beteg az orvosét, addig ez a bíróság képes lesz megfelelően működni, még a nyilvánosság támogatása nélkül is. Pontosan úgy, ahogy az Egyesült Államokban a Federal Reserve Bank ítéletét a végrehajtó hatalom elfogadja, még akkor is, ha az ellentétes a közvéleménnyel, mivel azt úgy értelmezik, hogy az a közgazdasági szakértelmen alapul, a nemzeti legfelsőbb bíróság⁶⁹ ítéleteit is el lehet fogadni, mivel azokat úgy értelmezik, hogy azok a jogi szakértelmen alapulnak. Amíg a végrehajtó hatalmat meggyőzi a bíróság szakértelme, és a kormányzati rendszer egésze rendelkezik a közvélemény bizalmával, addig a bíróság megfelelő működéséhez nem elengedhetetlen a közvélemény támogatása.⁷⁰ A dél-afrikai alkotmánybíróság első tíz évének Roux által bemutatott tapasztalatai igazolják ezt az érvet.

Az Egyesült Államokban jelenleg uralkodó legitimitás-értelmezéssel ellentétben a SACC-t az ellenőrző fél a szakértelem és a legitimitás normatív értelmezése alapján a nyilvánosság támogatása nélkül is legitimnek tekintette. Roux könyve bemutatja, hogy a bírói legitimitás értelmezése még mindig változóban van. Megmutatja, hogy az a kísérlet, hogy a fogalom új, amerikai kontextusban kialakult értelmezését a dél-afrikai kontextusban alkalmazzák, kudarcot vall. Az érintett szereplők nem a jelenlegi amerikai keret szabályai szerint cselekszenek, mivel még mindig a hamiltoni kereteken keresztül szemlélik a világot.

⁶⁸ *Lásd pl.* Frederick Schauer, "The Supreme Court, 2005 Term - Foreword: The Court's Agenda - and the Nation's" (2006) 120 Harv. L. Rev. 4, 54-5 (azt állítva, hogy a Federal Reserve Board kapcsán szinte egyáltalán nem tárgyalják az ellentétbbségi nehézséget, részben azért, mert "sokan - jogosan vagy tévesen - úgy vélik, hogy a legtöbb ügynökségi döntés olyan technikai tudáson alapul, amellyel sem az emberek, sem a közvetlenül választott képviselőik nem rendelkeznek").

⁶⁹ John T. Woolley, *Monetáris politika: The Federal Reserve and the Politics of Monetary Policy* (Cambridge University Press 1986) 88 ("A Federal Reserve a szakértelemtől függ, és a közgazdászok a megfelelő szakértők.").

⁷⁰ *Vö.* Owen M. Fiss, "Előszó: Az igazságszolgáltatás formái" (1979) 93 Harv. L. Rev. 1, 38 ("A legitimitás nem az intézmény teljesítményének népi jóváhagyásától függ A politikai rendszer legitimitása, mint egészét, amely a nép jóváhagyásától függ, és ez a demokratikus jelleg forrása.").

[67] B. Az izraeli Legfelsőbb Bíróság

Az 1980-as évek és az 1990-es évek eleje mámorító időszak volt az izraeli Legfelsőbb Bíróság számára. Az ezekben az években közzétett felmérések bizonyították a bíróság nagyfokú társadalmi támogatottságát.⁷¹ A tudományos előrejelzésekkel ellentétben a Bíróság⁷² közvélemény általi támogatottsága nem csökkent, annak ellenére, hogy a Bíróság egyre aktívabbá vált, és egyre inkább részt vett a politikai színtéren.⁷³

Ugyanebben az időszakban a Bíróság számos ítéletében hangsúlyozni kezdte, hogy hatalma a "Bíróság iránti közbizalomban" rejlik.⁷⁴ Ez a kifejezés számos alkalommal Frankfurter bírónak a *Baker kontra Carr* ügyben megfogalmazott különvéleményében tett megjegyzésére utalva jelent meg, miszerint "[a] Bíróság tekintélye - amely nem rendelkezik sem pénztárcával, sem karddal - végső soron a bíróság erkölcsi szankciójába vetett tartós közbizalmon nyugszik".⁷⁵ Például a *Tzaban-ügyben* Barak bíró azt írta, hogy "a közbizalom nélkül az igazságszolgáltatás nem működhet", majd hivatkozott Frankfurter megjegyzésére és egy másik amerikai ítéletre, és azzal fejezte be, hogy "a közbizalom az igazságszolgáltatásba vetett bizalom a legértékesebb eszköz, amellyel ez a [68] ág rendelkezik".⁷⁶ 2003-ban Haim Cohen, az izraeli Legfelsőbb Bíróság korábbi bírója megjegyezte, hogy "[ha van egy vélemény, amelyben a Legfelsőbb Bíróság valamennyi bírója egyetérteni látszik, akkor az a Legfelsőbb Bíróságba vetett közbizalom szükségessége".⁷⁷

Az új évszázad elején azonban a közvélemény-kutatások évek óta azt mutatták, hogy a közvélemény bizalma a Bíróság iránt továbbra is erőteljesen csökken.⁷⁸ Folyamatos vita folyik a

⁷¹ A közvélemény-kutatási adatok összefoglalását lásd Or Bassok, "Television Coverage of the Israeli Supreme Court 1968-1992: The Persistence of the Mythical Image" (2009) 42(1) *Isr. L. Rev.* 306, 308.

