

Jerome Frank: A jog és a modern értelem

Az alapmítosz

A laikus közönség ellentmondásosan, tiszteletet és gúnyt vegyítve viszonyul a jogászokhoz. Annak ellenére, hogy a kormányban és az iparban is az ügyvédek vezető szereppel rendelkeznek, és legéletbevágóbb problémáikkal fordul a közönség hozzájuk útmutatásért, mégis gúnyos mosollyal tekintenek rájuk, mint afféle dörzsölt szőrszálhasogatókra.

A jogászság tiszteletét könnyű megmagyarázni. Az igazságosság, az élet védelme, a tulajdon szentségek, a társadalmi ellenőrzés irányítása – ezek az alapvető dolgok a jog, és szolgálai, a jogászok feladatát képezik. Az ilyen feladatok fontossága elkerülhetetlen méltósággal övezi a jogász hivatását. Funkciójuk tisztelete azonban az irántuk megnyilvánuló cinikus megvetéssel párosul. A XVI. században Luther Márton a szószékről hirdette: „Jó jogász, rossz keresztyény”. Nagy Frigyes, Herbert Hoover, Rabelais és H. G. Wells visszahangozták egyaránt ezt a nézetet. Különböző formákban naponta megismétlik. A laikus annak ellenére, hogy megszámlálhatatlan köz- és magánjellegű kérdésben fordul szüntelenül ügyvédjéhez, mégis a kétértelműség bajnokainak, a kétszínűség művészeinek, a csalás mestereinek tekinti őket (...).

Honnan származnak az ügyvédek becsületességére és őszinteségére vonatkozó kételyek? Roscoe Pound válasza szerint ez „a XII. századi papok és szerzetesek által kitalált koholmány hagyománya, aminek a nem egyházi ügyvédek emelkedőfélben lévő hivatásával szemben érzett egyházi féltékenység volt a főoka. Az egyházi személyek természetesen nem mondtak le a joggyakorlatról ellenállás nélkül” (American Bar Association Journal, XII. 153. o.). Luther csak folytatta, amit ezek elkezdtek – mondja Pound –, Luther óta pedig más értelmiségi hivatások is átvették. A jogi hivatással szembeni bizonytalanságot nem érthetjük meg, ha nem vesszük észre, hogy a hivatások között vezető szerepért folytatott harcról van szó. Az ügyvéd, akárcsak a XII. században, ma is határozottan előnyös helyzetben van. Ez a többi tanult embert bosszantja. „Agyuk az idő rágta hagyomány termékegy talaja.” Szellemes, de nyilvánvalóan mesterkéltné magyarázat. Más írásai alapján alighanem Pound maga is elismerné ezt. Talán azok közé tartozik, amelyekben Llewellyn „a fáradt ügyvédség Pound-i esti meséjének” nevez.

Bizonyos, hogy az ügyvédekkel szemben a XX. században érzett bizalmatlanságnak a jogászok tekintélyére féltékeny orvosok, mérnökök és újságírók által megőrzött hagyomány részévé vált holmi XII. századi csuhás kitalálásnál komolyabb alapja van. A jogászság iránti jelenkori megvetés nem magyarázható e dühödt versengés pusztá megnyilvánulásaként; nyilvánvaló ugyanis, hogy nem korlátozódik a versengő hivatások tagjaira. Népszerű közhely, hogy az ügyvédek cselszövő szőrszálhasogatók.

Mi húzódik e népi bírálat mögött? Úgy tűnik, olyan elképzeléseken alapul, mely szerint az ügyvédek fölöslegesen és önkényesen bonyolítják a jogot, és ha a jogász hivatás nem lépne közbe a maga ravaszságával és fortélyaisal – nos, ekkor a jog világos, pontos és biztos lehetne. A laikus azt

hiszi, hogy ez esetben át lehetne úgy alakítani a törvénykönyveket, hogy azok valamiféle logaritmus-táblázattá válnának, és csak az ügyvédek akaratán múlna egy olyasfajta logarléc kiötlése, amellyel pontos jogi válaszokat kaphatnánk. A közvélemény egyetért Napoleonnal, aki eleinte meg volt győződve arról, hogy „a törvényeket egyszerű geometriai bizonyításokra lehetne redukálni, s így bárki, aki képes lenne arra, hogy összekapcsoljon, illetve összeolvasson két eszmét, képes lenne ezek alapján ítéletet hozni.”

