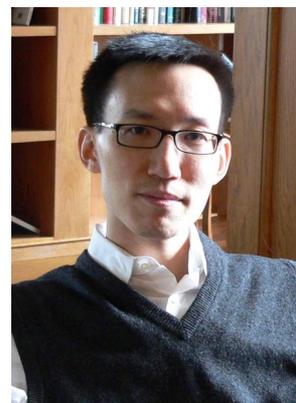


# Mitul judecătorului generalist

Edward K. Cheng\*

*Despite the frequent rhetoric celebrating the generalist judge, do judges really practice the generalist ideal? This Article empirically tests this question by examining opinion assignments in the federal courts of appeals from 1995-2005. It reveals that opinion specialization is a regular part of circuit court practice, and that a significant number of judges indeed specialize in specific subject areas. The Article then assesses the desirability of opinion specialization. Far from being a mere loophole in court operating procedures, opinion specialization turns out to be an important feature of judicial practice that could increase judicial expertise without incurring many of the costs commonly associated with specialized courts.*

În pofida retoricii frecvente pentru celebrarea judecătorului generalist, judecătorii oare chiar practică idealul generalist? Acest articol testează în mod empiric această întrebare, prin examinarea mai multor repartizări de motivări (en. opinion assignments; tradus de către traducător ca fiind „repartizarea motivărilor” și înseamnă procedura prin care președintele Curții Supreme, după votul asupra soluției unei cauze repartizează cauza unui judecător spre motivare. De precizat că judecătorul care va redacta opinia Curții trebuie să fie din rândul celor care au optat pentru soluția votată de majoritate. Când președintele instanței face parte din această majoritate, poate reține cauza spre motivare, sau poate desemna un alt judecător din complet pentru a redacta opinia. Când președintele nu este printre judecătorii majoritari, atunci cel care repartizează opinia este cel mai în vârstă judecător din majoritate. În atribuirea motivării se ține cont de diferite criterii, ținând cont și de o repartizare echitabilă a volumului de muncă. După ce opinia este redactată, se distribuie celorlalți judecători, care pot achiesa la ea, inclusiv și cei care au votat împotriva deciziei. Astfel, după ce fiecare judecător care este de acord cu soluția își prezintă poziția, și după ce opiniile concurente sau separate sunt redactate, decizia instanței poate fi pronunțată; nota traducătorului) în curțile federale de apel datând din perioada între 1995 – 2005. Articolul relevă faptul că specializarea opiniilor este o parte obișnuită a instanțelor federale și că într-adevăr, un număr semnificativ de judecători se specializează pe diferite domenii. Apoi, articolul examinează oportunitatea specializării. Departe de a fi doar o lacună în procedurile instanțelor, specializarea se dovedește a fi o latură importantă a practicii judiciare, care are potențialul de a mări expertiza judiciară, fără a ocaziona multe din acele costuri, cauzate de obicei de instanțele specializate.



## Introducere

Cultura juridică, în special în cazul instanțelor federale, celebrează judecătorul generalist. Firește, cei mai

entuziaști susținători sunt chiar judecătorii<sup>94</sup>. Spre exemplu, judecători federali de la instanțele de circuit, în mod frecvent comentează

<sup>94\*</sup> Conferențiar universitar în drept, Brooklyn Law School. J.D. Harvard Law School; M.Sc. London School of Economics; .S.E. Princeton. Aș dori să mulțumesc lui Mason Barney, Anita Bernstein, Mike Cahill, Joe Cecil, Jenny Diamond Cheng, Nick Cox, Ted Eisenberg, Liz Emens, Eric Kraus, Jennifer Mnookin, Sheldon Pollock, Norman Poser, Richard Posner, Gil Seinfeld, Chris Serkin, Jeff Simonoff, Ed Stein, Stewart Sterk, Michael Sven și lui Albert Yoon pentru comentarii ajutătoare și pentru discuții. Articolul de asemenea a beneficiat în mod semnificativ de prezentări la Fordham Law School, Cardozo Law School, New York Junior Faculty Colloquium, Advanced Torts Seminar la New York Law School, și Committee on Science and Law of the New

York City Bar. Mulțumiri speciale lui Thomson West și Federal Judicial Center pentru furnizarea seturilor de date pentru prezentul studiu. Allison Callan Schwartz a contribuit cu asistență în cercetare, Spencer Province a furnizat ajutor în bibliotecă și Mark Melahn a realizat un lucru excelent în Photoshop pentru a curăța graficele. Un ajutor generos a fost acordat de către Brooklyn Law School Dean's Summer Research Fund și Project on Scientific Knowledge and Public Policy. E.g., Bruce M. Selya, *Arbitration Unbound?: The Legacy of McMahon*, 62 Brook. L. Rev. 1433, 1445 (1996) (descrie majoritatea judecătorilor ca fiind “generalişti declarați și foarte mândri de acest lucru”).

importanța faptului de a fi generalist<sup>95</sup> și susțin statutul iconic al generalistului în tradiția juridică americană<sup>96</sup>. Pe scurt, mulți dintre judecătorii federali ar fi de acord cu susținerea judecătorului Diane Wood, în sensul că „avem nevoie de judecători generalişti mai mult decât avem nevoie de curțile federale ale Statelor Unite.”<sup>97</sup>. Corolarul idealului puternic generalist este o aversiune bine încheagată împotriva specializării<sup>98</sup>. Susținere externă pentru specializare, în cazul în care

cumva există, ea se referă doar la domenii limitate. Pe de altă parte, judecătorii opun rezistență față de specializare și se distanțează față de „spectrul” acestuia<sup>99</sup>. Această aversiune ocazional se transformă într-o ostilitate: un judecător sincer descrie Circuitul Federal ca fiind compus din „oameni mici și verzi” și din „oameni purtând pălării cu elice.”<sup>100</sup>.

Structura instanțelor federale reflectă această antipatie față de specializare. Sistemul instan-

<sup>95</sup> E.g., Richard A. Posner, *Will the Federal Courts of Appeals Survive Until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function*, 56 S. Cal. L. Rev. 761, 777-89 (1983) (oferă o acoperire substanțială a subiectului în secțiunea intitulată „În apărarea judecătorului de apel generalist”); vezi și, Richard Arnold, *Mr. Justice Brennan and the Little Case*, 32 Loy. L.A. L. Rev. 663, 669 (1999) (“Eu personal sper că nu vom scăpa de cauzele privind asigurările sociale, deoarece oamenii, precum un petiționar din domeniul asigurărilor sociale, are nevoie de un loc unde poate să fie auzită de către un judecător generalist care nu este în rutină și că aceste cauză nu va fi doar o piesă pe linia de asamblare.”); Guido Calabresi, *The Current, Subtle—and Not So Subtle—Rejection of an Independent Judiciary*, 4 U. PA. J. Const. L. 637, 639 (2002) (“Judecătorii sunt generalişti care se ocupă cu o varietate de problem și sunt motive foarte bune pentru care ei trebuie să facă în acest fel.”); Deanell Reece Tacha, *The Federal Courts in the 21st Century*, 2 Chap. L. Rev. 7, 15 (1999) (“Instanțele federale au fost instanțele judecătorilor generalişti. Cred cu tărie că aceste instanțe ar trebui să rămâne în acest fel.”); John M. Walker, Jr., *Comments on Professionalism*, 2 J. Inst. for Study Legal Ethics 111, 113-14 (1999) (“Judecătorii ar trebui să fie generalişti. Judecătorii ar trebui să fie în stare să se ocupe cu toate felurile de cauze care se ivesc în sistemul federal. Ar trebui să fim în stare să soluționăm toate tipurile de cauze cu o egală pricepere. Sperăm să avem puterea de a discerne când sunt susținute argument bune și când sunt susținute argument rele.”); Robert H. Bork, *Dealing with the Overload in Article III Courts*, Address to the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (Apr. 7-9, 1976), in 70 F.R.D. 231, 233-34 (1976) descrie “virtuțile pentru care întotdeauna am prețuit instanțele fedrale: știința de carte, o viziune generalistă asupra dreptului, înțelepciune, o reflectarea matură și nepasională și o explicație atentă și motivată a deciziilor luate”, citat în Malcolm Richard Wilkey, *Judicial Activism, Congressional Abdication, and the Need for Constitutional Reform*, 8 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 503, 513 & n.33 (1985). Acest sentiment în mod natural nu este limitat de judecătorii federali de apel. Vezi e.g., Paul S. Gillies, *A Talk with Judge Martin*, VT. B.J. & L. DIG., Mar. 1999, at 47, 50 (raportând un interviu cu judecătorul pensionat de la Vermont Superior Court, Stephen B. Martin) (“Ah, da, sunt un generalist. Întotdeauna am militat pentru judecătorii generalişti și încă fac acest lucru. Nu trebuie să fii un om de știință

în domeniul rachetelor pentru a soluționa majoritatea litigiilor de la instanțele noastre.” Simon Rifkind, *A Special Court for Patent Litigation? The Danger of a Specialized Judiciary*, 37 A.B.A. J. 425 (1951) (autorul este un fost judecător federal de la o instanță districtuală).

<sup>96</sup> Carl McGowan, *Reflections on Rulemaking Review*, 53 Tul. L. Rev. 681, 683 (1979) (admițând “lunga tradiție a judecătorilor generalişti”); Deanell Reece Tacha, *Refocusing the Twenty-First-Century Law School*, 57 Smu L. Rev. 1543, 1545 (2004) (remarcă că “judecătorul, în tradiția americană, este încă generalist”).

<sup>97</sup> Diane P. Wood, *Generalist Judges in a Specialized World*, 50 Smu L. Rev. 1755, 1756 (1997); vezi și *id.* at 1763 (argumentează că sistemul federal a “prezervat anumite valori esențiale chiar datorită faptului că a rezistat unei profesionalizări și specializări adoptată de alții”).

<sup>98</sup> E.g., Thomas E. Baker, *Imagining the Alternative Futures of the U.S. Courts of Appeals*, 28 Ga. L. Rev. 913, 949 (1994) (Pentru instanțele în general și pentru instanțele stabilite de Articolul III în special, specializarea este adesea privită cu dispreț.”); Daniel J. Meador, *A Challenge to Judicial Architecture: Modifying the Regional Design of the U.S. Courts of Appeals*, 56 U. Chi. L. Rev. 603, 634 (1989) (“aversiunea față de instanțele specializate este adânc înrădăcinată în psihicul practicii juridice americane.”).

<sup>99</sup> Daniel J. Meador, *An Appellate Court Dilemma and a Solution Through Subject Matter Organization*, 16 U. Mich. J.L. Reform 471, 482 (1983) (descrie specializarea ca fiind un “spectru”); vezi și Saul Brenner, *Issue Specialization as a Variable in Opinion Assignment on the U.S. Supreme Court*, 46 J. Pol. 1217, 1218 (1984) (îl citează pe David W. Rohde & Harold J. Spaeth, *Supreme Court Decision Making* 173 (1976)) (susține că Judecătorul Președinte Warren a negat repartizarea opiniilor pe baza expertizei); S. Jay Plager, *The United States Courts of Appeals, the Federal Circuit, and the Non-Regional Subject Matter Concept: Reflections on the Search for a Model*, 39 AM. U. L. Rev. 853, 860-61, 863 (1990) (distinge Federal Circuit de o instanță specializată).

<sup>100</sup> O.I. Corp. v. Tekmar Co., No. 95-CV-113 (S.D. Tex. June 17, 1996) (Kent, J.), quoted in R. Polk Wagner & Lee Petherbridge, *Is the Federal Circuit Succeeding? An Empirical Assessment of Judicial Performance*, 152 U. Pa. L. Rev. 1105, 1109-10 n.12 (2004) (citează pe Victoria Slind-Flor, *The Markman Prophecies*, IP Worldwide, Mar. 13, 2002, at 28, 30).

țelor federale este compus în principal din instanțe cu o jurisdicție generală, iar Circuitul Federal și alte câteva instanțe fac doar excepție.<sup>101</sup> De-a lungul anilor, propuneri care pledau pentru mai multe instanțe specializate au fost în mod consecvent ignorate<sup>102</sup>, chiar dacă s-au referit la probe științifice<sup>102</sup>, impozite<sup>104</sup>, imigrație<sup>105</sup>, controlul agențiilor administrative<sup>106</sup>, brevete<sup>107</sup> ori la alte domenii. În acele ocazii rare în care asemenea propuneri sunt implementate, majorității instanțelor specializate li se neagă

statutul sub articolul III și sunt clasificate ca și instanțe (articolul I) legislative, cum sunt instanțele de faliment, cum e United States Tax Court<sup>108</sup> și United States Claims Court<sup>109</sup>.

În concordanță cu aceste atitudini, reguli și norme bine stabilite al instanțelor de jurisdicție generală pretind repartizarea aleatorie a cauzelor, pentru a se asigura că judecătorii se întâlnesc cu toate tipurile de cauze.<sup>110</sup> O excepție notabilă de la repartizarea aleatorie întâlnită la instanțele districtuale a fost reprezentată de

<sup>101</sup> *Vezi în general* 13 Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure* § 3508 (2d ed. 1984) (discută despre instanțele specializate în sistemul federal).

<sup>102</sup> Cf. Ellen R. Jordan, *Specialized Courts: A Choice?*, 76 *NW. U. L. Rev.* 745, 745-46 (1981) (discută diferite propuneri de instanțe specializate); Richard L. Revesz, *Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System*, 138 *U. Pa. L. Rev.* 1111, 1116 (1990) (observă că instanțele specializate nu au fost propuse precum după New Deal).

<sup>103</sup> E.g., John W. Osborne, *Judicial/Technical Assessment of Novel Scientific Evidence*, 1990 *U. Ill. L. Rev.* 497, 540-43 (propune folosirea judecătorilor versați științific pentru a soluționa hotărârile de admisibilitate); Edward V. Di Lello, Note, *Fighting Fire with Firefighters: A Proposal for Expert Judges at the Trial Level*, 93 *Colum. L. Rev.* 473, 473 (1993); cf. James A. Martin, *The Proposed "Science Court"*, 75 *Mich. L. Rev.* 1058, 1058 (1977) (discută o propunere pentru o "instanță științifică" care ar putea judeca probleme științifice controversate pentru beneficiul agențiilor și al Congresului.)

<sup>104</sup> Au existat propuneri pentru a aduna apelurile din domeniul fiscal pentru o singură instanță specializată. Meador, *supra* note 5, at 622-23 & n.53 (discută propunerile). La un nivel de încercare, litiganții fiscali în prezent aleg între instanțele federale generalist și United States Tax Court, iar toate apelurile sunt luate de instanțele regionale de apel. Robert M. Howard, *Comparing the Decision Making of Specialized Courts and General Courts: An Exploration of Tax Decisions*, 26 *Just. Sys. J.* 135, 137 (2005); *vezi, de asemenea id.* at 138 tbl.1 (însumează atributele celor două opinii).

<sup>105</sup> Meador, *supra* note 5, at 624 & n.59 (discută propunerile pentru o curte de apel în domeniul imigrației).

<sup>106</sup> Revesz, *supra* note 9, at 1115 (discută oportunitatea unei instanțe specializate care să controleze actele agențiilor guvernamentale).

<sup>107</sup> *Vezi, e.g.*, John B. Pegram, *Should There Be a U.S. Trial Court with a Specialization in Patent Litigation?*, 82 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 765, 767 (2000); Gregory J. Wallace, Note, *Toward Certainty and Uniformity in Patent Infringement Cases After Festo and Markman: A Proposal for a Specialized Patent Trial Court with a Rule of Greater Deference*, 77 *S. Cal. L. Rev.* 1383, 1410-11 (2004). *Dar vezi* H.R. 34, 110th Cong. (1st Sess. 2007) (urmărește să stabilească un program pilot în care judecătorii federali se pot oferi pentru a li se repartiza cauze dintr-un fond comun).

<sup>108</sup> *Vezi* Deborah A. Geier, *The Tax Court, Article III, and the Proposal Advanced by the Federal Courts Study Committee: A Study in Applied Constitutional Theory*, 76 *Cornell L. Rev.* 985, 991-93 (1991) (renumără încercările eșuate de a acorda statutul prevăzut de Articolul III pentru Tax Court).

<sup>109</sup> *Vezi în general* 13 Wright et al., *supra* note 8, § 3528 (discută despre statul diferitelor instanțe și despre istoria conceptului instanțelor legislative). Președinții Warren și Burger s-au opus acordării statutului Articolului III pentru instanțe specializate. Geier, *supra* note 15, at 993 & n.46.

<sup>110</sup> E.g., 1st Cir. I.O.P. VII.D ("în conformitate cu o practică veche, cauzele sunt repartizate completelor în mod aleatoriu..."); 3D CIR. I.O.P. 15.2 (discută folosirea unui "program de computer care să aleagă aleatoriu un complet" în cauzele privind pedeapsa cu moartea, chiar dacă "președintele instanței periodic poate soluționa dezechilibrul în volumul de cauze"); 4th Cir. I.O.P. 34.1 (discută "un program de computer făcut pentru a atinde o selecție aleatorie totală"); 5th Cir. R. 34 I.O.P. (discută separația între desemnarea judecătorilor în complete și planificarea cauzelor); 7th Cir. O.P. 6(b) (în mod implicit sugerează repartizarea aleatorie pentru apelurile succesive); 8th Cir. I.O.P. I.D.1 ("Biroul registraturii folosește un software pentru a alcătui completele de audiențe și pentru repartizarea aleatorie a cauzelor. Judecătorii nu participă la procedura de repartizare a cauzelor."); 9th Cir. O.P. E(4); Practitioners' Guide to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, VIII.A, at 54 (6th rev. 2006) ("repartizarea completelor se face în mod aleatoriu sub supravegherea registraturii"); 11th R. 34 I.O.P. 2(b) ("Pentru a asigura o obiectivitate completă în desemnarea judecătorilor și pentru programarea apelurilor, cele două funcții de desemnare a judecătorilor către complete și programarea apelurilor sunt în mod intenționat separate"); United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Handbook of Practice and Internal Procedure*, X.B, X.C, & X.D, at 46 (2007) (discută despre stabilirea termenelor de judecată). *Dar vezi* Paul D. Carrington et al., *Justice on Appeal* 174 (1976) ("ideea de a repartiza anumii judecători pentru anumite clase de apeluri nu este nouă, dar rareori a fost o politică anunțată în mod formal. Știm că, de exemplu, în Judge Learned Hand's Day the Second Circuit s-au făcut referiri frecvente la această practică.").

Rezoluția Bar Harbor din 1971, care a permis președinților de instanțe să reatribuie cauzele complexe unor anumiți judecători.<sup>111</sup> În orice caz, în 1999, Conferința Judiciară a eliminat acest vid, prin abrogarea acestei rezoluții. Conferința Judiciară a ajuns la concluzia că rezoluția ridică probleme privind specializarea și că a fost „nepotrivită conceptului de independență judiciară”.<sup>112</sup>

Ipostaza romantică a judecătorului federal generalist nu există fără costuri. Obsesia privind generalistul grevează justiția federală de o potențială expertiză, care ar putea să fie foarte utilă în cazuri care implică cunoștințe doctrinare complexe și specializate.<sup>113</sup> Pentru exactitate, nu numai expertiza este ceea ce alcătuiește juristul ideal, mai ales în cazul problemelor care necesită judecăți mai mult judecăți de valoare decât acuratețe tehnică<sup>114</sup>, și chiar dacă

judecătorii specializați nu pot în mod necesar să garanteze răspunsul cel *drept*, totuși deciziile lor mai degrabă intră în categoria întrebărilor *mai bune*, datorită experienței mai bune și a înțelegerii domeniului respectiv.