⁷² *Lásd pl.* Nir Kedar, "Interpretive Revolution: The Rise of Purposive Interpretation in Israeli Law (2002) 26(2) *Iyunei Mishpat* 737, 762 [in Hebrew] ("Valóban, a Legfelsőbb Bíróságot és különösen Barak bírót figyelmeztették akadémiai megfigyelők, hogy a bírói retorikában és a Legfelsőbb Bíróság beavatkozási politikájában bekövetkezett változások végső soron veszélyesek lehetnek, mert a politikai ágak területére való behatolás alááshatja a Legfelsőbb Bíróság legitimitásának alapjait").

⁷³ Ruth Gavison, Mordechai Kremnitzer és Yoav Dotan, *Igazságügyi aktivizmus, pro és kontra: The Role of the High Court of Justice in Israeli Society* (Jeruzsálem: Magnus Press 2000) (65Dotan).

⁷⁴ *Lásd pl.* H CJ 5364/94 Velner kontra Izraeli Munkapárt elnöke [1995] *IsrSC* 49(1) 758, 785-6 (Barak elnökhelyettes) lásd még 826. o. (Cheshin bíró); H CJ 4481/91 Bargil kontra Izrael kormánya [1993] *IsrSC* 47(4) 210, 220 (Goldberg bíró). *Lásd még* Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* 109 (Princeton University Press 2006) ("A bírói szerep megvalósulásának alapvető feltétele a bíróba vetett közbizalom"). *Lásd még* Aharon Barak, "On Authorities and Values in Israel" (1995) in *Selected Essays* (Nevo Publishing 2000) 375, 383 [héberül], ("A bírónak nincs pénztárcája vagy kardja. Minden, ami van, az a közbizalom iránta. A bíróság nem működhet a közbizalom nélkül.").

⁷⁵ 369 U.S. 267186, (1962).

⁷⁶ H CJ 732/84 Tzaban kontra vallásügyi miniszter [1986] *IsrSC* 40(4) 148-9141, (Barak bíró).

⁷⁷ Haim Cohen, *A hitetlenség gondolata a közbizalomban*, in Safer Shamgar 365, 365, 370-71 (Barak et al. (szerk.), 2003) [héberül].

⁷⁸ *Lásd* Bassok, "Television Coverage of the Israeli Supreme Court 1968-1992" (71. o.) 307 (a közvélemény-kutatási adatok felmérése a bíróság iránti közbizalom csökkenéséről); Assaf Meydani, *The Israeli Supreme Court and the Human Rights Revolution* (Cambridge University Press 2011) 9. o, 113.

a csökkenés okai.⁷⁹ De bármilyenek is legyenek az okok, egy ilyen helyzetben, miután a Bíróság kijelentette, hogy legitimitásának forrása a "közbizalom", mit tehettek a bírák?

A Legfelsőbb Bíróság korábbi elnöke, Dorit Beinisch hivatali ideje alatt vitatta a közvélemény-kutatások megbízhatóságát. Ugyanazok a közvélemény-kutatások, amelyekből a Bíróság a közbizalomra alapozott legitimitási igényét merítette,⁸⁰ hirtelen megbízhatatlan eszközzé váltak, legalábbis ami a Legfelsőbb Bíróságot illeti.⁸¹ "Amikor a bíróságok iránti "közbizalomról" beszélünk" - fejtette ki Beinisch az egyik nyilvános beszédében - "azt objektív mérőszámokkal kell vizsgálni, nem pedig a közvélemény-kutatásokkal, amelyeket a média szalagcímei befolyásolnak".⁸² Beinisch kifejtette, hogy a Bíróság és más intézmények közvélemény általi támogatottságának csökkenése "nem a kormányzati intézmények objektív helyzetének leírása . . . A demokrácia "imázsáról" van szó, arról, hogy a közvélemény hogyan látja azt ... a közvélemény a médiából érkező információktól függ. . . Időnként azonban [a média, amelyet] érdekek motiválnak, olyan embereket támogat, akiknek érdekeik vannak, és úgy forgatják a közvéleményt, hogy a nyilvánosság [69] az információk értékeléséhez szükséges eszközök nélkül marad...".⁸³ Beinisch véleménye szerint a Bírósághoz, mint legfelsőbb bírósághoz - amely évente több ezer, közhivatalok ellen benyújtott beadványt bírál el - benyújtott beadványok nagy száma jobban bizonyítja a Bíróság iránti közbizalmat, mint bármilyen közvélemény-kutatás.⁸⁴ Beinisch hangsúlyozta, hogy egyértelmű különbséget kell tenni a választott intézmények között, amelyek szükségszerűen függnak a közbizalomtól, és a Bíróság között, amelyet nem szabad "nézettségi adatokkal" mérni.⁸⁵

Az elmúlt évek közvélemény-kutatásai azt mutatják, hogy az izraeli Legfelsőbb Bíróság támogatottságának csökkenése megállt.⁸⁶ Bár a bíróság nem kap olyan mértékű támogatást, mint az 1990-es években, úgy tűnik, hogy a tendencia megfordult. A 2000-es évek első évtizedének epizódja azonban rámutat a bírósági legitimitás szociológiai értelmezésére való támaszkodás egyik negatív aspektusára: a közvélemény egyszerűen megszűnhet támogatni a bíróságot.