Számunkra adott formájában a jog bizonytalan, végtelenül sok kiszámíthatatlan változásnak van kitéve. Az emberek jogászoknak róják fel a dolog ilyen állását. Az átlagember vagy azt tartja, hogy az ügyvédek súlyosan gondatlanok, vagy úgy vélik, hogy tisztességtelen üzelmekben bűnösök: megvesztegethető módon elhomályosítják az egyszerű jogi igazságokat, hogy szítsák a szükségtelen pereskedést, részeseivé válván ily módon az egész céh összeesküvésének, mely a nagyobb jövedelem érdekében a jog torzítására és ködösítésére irányul.

El kell ismernünk, hogy amennyiben a jogot bizonyossá és változatlaná lehet tenni, úgy az ügyvédek – sajnos – vétkesek. A laikus véleményét igazolja a jogbizonytalanság vitathatatlanul nagy mértéke, továbbá, hogy sok vonatkozásban lehetetlen előre megmondanunk, miképpen fog dönteni a bíróság. Minden hozzáértő jogász bármelyik esős vasárnap délután száz meg száz olyan viszonylag egyszerű jogi kérdésről készíthetne listát, amelyek egyértelmű megválaszolására aligha vállalkozna bármely más hozzáértő jogász. A laikus mégis téved, mikor azt hiszi, hogy a pontosság és célszerűség hiánya az ügyvédek számlájára írandó. Az az igazság, hogy a jogi pontosság lehetőségéről alkotott népi felfogás tévedésen alapul. A jog mindig is bizonytalan és változó volt. Ma is ilyen, és mindig is ilyen marad. És ez nem is lehet másként. A jog az emberi kapcsolatok legbonyolultabb vonatkozásaival foglalkozik. Az élet zavaros, változó össze-visszaságának egésze ott kavargó a jog előtt, és a mi kaleidoszkopikus korunkban még zavarosabb, mint eddig volt bármikor.

Még egy viszonylag statikus társadalomban sem sikerült az embereknek olyan örökkévaló és átfogó szabályrendszert kialakítani, mely minden lehetséges jogvitát előre látott és megoldott volna. Még egy ilyen társadalmi helyzetben sem lehetett előrelátni az események minden jövőbeni változását és kombinációját. Szükségképpen előfordulnak olyan helyzetek, amelyeket nem vettek figyelembe az eredeti szabály megalkotásakor. Menyivel kevésbé lehetséges modern korunkban egy ilyen dermedt jogrendszer! A termelés új eszközei, az új közlekedési- és lakásformák, új hitelezési és tulajdonjogi fogások, új tőkekoncentrációk, új társadalmi szokások, életmódok, célok és eszmék, - a megújulás mindezen eszközei megghiúsítják a valamennyi jogi problémát egyszer és mindenkorra megoldó végleges jogszabályok alkotásának reményét. Az emberi kapcsolatok mindennapos változása korábban a jogviszonyokat nem lehet tartós formában kifejezni. A sohasem tapasztalt problémák állandó felbukkanása változékonyságra és rugalmasságra képes jogrendet igényel.

Kényszerzubbonyba bújtatnánk társadalmunkat, ha nem léteznének bíróságok, amelyek az ügyvédek hathatós segítségével állandóan javítják a jogot, az örökkön változó társadalmi, ipari és politikai feltételek valóságához alkalmazva azt. Nem szabad ugyan könnyelműen változtatgatni a

jogot, mégis többé-kevésbé változékonyak, kísérletinek, és ezért rosszul kalkulálhatónak kell lennie. A jogbiztonság nagy része nem balszerencsés véletlen; éppen óriási társadalmi értéke van (...).

Mivel a jogban a tapogatózás elkerülhetetlen és társadalmilag is kívánatos, nem szabad kiküszöbölendő rossznak tekintenünk azt. Csakhogy ennek kívánatosságáról a közönség keveset, vagy éppen semmit sem tanulhat jogász uraktól. Mi az oka ennek a rejtőzködésnek? Vajon milyen rossz szándék vezeti a jogászokat a joggal járó bizonytalanság leplezgetésében? Jogos a kérdés: miért táplálják az a közhiedelmet, hogy a jogszabályok előre megjósolhatókká tehetők? Ha a jogászok nem is felelősek a jog határozatlanságáért, vajon nem róható-e fel mégis bűnükül, hogy becsapják a közönséget a jog lényege tekintetében? Nem ravasz hipokraták módjára járnak el?