Lipsa specializării subminează eficiența, scop care este greu de înlăturat într-o eră a unor instanțe supraîncărcate și cu juriști epuizați.<sup>115</sup> Soluții recente la criza încărcăturii volumului de lucru al instanțelor, incluzând aici mărirea numărului judecătorilor și a personalului, luarea unor măsuri pe cale orală, folosirea unor opinii nepublicate, au fost întinse până la punctul de rupere.<sup>116</sup> Orice extindere al acestor mecanisme riscă să afecteze serios uniformitatea<sup>117</sup> și răspunderea.<sup>118</sup> Între timp, opțiunea specializării este neglijată și rar folosită, din pricina idealului generalist.<sup>119</sup>

<sup>111</sup> Robert A. Ainsworth, jr., Report of the Committee on Court Administration, Judicial Conference of the United States 71-74 (1971), *reafirmat în* Report of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States 64 (1997).

<sup>112</sup> Comm. on Court Admin. & Case Mgmt., Judicial Conference of the U.S., Report of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States (1999), *disponibil pe* <http://www.uscourts.gov/judconf/99mar.html#22>. Interesant este că o lege neadoptată care ar fi pretins repartizarea aleatorie avea prevederi pentru repartizarea direcționată în “cauzele tehnice” în care judecătorul avea “experiență semnificativă cu privire la problema tratată.” Blind Justice Act of 1999, S. 1484, 106th Cong. (1999).

<sup>113</sup> *Vezi* Henry J. Friendly, *Reactions of a Lawyer—Newly Become Judge*, 71 YALE L.J. 218, 223-24 (1961) (“Ce mă deranjează sunt ocaziile când judecătorii nespecializați se confruntă cu problemă mai ales când se pune o întrebare pentru care tehnicile judiciare acceptate nu furnizează un răspuns satisfăcător.”).

<sup>114</sup> *Cf.* Posner, *supra* note 2, at 780, 782 (“Credem că un specialist este nu numai cineva cine știe multe despre subiect, ci este o persoană în care suntem de acord să avem încredere în decizii importante care ne afectează.”).

<sup>115</sup> *Vezi, e.g.*, Baker, *supra* note 5, at 918 (notează că volumul de cauze este o problemă special în sistemul federal); Plager, *supra* note 6, at 855-56 (la fel); Pamela Ann Rymer, *How Big Is Too Big?*, 15 J.L. & Pol. 383, 383 (1999) (“instanțele de apel au fost afectate disproporțional de creșterea numărului de cauze deoarece creșterea numărului de judecători nu a ținut pasul cu creșterea numărului de cauze.”).

<sup>116</sup> *Vezi, e.g.*, Myron H. Bright, *The Power of the Spoken Word: In Defense of Oral Argument*, 72 IOWA L. REV. 35, 39-40, 42 (1986) (descrie că Eight Circuit respinge cereri cu argumente orale, dar oferă dovezi empirice că argumentele orale pot afecta rezultatul cauzelor); Rymer, *supra* note 22, at 384-85 (descrie problemele legate de creșterea numărului judecătorilor și de împărțirea circuitelor); Melissa H. Weresh, *The Unpublished, Non-Precedential Decision: An*

*Uncomfortable Legality?*, 3 J. App. Prac. & Process 175, 175-76 (2001) (discută ivirea opiniilor nepublicate ca un răspuns la criza volumului de cauze și critica acestora); *vezi și* Anastasoff v. United States, 223 F.3d 898, 905 (8th Cir. 2000) (declară neconstituțională regula de la Eight Circuit care spune că opiniile nepublicate “nu sunt precedente”, 235 F.3d 1054 (en banc)).

<sup>117</sup> Martha J. Dragich, *Once a Century: Time for a Structural Overhaul of the Federal Courts*, 1996 WIS. L. REV. 11, 46 (notează că mărirea numărului judecătorilor este cel mai ușor și ieftin răspuns la volumul mare de cauze, dar ridică întrebări despre fragmentare); Rochelle Cooper Dreyfuss, *Specialized Adjudication*, 1990 BYU L. REV. 377, 377 (notează că creșterea numărului judecătorilor nu este utilă pentru că ar afecta uniformitatea, care ar conduce și la mai multe procese); Meador, *supra* note 6, at 473-74 (notează că mărirea numărului judecătorilor este scumpă și crează probleme legate de uniformitate), *vezi și* Plager, *supra* note 6, at 857 n.16 (raportează că un sondaj a relevat că trei pătrimi dintre judecători consideră că circuitele ar trebui plafonate la cincisprezece posturi de judecători); Posner, *supra* note 2, at 762 (susține că pentru a prezerva coerența în procesul de adoptare a deciziilor, un anumit circuit nu ar trebui să aibă mai mult de nouă judecători).

<sup>118</sup> *Vezi* Dragich, *supra* note 24, at 32-33, 40 (susține că “reforme interne” precum cel al opiniilor nepublicate, grad mai mare de depindere față de personal, și argumentele orale au redus responsabilitatea judecătorească; Meador, *supra* note 6, at 471-73 (exprimă preocupare față de delegarea funcțiilor judiciare către avocații din personal și către grefieri).

<sup>119</sup> Specializarea adesea este propusă ca un răspuns față de criza volumului de cauze. Dreyfuss, *supra* note 24, at 377; *vezi, de asemenea,* e.g., David P. Currie & Frank I. Goodman, *Judicial Review of Federal Administrative Action: Quest for the Optimum Forum*, 75 COLUM. L. REV. 1, 63-65 (1975) (susține că specializarea ar putea ușura presiunea volumului de cauze); Revesz, *supra* note 9, at 1120 (discută cum anume specializarea poate rezolva problema volumului mare de cauze).

În consecință, idealul judecătorului generalist ține instanțele federale în captivitate.<sup>120</sup> Retoric vorbind, acest ideal descurajează judecătorii să acumuleze experiență specializată chiar și pe baza informale. La nivel doctrinar, idealul generalistului răspândește reguli și structuri care previn specializarea, și, la cel mai larg nivel conceptual, preîntâmpină reformiști instanțelor federale se a lua în considerare la modul serios problema instanțelor specializate și alte scheme bazate pe domenii specializate. Influența sa puternică este extraordinară, dat fiind faptul că specializarea invadează aproape orice alt aspect al societății moderne. Profesiile medicale și cele juridice, care timp de ani întregi au rezistat specializării, în prezent sunt remarcabil de specializați, mai ales în nivelurile de elită ale practici.<sup>121</sup> Chiar și instanțele din state (*din statele federale, nota traducătorului*) s-au transformat în instanțe specializate sau la un sistem de rotație bazat pe domenii.<sup>122</sup> Cu toate acestea, justiția federală, ultimul bastion, rămâne fermă și dedicată.

Oare este chiar așa? În pofida obstacolelor retorice și structurale împotriva specializării, judecătorii federali chiar practică idealul generalist? Confrunțați cu o șansă de a se specializa, oare ei chiar rămân generaliști?

Prezentul articol urmărește să răspundă la aceste întrebări, printr-o privire empirică asupra procedurii de repartizare a motivărilor la curțile federale de apel. Repartizarea de motivări este una dintre puținele ipostaze în care judecătorii încă se pot specializa în anumite domenii, în consecință ea furnizează o oportunitate unică pentru observarea atitudinilor judiciare față de specializare. Partea I analizează un set de date proaspăt compilate despre repartizarea de motivări din perioada 1995 – 2005. Aceste date relevă că specializarea este o parte importantă

a practici judiciare cotidiene, sugerând că judecătorul generalist este, în mare parte, doar un mit.

Partea a II-a examinează cum anume ar trebui să fie reacția față de această descoperire a specializării în instanțele federale. Susținătorii conceptului judecătorului generalist ar trebui să se simte scandalizați, din pricina faptului că această descoperire reprezintă un atac subversiv la adresa unor valori judiciare demult îndrăgite. Totuși, Partea a II-a abordează specializarea în motivări cu minte deschisă și arată că specializarea în motivări cuprinde mai multe beneficii ale instanțelor specializate, fără a ocaziona însă costurile acestora. Specializarea motivărilor este o dezvoltare dorită dacă nu binevenită în practica judiciară federală, o dezvoltare care poate mări expertiza în timp ce previne probleme precum politizarea și viziunea de tunel.

În final, în concluzii, specializarea opiniilor este prezentată ca o alternativă captivantă și viabilă față de propunerile tradiționale privind instanțele specializate. Pentru cei care doresc mărirea specializării și a expertizei în instanțele federale, specializarea motivărilor este mult mai ușor de implementat, pentru că poate fi dezvoltat prin creștere graduală și nu presupune o restructurare formală a sistemului federal.

O notă introductivă finală: o precizie mai mare precizie la acest moment se impune despre termenul „specializare”, deoarece aceasta a făcut obiectul unor controverse academice. În special, Daniel Meador a făcut o diferență nuanțată între organizarea bazată pe obiect și specializare.<sup>123</sup> De exemplu, cum temeinic a observat Judecătorul Jay Plager, Circuitul Federal, tehnic vorbind nu este o instanță specializată pe brevete, pentru că activitatea acestuia cuprinde și alte cauze și nu este limitată

<sup>120</sup> Cf. Loren A. Smith, *Judicialization: The Twilight of Administrative Law*, 1985 Duke L.J. 427, 446-47 (descrie o „mitologie care tinde să idealizeze juristul generalist independent în robe negre ca fiind unul care întotdeauna ia decizii obiective, în conformitate cu un protocol strict, destinat să descopere adevărul și să ajungă la un rezultat just”).

<sup>121</sup> *Vezi în general* Rosemary Stevens, *American Medicine and the Public Interest: A History of Specialization* (1998) (trece în revistă ridicarea specializării în medicină și dezbaterile ulterioare despre rolul generaliştilor și al specialiștilor); Michael Ariens, *Know the Law: A History of Legal Specialization*, 45 S.C. L.

Rev. 1003 (1994) (detaliază istoria practicii juridice specializate).

<sup>122</sup> *Vezi în general* Rochelle C. Dreyfuss, *Forums of the Future: The Role of Specialized Courts in Resolving Business Disputes*, 61 Brook. L. Rev. 1 (1995) (discută folosirea unei instanțe specializate pentru probleme juridice legate corporatiste și comerciale). Jeffrey Stempel a susținut că dat fiind succesul instanțelor comerciale specializate, „poate că negativismul teoretic despre specializare nu numai că este depășită dar este și greșită din mai multe privințe.” Jeffrey W. Stempel, *Two Cheers for Specialization*, 61 Brook. L. Rev. 67, 71 (1995).

<sup>123</sup> Meador, *supra* note 5, at 613-14.

asupra problemelor brevetelor.<sup>124</sup> Această distincție precisă este adevărată, dar nici Circuitul Federal nu este o instanță generalistă. În ultimă instanță, există mai multe puncte pe spectrul de la generalist la specializat îngust, dar în limbajul comun, dihotomia operativă este între o instanță adevărat generalistă care judecă toată gama de cauze (sau aproximativ toate) și orice altceva.<sup>125</sup> Cu scuzele de rigoare față de profesorul Meador și față de judecătorul Plager, acest articol va utiliza termenul de „specializat” pentru a arăta orice instanță sau judecător care deviază de la idealul generalist.<sup>126</sup>

### I. Studiu empiric asupra repartizării motivărilor

O metodă de a măsura atitudine judiciară față de specializare este de a observa cum anume sunt distribuite motivările printre judecătorii curților federale de apel. Date fiind variatele impedimente structurale în fața specializării, inclusiv activitatea generală a instanțelor și repartizarea aleatorie a cauzelor către completele de judecată, repartizarea motivărilor reprezintă una dintre situațiile rare când judecătorii se pot specializa asupra anumitor

subiecte. În limitele normelor judiciare privind repartizarea egală a volumului de muncă,<sup>127</sup> judecătorul care efectuează repartizarea poate face repartizarea bazându-se pe expertiza specială sau domeniul de interes al membrilor completului.<sup>128</sup> Alternativ, în cazul instanțelor care funcționează pe bază de consens, membrii completului pot solicita sau își pot exprima preferința pentru anumite teme. Fără a se ține cont de cum anume se ivește, specializarea se va manifesta în tiparele de repartizare.

Merită reafirmat faptul că idealul generalist ar trebui să considere o asemenea specializare drept un tabu. Sub auspiciile acestui ideal, judecătorii nu ar trebui să se specializeze, chiar dacă procedurile permit sau nu. Într-adevăr, procedurile de organizare interioară pentru Circuitul al Cincilea și al Unsprezecelea declară că: „*Judecătorii nu se specializează*. Repartizările sunt efectuate pentru a egaliza volumul

**Lipsa specializării subminează eficiența, scop care este greu de înlăturat într-o eră a unor instanțe supraîncărcate și cu juriști epuizați.**

<sup>124</sup> Plager, *supra* note 6, at 854 n.1, 860; *vezi și* Rochelle Cooper Dreyfuss, *The Federal Circuit: A Continuing Experiment in Specialization*, 54 Case W. Res. L. Rev. 769, 770 (2004) (“Circuitul Federal nu e specializat într-un sens tradițional. Jurisdicția acestora include domenii din afara domeniului dreptului brevetelor.”).

<sup>125</sup> *Vezi, e.g.*, Ruth Bader Ginsburg, *An Overview of Court Review for Constitutionality in the United States*, 57 LA. L. REV. 1019, 1021 (1997) (Cu câteva excepții notabile – precum am menționat, Federal Circuit și într-*mai mică măsură*, D.C. Circuit – instanțele federale nu sunt tribunale specializate; în mod tipic, acestea sunt instanțe generalist, iar nici unul dintre membrii acestora nu judecă, precum fac judecătorii continentali, în secții divizate pe baza unor domenii.”; Revesz, *supra* note 9, at 1111 (caracterizează Federal Circuit ca funcționând cu “judecători specializați de normă întreagă”).

<sup>126</sup> Profesorul Meador într-adevăr susține că distincția între generalisti și specialiști nu este una utilă. Meador, *supra* note 5, at 634; *vezi și* Plager, *supra* note 6, at 860 (“Probabil, cea mai clară lecție care poate fi învățată din această discuție este că termenul de “specializat” ar trebui abandonat din discuție, deoarece nu există nici o înțelegere în e privește sensul și conotațiile acestuia.”). Cu toate acestea, în măsura în care toată retorica privind judecătorul generalist se bazează pe această dihotomie, ea este aproape imposibil de ignorat.

<sup>127</sup> Cf. Sara C. Benesh et al., *Equity in Supreme Court Opinion Assignment*, 39 Jurimetrics J. 377, 382-89 (1999) (arătând că distribuirea egală a volumului de muncă este o normă foarte puternică care guvernează

numărul de cauze atribuite unui judecător al Curții Supreme); 67 Judicature 299, 302, 304 (1984) (arătând aceeași în ce privește Curtea Supremă prezidată de Burger).

<sup>128</sup> Procedurile de repartizare a opiniilor se pare că variază de la circuit la circuit. Unele instanțe acordă președintelui autoritatea de a repartiza opiniile, aparent chiar dacă președintele nu este în majoritate. 5th Cir. R. 34 I.O.P.; 6th Cir. I.O.P. 206; 7th Cir. O.P. 9(h) (în mod implicit admite puterea președintelui de a repartiza opiniile); 8th Cir. I.O.P. IV.A; 9th Cir. O.P. E(8); *vezi și* E-mail de la Judecătorul Richard Posner către Edward K. Cheng (15 mai 2007, 17:53:51 EDT) (în fișierul autorului) (notează că Seventh Circuit permite președintelui să repartizeze opiniile majoritare chiar dacă președintele nu se află în majoritate). Alte instanțe acordă puterile de repartizare unui alt judecător atunci când președintele nu se află în majoritate. 3D Cir. I.O.P. 4.2; Practitioners’ Guide to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, IX.A, at 66 (6th rev. 2006); 11th Cir. R. 34 I.O.P. 15. În Fourth Circuit, “repartizarea opiniilor se face de Președintele instanței pe baza recomandărilor președintelui completului...” 4th Cir. I.O.P. 36.1. Sixth Circuit aparent folosește aceeași sistem, *vezi* j. Woodford Howard jr., *Courts of Appeals in the Federal Judicial System* 247 (1981), dar se pare că nu mai este în acest fel.

Președintele completului de judecată este definit de lege ca fiind cel mai în vârstă judecător activ din complet. 28 U.S.C. § 45(b) (2006) (“Președintele instanței va avea prioritate să prezideze orice ședință la care participă. Ceilalți judecători federali vor avea prioritate și vor prezida pe baza vechimii lor în funcție.”).

de muncă al întregii sesiuni”<sup>129</sup> (sesiune în sensul de an judiciar, nota traducătorului)

Această parte din lucrare testează dacă practica repartizării motivărilor este compatibilă cu retorica generalistă. Lucrarea examinează repartizări de la Curțile de Apel din perioada 1995 – 2005, pentru a afla în ce măsură intervine specializarea de facto.

#### A. Opere anterioare

O recenzie a literaturii relevă că doar două studii există despre specializarea în motivări la curțile de apel.<sup>130</sup> Ambele studii examinează practica instanțelor de acum aproape jumătate de secol. Cel mai vechi studiu, publicat de Burton Atkins,<sup>131</sup> examinează repartizarea motivărilor la anumite instanțe selectate pentru o perioadă scurtă (de obicei doi sau trei ani) prin anii 1950 și 1960.<sup>132</sup> Atkins a concluzionat că repartizarea opiniilor la instanțele de circuit în perioada respectivă „nu a fost aleatorie” și că „judecătorii tind să se specializeze în anumite domenii importante”.<sup>133</sup> De exemplu, în Circuitul al Doilea, Atkins a ajuns la concluzia că judecătorul Hays a redactat 56,2% din motivările în cauzele privind dreptul muncii, atunci când se afla în majoritate, în timp ce judecătorul Waterman nu a redactat nici o motivare.<sup>134</sup> În mod similar, în Circuitul al Patrulea, Președintele Sodehoff (en. „Chief Judge”) a redactat 54,1% dintre motivările în cauzele privind discriminarea rasială în care el

se afla în majoritate, în timp ce următorul cel mai în vârstă judecător a avut o rată doar de 15%.<sup>135</sup>

Cel de al doilea studiu, publicat de J. Woodford Howard în 1981, a analizat repartizarea opiniilor în Al doilea și în al Cincilea Circuit, respectiv în Circuitul D.C. în perioada 1965-67.<sup>136</sup> Per ansamblu, Howard a ajuns la concluzia că specializarea în motivări este rară, fără a exista o specializare notabilă în Circuitul al Doilea,<sup>137</sup> și doar câteva mostre de specializare în Circuitul al cincilea, incluzând aici drepturile civile, probleme economice și „injurii personale maritime”.<sup>138</sup> Cel mai interesant este că în pofida dovezilor empirice slabe privind specializarea, unii dintre judecătorii intervievați de Howard au exprimat atitudini pozitive față de specializarea în motivări.<sup>139</sup> De exemplu, unii dintre judecători au luat apărarea specializării, susținând că acesta ar „scoate cea mai bună prestație din judecători, reprezentând o alocare inteligentă de resurse în ce privește valul stufos de apeluri”, și că „alți judecători au perceput specializarea ca fiind prea suflu pentru a comprima în mod serios normele privind controlul în apel de către generaliști”.<sup>140</sup>

Literatura științelor politice furnizează și ea un curent bine dezvoltat despre repartizarea motivărilor în Curtea Supremă. În special, aceste studii, de a lungul anilor au relevat o specializare a motivărilor la Curtea Supremă, atunci când ea a fost condusă de Warren,<sup>141</sup> Burger<sup>142</sup>, și de

<sup>129</sup> 36.5th Cir. R. 34 I.O.P.; *accord* 11th Cir. R. 36 I.O.P. 15 (aproape un limbaj identic).