⁷⁹ Lásd Or Bassok, "The Israeli Supreme Court's Mythical Image - A Death of a Thousand Sound Bites" (2014) 23 Mich. St. Int'l L. Rev. 39, 96-102.

⁸⁰ Yedidia Z. Stern, "Legyen átok rajtam, fiam" (2009) 12 Mishpat Umimshal 14.

⁸¹ Dorit Beinisch, *Beszéd az Izraeli Demokrácia Intézet "Elnöki Konferenciáján"* 2008. július 21-én [héberül].

⁸² Dorit Beinisch, *Az igazságszolgáltatás évei 60 Izraelben*, 2008. november 11. [héberül], p. 11.

⁸³ Beinisch, *Az Izraeli Demokrácia Intézet "Elnöki konferencia" című előadása* (81. sz.).

⁸⁴ Dorit Beinisch, *Beszéd a Shanat H'mishpat Thassach kezdetén*, 2007. szeptember 18. [héberül]; Beinisch, *Beszéd az Izraeli Demokrácia Intézet "Elnöki konferenciáján"* (81. sz.); Dorit Beinisch, *Beszéd az évkezdő ünnepségen az IDC-ben*, 2008. október 26. [héberül]; Beinisch, *60 éves az igazságszolgáltatás Izraelben* (82. sz.).

⁸⁵ Beinisch, *Az Izraeli Demokrácia Intézet "Elnöki konferencia" című előadása* (81. sz.).

⁸⁶ Tamar Hermann et. al., *Auditing Israeli Democracy 2014*, (2014) 117-24.

5. Következtetés

A jelenségek mérésének képessége megváltoztatja a valóságról alkotott képünket. Gondoljunk csak arra, hogyan ítéljük meg a tudományos munka fontosságát. Az idézettségi mutatók már a Google előtti időkben is léteztek, de kevésbé voltak elérhetőek, mint manapság. Valószínűnek tűnik, hogy minél pontosabbá válik a Google scholar és más eszközök segítségével az idézettség, annál inkább a tudományos jelentőség mutatójaként fog szolgálni. Az biztos, hogy eleinte azok, akik olyan bizottságokban ülnek, amelyek ilyen kérdések elbírálásával vannak megbízva a támogatások vagy az előléptetés szempontjából, még mindig azt a gondolatot fogják szem előtt tartani, hogy az idézettségi szám csak egy helyettesítő adat, és nem helyettesítheti a tényleges munka elolvasását annak megítélése érdekében, hogy megítéljük annak fontosságát. Idővel azonban valószínűnek tűnik, hogy ez a mantra szájbarágássá válik, és az idő szűkössége miatt az idézettség nem csupán helyettesítő, hanem a tudományos jelentőség tényleges mérőszáma lesz. Még jobb, ha a tudósok ezt a rendszert először a hatékonysággal és a "legkisebb rosszként" indokolnák. Aztán a "sok elme" érvén alapuló okos [70] indoklást találnának ki. Végül a tudományos jelentőség az idézések számát fogja jelenteni. Miután a tudományos jelentőség értelmezésében bekövetkezett váltás befejeződött, a tudósok értetlenül állnak majd a huszadik századi szerzők előtt, akik egy bizonyos tudományos munka fontosságáról beszélnek, miközben az köztudottan csak néhány idézést kapott. Egy huszadik századi szerző magyarázatát, miszerint egy mű "fontos" volt abban, hogy egy fontos jelenség új megértését kínálta, ugyanúgy fogjuk olvasni, ahogyan ma Schmittnek a "politikai" fogalmának használatát olvassuk. Az olvasótól munkát igényel (talán a huszadik századi történészek segítségével), hogy rekonstruálja a "tudományos jelentőség" kifejezés jelentését, ahogyan azt a megírás idején értelmezték.

Természetesen semmi sem elkerülhetetlen, és az ellenállás aligha hiábavaló. Egy demokratikus állam tagjai dönthetnek úgy, hogy nem mérik a bíróságok közvélemény általi támogatását, mert a mérésnek szörnyű következményei lehetnek. Ebben a fejezetben nem célom, hogy egy ilyen döntés mellett érveljek. Egyetlen célom az volt, hogy bemutassam a bírói legitimitás megértésének legújabb fejleményeit.