Az ügyvédi testület tagadhatatlanul olyan színbe került, mintha a lakosság hamis fogalmainak előmozdítására kidolgozott fondorlatot alkalmazna. Az ügyvédek nemcsak hogy támogatják a jog teljesen stabillá és változhatatlanná tételére vonatkozó vulgáris elképzelést, de ráadásul még mintha olyan benyomás kialakítására is hajlanának, hogy a jogbiztonságot és a jog változtathatlanságát már meg is valósították. Mit válaszol rendszerint az ügyvéd, mikor az ügyfél felháborodva felkiált: „Szép kis állapotok vannak itt, ahol nem tudhatom meg pontosan, milyen jogok is illetnek engem!” Biztosítja az adott eset kivételes jellegéről; arról, hogy általában a jog kellőképpen világos, ám e különleges esetben ilyen vagy olyan okból nem lehet egyértelműen megállapítani az alkalmazandó szabályokat. Gyakran a tények szolgálnak vészkijáratul. Ilyenkor azt mondja az ügyvéd: „Ha az ön ügyében a tényeket nem vitatják és elfogadják, úgy a jogot kategorikusan lehet majd alkalmazni.” Ha pedig ez a magyarázat nem lenne elfogadható, mert a vonatkozó tények történetesen egyértelműek, akkor azt mondja, hogy a kérdést érintő szabályok átmenetileg még zavarosak: „A Kongresszus éppen most fogadott el egy rosszul szövegezett törvényt”, vagy: „A bírák, akik legutóbb a kérdéses joganyagba belekontárkodtak, rendkívül ostobák, meggondolatlanok, gyengék, radikálisok, ilyenek meg amolyanok voltak.” A válaszokban hallgatólag mindig az a nézet búvik meg, hogy a jogosultságok és kötelezettségek legtöbbször világosak és kétségbevonhatatlanok, és a jognak az a töredéke is, amely még bizonytalan, könnyűszerrel ugyanilyenné tehető.

Kétségtelen, hogy az ilyen önhitt nézetek megalapozatlanok. A bíróságok hetente százával döntenek olyan ügyekben, ahol nem vitatott „ténykérdéseken”, hanem pusztán a „jogi problémákon” múlik minden. Ha a jog egyértelmű és előre megmondható, milyen mentségeket hozhatnak fel a pervesztes ügyvédek? Tudniuk kellett volna már az ítélet előtt, hogy a jogszabályok ellentmondanak állításaiknak. Akkor viszont miért perelnek vagy miért védekeznek? Néhány esetben kétségtelen, hogy a tudatlanság, a sóvárgás, az időnyerésre való törekvés okozza ezt; máskor a megátalkodottan perlekedő ügyfél erősködik. De az ilyen perekben az esetek többségében mindkét oldalon becsületes és értelmes jogi tanácsadók állnak, akik jó lelkiismerettel javasolhatják ügyfeleiknek a perlést. Azért tehetnek így, mert az ítélet előtt a jog még eléggé kétes ahhoz, hogy ilyen tanács alapjául szolgáljon.

Úgy tűnik ebből, mintha a jog művelőinek tisztában kellene lenniök a jog rendezetlen állapotával. Figyeljük meg azonban az ügyvédeknek a bíróság előtt felhozott érveit, vagy maguknak a

bíróságoknak véleményeit: olyanok a megfogalmazásaik, mintha a helyes döntésekhez pontos, előzetesen létező jogszabályok együtteséből, logikai levezetéssel jutottak volna. A bírák ritkán árulják el okfejtésük bármiféle esetleges elemét, őszinte meggyőződésük bárminő hiányát vagy kétségét. A bírói szokásokban kevés a bizonytalanságot kifejező nyelvi fordulat (...).

Mi az oka a pózolásnak, ennek a szakmai képmutatásnak? A válasz nagyon érdekes: ez nem képmutatás. A jogászok póza nem tudatosan félrevezető. A jogászok, akár csak a laikusok, maguk sem ismerik fel teljesen a jog lényegileg képlékeny és változó jellegét.

Annak ellenére, hogy fő feladatuk a jogszabályok életképessé és rugalmassá tétele, a jogász szakma nagy része azt hiszi, hogy a jogszabályok vagy lényegileg változtathatatlanok, vagy ilyenné tehetők; és ezzel a közönséget is e hiedelemre bátorítják. Ezért találkozhatunk olyan jogászokkal, akik állítják, hogy „A törvényt megállapító vagy alkalmazó bírósági eljárás lényegileg a geometriai ismeretszerzés folyamatához hasonlít... Az esetek nagy többségében megoldásul éppen annyira biztos és pontos, mint egy válasz, amit matematikai problémára adnak” (ABOTT: Justice and the Modern Law).