<sup>130</sup> *Vezi, e.g.,* Marvin Schick, Learned Hand’s Court 101 (1970) (discută despre un număr disproporționat de apeluri în domeniul brevetelor soluționate de Judecătorul Hand și apeluri din domeniul imigrării soluționate de judecătorul Swan din Second Circuit), *citat în* Burton M. Atkins, *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals: The Question of Issue Specialization*, 27 W. POL. Q. 409, 414 (1974); *cf., e.g.,* Brenner, *supra* note 6, at 1218 (discută despre identificare nesistematică a specialiștilor de la Curtea Supremă, incluzând pe judecătorul Field în fond funciar, judecătorul Powell în domeniul afacerilor, judecătorul Brennan cauzele privind obscenitatea și secția judecătorului Blackmun specializat în *Roe v. Wade* datorită expertizei sale medicale).

<sup>131</sup> Atkins, *supra* note 37, at 413 (notează că problema specializării opiniilor nu a fost investigată în mod sistematic înainte de studiu).

<sup>132</sup> *Id.* at 414 n.12 (descrie perioadele de timp în mod detaliat și notează că intervalele de timp au fost „selectate verificând dacă calitatea de membru a existat cel puțin în ultimul an, sau nu a existat destul de mult ca să acumuleze în jur de cinci sute de cauze”).

<sup>133</sup> *Id.* at 409. Atkins a găsit dovezi clare de specializare la Second, Third, Fifth, Seventh, Tenth, și District of Columbia Circuits, *Id.* at 427.

<sup>134</sup> *Id.* at 416-17 & tbl.3.

<sup>135</sup> *Id.* at 418-19 & tbl.5.

<sup>136</sup> HOWARD, *supra* note 35, at xix, 226, 247-55.

<sup>137</sup> *Id.* at 250.

<sup>138</sup> *Id.* at 252-53.

<sup>139</sup> *Id.* at 234-35 (discută atitudinile judiciare despre „cooperarea în repartizare” și notează că „informalitatea, împreună cu rotația completelor și recunoașterea faptului că unul este un expert universal, a lăsat pe acești judecători netulburați de specializarea în opinii”). Pe lângă specializarea pentru expertiză, președinții, în studiul Howard, de asemenea, au notat că folosesc specializarea într-o diversitate de cauze, pe baza cunoașterii domeniului de către judecători. *Id.* at 234.

<sup>140</sup> *Id.* at 235; *vezi și id.* (notează că judecătorii „au fost foarte sensibili la expertiză capabilă să identifice specialiștii în diferite domenii și au fost conștienți despre expertiza proprie”).

<sup>141</sup> Brenner, *supra* note 6, at 1220-21 (ajunge la concluzia că în timp ce nici un judecător al Curții Warren nu a fost un specialiști în libertăți civile în general (poate prin prisma faptului că prea mult din munca de bază a Curții se afla în acest domeniu), șase sau șapte judecători au fost specializați în subdomenii ale libertăților civile); S. Sidney Ulmer, *The Use of Power in the Supreme Court: The Opinion Assignments of Earl Warren, 1953-1960*, 19 J. Pub. L. 49, 55-61 (1970)

<sup>142</sup> Saul Brenner & Harold J. Spaeth, *Issue Specialization*

Rehnquist.<sup>143</sup> (en. Warren, Burger and Rehnquist Courts; în mod tradițional, identitatea Curții Supreme este definită de Președintele acesteia, din pricina particularităților acestei funcții și din pricina modului de desemnare al acestuia. Din aceste motive, deseori perioada de activitate a Curții sub un anumit președinte este asociată în mod nemijlocit cu numele acestuia, de exemplu Curtea Warren etc.; nota traducătorului). Însă studiile asupra Curții Supreme au o valoare limitată pentru dezbateră mai largă asupra specializării. Foarte puțini ar pune la îndoială poziția unică în sistemul federal a Curții Supreme. Dată fiind puterea de control discreționar, Curtea Supremă se ocupă doar de o fracțiune mică de cauze federale și este mai mult orientată spre politici publice, spre probleme constituționale și spre cauze controversate.<sup>144</sup> Mai mult, deoarece Curtea Supremă nu judecă în sistemul de complete – fiecare judecător participă la fiecare cauză – peste optzeci la sută din repartizarea motivărilor sunt efectuate de către judecătorul care prezidează,<sup>145</sup> rezultatul

este un proces de repartizare mai mult de la sus spre jos. Din aceste motive, specializarea în redactarea motivărilor la Curtea Supremă este mai mult un atribut al atitudinii Președintelui decât un atribut al judecătorilor, în general.<sup>146</sup>

## B. Date și metode

### 1. Surse de date

Două seturi de date fundamentale furnizează datele pentru acest studiu. Primul set de date este baza de date Federal Court Cases a Federal Judicial Center (FJC), disponibilă pentru public de la Inter-University Consortium for Political and Social Research (ICPSR).<sup>147</sup> Setul de date FJC este un izvor excelent, deoarece conține toate cauzele de apel în fața instanțelor federale și include foarte multe informații despre fiecare cauză. Însă problema primară despre datele FJC este că nu conține informații despre repartizarea judecătorilor pentru redactarea motivării. Datele specifice privind judecătoria există în sistemul operat de către Administrative Office of the U.S. Court, dar Conferințele Judiciare (Judicial

---

*in Majority Opinion Assignment on the Burger Court*, 39 W. Pol. Q. 520, 522, 524 (1986) (concluzionează că Curtea Burger a arătat "dovedi de specializare pe domenii" și că doisprezece din treisprezece judecători au fost specializați în cel puțin un domeniu, cu Președintele Burger specialist în opt domenii și judecătorul White în șapte). Brenner și Spaeth sugerează că specializarea ar fi fost condusă preponderent în mod ideologic, cu toate că două situații – Blackmun în cauze fiscale și Stevens în cauzele de răspundere delictuală – ar fi fost bazate pe expertiză. *Id.* at 524.

<sup>143</sup> Forrest Maltzman & Paul J. Wahlbeck, *May It Please the Chief? Opinion Assignments in the Rehnquist Court*, 40 Am. J. Pol. Sci. 421, 435 tbl.2 (1996) (scrie că expertiza este un factor statistic important în repartizarea opiniei majoritare către unii judecători în Curtea Rehnquist); *id.* at 437 (raportează că "un expert are șanse duble să fie repartizat pentru cauze decât un judecător care nu e specializat"). Alți Președinți, inclusive Hughes, Stone și Vinson, în mod aparent au interzis specializarea pe domenii. Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* 379 (2002).

<sup>144</sup> Acest rol mai puțin alterează modul în care am putea să interpretăm situațiile de specializare al opiniilor. De exemplu, Segal și Spaeth observă că considerațiile strategice și ideologice pot fi motorul primar al specializării pe domenii în Curtea Supremă. Cu alte cuvinte, orice "specializare" aparentă ar putea să fie rezultatul unor încercări de a "repartiza cauzele care nu sunt atractive către unul dintre oponenții în ideologie" și de a repartiza cauzele importante către "colegi care

au viziuni similare" Segal & Spaeth, *supra* note 50, at 378-80.

<sup>145</sup> Maltzman & Wahlbeck, *supra* note 50, at 423 n.1 (susțin că "Președintele repartizează 80-85% din opiniile majoritare ale Curții").

<sup>146</sup> Repartizarea la Curtea Supremă pare să fie puternic condusă de Președinte. Repartizările se fac printr-un memoriu și în mod independent de conferințe, Benesh et al., *supra* note 34, at 378, 380-81 (descrie procesul de repartizare), sugerează o implicare mică din partea altor judecători, cu excepția cazurilor excepționale. *Vezi, e.g., id.* at 379 n.11 (reanalizând cererea judecătorului Marshall de a nu scrie în cauze în care avocatul câștigător a fost un fost greșier). Precum s-a notat *supra* note 35, în Fourth Circuit autoritatea de a repartiza opinii e în mâinile Președintelui instanței, pe baza recomandării președintelui de complet. 4th Cir. I.O.P. 36.1. Totuși, Fourth Circuit este singurul circuit cu acest sistem și prerogative președintelui instanței este rar exercitată.

<sup>147</sup> Fed. Judicial Ctr., Federal Court Cases: Integrated Data Base, 2005, ICPSR Study no. 4382 (2006); Fed. Judicial Ctr., Federal Court Cases: Integrated Data Base, 2004, ICPSR Study no. 4348 (2006); Fed. Judicial Ctr., Federal Court Cases: Integrated Data Base, 2003, ICPSR Study no. 4026 (2005); Fed. Judicial Ctr., Federal Court Cases: Integrated Data Base, 2002, ICPSR Study no. 4059 (2005); Fed. Judicial Ctr., Federal Court Cases: Integrated Data Base, 2001, ICPSR Study no. 3415 (2005); Fed. Judicial Ctr., Federal Court Cases: integrated data base, 1970-2000, ICPSR Study no. 8429 (2005). Toate datele FJC sunt disponibile pe <http://www.icpsr.umich.edu>.

Conference) nu a inclus aceste date printre cele disponibile publicului.<sup>148</sup>

Pentru a repara această deficiență în ce privește datele specifice despre judecători, am îmbinat baza de date FJC cu extracte din baza de date oferite în mod generos de Thomson West. Printre altele, setul de date de la West conține numele cauzelor, referințele, numărul de registru și datele privind autorul tuturor opiniilor disponibile pe Westlaw. După ce am eliminat opiniile *per curiam* și alte opinii nesemnate, am potrivit datele West cu datele FJC pe baza numerelor de registru.

Setul de date combinate include opiniile (motivările) redactate între 1995 și 2005 în Curțile de Apel ale Statelor Unite pentru toate circuitele, în afara Circuitului Federal. Pentru scopurile analizei, am făcut anumite supoziții pentru simplificare. În primul rând, pentru că se prezumă că judecătorii exprimă preferințe față de anumite domenii, atunci când redactează opinii, am tratat opiniile care aveau mai multe numere de înregistrare ca fiind un singur punct de date. În al doilea rând, atunci când un număr de înregistrare era asociat cu opinii majoritare multiple (de exemplu, din cauza rejudecării, a controlului en banc) am numărat fiecare judecător doar o singură dată. Pentru a ilustra, dacă judecătorul A a redactat opinia majoritară și opinia în rejudecare și judecătorul B a redactat decizia en banc, am cotat pe judecătorii A și B cu câte o opinie. Deoarece autorul inițial de obicei redactează sau este prezumat că redactează o decizie en banc sau o opinie de retrimiteră, această regulă previne numărarea dublă. În final, am consolidat codurile de materii din FJC pentru a obține

categorii de date mai explicite cu care se poate lucra.<sup>149</sup>

## 2. Exactitatea datelor

Recent, doctrina a ridicat o problemă legată de o eroare în setul de date FJC,<sup>150</sup> și pentru că extractele Westlaw erau de o calitate necunoscută, am verificat manual, în mod aleatoriu o mostră<sup>151</sup> împotriva opiniilor actuale, pentru a verifica acuratețea datelor combinate. Pentru acest motiv, potrivirea judecătorului cu materia cazului prezenta o acuratețe ridicată a datelor (95%, marjă de eroare = +/-4%). Așa cum era de așteptat, unele dintre clasificările după materie au fost interpretative, deoarece cauzele prezentau aspecte multiple sau schimbări în caracter intervenite de-a lungul timpului, dar pe de altă parte, datele erau în general precise, în concordanță cu cercetările anterioare.<sup>152</sup> Cele mai multe erori erau în legătură cu atribuirea opiniei către președintele completului, în detrimentul judecătorului care a redactat opinia, probabil din pricina modului în care Westlaw extrage informațiile din antetul textului opiniei. În măsura în care aceste erori nu sunt corelate cu materia (și nu există motive să credem că se întâmplă așa) ele sunt acceptabile. În cel mai rău caz, erorile influențează studiul în așa fel încât se va ajunge la concluzia că nu există specializare.

## 3. Metode

Pentru analizarea datelor, am creat tabele de eventualitate cu două căi pentru fiecare circuit, arătând numărul opiniilor redactate de fiecare

<sup>148</sup> Vezi, e.g., Fed. Judicial Ctr., Codebook for Appellate Terminations, 2005. S-ar putea susține că aceste date specifice judecătorilor au fost făcute publice, sunt foarte precise și sunt necesare pentru repartizarea egală a volumului de muncă. Cf. Theodore Eisenberg & Margo Schlanger, *The Reliability of the Administrative Office of the U.S. Courts Database: An Initial Empirical Analysis*, 78 Notre Dame L. Rev. 1455, 1463 (2003)

<sup>149</sup> Pentru schema actuală, vezi Anexa B.

<sup>150</sup> Vezi Eisenberg & Schlanger, *supra* note 55, at 1460-62 (notează că datele FJC "sunt destul de clare – dar depinde cum anume erorile sunt distribuite"); cf. Jennifer Connors Frasier, *Caught in a Cycle of Neglect: The Accuracy of Bankruptcy Statistics*, 101 Com. L.J. 307 (1996) (ridică problemele în privința statisticilor din domeniul falimentului).

<sup>151</sup> Mărimea mostrei potrivite a fost calculată folosind o formulă statistică standard de estimare a proporției:

$$n = \pi(1 - \pi) \left( \frac{z}{B} \right)^2$$

Unde  $n$  este o măsură de mostră necesară,  $\pi$  este o încercare educată pentru parametrul care este estimat (în acest caz, rata de eroare pentru setul de date),  $B$  este un estimator de eroare acceptabil, și  $z$  este statistica  $z$  asociată cu  $B$ . B. Alan Agresti & Barbara Finlay, *Statistical Methods for the Social Sciences* 136-38 (1997). Pentru un interval de 95% ( $B = .05$ ,  $z = 1.96$ ) și o rată anticipată de eroare de 5%, măsura mostră necesară este de 73. În final, am folosit o mostră de 100 de cauze.

<sup>152</sup> Eisenberg & Schlanger, *supra* nota 55, at 1463-64 (sugerează că "domeniile apar din cercetarea limitată deja efectuată ca fiind foarte clare" și explică faptul că acuratețea poate deriva din specificarea de reclamanți a naturii obiectului cauzei).

judecător în diferitele materii. Am folosit o „altă” categorie pentru a unifica judecătorii care au scris mai puțin de treizeci de opinii în aceste perioadă. Acești judecători au redactat prea puține opinii pentru a crea interferențe și de multe ori au fost doar atribuții temporale, așa că ele nu reflectă atitudini de lungă durată.

Desigur, numărul opiniilor redactate de judecători nu poate fi comparat în mod direct. Unele materii sunt mai comune decât altele. În aceeași timp, pentru o perioadă lungă de timp, existau judecători care au redactat mai multe opinii decât alții, din pricina ascensiunii în carieră ori a pensionării, sau a faptului că au avut un volum redus de muncă din cauza vârstei sau din cauza prolificității. Pentru a detecta specializarea, frecvența observată trebuie comparată cu numărul de opinii pe care un judecător este așteptat să le redacteze, în funcție de volumul de muncă și de tiparele specifice ale agendei instanței (în absența specializării). Am calculat frecvența așteptată folosind *algoritmul median polish*<sup>153</sup> o metodă potrivită pentru a detecta situațiile în care frecvența observată diferă în mod semnificativ de la distribuția aleatorie.<sup>154</sup>

### C. Rezultate

Tabelele 1.1 și 1.12 rezumă grafic cele mai probabile situații de specializare relevată de analiză. Fiecare linie orizontală reprezintă o anumită materie și fiecare punct reprezintă un singur judecător. Gradul de specializare este măsurat folosind valorile reziduale standardizate

Pearson, o măsură statistică care standardizează diferențele între numărul observat de opinii și numărul așteptat de opinii. Reziduurile cu o valoare absolută de peste trei sunt cele care în general sunt interesante,<sup>155</sup> așa că toate situațiile de gen vor arăta și numele judecătorului. În schimb, zonele gri arată reziduurile între -3.0 și 3.0, situații în care specializarea nu a fost relevată. Pentru claritate, anexa A conține toate situațiile de specializare împreună cu numărul observat și așteptat de opinii.

Există două limitări imediate în ce privește citirea rezultatelor de la figura 1.1 prin figura 1.12. În primul rând, pentru fiecare citire, graficele acoperă reziduurile la +/-8, așa că doar câteva cazuri de specializare extremă sunt trunchiate în grafic. În al doilea rând, din nefericire, datele combină judecătorii cu aceeași nume dintr-un circuit. Asemenea situații sun, spre exemplu, cazurile judecătorilor Richard și Morris Arnold din Circuitul al Optulea și ale judecătorilor William și Betty Fletcher din cel de al Nouălea.<sup>156</sup> Aceste observații sunt invalide, în consecință excluse din analiză.<sup>157</sup> Din nefericire, lista judecătorilor excluși cuprinde mai mulți foști teoreticieni, de la care am fi așteptat să aibă tendințe de specializare.

În final, Circuitul D.C. oferă o metodă adițională de analizare a specializării, dat fiind numărul neobișnuit și substanțial de cauze privind agency review. Figura 2 divizează opiniile Circuitului the D.C. Circuit în ce privește agency reviewed.

<sup>153</sup> În special, algoritmul median polish a fost aplicat studiului numărării frecvențelor brute. Mulțumiri lui Jeff Simonoff pentru această sugestie. *Vezi în general* Jeffrey s. Simonoff, *Analyzing Categorical Data* 197-246 (2003); John W. Tukey, *Exploratory Data Analysis*, 362-400 (1977); Frederick Mosteller & Anita Parunak, *Identifying Extreme Cells in a Sizable Contingency Table: Probabilistic and Exploratory Approaches*, in *Exploring Data Tables, Trends and Shapes* 189, 189-224 (David C. Hoaglin et al. eds., 1985). Median polish a fost implementat în SATA prin folosirea modului t2way5 de către Nicholas Cox. *Vezi* Nicholas J. Cox, *T2WAY5: Stata Module to Perform Tukey's Two-Way Analysis by Medians*, available at <http://ideas.repec.org/c/boc/bocode/s359001.html> (ultimul update pe 11 noiembrie 2008).

<sup>154</sup> Median polish este o metodă foarte potrivită pentru context deoarece este robustă și previne ieșirile mari din tipar – în acest caz, situațiile semnificative de specializare – de a distorsiona predicțiile. Simonoff,

*supra* note 60, at 232-34. Pentru a determina dacă diferența între frecvențe așteptate observate semnificative statistic a fost nevoie de folosirea valorilor reziduale standardizate Pearson. Pentru fiecare judecător *i* și materie *j*, (Pearson) standardized residuals ( $r_{ij}$ ) este de:

$$r_{ij} = \frac{n_{ij} - e_{ij}}{\sqrt{e_{ij}}}$$

Unde  $n_{ij}$  este frecvența observată și  $e_{ij}$  este frecvența așteptată determinată prin tehnica median polish. *Id.* at 228-29.

<sup>155</sup> *Id.* at 232. Pentru o discuție mai detaliată despre proprietățile reziduurilor standardizate, vezi anexa C.

<sup>156</sup> Lista completă a judecătorilor excluși este Garza (5<sup>th</sup>), Wood (7<sup>th</sup>), Arnold (8<sup>th</sup>), Gibson (8<sup>th</sup>), Fletcher (9<sup>th</sup>) și Nelson (9<sup>th</sup>).

<sup>157</sup> Cauzele redactate de acești judecători au fost incluse în calculul volumului total de cauze al instanței relevante.