A jogász igazi művészete azonban a jogváltoztatásnak a közönség számára igen hasznos művészete. A közönség érdekeit rosszul szolgálna egy mozdulatlan jogrendszer, bár a laikusok ezt nem tudják. Különösen áll ez a XX. Századra. Korunkban a hangsúly a változáson van. Ennek megfelelően a jog jelenlegi irányzata a statikus biztonságtól, a régi, rögzített jogok megőrzésétől a dinamikus biztonság, az új vállalkozásokba kezdő emberek védelme felé mozog. Azt jelenti ez, hogy a közönség mindennapos gyakorlati szükségleteit súlyosan akadályozná a rugalmatlan jogi rendezés. Az eltérés nélküli jogelvek együttese a laikusok számára elviselhetetlen Prokrasztész ágynak bizonyulna. Mégis, ők és jogászaik, a kívánatos jogrendszer fogalmáról szólva rendszerint azt mondják, hogy örökre rögzített jogot kívánnak.

Érdekes problémára bukkanunk itt: miért vágnak az emberek a jogban e nemkívánatos, és valóban megvalósíthatatlan tartósságra és rögzítettségre? Miért él tovább a modern világban az átfogó és változatlan jog ősi álma? Miért ragaszkodik a jogászok többsége is ahhoz, hogy a jognak világosan megismerhetőnek és pontosan előrejelezhetőnek kell lennie, és lehet is ilyen, noha ezzel a jogi pontosság képtelen mércéjébe vetett közhiedelmet igazolják? Miért ismerik el e képtelen mércét maguk a jogászok is, noha bámulatraméltó és társadalmilag értékes teljesítményüket, a jog alkalmazkodásának és rugalmasságának megőrzését ez egy kontár és ártalmas munka látszatába keveri? Vajon miért ismétlik korunk emberei Francis Bacon évszázadokkal ezelőtti panaszát, hogy „törvényeink jelenlegi állapotjukban fölöttébb bizonytalanok”, és miért ragaszkodunk abbeli meggyőződéséhez, hogy az ilyen „bizonytalanságok” ártalmasak és egészében kerülendők?

Mi az oka ennek az elérhetetlen, és gyakran nem kívánatos felé való szüntelen törekvésnek? (...)

E tanulmányban megkíséreljük részlegesen megválaszolni a kérdést.

Mindenekelőtt fogalmazzuk meg újra a problémát: csak korlátozott jogbiztonság érhető el. A jog pontossága és előre jósolhatósága általános követelményét lehetetlen kielégítenünk, mert ebben az elérhető, kívánatos vagy szükséges jogi véglegesség-szintnél magasabbra törekcsenek. Ha igaz az, hogy a gyakorlatilag kívánatosnál vagy elérhetőnél nagyobb jogbizonyosságot keresnek, akkor e túlzó jogi stabilitás iránti igény nem gyakorlati szükségből származik, és nem a valóságban, hanem valami irreális utáni sóvárgásban gyökeredzik. Azt jelenti ez, hogy az elterjedt képzetet, miszerint a jog nagyjából mozdulatlan és bizonyos vagy legalábbis ilyenné tehető, irracionálisnak, és ennél fogva illúzióknak vagy mítosznak kell minősítenünk.

Mi a forrása ennek a jogi alapmítosznak?

Részmagyarázat

Makacs illúzió nyomain haladunk. Hol kereshetnénk ilyen körülmények között jobb kulcsokat, mint a gyermekkor felé tájékozódva? A gyermekek problémáiban és a gyermeki probléma megközelítésben megtalálhatjuk ugyanis a későbbi évek megszilárdult illúziói legtöbbjének forrásait (...).

Tekintettel erre, az alábbi részmagyarázatot adhatjuk a jogi alapmítoszról. Világos, hogy a gyermeki kapcsolat az emberi probléma megközelítési módjainak, így a jog iránti attitűdjének is fontos tudattalan meghatározója. E magyarázat összetevőit a következőkben foglalhatjuk össze.