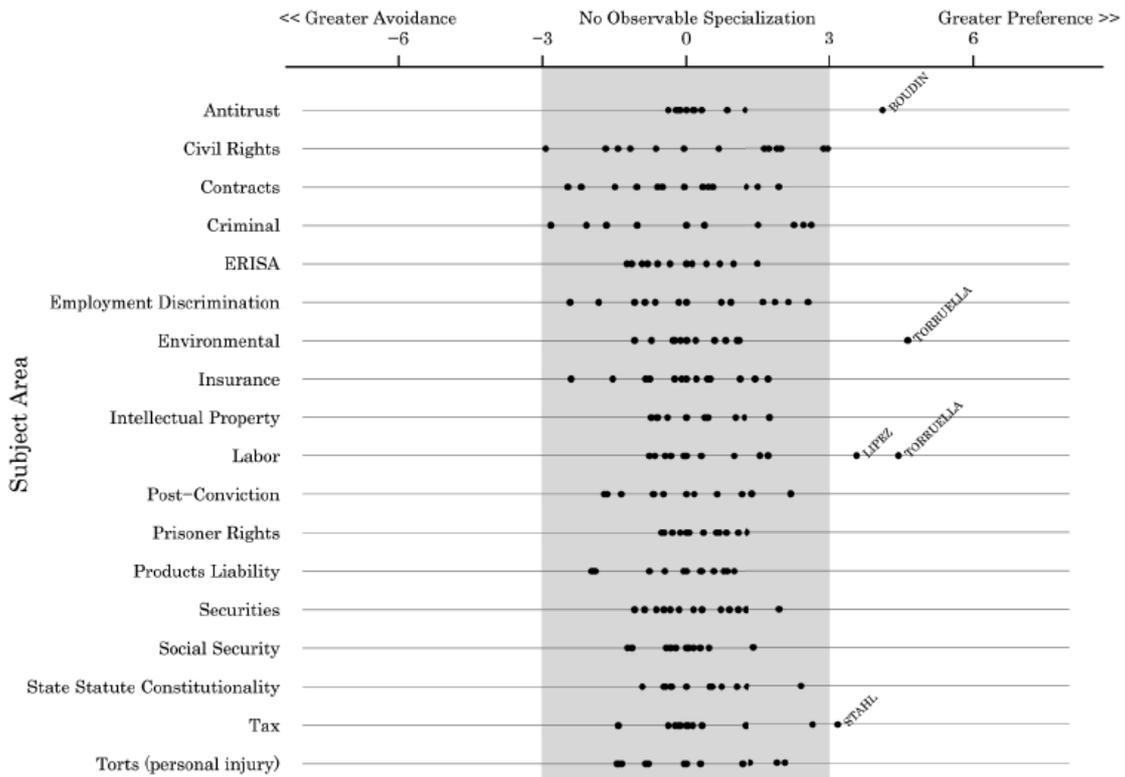


Figura 1.1. Specializare după materii, First Circuit, 1995 – 2005

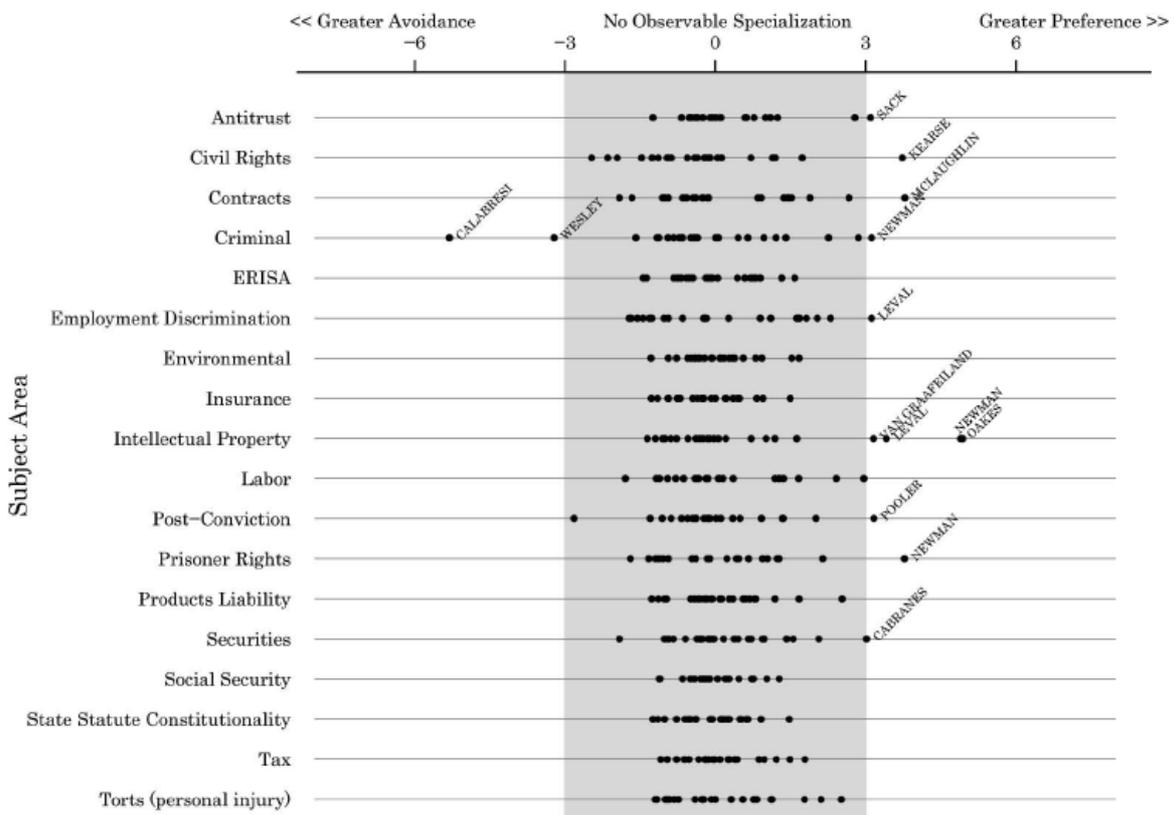


Figura 1.2. Specializare după materii, Second Circuit, 1995 – 2005

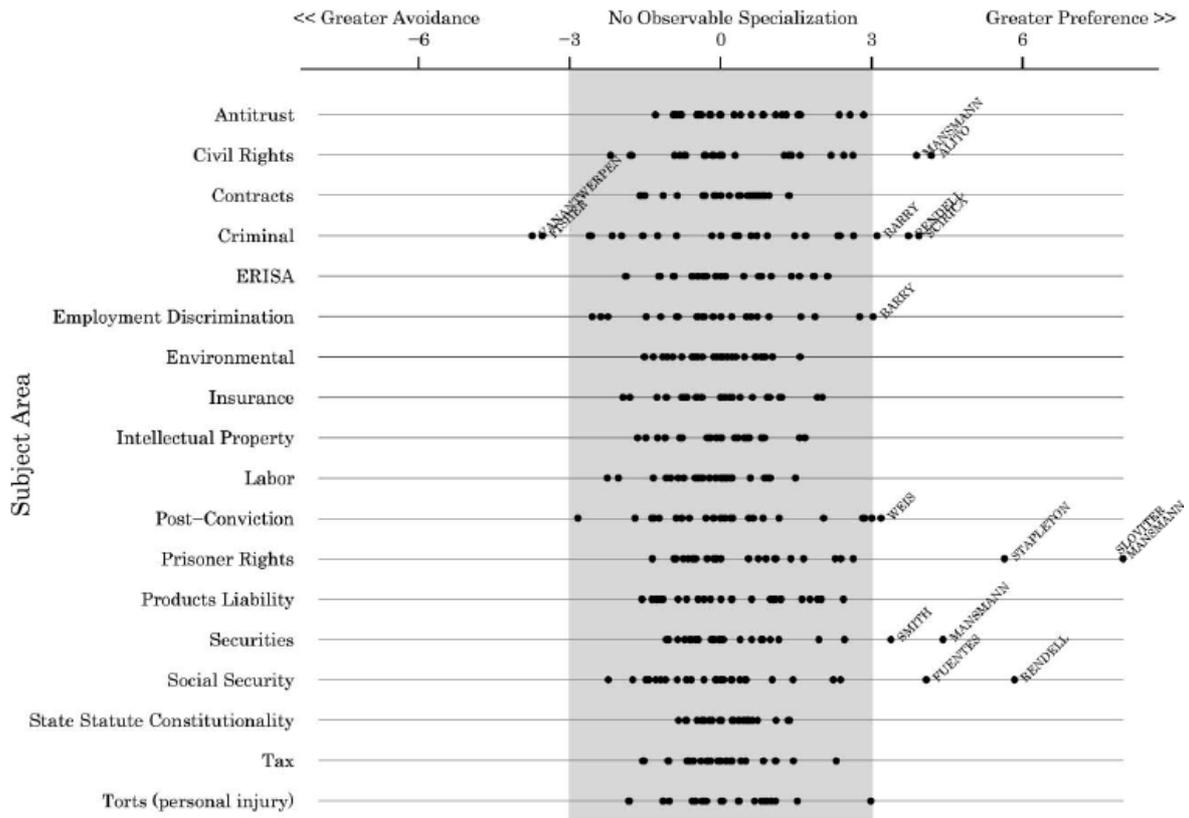


Figura 1.3. Specializare după materii, Third Circuit, 1995 – 2005

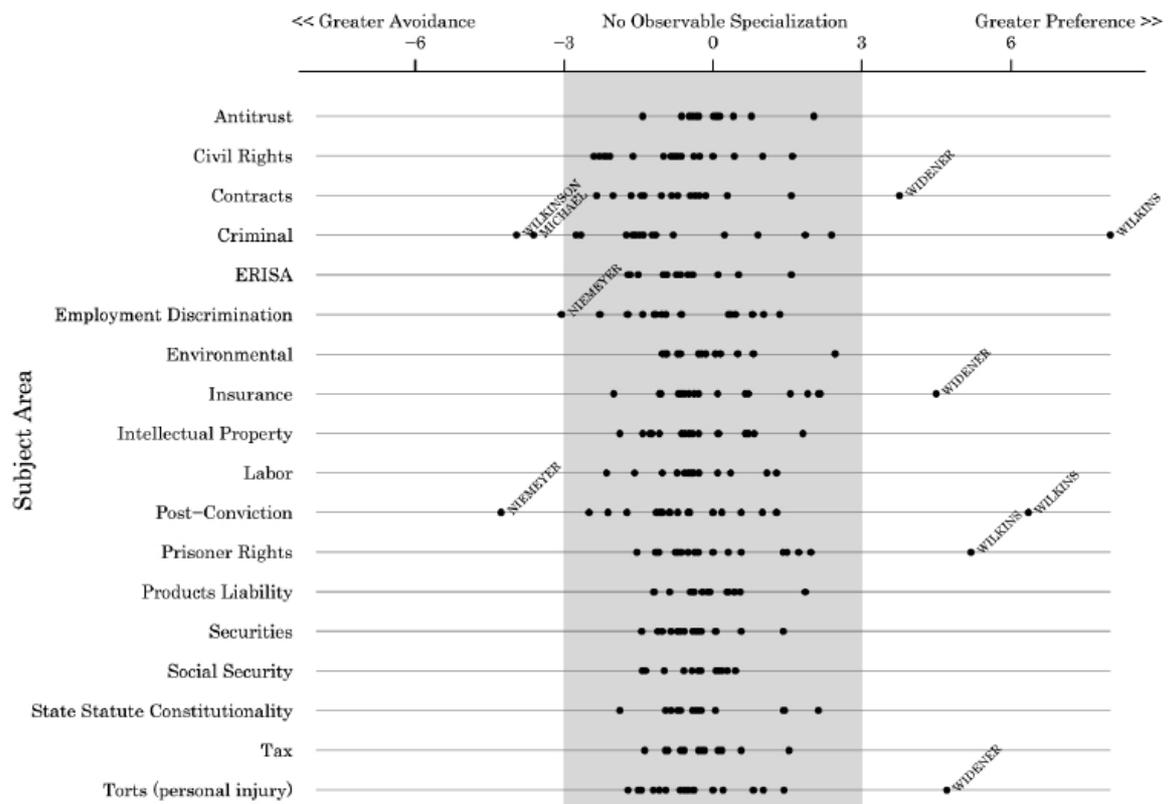


Figura 1.4. Specializare după materii, Fourth Circuit, 1995 – 2005

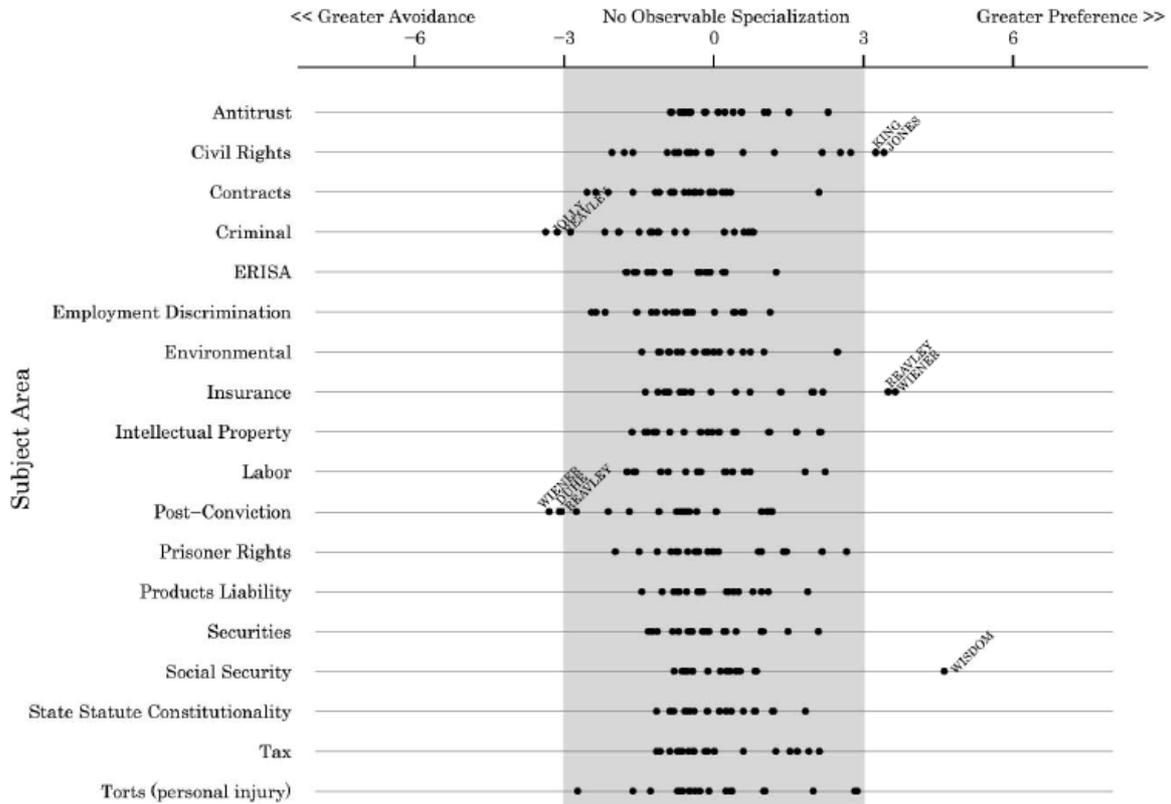


Figura 1.5. Specializare după materii, Fifth Circuit, 1995 – 2005



Figura 1.6. Specializare după materii, Sixth Circuit, 1995 – 2005



Figura 1.7. Specializare după materii, Seventh Circuit, 1995 – 2005

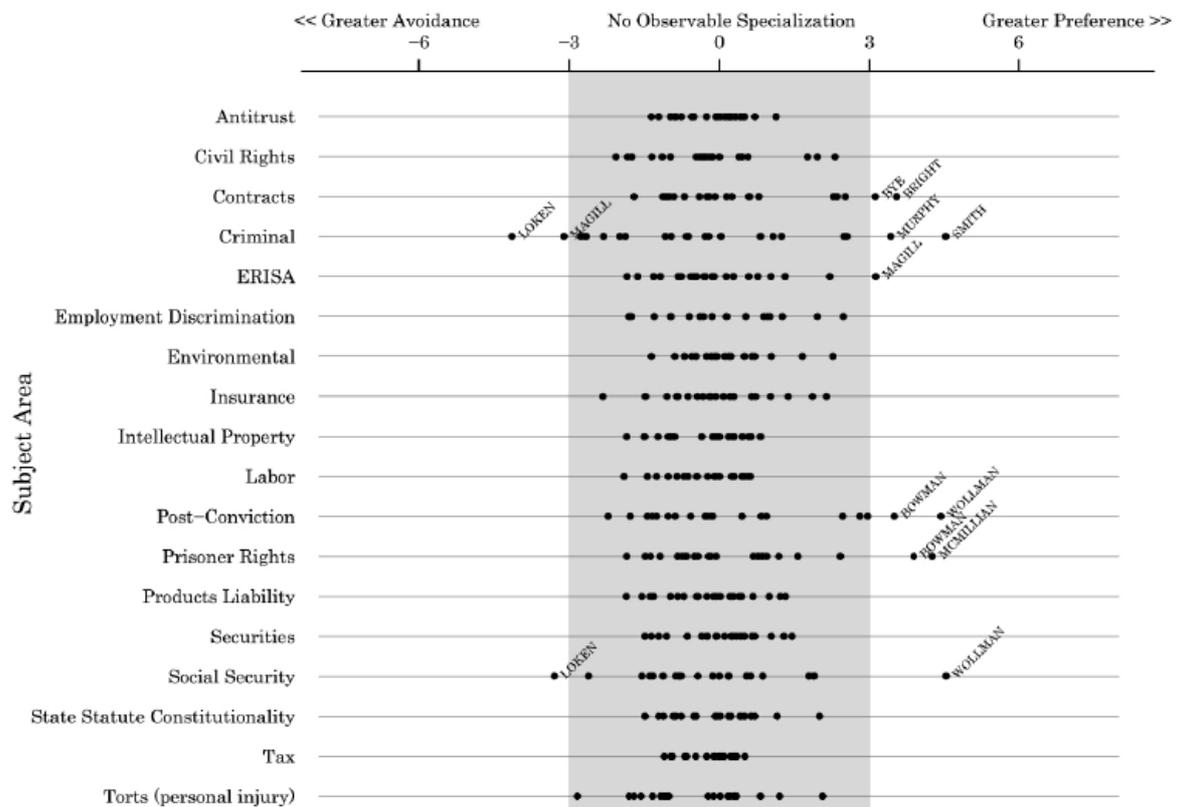


Figura 1.8. Specializare după materii, Eight Circuit, 1995 – 2005



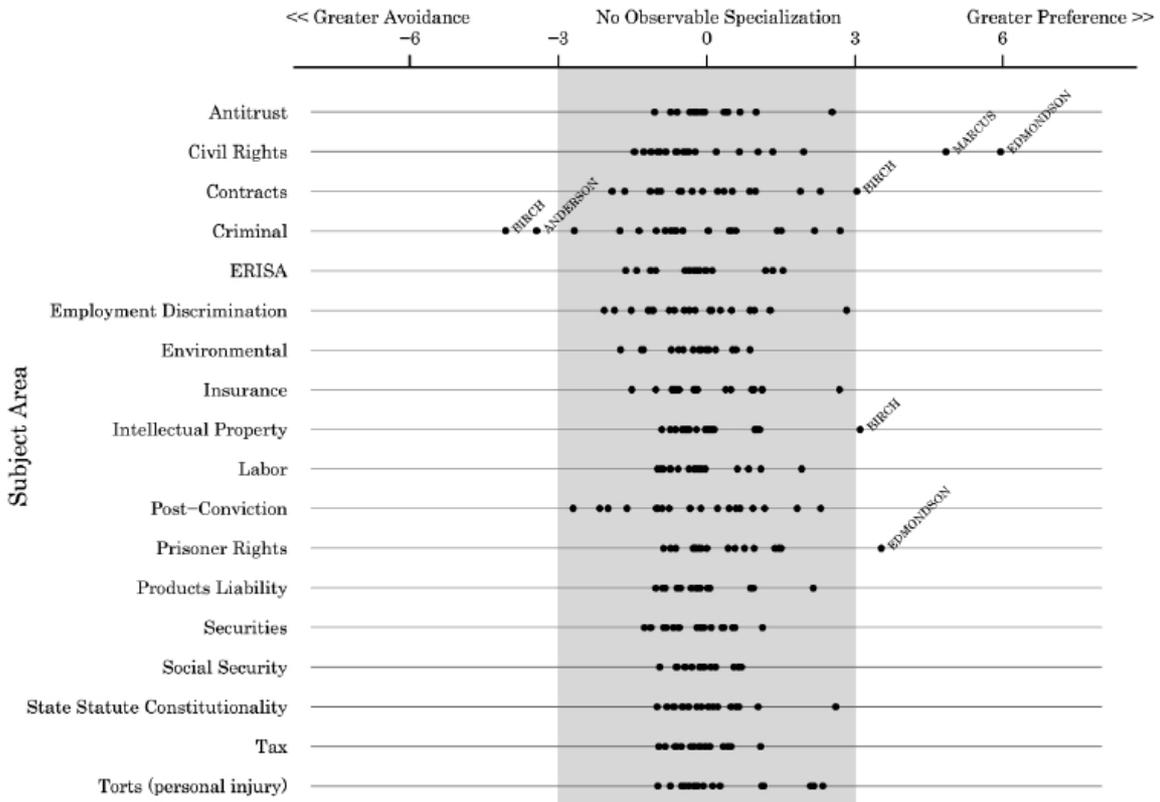


Figura 1.11. Specializare după materii, Eleventh Circuit, 1995 – 2005



Figura 1.12. Specializare după materii, D.C. Circuit, 1995 – 2005

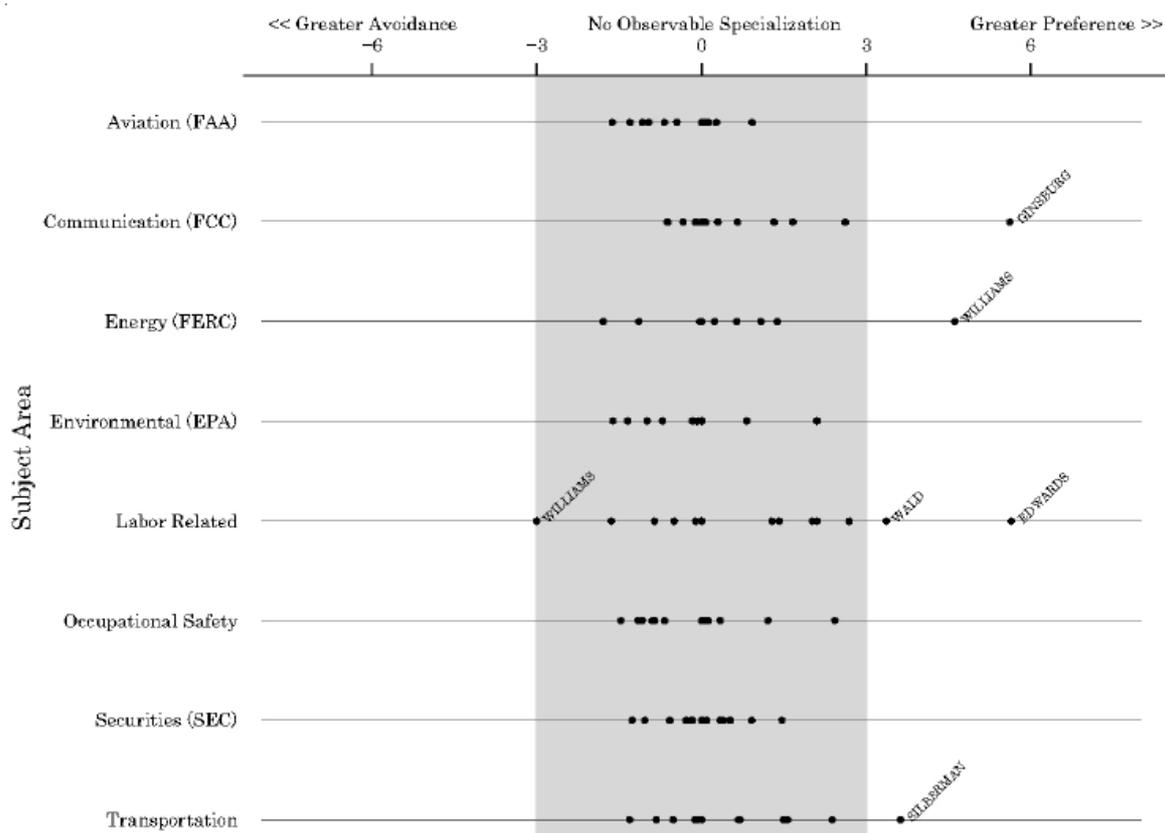


Figura 2. Agency specialization, D.C. Circuit, 1995 – 2005

#### D. Discuții

Rezultate ne arată ferm că specializarea există și funcționează în justiția federală. Repartizarea redactării motivărilor nu se face în mod aleatoriu și în anumite situații, frecvența cu care anumiți judecători redactează opiniile din anumite domenii este foarte disproporționat față de colegii lor. Pentru siguranță, nici un judecător de la instanțele analizate nu a redactat opinii în domenii, în așa manieră încât toți să-i excludă pe ceilalți judecători, dar o posibilă explicație ar fi repartizarea aleatorie a completelor. Însă, specializarea se manifestă mai ales într-o direcție pozitivă. Judecătorii iau un număr disproporționat de cauze din domeniile lor de preferință; și rareori se manifestă în acest fel față de domenii nedorite.<sup>158</sup>

#### 1. Încrederea în rezultate

O chestiune preliminară importantă este dacă aceste chestiuni pot fi considerate doar o chestiune de șanse. Cu atât de multe perechi de judecător – domeniu, anumite ieșiri din tipar sunt inevitabile. Metoda statistică obișnuită pentru analiza întâmplărilor, este, din nefericire, inevitabilă.<sup>159</sup>

Trei motive arată că în chestiune există un fenomen non-aleatoriu. În primul rând, putem depista o frecvență de situații extreme în statistică prin metode de simulare. În alte cuvinte, simulările pot arăta cum anume ar arăta distribuția cauzelor într-un anumit circuit, dacă repartizarea ar fi aleatorie. După cum se detaliază în anexa C, reziduurile mai mari de 3.0 sunt rare:

<sup>158</sup> Asemănător, faptul că reies multe reziduale pozitive decât reziduale negative extreme nu ridică neapărat întrebări statistice. Algoritmul median polish face predicții folosind medii, așa că numărul extremelor pozitive nu trebuie să fie simetrice cu numărul celor negative.

<sup>159</sup> Studiile precedente despre specializarea în opinii au folosit testul statistic gamma pentru a determina numărul așteptat al valorilor care ies din tipar. *Vezi, e.g., Brenner & Spaeth, supra* note 49, at 522-23

(compară numărul celor care ies din tipar cu numărul care s-ar ivi prin șansă într-un studio despre Curtea Burger). Totuși, nici un test similar nu există pentru rezultatele din prezentul studio, deoarece nu există nici o distribuție cunoscută pentru algoritmul median polish. E-mail de la Jeff Simonoff, profesor de statistică și Robert Stansky Research Faculty Fellow, New York University, către Edward B. Cheng, Conferențiar în drept, Brooklyn Law School (15 martie 2007, 21:25:06 EST) (arhivat de autor).

de exemplu, pentru Circuitul al Șaptelea (Seventh Circuit) în condiții de repartizare aleatorie, mai puțin dedouă reziduuri mai mari de 3.0 sunt de așteptat. În setul actual de date, Circuitul al Șaptelea are douăzeci și patru.

În al doilea rând, când comparăm mai multe instanțe, se poate observa că specializarea variază în mod considerabil. Primul și cel de al Unsprezecelea Circuit au foarte puține situații de specializare, în timp ce cel de al Șaptelea, al Nouălea și al Zecelea Circuit au mai multe situații de specializare. (În mod interesant, Circuitul al Unsprezecelea este unul dintre circuite cu observația că „judecătorii nu se specializează”, conținută în regulamentul de funcționare.) Dacă specializarea observată ar fi fost doar rezultatul unor fluctuații întâmplătoare, situațiile de la specializare de la o instanță la alta ar fi fost în general asemănătoare.<sup>160</sup>

În al treilea rând, majoritatea situațiilor specifice de specializare pot fi explicate pe baza biografiei judecătorului.<sup>161</sup> Cu toate că influența trecutului judiciar necesită încă analiză statistică, o cercetare preliminară arată că analizele grafice relevă că trecutul profesional al judecătorului de multe ori explică preferințele acestuia. Spre exemplu, judecătorul Michael Boudin de la Primul Circuit, fost adjunct asistent al Procurorului General S.U.A. în Diviza Antitrust al Departamentului Justiției,<sup>162</sup> a redactat un număr disproporționat de mare de motivări în

cauze privind concurența ( $r = 4.12$ ). Judecătorul William Wilkins de la al Patrulea Circuit,<sup>163</sup> redactează un număr coplesitor de opinii în cauze penale ( $r = 9.77$ ) și cauze în faza de executare a pedepsei ( $r = 6.35$ ). Judecătorul Frank Easterbrook din Circuitul al șaptelea, cunoscut pentru activitatea academică în domeniul concurenței și a dreptului societăților,<sup>164</sup> apare ca specializat în concurență ( $r = 5.88$ ) și în domeniul reglementării valorilor mobiliare ( $r = 3.83$ ).<sup>165</sup> Judecătorul Richard Posner de la Circuitul al Șaptelea, de asemenea cunoscut pentru munca sa în domeniul dreptului concurenței (printre altele),<sup>166</sup> în mod similar s-a specializat în domeniul concurenței ( $r = 3.12$ ). Judecătorul Stephen Trott de la Circuitul al Nouălea, cu o carieră de procuror de stat și federal,<sup>167</sup> a redactat un număr disproporționat de opinii în cauze penale ( $r = 7.85$ ).

Situații similare apar și în Circuitul D.C., unde trecutul judiciar explică cele mai mari trei situații de specializare. Judecătorul Harry Edwards, care este și un doctrinar în dreptul muncii<sup>168</sup> și care „a activat ca și arbitru neutru în mai multe negocieri colective în cursul anilor 1970”<sup>169</sup> s-a specializat în cauzele privind dreptul muncii ( $r = 5.66$ ). Judecătorul Douglas Ginsburg, specializat în cauze privind Federal Communication Commission (FCC) ( $r = 5.63$ ), este un autor recunoscut al unui manual de jurisprudență în dreptul telecomunicațiilor<sup>170</sup> iar judecătorul

<sup>160</sup> Mulțumiri lui Jeff Simonoff.

<sup>161</sup> Studiul Atkins sugerează o oarecare legătură între trecutul judecătorului și specializarea adoptată. *Vezi Atkins, supra* note 37, at 418-19 & n.16 & tbl.5 (notează că Președintele Sobeloff de la Fourth Circuit a soluționat mai multe cauze de dreptul muncii și de drept penal decât colegii lui și descrie trecutul acestuia în aceste domenii).

<sup>162</sup> Federal Judicial Center, Judges of the United States Courts, Boudin, Michael, <http://www.fjc.gov/servlet/tGetInfo?jid=218> (vizitat ultima dată la 7 octombrie 2008).

<sup>163</sup> Federal Judicial Center, Judges of the United States Courts, Wilkins, William Walter, <http://www.fjc.gov/servlet/tGetInfo?jid=2586> (vizitat ultima dată pe Oct. 7, 2008).

<sup>164</sup> *Vezi, e.g.*, Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991); Richard A. Posner & Frank H. Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials* (2d ed. 1981); Frank H. Easterbrook, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, 76 GEO. L.J. 305 (1987); Frank H. Easterbrook, *Derivative Securities and Corporate Governance*, 69 U. CHI. L. REV. 733 (2002); Frank H. Easterbrook, *Does Antitrust Have a Comparative Advantage?*, 23 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 5 (1999); Frank H. Easterbrook, *Monopolization: Past, Present, Future*, 61 ANTITRUST L.J. 99 (1992).

<sup>165</sup> Judecătorul Easterbrook pare să fie specializat și în proprietate intelectuală ( $r = 3.33$ ), ceea ce este în ton cu unele dintre scrierile lui din acest domeniu. *Vezi*, Frank H. Easterbrook, *Who Decides the Extent of Rights in Intellectual Property?*, in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society* 405 (Rochelle Cooper Dreyfus et al. Eds., 2001).

<sup>166</sup> Posner & Easterbrook *supra* note 71; Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976).

<sup>167</sup> Federal Judicial Center, Judges of the United States Courts, Trott, Stephen S., <http://www.fjc.gov/servlet/tGetInfo?jid=2416> (vizitat ultima dată pe Oct. 8, 2008)

<sup>168</sup> *Vezi e.g.*, Harry T. Edwards, *The Coming of Age of the Burger Court: Labor Law Decisions of the Supreme Court During the 1976 Term*, 19 B.C. L. Rev. 1 (1977); Harry T. Edwards, *The Emerging Duty to Bargain in the Public Sector*, 71 MICH. L. REV. 885 (1973).

<sup>169</sup> Biographies, *The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit—September 1993-August 1994*, 63 Geo.Wash. L. Rev. 914, 915 (1995).

<sup>170</sup> *Vezi, e.g.*, Michael Botein, *Regulation of the Electronic Mass Media: Law and Policy for Radio, Television, Cable and the New Video Technologies*, at v, XII (3d ed. 1998) (notează că Douglas Ginsburg face în prezent “cea ce sperăm să fie doar o absență temporară” de la calitatea lui de coautor al manualului publicat prima dată în 1979).

Stephen Williams, fost profesor de dreptul petrolului și al gazului natural,<sup>171</sup> s-a specializat în cauze legate de Federal Energy Regulatory Commission (FERC) ( $r = 4.62$ ).

O omisiune notabilă din discuție ar fi judecătorul Guido Calabresi de la Second Circuit, vestit pentru munca academică din domeniul răspunderii delictuale.<sup>172</sup> Diferența rămasă în cazul judecătorului Calabresi nu atinge valoarea conservativă de 3.0 în cauze privind răspunderea pentru produse ( $r = 2.53$ ), dar este cea mai înaltă valoare pentru Second Circuit.

## 2. Explicații

Ce explică aceste tipare de specializare? Cel mai evident, preferințele judecătorilor pot cataliza acest proces. Unii judecători se pot specializa în mod intenționat. Neavând nici o reticență în legătură cu specializarea – cel puțin prin acest mecanism informal – judecătorii în mod activ redectează opinii din domenii în care ei au expertiză sau interes. Alternativ, judecătorii în mod inconștient pot favoriza anumite subiecte. Deoarece distribuția motivărilor este în mare parte efectuată *ad hoc*, preferințele subtile ale judecătorilor se pot acumula de-a lungul timpului și se pot releva în studii efectuate pe termen lung. În final, judecătorii se pot opune specializării la un nivel teoretic, dar presiunea volumului de cauze este atât de substanțială încât judecătorii se specializează din necesitate, deoarece cunoașterea subiectului le permite redactare opiniilor mai repede. În această a treia ipoteză, specializarea opiniilor se aseamănă cu alte situații în care justiția în mod inteligent a folosit vidurile structurii judiciare federale pentru a face față crizei volumului de cauze.<sup>173</sup>

Dinamica internă a instanțelor, de asemenea, poate conduce la specializarea opiniilor. Celor care nu sunt specializați într-un domeniu anume le displace să scrie în acel domeniu specializat,

din cauza consumului de timp sau a faptului că specialiști din complet în mod invariabil îi vor necăji cu revizuire. Alternativ, colegii pot ceda o opinie unui judecător care în prealabil a creat un precedent important în domeniu, fie din respect, fie pentru a furniza acestuia oportunitatea de a-și crea o viziune coerentă. Acești factori pot încuraja pe cei care nu sunt specializați într-un domeniu, să împingă anumite cauze spre cei care sunt percepuți ca fiind specializați.

Totuși trendurile observate sugerează că explicațiile implicând preferințele individuale pot exercita o mai mare influență. Așa cum sugerează și graficele, unii judecători se specializează, în timp ce alții nu, și judecătorii care se specializează tind să se manifeste în acest fel în mai multe domenii. Dacă dinamica internă a instanțelor ar fi forța călăuzitoare din spatele specializării în opinii, atunci o distribuție mai egală ar fi de așteptat.

## 3. Trenduri de specializare

Nesurprinzător, anumite subiecte par a încuraja specializarea mai bine decât altele, precum urmează să fie descris în figura 3. Un rezultat interesant este dreptul penal, în care un număr surprinzător de judecători se specializează. În timp ce dreptul penal nu este în mod necesar un candidat arhetipal pentru specializare, numărul mare de judecători cu un trecut de procuror ar putea explica acest rezultat. În schimb, un număr semnificativ de judecători par să evite cauzele penale, cu toate că nu este clar dacă acesta se datorează aversiunii, lipsei de interes sau a deferirii acestor cauze către foștii procurori. O observație importantă în legătură cu această problemă este că un număr proeminent de foști universitari – spre exemplu, judecătorii Calabresi (Second Circuit), Easterbrook (Seventh Circuit) și Poster (Seventh Circuit) – par a evita cauzele penale.<sup>174</sup>

<sup>171</sup> *Vezi, e.g.*, Richard C. Maxwell, Stephen F. Williams, Patrick H. Martin & Bruce M. Kramer, *Cases and Materials on the Law of Oil and Gas* (6th ed. 1992); Stephen F. Williams, *Implied Covenants in Oil and Gas Leases: Some General Principles*, 29 U. Kan. L. Rev. 153 (1981).

<sup>172</sup> *Vezi, e.g.*, Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

<sup>173</sup> Albert Yoon, *As You Like It: Senior Federal Judges and the Political Economy of Judicial Tenure*, 2 J. Empirical Legal Stud. 495, 533-34 & fig.9 (2005) (raportează că judecătorii folosesc deseori statutul de

senior pentru a crea un post liber, măbind astfel numărul judecătorilor care să soluționeze volumul de muncă de la instanță). Disponibilitatea sporită al argumentelor orale și ridicarea opiniilor nepublicate sunt alte exemple ale acestui fenomen. *Vezi supra* note 23 și textul de lângă.

<sup>174</sup> Totuși, acest trend nu este unul universal. De exemplu, judecătorul Karen Nelson Moore de la Sixth Circuit s-a specializat în drept penal și este un fost universitar. *Vezi* Federal Judicial Center, *Judges of the United States Courts*, Moore, Karen Nelson, <http://www.fjc.gov/servlet/tGetInfo?jid=1677> (vizitat ultima dată pe Oct. 8, 2008).

Candidații firești pentru specializare, domeniile mai tehnice cum ar fi dreptul concurenței, drept fiscal, reglementarea valorilor mobiliare expun un număr relativ mic de situații de specializare. Acest rezultat poate că pare încurcat la început, dar poate că doar câțiva din justiția federală au un interes sau o expertiză în aceste domenii. De aceea, situațiile de specializare sunt în mod previzibil mai puține. Mai mult, deoarece jurisdicția federală are doar puține cauze din aceste domenii, judecătorii specializați au mai

puține oportunități de a se oferi pentru redactarea opiniilor. Astfel, operațiunile specialiștilor poate că sunt prea mici încât să fie detectate.

Unii judecători par a se specializa mai mult decât alții. Totuși, dezvoltarea unei unități de măsură pentru a verifica și compara judecătorii individuali și determinarea dacă factori precum experiența academică, vechimea sau prestigiul pot fi legate de specializare, excede scopurilor prezentului studiu.

SUBIECT	SPECIALIZARE POZITIVĂ	SPECIALIZARE NEGATIVĂ	TOTAL
Drept penal	28	21	49
Executarea pedepselor	17	10	27
Drepturi civile	13	1	14
Proprietate intelectuală	12	0	12
Contracte	10	1	11
Securitate socială	8	1	9
Discriminare în domeniul muncii	6	3	9
Dreptul muncii	7	0	7
Dreptul concurenței	7	0	7
Răspundere delictuală	5	0	5
Mediu	5	0	5
Reglementarea valorilor mobiliare	5	0	5
Asigurări	4	0	4
Drept fiscal	2	0	2
ERISA	2	0	2
Constituționalitatea legilor statelor	2	0	2
Răspunderea pentru produse	1	0	1

#### E. Limitări

Setul de date și metodele statistice implică un număr de supoziții și limitări care în mod necesar afectează interpretarea rezultatelor. Acestea sunt expuse în cele ce urmează.

##### 1. Limitări din setul de date

Cea mai semnificativă limitare a setului de

date este faptul că ea conține numai pe judecătorii care au redactat opinia majoritară în cauză. Date despre ceilalți judecători din complet și despre opiniile concurente sau separate nu au fost disponibile.<sup>175</sup> Structura bazei de date Westlaw, aparent, face imposibilă extragerea numelor judecătorilor din complet care nu au

<sup>175</sup> Donald Songer a publicat un set de date cuprinzătoare despre cauzele federale de la 1925 până în 1988. Donald R. Songer, United States Courts of Appeals Database Phase 1, 1925–1988, ICPSR Study no. 2086 (2006), available at <http://www.icpsr.umich.edu/cocoon/ICPSR/STUDY/02086.xml>. Datele Songer furnizează multe informații despre cauze, inclusiv despre tiparele

de vot ale judecătorilor, și apar ca având un nivel impresionant de fiabilitate. Vezi Donald R. Songer, The United States Courts of Appeals Data Base: Codebook 9-10, 15-16, disponibil pe [http://www.icpsr.umich.edu/cgi-bin/bob/file?comp=none&study=2086&ds=0&file\\_id=654759](http://www.icpsr.umich.edu/cgi-bin/bob/file?comp=none&study=2086&ds=0&file_id=654759).

redactat opinii.<sup>176</sup> Ca un rezultat al acestor limitări, nu am reușit să folosesc proporțiile repartizării opiniilor (PRO-uri) în acest studiu. PRO, care este raportul de proporționalitate între numărul opiniilor majoritare redactate și numărul situațiilor când judecătorul a fost în majoritate, este metru standard în literatura științelor politice pentru calcularea specializării opiniilor și ar fi fost de preferat.<sup>177</sup>

Totuși, inabilitatea de a folosi un metru PRO nu ar trebui să afecteze în mod semnificativ validitatea rezultatului. Avantajul primar al PRO-ului este se află în aptitudinea de a controla numărul de situații în care un judecător a avut oportunitatea de a redacta o opinie într-un anumit domeniu. Totuși, algoritmul median polish tratează această problemă pentru marea parte a analizei pentru frecvența relativă a fiecărui subiect în volumul de muncă a circuitului și pentru volumul de cauze judecate în mod normal de un judecător.<sup>178</sup> Un domeniu în care algoritmul median polish este scăzut este domeniul opiniilor separate (și concurente).<sup>179</sup> Un judecător cu o opinie separată prin definiție nu se află în majoritate și nu poate redacta opinia majoritară și nu poate conta pentru algoritmul median polish. Din fericire, opiniile separate nu sunt frecvente.<sup>180</sup> Mai mult, prezența opiniilor separate exercită doar o presiune spre jos asupra frecvențelor observate – un judecător

care în mod consistent nu este de acord cu colegii lui într-un anumit domeniu, va redacta mai puține opinii. Astfel, în interpretarea rezultatelor, opiniile separate sunt doar o înștiințare în ce privește preferințele negative (situații în care un judecător pare să evite un anume subiect) iar marea majoritate a preferințelor sunt într-o direcție pozitivă.

O altă limitare a setului de date este că ea nu separă datele publicate de datele nepublicate.<sup>181</sup> Această limitare este una nefericită, deoarece situația publicării oferă anumite indicații despre importanța opiniilor și ar fi contribuit la o analiză a specializării mai nuanțată.

## 2. Măsurarea „specializării”

Folosirea redactării opiniilor ca o măsură a tendințelor de specializare este o alegere rezonabilă, dar nu poate cuprinde tot comportamentul analizat. De exemplu, măsurarea, în mod necesar, nu ia în considerare influența pe care specializații care nu redactează opinia o pot avea asupra opiniei finale, fie în deliberări, fie pe durata procesului de redactare a opiniei.<sup>182</sup>

De asemenea, acest parametru este incapabil să distingă specializarea din spatele clasificării pe materii. Așa cum rezultatele privind specializarea pe agenții de la D.C. Circuit demonstrează, specializarea se poate ivi și în linii mai subtile. Spre exemplu, poate fi legată de fapte,

<sup>176</sup> Studiul ar fi putut determina și alți membri ai completului, pe cei cu opinii concurente, separate, dar cu un set de date de peste 70.000 de cauze, alegerea a fost între o bază mare de date cu un metru suboptimal sau o bază mică de date cu oar-uri.

<sup>177</sup> Ulmer, *supra* note 48, at 54 (contruiește măsura pro prim prisma necesității de a controla oportunitățile de redactare); *vezi și*, Atkins, *supra*, note 37, at 414-15 (folosind pro în studiul asupra instanțelor federale); Brenner & Spaeth, *supra* note 49, at 521 (notând că repartizarea opiniilor la Curtea Supremă este studiată de obicei prin pro-uri); Elliot E. Slotnick, *Judicial Career Patterns and Majority Opinion Assignment on the Supreme Court*, 41 J. Pol. 640, 643 (1979) (folosește pro-uri în studiul asupra Curții Supreme).

<sup>178</sup> Metru PRO încorporează oportunitățile folosind datele actuale observate, pe când median polish trebuie să folosească un model statistic pentru a prezice oportunități. Totuși, modelul statistic este un intermediar de încredere în acest context. Din pricina regulilor clare care guvernează repartizarea aleatorie a completelor și din cauza faptului că setul de date este foarte mare, modelul va face previziuni de o acuratețe rezonabilă în ce privește numărul de cauze dintr-un domeniu în care un judecător va judeca.

<sup>179</sup> Saul Brenner, *Is Competence Related to Majority*

*Opinion Assignment on the United States Supreme Court?*, 15 Cap. U. L. Rev. 35, 37 (1985) (notează că Pro este parametrul preferat pentru că el controlează situațiile în care judecătorul nu este în majoritate).

<sup>180</sup> Daniel A. Farber, *Do Theories of Statutory Interpretation Matter?: A Case Study*, 94 NW. U. L. Rev. 1409, 1430 n.120 (2000) (determină că rata generală de dezacorduri în instanțele de circuit în perioada 1985 – 1999 este de 3%). Ratele de dezacord variază natural în timp și de la circuit la circuit. *Vezi, e.g.*, Donald R. Songer et al., *Continuity and Change on the United States Courts of Appeals* 105 tbl.5.1 (2000); Harry T. Edwards, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, 151 U. PA. L. Rev. 1639, 1658 & n.65 (2003)

<sup>181</sup> Variabilul despre statutul publicării din datele FJC avea valori lipsă de a lungul a jumătate din însemnări fiind astfel insuficient pentru a fi folosit în prezentul studiu. Folosirea citărilor ar fi fost la fel de inefectivă, deoarece opiniile nepublicate de multe ori au indicații de citare Federal Reporter.

<sup>182</sup> *Vezi, e.g.*, Howard, *supra* note 35, at 248 (notează că repartizările de opinii sunt măsuri imperfecte deoarece “nu exprimă nimic despre contribuția făcută de colegi și grefieri în elaborarea opiniilor și nici despre calitatea performanței”); Atkins, *supra* note 37, at 415

situații când un judecător este mai familiarizat cu o anumită industrie sau problemă socială. De asemenea, specializarea poate fi legată și de metodologie – un judecător cu o bază cantitativă, în mod disproporționat se poate ocupa de cauze implicând dovezi statistice, chiar dacă aceste cauze pot influența o gamă largă de materii.<sup>183</sup> Toate aceste varietăți de specializare sunt străine prezentului studiu.

În final, studiul în mod implicit presupune că judecătorii se specializează în anumite domenii datorită expertizei sau interesului intelectual. Pe baza rezultatelor care arată anumite legături cu trecutul profesional al judecătorilor cu domeniile de specializare, această supoziție este, la fel, una rezonabilă. Totuși, un fir formidabil al științelor politice susține că, cel puțin la nivelul Curții Supreme, repartizarea opiniilor poate fi mai mult despre menținerea majorității și mai puțin despre expertiză<sup>184</sup> sau despre tendințe ideologice.<sup>185</sup> Asemenea considerații strategice sunt mai proprii pentru contextul instanțelor de circuit, deoarece completele variază în compoziție, completele sunt formate numai din trei judecători, iar autoritatea de a repartiza opiniile este dispersată între judecători decât concentrat în mâinile unui judecător președinte.<sup>186</sup> Într-adevăr, în practică, multe dintre circuite repartizează opinii în mod colegial chiar dacă în mod formal autoritatea este investită în mâinile președintelui instanței,<sup>187</sup> făcând ca posibilitatea unui comportament de ideologie strategică este și mai îndepărtată. În orice caz, aceste modele alternative merită menționate.

### 3. Judecătorii președinți

În spatele unor avertismente mai largi, analiza încă nu ia în considerare funcționarea unui judecător ca și judecător președinte pe durata perioadei studiate. Mai mult, pe lângă faptul că președintele instanței e cel mai în vârstă – având astfel cel mai pronunțat control formal asupra repartizarea redactării opiniilor – dintre judecători, președinții de foarte multe ori au mai multe responsabilități administrative iar mulți ar putea

semna opinii de „gospodărie”, depinzând de normele de circuit.

## II. Evaluare

Rezultatele empirice sugerează că un număr de judecători de la instanțele federale deviază de la idealul generalist și în mod disproporțional redactează opinii în anumite materii. Ce fel de reacție este așteptată față de asemenea rezultate? Această parte furnizează o discuție teoretică mai largă despre specializarea opiniilor și întrebă dacă este o porțiță de închis sau o dezvoltare de adoptat. Repartizarea opiniilor pare să surprindă multe dintre beneficiile specializării fără a întâmpina împiedicări care în mod istoric au pus în umbră și au învins propunerile pentru instanțe specializate. Însă, practica ne arată un număr important de concluzii, inclusiv unele tendințe substanțiale.

### A. Evaluare generală

Suștinătorii idealului generalist pot fi, pe bună dreptate, preocupați de specializarea întâlnită la judecătorii federali. Judecătorii federali sunt prezumați a fi generalişti. Structura instanțelor federale în mod clar prețuiește judecătorii generalişti, iar judecătorii implicați în specializarea opiniilor se leagă de această valoare fundamentală. Chiar dacă comportamentul este inconștient, rezultatele empirice relevă un punct slab în practica judiciară care necesită reformă. În orice caz, închiderea acestei porțițe este cel mai drept răspuns spre viitor. Dacă judecătorii federali pierd puterea discreționară asupra repartizării opiniilor, atunci specializarea opiniilor ar dispărea. Poate că instanțele ar trebui să aleatorizeze repartizările lor, precum fac în cazul repartizării cauzelor către complete.

Prudența însă ne avertizează în fața unei asemenea reacții violente. Judecătorii federali sunt actori juridici experimentați și inteligenți, iar practica lor în mod probabil reflectă considerații funcționale. Specializarea opiniilor merită o evaluare mai considerată și mai nuanțată. Vasta

<sup>183</sup> Multe mulțumiri pentru Jennifer Mnookin pentru aceste explicații.

<sup>184</sup> Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy* 84 (1964); Maltzman & Wahlbeck, *supra* note 50, at 422.

<sup>185</sup> SEGAL & SPAETH, *supra* note 50, at 378-80 (sugerează că specializare pe domenii la Curtea Supremă ar putea să fie condusă de expertiză doar pe

plan secundar și că motivul principal pentru specializare este îndreptarea preferințelor).

<sup>186</sup> *Vezi supra* note 53 (discută despre dinamica repartizării opiniilor la Curtea Supremă și la curțile de apel).

<sup>187</sup> La unele circuite, președintele completului, în loc să aibă el prima alegere, lasă pe ceilalți să aleagă apoi el ia ce a rămas.

majoritate a societății moderne este specializată, mai ales în domeniile profesionale, și dat fiind faptul că știința, medicina și chiar și dreptul sunt specializate îndubitabil, nu este clar de ce ar trebui ca justiția federală să fie singura generalistă. În urma urmei, idealul generalist are un cost.

Avantajul suplimentar al specializării opiniilor este expertiza judiciară mai mare. Este mai probabil faptul că judecătorii specializații vor redacta opinii mai bune. Ei sunt mai familiarizați cu cadrul legal și doctrinal, care le permite o elaborare mai coerentă și mai în ton cu legislația existentă, pentru a evita „erori accidentale”<sup>188</sup> și pentru a dezvolta soluții creative la probleme dificile. În domeniile tehnice implicând aspecte economice sau științifice, specialiștii au o înțelegere mai bună asupra conceptelor și problemelor din afara sferei juridice.<sup>189</sup> Asta nu înseamnă că judecătorii generalişti inteligenți sunt incapabili de a redacta opinii consistente, clare și creative, dar specialiștii au la îndemână un avantaj enorm, luând în considerare mai ales constrângerea timpului și volumul de muncă cu care lucrează judecătorii.<sup>190</sup> Judecătorul nefamiliarizat rar are luxul de a dezvolta o bază necesară rezolvării unor cauze complexe sau tehnice.<sup>191</sup>

Pe lângă acuratețea pură (într-un fel definită), opiniile redactate de judecătorii specializați pot beneficia de o legitimitate mai mare, mai ales în domenii de strictă specialitate. În măsura în care opinia tratează aspecte dificile, părțile afectate pot avea o mai mare încredere în hotărârea unui judecător specializat, pe baza prezumției că judecătorul „înțelege” interesele și aspectele

complexe dintr-un domeniu sau dintr-o industrie.

Judecătorii specializați sunt versați și au experiență într-un subdomeniu juridic, astfel că ei ar trebui să producă opinii mai eficiente, fiind astfel capabili să soluționeze un volum de muncă mai mare. Dacă este așa, o mai mare specializare în opinii ar putea ameliora într-o măsură importantă volumul excesiv de muncă cu care se confruntă instanțele federale.<sup>192</sup> Însă, problema dacă judecătorii pot acapara o asemenea eficiență în practică rămâne însă o întrebare empirică.<sup>193</sup> De exemplu, este posibil ca judecătorii specializați să se raporteze la opiniile din domeniul lor ca și „iubitorii de muncă”, din care rezultă o creștere netă a timpului petrecut cu rezolvarea acestor cauze.

Specializarea are potențialul suplimentar de a îmbunătăți expertiza în justiție, prin faptul că ea crește prin propria activitate. În timp ce unii judecători intră în branșă cu o expertiză stabilită în anumite domenii, mulți dintre ei dezvoltă o expertiză de-a lungul timpului, prin expunerea repetată față de anumite probleme și prin auto-educare.<sup>194</sup> O normă de specializare nu numai că permite judecătorilor să se concentreze asupra acestor expuneri dar, de asemenea, furnizează un imbold sporit pentru a participa în programe judiciare de educare sau pentru a face o cercetare independentă, deoarece judecătorilor li se asigură concedii plătite de lungă durată pentru inițiativele lor.<sup>195</sup>

#### *B. Îngrijorări despre instanțele specializate*

Instanțele specializate au promis demult avantajele menționate anterior despre expertiză

<sup>188</sup> Currie & Goodman, *supra* note 26, at 67 (argumentând că judecătorii specializați “fac mai puține erori accidentale”).

<sup>189</sup> *Vezi* Henry J. Friendly, *Federal Jurisdiction: A General View* 158 (1973)

<sup>190</sup> Jordan, *supra* note 9, at 747 (susținând că în anumite domenii juridice preind specialiști, pentru că și un judecător capabil va avea probleme în a rezolva rapid cauza).

<sup>191</sup> Osborne, *supra* note 10, at 522-23 (susține că problema nu este că judecătorii neinstruiți nu pot înțelege dovezi științifice, ci este că nu au timpul pentru a le digera și pentru a dezvolta bazele necesare); *vezi și id.* at 524 (exprimă preocuparea cum că judecătorii fără cunoștințe despre domeniu în cauzele științifice se vor baza mai mult pe precedent decât vor trata specificitățile cauzei). Precum Judecătorul Wyzanski a comandat odată: “Puțini judecători care au judecat cauze mari de faliment au încercat să digere mormanul de probe”. *United States v. Grinnell Corp.*, 236 f. supp. 244, 247 (D.R.I. 1964), *quoted in* Friendly, *supra* note 96, at 193.