1. A kisgyermek arra törekszik, hogy megőrizzen valamilyen születés előtti nyugalomszerűséget. És megfordítva: az ismeretlentől való félelem, a kockázattól és változástól való rettegés a gyermek életének léttényezőit képezik.
2. Ezek a tényezők fejlődnek ki a teljes béke, a kényelem, az ismeretlen veszélyeivel szembeni védelem iránti gyermeki vágyban. A gyermek - „irrealisztikusan” – egy olyan mozdulatlan világot álmodik magának, amely nem változik, de ellenőrizhető.
3. A gyermek ezt a várákozást jelentős mértékben páratlan, mindenható, tévedhetetlen apjára hagyatkozva, és a belé vetett bizalommal elégtí ki.
4. Az évek múlása ellenére a legtöbb ember olykor áldozatául esik a teljes nyugalom iránti gyermeki vágynak, s a leküzdhetetlen véletlentől való gyermeki félelemnek. Ilyenkor azt hiszik, hogy olyan világban élnek, amelyen a véletlen nem valóság, csak látszat, és ebben a világban a határozatlantól, önkényestől és szeszélyestől mentesen élhetnek. Amikor zavarosnak, kialakulatlanak, fárasztónak találják az életet, szeretnének felülkerekedni a létért való küzdelmen, megszabadulni minden zavaró változástól, fordulattól, újdonságtól, szeretnének a látszólag szétválasztó események közt megszakítatlan kapcsolatra lelmi, alapvetően szilárd környezetben pihenni. Visszatérnek tehát olyan gyermeki vágyakhoz, amelyeket az „apa újrafelfedezése” útján, apa-helyettes iránti vágyódás, ahol hiányzik a

félelemtenyező. Az apától való függőség, ez az eredetileg adaptációs eszköz tehát öncéllá változott.

5. A jog könnyen játszhat fontos szerepet az apa újrafelfedezésére tett kísérletben. Funkcionálisan ugyanis a jog nyilvánvalóan emlékeztet az apára, mint bíróra. Természetesen a jog és a vallás nem állnak egyedül, mint az apai tekintély keresésétől befolyásolt tevékenységek. A tudomány is szenved ettől, amikor ráhárul, hogy a kozmikus bizonyosságot biztosítsa. A lényeg azonban az, hogy képtelenül aránytalan bizonyosságfokot várnak el a jogtól, amely - mint láttuk – az eredendően legbizonytalanabb emberi vállalkozások sorába tartozik (...). A paradoxont részben magyarázza a tény, jog mintha más élettereknél nyilvánvalóbban megfelelné az „apa mint bíró” gyermeki felfogásnak.
6. A gyermeki apa mint bíró tévedhetetlen volt. Ítéletei és parancsai nyilvánvalóan rendet vittek a helyes viselkedésre vonatkozó ellentétes nézetek káoszába. Az apa mint bíró törvényei abszolúte biztosak és előre kiszámíthatóak voltak. A felnőttek a gyermeki világ érzelmi kielégülésének visszaszerzésére törekedve anélkül, hogy tudatosan tisztában lennének motivációjukkal, az apától rögzített törvényben gyermekként megtalálni vélt autoritást, bizonyosságot, és előre kiszámíthatóságot keresik.
7. Innen ered a jogi alaptételek, hogy a jog a változás nélküli, rögzített és tartós, vagy legalábbis azzá tehető. (...).

A jog nyelve

A jogászság mint racionalizáló hivatás

(...) Különböző beszéd szokások kiváló megfigyelőket, mint például Sir Henry MAINE-t, arra az észrevételre vezették, hogy a jogászok „kettős nyelvet” használnak, amellyel „kettős és összeegyeztethetetlen eszmék rendszerét” érvényesítik, vagy amellyel szüntelen hamisan fejezik ki maguk és mások számára céljaikat. Sok bizonyíték támasztja alá ezt a vádat. Ha például a bírónak arról kell döntenie, vajon mi a hatása valamelyik törvénynek egy adott tényállásra, megpróbálják kideríteni a kérdéses törvényt alkotó „törvényhozó szándékát”, bár a meghozatalára sok évvel korábban került sor, hogy sem a kérdéses tények fajtáját egyáltalán elképzelhették volna. Ilyen módon sok régi törvényt, amelyet akkor hoztak, amikor még csak a lóvontatta járműveket ismerték, a gépkocsik használatával járó minőségileg új problémákra alkalmazták. Hasonlóképpen beszélnek az amerikai alkotmányozó szövegezőinek XVIII. századi „szándékáról” is, mondván, hogy ez a XX. századi körülményekre tekintettel történt, amiről pedig egyetlen épelméjű XVIII. századi törvényhozó sem álmodhatott. A törvényhozásban részes hús-vér emberek szándékait csak nagyon korlátozott mértékben tekintik jogilag relevánsnak. Azok a törvényhozók, akiknek az akaratát a bíróságok követni kívánják, többnyire fiktív és megfoghatatlan személyek (...).