<sup>192</sup> 99.E.g., Revesz, *supra* note 9, at 1120 (Discută cum anume specializarea poate rezolva problema volumului mare de cauze, furnizând alternative la creșterea numărului de posturi sau a numărului de circuite, amândouă fiind soluții care ar fi exacerbat probleme de uniformitate).

<sup>193</sup> Rochelle Cooper Dreyfuss, *The Federal Circuit: A Case Study in Specialized Courts*, 64 N.Y.U. L. REV. 1, 23-24 (1989).

<sup>194</sup> Isaac Unah, *Specialized Courts of Appeals' Review of Bureaucratic Actions and the Politics of Protectionism*, 50 POL. RES. Q. 851, 858 (1997).

<sup>195</sup> Currie & Goodman, *supra* note 26, at 67 (notează că judecătorul “va investi mai mult timp și efort în cunoașterea unui domeniu administrative dacă știe că știința adunată îl va ajuta în viitor”), *vezi* Edward K. Cheng, *Independent Judicial Research in the Daubert Age*, 56 Duke L.J. 1263, 1272-75 (2007) (discută perspectiva “educativă” pentru a ajuta judecătorii să facă determinări științifice).

și eficientă, totuși instanțele federale, cu câteva excepții, în mod sistematic, au respins propunerile pentru instanțe specializate. Oare obiecțiile care au învins aceste propuneri vor înfrânge și specializarea în opinii? Precum va detalia prezentul subparagraf, specializarea în opinii, în mod remarcabil, evită multe dintre aspectele patologice asociate în general cu instanțele specializate.<sup>196</sup>

Cel mai important aspect de diferență a specializării în opinii este faptul că ea are loc în mod informal. Schemele de specializare tradiționale desemnează judecătorii la instanțe sau complete specializate, expunându-le doar la un număr limitat de tipuri de cauze. Concentrația care rezultă în acest fel face ca instanțele specializate să fie vulnerabile față de interese speciale și față de miopie. Dimpotrivă, specializarea în opinii are loc în mod informal în cadrul unui sistem de instanțe generaliste și în condițiile unei repartizări aleatorii către complete. Judecătorii sunt liberi să se specializeze în așa fel cum vor ei, atât în ce privește anumite subiecte cât și gradul de specializare. Această flexibilitate permite judecătorilor să experimenteze o specializare mai mare sau mai mică, în funcție de

preferințele individuale, iar suporterii efervescenței ai idealului generalist nu sunt nevoiți deloc să se specializeze.

Daniel Meador a emis o teorie conform căreia o structură potrivită a instanțelor federale ar trebui „să nu pretindă unui judecător federal să decidă asupra doar unui anumit tip de cauze bine delimitate.”<sup>197</sup> Specializarea în opinii urmărește această axiomă către un beneficiu mai pronunțat, evitând problemele precum politizarea, viziunea tunel și volumul de muncă repetitivă.

### 1. Politizarea

Obiecția cea mai comună față de instanțele specializate este vulnerabilitatea acestora de a fi captate de anumite interese speciale.<sup>198</sup> Deoarece instanțele specializate concentrează puterea jurisdicțională în mână unui număr redus de judecători,<sup>199</sup> grupurile de interese devin mai implicate în procedura de numire,<sup>200</sup> pot concentra resursele<sup>201</sup> efectiv și, într-adevăr, sunt mai îndreptățite să participe în acest proces.<sup>202</sup> Instanțele specializate sunt susceptibile de a fi politizate și în alte feluri. Puterea politică ale guvernului poate controla instanțele specializate

<sup>196</sup> *Vezi în general* Dreyfuss, *supra* note 100, at 3 (discută despre dezavantajele specializării, inclusive implicarea politică, “viziunea de tunel” și posibilitatea unor repartizări ideologice). Un număr de comentatori au susținut că asemenea obiecții nu au un suport empiric suficient. *E.g.*, Plager, *supra* note 6, at 858, 866; Unah, *supra* note 101, at 854 (susține despre critica instanțelor specializate că ar fi tendențioase și suferind de “viziune de tunel” că “nu este dovedită empiric”); *vezi și* Baker, *supra* note 5, at 953 (citând Am. Bar ASS’N, Standing Comm. on Fed. Judicial Improvements, the United States Courts of Appeals: Reexamining Structure and Process After a Century of Growth (1989)) (notează că ABA Sanding Committee on Federal Judicial Improvements în anul 1989 a concluzionat că anumite preocupări privind specializarea par să se îndepărteze).

<sup>197</sup> Meador, *supra* note 5, at 615.

<sup>198</sup> *E.g.*, Dreyfuss, *supra* note 24, at 379. De exemplu, Curtea Comercială a fost înființată în 1910 pentru a controla deciziile feroviare ale Comisiei Interstatale de Comerț, dar a fost desființată trei ani mai târziu după ce a fost considerat ca fiind capturat de interesele din domeniul feroviar. *A se vedea, e.g., id.* at 391-93. *Vezi în general* George E. Dix, *The Death of the Commerce Court: A Study in Institutional Weakness*, 8 AM. J. Legal Hist. 238 (1964) (descrie istoria Curții de Comerț).

<sup>199</sup> În mod natural acest argument nu înseamnă că instanțele generalist nu sunt supuse captației, *vezi* Stempel, *supra* note 29, at 99-100, 103-04, nici că grupurile de interese întotdeauna influențează instanțele specializate, *vezi* Lawrence Baum, *Judicial Specialization, Litigant Influence, and Substantive*

*Policy: The Court of Customs and Patent Appeals*, 11 Law & Soc’y Rev. 823, 831 (1977) (notează că multe grupuri nu pot să influențeze selecția judiciară pentru că nu au acces la funcționarii publici relevanți), dar în mod relative, instanțele specializate sunt mai vulnerabile.

<sup>200</sup> Baum, *supra* note 106, at 827. Din contră, o anume desemnare generalist are un impact prea mică asupra dezvoltării juridice în ansamblul ei încât să justifice costurile de lobby și cheltuieli de capitap politic. Dreyfuss, *supra* note 29, at 21 (“Lobby-ul pentru numiri la o instanță de jurisdicție general, totuși nu este efectiv din punctul de vedere al costurilor”); Revesz, *supra* note 9, at 1148-49.

<sup>201</sup> *Vezi* Sarang Vijay Damle, Note, *Specialize the Judge, Not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court*, 91 Va. L. Rev. 1267, 1283 (2005) (discută cum anume o instanță specializată concentrează energia grupurilor de interese către numirile la aceea instanță); *vezi și* Baum, *supra* note 106, at 827 (la fel); Paul D. Carrington, *Crowded Dockets and the Courts of Appeals: The Threat to the Function of Review and the National Law*, 82 Harv. L. Rev. 542, 591 (1969) (la fel).

<sup>202</sup> Baum, *supra* note 106, at 827 (enuunță argumentul că dacă un grup este serios afectat de o anumită instanță, aceasta în mod legitim poate pretinde un anumit “rol în alegerea personalului instanței”); Currie & Goodman, *supra* note 26, at 70-71 (citând pe J. Sax, *Defending the Environment: A Strategy for Citizen Action 109* (1970)) (relevă că grupurile de interese țintesc mai mult spre instanțele specializate deoarece actorii politici nu pot ignora pe cei care în mod sigur vor fi afectați de o anumită numire).

Într-un mod mai eficient prin monitorizare, prin finanțare și prin alte forme de presiune.<sup>203</sup> Chiar și în cadrul instanței, agregarea specializaților cu viziuni bine definite creează un risc mai semnificativ pentru formarea unor facțiuni<sup>204</sup>. Părțile în conflict pot dezvolta viziuni mai extremiste sau un set de precedente divergente<sup>205</sup>.

Specializarea în opinii evită o mare parte dintre aceste probleme de politizare prin evitarea concentrării formale și exclusive ale cauzelor. „Generalistii” recent numiți nu sunt nevoiți să se specializeze în domeniile lor formale; ei pot dezvolta interes către alte domenii; la fel, influența lor majoră este limitată pentru situații când ei se află în complet, în cadrul majorității și redactează opinia. În consecință, stimulentele pentru grupurile de interese în ce privește implicare în procedura de numire rămân neglijabile. Fixarea unui sistem de instanțe regionale – de multe ori abolită în propunerile pentru instanțe specializate – ajută la menținerea independenței justiției față de puterile politice, deoarece împarte puterea judecătorească și elimină țintele ușoare.

În final, judecătorii specializați din cadrul instanțelor specializate, nu se vor polariza, deoarece cei care nu sunt specializați vor avea un efect mai moderat.

## 2. Miopia

O altă îngrijorare semnificativă în ce privește instanțele specializate se referă la „viziunea de tunel”.<sup>206</sup> Deoarece instanțele specializate sunt izolate de sistemul juridic mai larg, pot dezvolta doctrine și proceduri care nu sunt în coerență cu corpul juridic mai larg<sup>207</sup> și care creează dezavantaje pentru actori singulari.<sup>208</sup> De asemenea, instanțele specializate pierd din spectrul de viziune și „polenizarea încrucișată”,<sup>209</sup> degradând astfel calitatea jurisprudenței în domeniile lor.<sup>210</sup> La fel, anumiți comentatori sunt îngrijorați că expunerea consistentă față de aceleași părți poate face ca judecătorii să fie părtinitori.<sup>211</sup>

Specializarea în opinii evită aceste probleme, deoarece judecătorii continuă să lucreze cu o gamă variată de cauze. Astfel, judecătorii

<sup>203</sup> *Vezi* Richard A. Posner, *The Federal Courts: Challenge and Reform* 254 (1996) (comentează că actorii politici își pot concentra atenția asupra instanțelor specializate); Posner, *supra* note 2, at 783 (argumentează că instanțele specializate sunt mai puțin independente pentru că comportamentul lor poate fi „monitorizată și controlată mai efectiv” de actorii politici).

<sup>204</sup> Posner, *supra* note 110, at 251 (exprimă preocuparea că se susține despre specialiști că o instanță specializată în domeniul concurenței ar încălzi taberele și ar polariza instanța); *vezi și* Howard, *supra* note 11, at 145 (concluzionează că Tax Court „pare să fie mai expertă și mai ideologică în procesul de luare a deciziilor decât o instanță districtuală generalist”). *Dar vezi* Posner, *supra*, at 252 (notează că Texas Court of Criminal Appeals este o instanță specializată dar a rămas „cinstită echilibrată” (citând pe Chuck Miller et al., *Annual Survey of Texas Law: Criminal Law*, 48 *Smu L. Rev.* 1077, 1092 (1995))).

<sup>205</sup> *Vezi, e.g.*, Wagner & Petherbridge, *supra* note 7, at 1170 (raportează că rezultatul unui studiu empiric sugerează că Federal Circuit are o ruptură metodologică și în conecința jurisprudența a devenit polarizată).

<sup>206</sup> Damle, *supra* note 108, at 1281.

<sup>207</sup> *Vezi, e.g.*, Revesz, *supra* note 9, at 1164 (avertizează că instanțele specializate în mod curent crează „proceduri idiosincratice” și „interferează cu coerența dreptului federal”); Rifkind, *supra* note 2, at 425 (susține că o instanță specializată pe brevete va dezvolta un „jargon propriu, prin tipare unice, politici interne”); *vezi și* Dreyfuss, *supra* note 100, at 68. *Dar vezi* Stempel, *supra* note 29, at 93 (susținând că nu există „probe dramatice”, că instanțele specializate statele sunt prea înguste sau că iau decizii incorecte).

<sup>208</sup> Dreyfuss, *supra* note 29, at 21-22. *Dar vezi* Dreyfuss, *supra* note 24, at 420-21 (discută cum specializarea beneficiază de părțile mai puțin sofisticate, deoarece o instanță specializată depinde mai puțin de avocat pentru a înțelege problema).

<sup>209</sup> *Vezi, e.g.*, Dreyfuss, *supra* note 24, at 379

<sup>210</sup> Rifkind, *supra* note 2, at 426; *vezi și* Dreyfuss, *supra* note 24, at 381 (notează că judecătorii instanțelor specializate pot redacta opinii mai puțin persuasive, deoarece nu ar exista nici un fel de control).

<sup>211</sup> *E.g.*, Baum, *supra* note 106, at 827-28 (observă că dacă un grup în mod frecvent apare în fața unei instanțe atunci va avea „șanse relativ bune de a forma percepțiile și valorile judecătorilor”); Plager, *supra* note 6, at 858 (“O instanță specializată va avea mai multe șanse să se identifice cu programul de guvernământ deoarece aceasta este specialitatea acestuia.”) *vezi și* Dreyfuss, *supra* note 100, at 26 (notează că Federal Circuit expune unele tendințe față de titularii de brevete); Posner, *supra* note 2, at 785 (se pune problema dacă o instanță specializată poate „tempera” acțiunile guvernului atunci când taie din aceeași stofă, adică din aceeași program de guvernare). Valabilitatea acestei preocupări actorii repetitivi este neclară. De exemplu, tendințele se dezvoltă atunci când doar una dintre părți este un actor repetitive. Baum, *supra* note 106, at 832. chiar dacă repetarea unei dintre părți se manifestă doar pe o part, cum este în controlul agențiilor guvernamentale, câștigul de expertiză al unei instanțe specializate ar putea ușor învinge preocupările cu tendințe. Nu ca și instanțele generaliste, ale căror necunoaștere a domeniilor tehnice le poate cauza să fie pe nedrept respectuoase expertizei agenției, instanțele specializate pot mai bine controla actele agențiilor și nu depind așa de mult de agenții în ce privește informația. *Vezi, e.g.*, Currie & Goodman, *supra* note 26, at 71 (notează că experții pot să „substitueie judecata lor judecării agenției,” în timp ce generaliști sunt mai tentați la respect); Howard, *supra* note 11, at 136 (discută munca empirică care sugerează că instanțele specializate manifestă mai puțin respect față de agenții); Unah, *supra* note 101, at 858.

specializați în drept comercial pot acorda mai puțină atenție dezvoltărilor din alte domenii, dar ei vor fi expuși în continuare față de o mare varietate de cauze. Nu numai că trebuie să voteze și în alte domenii, dar dată fiind distribuția cauzelor, ei vor trebui să redacteze opinii și din alte domenii.

### 3. Pierderea prestigiului

Unii oponenți ai specializării avertizează că judecătorii instanțelor specializate sunt mai repetitivi, tehnici și plictisitori.<sup>212</sup> Cuplat cu aspectele privind salarizarea în justiție<sup>213</sup>, specializarea poate conduce la un număr mai sărac de candidați, mai ales în domenii mai puțin atractive cum ar fi asigurările sociale.<sup>214</sup> Această problemă de prestigiu poate fi dezbătută<sup>215</sup>, dar chiar presupunând că se vor găsi argumente pro, ea nu va afecta o schemă de specializare în opinii, deoarece judecătorii vor judeca în continuare o gamă variată de cauze. Mai mult, în măsura în care dificultățile privind prestigiul se datorează statului de orfan pe care au instanțele specializate într-un sistem preponderent generalist<sup>216</sup>, specializarea în opinii nu creează o asemenea dificultate.

Într-adevăr, o mai mare specializare în opinii poate mări gradul în care judecătorii vor dori să intre în sistemul federal. Chiar dacă acest fenomen presupune un studiu mai detaliat, mulți dintre judecătorii specializați arătați în Partea I sunt binecunoscuți și respectați în specializările

respective.<sup>217</sup> În măsura în care specializarea judecătorului devine o normă și judecătorii sunt pot aștepta să se specializeze în domeniile lor, posturile de judecători federali o să fie mai râvnite decât sunt în prezent.

### 4. Alte probleme

Specializarea în opinii evită și alte critici care sunt aduse instanțelor specializate. De exemplu, prin preservarea sistemului federal actual, se asigura respect continuu pentru diferențele regionale și se permite ca aspectele controversate să se infiltreze în acest sistem al circuitelor<sup>218</sup>, avantaj pierdut în sistemul exclusiv de instanțe specializate<sup>219</sup>. Se evită și problemele de frontieră care se ivesc atunci când jurisdicția unei instanțe este definită după materie, mai ales în cauzele complexe care implică probleme multiple.<sup>220</sup>

În final, specializarea în opinii nu produce nici o pagubă abilității sistemului federal de a face față unui volum de cauze fluctuant. Instanțele specializate sunt vulnerabile față de variațiile volumului de cauze deoarece au o jurisdicție limitată, foarte ușor pot lăsa juriștii îngropați în cauze într-un an și îi pot lăsa pe liber în următorul an<sup>221</sup>.

Sub un regim de opinii specializate, instanțele absorb mult mai ușor influxuri bruște. Prin menținerea și sublinierea structurii generaliste, instanțele pot beneficia de avantajul efectelor prin care se face media cauzelor – posibilitatea că încărcătura în anumite domenii să fie

<sup>212</sup> *Vezi* Posner, *supra* note 2, at 779 (ridică preocupările privind "satisfacția în muncă" dacă judecătorii se decid unor domenii specializate); *vezi și* Dreyfuss, *supra* note 24, at 381 (notează că judecătorii specializați pot avea un prestigiu mai puțin ei au de a face cu o muncă mai repetitivă și plictisitoare).

<sup>213</sup> *Vezi* Ann Althouse, Op-Ed, *An Awkward Plea*, N.Y. TIMES, Feb. 17, 2007, at A15.

<sup>214</sup> *Vezi* Currie & Goodman, *supra* note 26, at 70 (notează preocupările despre scăderea calității judecăților deoarece cauzele de asigurări sociale sunt plictisitoare).

<sup>215</sup> Stempel, *supra* note 29, at 80 (exprimă scepticism în sensul că specializarea epuizează talentul justiției).

<sup>216</sup> *Cf. id.* at 82 ("valoarea critic în atragerea judecătorilor de calitate poate că nu se va datora scopului domeniului Curții ci poate mai mult statutului de Articol III al instanței.").

<sup>217</sup> În mod natural, există o problemă causală semnificativă care necesită cercetări subsecvente: oare judecătorii care se specializează în mod informal stabilesc o reputație bună, sau judecătorii care deja au o reputație eminentă se specializează mai conformatibil?

<sup>218</sup> Revesz, *supra* note 9, at 1156-58 (susține că filtrarea între circuite este folositor pentru a corecta calitatea opiniilor, permite judecătorilor timp să se dezvolte problemele cu fapte diferite și să creeze experimente natural).

<sup>219</sup> *Vezi* Dreyfuss, *supra* note 24, at 380 (notează că instanțele specializate ar desființa dezbaterile din pricina absenței conflictului); Dreyfuss, *supra* note 100, at 72 (susține că localizarea ar putea să fie pierdută cu o instanță specializată centralizată); Posner, *supra* note 2, at 786 (notează că instanțele specializate naționale nu vor avea o diversitate regională și cel mai probabil vor avea sediul la Washington, D.C.); *vezi și* Currie & Goodman, *supra* note 26, at 69-70 (discută dezavantajele pierderii infiltrărilor).

<sup>220</sup> *E.g.*, Dreyfuss, *supra* note 24, at 382 (discutând probleme de frontieră); Posner, *supra* note 2, at 787 (la fel).