A jogi stílus- és kifejezésmódok egyedüli minőségeit készek vagyunk nagymértékben „racionalizáló” jellegűnek látni (...).

Ami azonban még igazabb: a jogra vonatkozó okfejtésben több racionalizálást vehetünk észre, mint sok más tárgy esetében. Miért? Azért, mert a jogászok más embereknél inkább kényszerülnek összebékíthetetlen dolgok összeegyeztetésére. Mindennapos feladatuk a szakszerű gyakorlati elrendezés. Életük munkája a valószínűségi logikán alapul. Az új körülmények realista felismerése, a kísérletezés, az alkalmazkodás adja a jogász felbecsülhetetlenül értékes technikájának lényegét. És mégis egy hatalmas hajlam, egy tudattalan vágy a gyermeki világ újjáteremtésére, melyet a jog valódi természete minden emberben, jogészokban és laikusokban egyaránt kiváltott, azt kívánja a jogásztól, hogy bizonyosság, merevség, biztonság, egységesség elérésére törekedjék. A kétféle célkitűzés ellentmondó. A jog ritkán szolgálhatja gyakorlati működési célját, miközben határozottan, bizonyosan, mechanikusan működik. A gyakorlati és az ideális funkciók rendszerint ellentétes szándékot jelentenek. Ezt az antagonisztikus ellentétet azonban elrejtik. Hosszú távon a gyakorlati szándékot szolgálják. A racionalizálás eszközeivel azonban ezt úgy állítják be, hogy az a látszat keletkezik, mintha csak csekély mértékben, vagy egyáltalán nem áldozták volna fel az óhajtott merev bizonyosságot.

Erre tekintettel a jogászok hivatásos racionalizálóknak, és nem hivatásos hipokratáknak, vagy még rosszabbnak tűnnek, amivel a laikusok vádolják őket. Érthető így, miért említik a joggyakorlatot gyakran racionálisan megtanulhatatlan „művészetként”, amit intuitíve kell megragadni. Valóban, a joggyakorlat (ahogy most folytatják), egyike a legnagyobb racionalizáló művészeteknek. Most már jobban megérthetjük, miért ejti zavarba a fiatal jogászt az iskolai tanulmányai során, és az ügyvédi irodában s a bírósági tárgyalóban tapasztaltak közötti széles szakadék. Az is világos, hogy miért merészebbek és alkotóbbak a - bevallott meggyőződésüktől függetlenül – az idősebb jogászok, mint a friss diplomások. A tapasztalat megtanította az idősebbeket arra, hogy rugalmasan kezeljék a változó valóságot, és mégis képmutatás nélkül használjanak olyan kifejezéseket, amelyek lehetővé teszik számukra, hogy a lehetetlen bizonyosság elérése iránti tudattalan gyermeki ragaszkodásuknak adózzanak.

Bírói jogalkotás

(...) A jogi alaplátosznak vagy illúzióknak az a lényege, hogy a jog teljes mértékben kiszámítható előre. Ez az illúzió azon a gyermeki vágyon alapul, hogy létezzék egy olyan rögzített, apától irányított világegyetem, amelyben nincs semmiféle emberi gyarlóságból eredő véletlen vagy tévedés.

A jogfejlődés korai szakaszaiban ez a vágy a mainál intenzívebb volt. Ezt nevezte Sir Henry MAINE „a változás babonás undornak”, ami az embereket olyannyira áthatotta, hogy a fennálló jog minden, még törvényhozói változtatását is ellenezték. Részben már túljutottunk a jogváltozással

szembeni babonás ellenszenv, amennyiben a változás törvényhozó testületek tevékenységéből származik, és a jog nem csekély részét minden évben módosítják az egyes tagállamok és a Kongresszus törvényei (...)

A feltétlen bizonyosságot és előreláthatóságot azonban a törvényhozás által alkotott vagy elfogadott törvénymódosítások nyilvánvalóan nem veszélyeztetik.

Ha viszont elismerik egyszer, hogy a bíró az eset eldöntése során, első szabályozásként az adott esetre alkalmazható törvényt teremthet, vagy megváltoztathatja az eset eldöntése előtt létezőnek hitt szabályokat, úgy ezzel egyúttal azt is el kell ismerni, hogy a felek esetbeli jogosultságairól és kötelezettségeiről visszaható hatállyal is lehetséges dönteni. Az adott ügygel foglalkozó bíró által eszközölt változtatás ugyanis a múlt eseményeire vonatkozó jogváltozás. A jogi előreláthatóság egyszerűen lehetetlen lesz, ha cselekedetemet olyan jog alapján tanúsítom, amelyet egy, a cselekvésemre vonatkozó későbbi kereset kapcsán az ügyet tárgyaló bíró megváltoztathat. Következésképpen ügyemben olyan jog alapján döntenek, amely cselekvésemkor még nem létezett, és amiről ennek folytán cselekvésem során nem is tudhattam, amit nem láthattam előre, és nem is számítottam rá.

Ha tehát valakiben hatalmas szükséglet munkálkodik, hogy higgyen minden olyasféle lehetőségben, mint a jog pontos előrejelölhetősége, úgy annak tűrhetetlennek kell találnia a bírói jogalkotást, és igyekeznie kell, hogy létét letagadja.

Innen az a mítosz, hogy a bírónak nincs hatalmuk a fennálló jog megváltoztatására vagy új jog alkotására. Ez a szilárd, nagyjából változtathatatlan jogi világba - valójában a gyermeki világba - vetett hit szubjektív szükségletének a közvetlen hajtása (...).

Az ítélkezési folyamat és a bíró személyisége

(...) Az ítélkezési folyamat a pszichológusok beszámolója szerint ritkán indul ki valaminő premisszából, amiből aztán következtetést vezetnek le. Az ítélkezés inkább éppen fordítva kezdődik: egy többé-kevésbé határozatlanul megformált következtetéssel. Ebből indulnak ki, és ehhez keresik meg azután a premisszákat, amelyek majd azt igazolják. Kézenfekvő az analógia a detektívregény-írás technikájával. Ha a bírónak nem sikerül kielégítő, megfelelő érveket találnia következtetése és az általa elfogadhatónak ítélt premisszák összekapcsolására, elveti a következtetést, és másikat keres, hacsak nem önkényes vagy bolond.

A bíróság előtt valamilyen ügyet képviselő jogász esetében meglehetősen nyilvánvaló, hogy gondolkodásában a következtetés uralkodik a premisszák fölött. Ő olyan harcos, aki az ügyfele javára működik, következtetése tehát csak igen szűk keretek közt lesz választás dolga. Ha sikert akar elérni, azzal a következtetéssel kell kezdenie, amelyik biztosítja ügyfele pernyerését. Ezek után olyan módon gyűjti össze a tényeket, hogy az általa kívánt eredményből vissza tudjon következtetni egy olyan felső premisszára, amelyet a bíróság - megítélése szerint - hajlamos lesz majd elfogadni. Ilyen premisszát

képeznek azok a precedensek, jogszabályok, jogelvek és standardok, amelyekre fel fogja majd hívni a bíróság figyelmét.

Míg az ügyvéd esetében világos „a következtetés uralma”, a bírónál már távolról sem ez a helyzet. A bírói ítélezési folyamat tiszteletteljes é hagyományos leírásai ugyanis nem engednek meg ilyen visszafelé haladó magyarázatot. Elméletileg a bíró valamilyen jogszabályból vagy jogelvből indul ki, ezek szolgálnak premisszául. E premisszát alkalmazza a tényekre, és így jut el a döntéshez.

Mivel a bíró is ember, és néhány egyszerű esetet kivéve a normális gondolkodási folyamatban egyetlen emberi lény sem ilyen szillogisztikus okoskodás útján jut el a döntésekhez, méltányosnak tűnik feltételeznünk, hogy a hivatali hermelinpalást felöltésével még a bíró sem tesz szert ily mesterséges gondolkodásmódra. A bírósági ítéleteket, más ítéletekhez hasonlóan, a legtöbb esetben a próbaszerűen kialakított következtetésekből visszafelé alakítják ki (...).

Az összes bírák gondolkodásmódja megközelítőleg ilyen lehet. De lássuk csak ennek következményeit! Ha a jog a bírák döntéseiből áll, és ha ezek a bírák előérzetein alapulnak, úgy a bírósági eljárás kulcsa az, hogy miként tesz szert a bíró ezekre az előérzetekre. Bármilyen legyen is az oka ezeknek, ezek alkotják a jogot.

Melyek tehát az előérzet termelői? Milyen ingerek következtében érzi úgy a bíró, hogy inkább az egyik, semmint a másik következmény igazolását kell megkísérelnie?

Ilyen ingerek a jogszabályok, a jogelvek. De ezeken kívül sok más rejtett vagy felfedezetlen inger van, amelyeket a jog jellege vagy természete tárgyalásakor csak ritkán vesznek figyelembe. Amikor egyáltalán foglalkoznak az ilyen egyéb ingerekkel, rendszerint a bíró „politikai, gazdasági és erkölcsi előítéletei” elnevezéssel hivatkoznak rájuk. Egy pillanat alatt beláthatja minden elfogulatlan személy, hogy ilyen jellegű tényezőknak kell hatniuk a bíró elméjében (...).

Ugyanakkor jogi közhely, hogy a tanú nem tudja mechanikusan feleleveníteni a tényeket, ehelyett a tényekről alkotott ítéletéről számol be, így pedig ítéletalkotásában tévedhet.

Elég meglepő, hogy alig figyeltek még föl arra, hogy míg a tanú ebben az összefüggésben bíró, a bíró - hasonló összefüggésben - tanú. Tanúja annak, mi történik a tárgyalóteremben. Annak alapján, amit lát és hall, azaz a tanúk szavából, mozdulataiból és általános viselkedéséből meg kell határoznia, hogy melyek az eset tényei. És a bíró ténymegállapítása épp úgy nem mechanikus cselekedet, mint az előtte tanúskodóé. Ahogyan a tanúknál lehetséges az emlékezethiba vagy az események csupasz képzeletre támaszkodó visszaidézése, ugyanúgy a bíró is tévedhet a tanúvallomás felfogásában. Vagyis még jóval azelőtt, hogy eljutott volna addig, hogy az eset egészének tényei alapján döntsön helyesről vagy helytelenről, igazságról vagy igazságtalanról, a tanúvallomás mozgását követve, számos ítéletet vagy következtetést alkotott már. A tanúk által mondottakról és az ennek igazáról alkotott bírói hiedelmek meghatározzák a bírónak „az ügy tényeiről” alkotott elképzelését. Ha a bíró végső döntése előítéleten alapul, és ez az előítélet a „tények” függvénye, úgy természetesen gyakran irányító szerephez jut az, amit ő, mint a tárgyalóteremben történtek nem csalhatatlan tanúja „tényeknek” vél. Így a bíró számtalan egyéni vonása, beállítottsága és szokásai

gyakran nemcsak annyiban alakítják döntéseit, hogy közrehatásukkal meghatározza, egy adott tényállás tekintetében mit tartson méltányosnak vagy igazságosnak, hanem hogy befolyásolják ama folyamatban is, amelyek során e tények mibenlétéről meggyőződik.

Az adott bíró egyéni vonásai, hajlamai, beállítottsága és szokásai ezek szerint gyakran meghatározzák döntését a jog mibenlétéről. E tekintetben a bírák nem különböznek más halandóktól. „A tényleges gondolkodásban - mondja F.C.S SCHILLER- minden esetben részt vesz az ember egész személyisége, mely minden összetevőjében áthatja azt.” Hogy tisztában lehessünk a jogot alkotó bírói előítélet okozóival, alaposan ismernünk kell amaz összetett tömeget, amit pontatlanul a bíró személyiségének szoktunk nevezni (...).

Senki nem tudhatja előre, mit fog a bíró az ügy „tényének” hinni. Ebből következik, hogy az ügyvéd véleménye sem más egy adott tényállást érintő jogról, mint hiedelem: (1) arról, hogy a bíró mit fog később ténynek venni; és (2) arról, hogy mit fog a tényeket érintő bírói hiedelem alapján helyes döntésnek tekinteni. De még ez is meglehetősen mesterkélt állítás. A bíró a maga előítéleteihez érkezve nem választja el megfelelően a „jogra” vonatkozó következtetésétől a „tényekre” vonatkozó hiedelmeit. Általános előítélete integráltabb és összetettebb, és mind az önmagához, mind a közösséghez intézett ténybeszámolóját befolyásolja. Csak egy felületes gondolkodó feltételezheti, hogy a tények valóságos megtörténte, és ezeknek a bíró előtti megjelenése (ill. az, ahogyan beszámol róluk), állandóan vagy akár csak gyakran megfelel egymásnak. A bírói határozatot jóval az események után, a gyarló tanúvallomás által kiváltott reakciójára épülő bírói előítélet határozza meg.

Ez a határozat a szó minden értelmében ex post facto. Ezek után pedig merő képzelgés azt mondani, hogy az emberek általában szavatoltan tevékenykedhetnek „a megállapított jogban” bízva. Ez talán száanalomraméltó, ám az érett embernek a még oly kellemetlen igazsággal is szembe kell tudnia nézni.