<sup>221</sup> Posner, *supra* note 2, at 788 (observarea dificultății instanțelor specializate de a reacționa în caracterul spectrului de cauze).

compensată prin lejeritatea din altele – și în acest fel poate distribui volumul de muncă între mai mulți judecători. În cel mai rău caz, un influx ar putea provoca doar câteva opinii emise de nespecialiști.

Avantajul semnificativ oferit de specializare informală a opiniilor nu ar trebui să fie o surpriză din mai multe privințe, cum practica juridică modernă oferă anumite indicii despre succesul lui potențial. Majoritatea profesiilor juridice, mai ales în zonele urbane, sunt foarte specializate, iar această specializare aproape în întregime are loc în mod informal<sup>222</sup>. În anii 1970 au existat mai multe propuneri pentru certificarea specialiștilor<sup>223</sup>, dar profesiile juridice în mod esențial au adoptat o „specializare de facto”, despre care cel puțin un comentator a notat că este un compromis avantajos care surprinde multe dintre beneficiile de eficiență și expertiză ale specializării fără „a fragmenta profesia sau fără a presa avocații spre specializare”<sup>224</sup>.

Specializarea opiniilor se aseamănă cu o practică a Curții Constituționale germane, în care un judecător specializat este preselectat să facă parte dintr-un complet nespecializat pentru a decide asupra unei cauze<sup>225</sup>. Funcționând ca un „raportor”, acest judecător furnizează o perspectivă de expert și este responsabil în redactarea unui memoriu detaliat, pentru a clarifica problemele pentru ceilalți judecători<sup>226</sup>. Sarang Damle, în mod înțelept, a propus importarea sistemului german al raportorului pentru sistemul instanțelor federale ca o metodă de îmbunătățire a expertizei în cauzele care implică cunoștințe specializate<sup>227</sup>. Totuși, în sistemul german, expertiza este furnizată mai ales de acel memoriu<sup>228</sup> și presupune o metodă formală pentru recunoașterea expertizei și pentru distribuirea cauzelor. Cu toate acestea, acest

model furnizează o analogie comparativă ciudată față de ceea ce se întâmplă în mod informal în curțile federale de apel.

### C. Probleme potențiale

Specializarea opiniilor oferă un avantaj important de expertiză și eficiență față de idealul generalist și pune în umbră conceptul instanțelor specializate prin informalism și prin flexibilitate. Totuși, aceasta nu este o soluție perfectă și într-adevăr prezintă mai multe potențiale inconveniente. Cu toate acestea, pentru că problemele nu sunt foarte acute, analiza sugerează că specializarea opiniilor furnizează un excelent compromis între idealul generalist și instanțele specializate.

#### 1. Expertiză nesigură

O problemă majoră cu specializarea opiniilor este că expertiza variază de la un complet la altul. Un complet poate că nu are pregătirea necesară sau poate avea mai multe cauze dintr-un anumit domeniu, pretinzând astfel redactarea opiniei de către un nespecializat pentru a menține o echitate în rezolvarea volumului de muncă. Două ramificații serioase derivă din expertiza inconsistentă: una are legătură cu precedentul, iar cealaltă implică echitatea litigiului.

Precedentul judiciar depinde de timp, așa că nimic nu împiedică un generalist în a crea un precedent nedorit sau eronat care să oblige pe viitor instanțele și să împiedică adjudecări în viitor. Acest risc în mod sigur este unul legitim și într-adevăr ea există în actualul sistem generalist. Totuși, se poate imagina într-un sistem stabil și matur de opinii specializate, judecătorii vor dezvolta norme pentru evitarea acestor probleme. De exemplu, nespecializații

<sup>222</sup> Specializarea în profesia legală nu a avut loc fără probleme. *Vezi în general Ariens, supra* note 29 (furnizează o trecere în revistă istorică despre specializarea în drept); Soia Mentschikoff & Irwin P. Stotzky, *Law—The Last of the Universal Disciplines*, 54 U. Cin. L. Rev. 695, 698-99 (1986)

<sup>223</sup> *Vezi, Note, Legal Specialization and Certification*, 61 Va. L. Rev. 434, 445 (1975) (discută propunerile din 1975 pentru a certifica avocații în diverse domenii).

<sup>224</sup> *Id.* at 445, 449. *Vezi în general* Lynn M. LoPucki, *The De Facto Pattern of Lawyer Specialization* (Disputes Processing Research Program, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin-Madison Law School, Working Paper No. 9-10, 1990) (discută specializarea

în profesiile juridice). Anumite domenii și anumite state au dezvoltat programe de certificare a specialiștilor, John M. Brumbaugh & Tori Jo Wible, *Certification from a National Perspective*, Fla. B.J., Apr. 2003, at 30, 30-31, dar acestea sunt încă excepții decât regula.

<sup>225</sup> Damle, *supra* note 108, at 1298-99.

<sup>226</sup> *Id.* (notează că memoriul este numit un “votum”).

<sup>227</sup> *Id.* at 1300-09 (propune sistemul german al raportorului pentru curțile federale de apel); *vezi, de asemenea, id.* at 1300 (cadru Curtea Constituțională Germană “împarte diferențele între o instanță generalist în total și una specializată în total”).

<sup>228</sup> *Vezi id.* at 1298-99; *vezi, de asemenea, id.* at 1303

țin mai mult la precedente existente, fac pași mai mici și redactează opinii mai stricte.<sup>229</sup> Dimpotrivă, specializații pot dezvolta, împinge, doctrina în mod mai liber și mai creativ și redactează opinii cu un spectru mai larg. Aceste opinii generate de specializați se vor bucura de o mai mare considerație în cauzele subsecvente.<sup>230</sup> O asemenea practică judiciară din mai multe privințe ar putea să oglindească folosirea în prezent a opiniilor nepublicate și a celor publicate. Deoarece opiniile nepublicate nu au valoare de precedent<sup>231</sup>, publicarea este un mecanism prin care instanțele semnaleză dacă urmăresc să rezolve doar cauza aflată pe rol sau vor să stabilească un precedent care să fie larg aplicat<sup>232</sup>.

Chiar dacă problema precedentelor s-ar rezolva, problema echității procesului rămâne, deoarece faptul că anumite cauze se bucură de expertiză judiciară iar altele nu, apare clar ca fiind impropriu. Totuși, o utilizare corectă a dreptului de apel rezolvă această obiecțiune. Precum a notat și Martha Dragich, instanțele de apel au două funcții în sistemul federal.<sup>233</sup> În primul rând, sunt instanțe de eroare. Aceste instanțe verifică potențialele erori și capricii ale instanțelor districtuale și se asigură că regulile existente sunt respectate și aplicate în mod

uniform. În al doilea rând, instanțele de apel servesc și o funcție de creare a dreptului, fie prin rezolvarea unor ambiguități legislative, umplând vidurile prin precedente, fie prin dezvoltarea unor pachete de *common law* (de cutume, nota traducătorului).

Un justițiabil ce uzitează calea de atac a apelului are doar un drept de a corecta eroarea, iar nu de a crea dreptul. Părțile pot declara apel ca și o chestiune de drept de acces la instanțele federale deoarece anumite instituții trebuie să decida asupra susținerii părții că o instanță districtuală a greșit, fără a ține cont de cât de triviale ar putea să fie această pretenție. Dimpotrivă, un proces de creare a dreptului ar trebui să aibă abilitatea de a selecta cauzele<sup>234</sup>. Pentru că facerea dreptului de multe ori are implicații mai largi, cântăriri mai complexe și soluții mai creative, o instanță de apel, funcționând ca și creator de drept, trebuie să aibă abilitatea de a decide timpul și cauza, pentru a se pronunța asupra problemei. Curtea Supremă, al cărui spectru de cauze este discreționară, este un exemplu ideal de instanță de apel care creează drept.

Într-un regim matur de specializare a opiniilor, practica judiciară ar putea trasa linia de demarcare între corectarea erorilor și crearea dreptului. Pentru cauze fără complicații, atât

<sup>229</sup> *Vezi, e.g.,* Howard, *supra* note 11, at 145 (raportând date empirice care arată că instanțele generalist se vor baza mai mult pe precedent în cauzele fiscale decât instanțele specializate); *cf. Friendly, supra* note 20, at 223 ("Lipsa inevitabilă expertizei de către cei care creează dreptul pare să fie deranjantă pentru mine în vreme ce plasa este țesută cu noduri mici.") Howard notează în studiul lui că instanțele fiscale specializate se simt foarte liberi să impună preferințele de politică deoarece cauzele lor specializate rar sunt controlate de instanțe superioare. *Vezi* Howard, *supra* note 11, at 146. Acest fenomen are șanse să se ivească în contextul instanțelor de circuit, deoarece, fără a ține cont de expertiza autorului, o împărțire pe circuite va genera deseori un control din partea Curții Supreme.

<sup>230</sup> Unii comentatori au criticat opiniile federale actuale pentru că au o prea mică valoare de precedent, iar în practică completele viitoare nu respectă întocmai deciziile mai vechi, fără a ține cont de statutul de precedent obligatoriu. *E.g.,* Paul D. Carrington, *The Obsolescence of the United States Courts of Appeals: Roscoe Pound's Structural Solution*, 15 J.L. & Pol. 515, 518-20 (1999). Specializarea judecătorilor poate ameliora această problemă prin acordarea unei legitimități crescute opiniilor generate de specializați.

<sup>231</sup> Federal Rule of Appellate Procedure 32.1 permite părților să citeze orice opinie nepublicată după 1 ianuarie 2007. Totuși, instanțele de circuit consideră

opiniile nepublicate ca fiind fără valoare de precedent. *E.g.,* 1st Cir. R. 32.1(a); 3d Cir. I.O.P. 5.1; 5th Cir. R. 47.5.3 (definind toate opiniile nepublicate după 1 ianuarie 1996 ca fiind fără valoare de precedent); 6th Cir. r. 206(c) (în mod implicit definește opiniile nepublicate ca fiind fără valoare de precedent); 7th Cir. R. 32.1; 8th Cir. R. 32.1A; 9th Cir. r. 36-3(a); 10th Cir. R. 32.1(A); 11th Cir. R. 36-2; D.C. Cir. R. 36(c)(2) ("Decizia unui complet de a emite o dispoziție nepublicată înseamnă că completul nu acordă acestuia valoare de precedent.")

<sup>232</sup> *Dar vezi, e.g.,* Dragich, *supra* note 24, at 33 (criticând opiniile nepublicate pentru "crearea unui corp secret de reguli, și pentru eșecul de a acorda asistență unor cauze viitoare"). Un număr de circuite au promulgat reguli locale definind un criteriu pentru publicare. *E.g.,* 1st Cir. R. 36.0(b)(1) ("În general, curtea consideră că opiniile publicate ar trebui să fie disponibile pentru citare. Această politică nu instituie o nouă regulă de drept, modifică și aplică o regulă existentă unor fapte noi și servește drept un ghid semnificativ pentru cauze viitoare."); 4th Cir. R. 36(a) (listing criteria for publication); 5th Cir. R. 47.5.1 (same); 6th Cir. R. 206(a) (same); 9th Cir. R. 36-2 (same); D.C. Cir. R. 36(a)(2) (la fel).

<sup>233</sup> *Vezi* Dragich, *supra* note 24, at 29 (distinge între cele două funcții de apel).

<sup>234</sup> *vezi id.* at 29 .

judcătorii specializați cât și cei nespecializați vor putea să facă față rolului de a corecta erorile. Judecătorul Cardozo a susținut că nouăzeci la sută din cauze fac parte din această categorie și nu necesită salturi juridice majore<sup>235</sup>. Aceste cauze nu necesită o atenție semnificativă din partea instanțelor de apel, nici nu necesită o studiere detaliată din partea unui judecător specializat. Judecătorii specializați (specializați) ar avea niște avantaje în ce privește eficiența, dar toți judecătorii, pe baza pregătirii juridice generale, ar putea rezolva asemenea cauze într-o manieră mai mult decât competentă.

Pentru cauze mai dificile, judecătorii nespecializați se pot mulțumi cu corectarea erorilor sau motivări mai scurte (dacă sunt necesare)<sup>236</sup>. Judecătorii nespecializați ar putea folosi chiar și opinii nepublicate pentru a rezolva aceste apeluri. Din contră, judecătorii specializați s-ar antrena în procesul de creare a dreptului, deoarece cunoașterea domeniului le-ar acorda încrederea necesară pentru a adopta viziuni mai largi sau pentru a reconceptualiza domeniul atunci când acest lucru este necesar.<sup>237</sup>

Ca să fim siguri, această imagine speculativă despre viitorul specializării opiniilor în mod necesar are și o mică doză de caricatură. Nespecializații nu vor manifesta întotdeauna reticență. Poate că ei se vor simți destul de confortabili în domeniu pentru a face o pronunțare mai largită – spre bine sau spre rău. Similar, judecătorii specializați nu vor fi redactat întotdeauna opinii largite, preferând să lasă problema să se

sedimenteze puțin înainte de a pronunța decizia finală.

## 2. Respect excesiv

Cealaltă fațetă a problemei expertizei nesigure este că judecătorii specializați pot primi un respect excesiv din partea celorlalți membri ai completului. Unul dintre motivele clasice care explică dreptul de apel este acela de a proteja părțile litigante de la hotărâri potențial arbitrare sau idiosincratice emise de un singur judecător<sup>238</sup>. Dezechilibrele în expertiză riscă să submineze beneficiile structurale ale completelor colegiale. Spre deosebire de instanțele generaliste sau de cele specializate, în care judecătorii sunt în mod egal specializați și nespecializați, o instanță care practică o informală specializare în opinii are doar câțiva specialiști într-un anumit domeniu. Dacă judecătorii specializați pun stăpânire pe frații lor,<sup>239</sup> judecata va fi supusă încă o dată idiosincraziilor unui singur judecător.<sup>240</sup>

Totuși, mai multe motive sugerează că respectul nu ar trebui să fie o problemă.

În primul rând, prin forțarea unui judecătorilor specializați să articuleze motive persuasive pentru o anumită poziție, sistemul de complete în mod inerent verifică deciziile luate în mod arbitrar.<sup>241</sup> În al doilea rând, judecătorii federali experimentați nu vor acorda orbește respect colegilor cu o mai mare experiență, mai ales când judecătorul nespecializat este perfect capabil să înțeleagă și să analizeze cauza. Problema cu judecătorii nespecializați nu este

<sup>235</sup> Friendly, *supra* note 20, at 222-23. Mai nou, judecătorul Harry Edwads a comentat că jumătate din apeluri sunt ușoare. Dragich, *supra* note 24, at 69 (citând pe judecătorul Harry Edwards).

<sup>236</sup> Cf. Frank H. Easterbrook, *Judicial Discretion in Statutory Interpretation*, 57 Okla. L. Rev. 1, 8 n.22 (2004) (sugerează că "metodele textualiste" de interpretare se potrivesc mai bine generaliştilor, în timp ce generaliştilii pot opta pentru "metode de interpretare mai nunațate") (citând pe Frederick Schauer, *Statutory Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning*, 1990 Sup. Ct. Rev. 231).

<sup>237</sup> Easterbrook, *supra* note 143, at 8 ("Specialiști sunt capabili la schimbări tehnice mai bine decât judecătorii generalişti? care petrec prea mult timp ocupându-se cu cauze privind traficul de cocaină.") Friendly, *supra* note 20, at 223-24 (scrie despre lipsa expertizei atunci când un judecător trebuie să ia decizii mai ample sau cu "întrebarea care sunt acele tehnici judiciare acceptate care nu permit un răspuns satisfăcător").

<sup>238</sup> Carrington, *supra* note 137, at 516 (notează că un motiv pentru care o instanță federală intermediară a fost creată în 1891 a fost "să asigure părțile litigante învinse că puterea judecătorească care a decis asupra lor a fost mai mult decât munca unui singur individ idiosincrat").

<sup>239</sup> Cf. Carrington, *supra* note 108, at 591 (militează pentru un sistem de complete rotative pe bază de materii deoarece în cadrul sistemului actual, un "judecător care în mod formal are experiență ca și avocat în domeniul fiscal are oportunitatea de a învinge pe colegii lui mai neexperimentați").

<sup>240</sup> Cf. Brenner & Spaeth, *supra* note 49, at 520 (comentează că declinul de a avea specialiști pe domenii la Curtea Supremă este de o influență mai mare și poate însemna că decizia luată nu este "judecata considerată a tuturor membrilor majorității").

<sup>241</sup> *Vezi* Damle, *supra* note 108, at 1304 (notează că judecătorii experți într-un complet tot au nevoie să fie în majoritate).

că nu sunt critici sau că sunt ignoranți față de problemele juridice implicate, ci doar faptul că nu au gama completă de cunoștințe necesare. În final, chiar dacă orice altceva eșuează, existența a două instanțe oferă o contrapondere care combate capriciul. Pentru a întoarce decizia instanței districtuale (fără rușine), expertul în apel în mod rezonabil ar trebui să discute argumentele din opinia instanței inferioare. Această mișcare în spate și în față promovează o deliberare motivată și creează sămburele pentru dezbateri și comentarii viitoare.

Chiar dacă în ultimă instanță specializarea în opinii ar produce un respect excesiv, unele modificări minore în procedura de repartizare a completelor ar putea rezolva în mod semnificativ această problemă. Cea mai extremă formă de respect se ivește când ceilalți membri din complet se pregătesc pentru argumentele orale sau pentru conferință, anticipând că judecătorul specializat va decide cauza și va redacta decizia. Totuși, această dinamică de abdicare de facto este perturbată semnificativ dacă judecătorii nu primesc în prealabil notificare despre componența completului<sup>242</sup>.

Fără a ști dinainte despre prezența unui coleg specializat, un judecător probabil că se va pregăti în mod complet, va dezvolta concluzii independente și va furniza o verificare semnificativă asupra unui coleg specializat<sup>243</sup>.

### 3. Preferințe

Mai există o preocupare potențial mai serioasă. Deoarece specializarea opiniilor este informală, în mare parte specialiștii sunt auto-identificați. Totuși, această auto-selecție poate crea tendențiozități nedorite în subșelul de judecători care se specializează în anumite domenii. De exemplu, secțiunea I.D.1 sugerează o posibilă corelație între specializarea în dreptul penal și statutul de fost procuror. Dacă judecătorii fără un trecut în domeniul penal evită opiniile privind dreptul penal, iar foștii avocați din penal rareori optează pentru cauze penale, din pricina nepopularității politice ale acestora, atunci, în esență, doar foștii procurori vor dirija viitorul dreptului penal federal. Fără a ține cont de

orientarea politică a unei persoane, această situație dezechilibrată este aproape indubitabil nedorită.

Preferințele create în acest fel pot fi și subtile și fără un conținut ideologic pronunțat. De exemplu, dacă foștii avocați în tranzacții se specializează în dreptul contractelor mai mult decât alții, doctrina contractelor poate că se va orienta către protecția celor care elaborează acele contracte. Acest exemplu este pur speculativ, dar rezultatul este în mod sigur unul plauzibil: litiganții se pot specializa mai puțin deoarece sunt expuși mai multor domenii juridice în practica lor. La fel, avocații în tranzacții pot avea tendința de a proteja pe cei care elaborează contractele pentru că se pot identifica mai ușor cu aceștia<sup>244</sup>. Este important ca asemenea efecte potențiale să fie înțelese și vor servi unor examinări viitoare.

Prezentul articol a analizat critic idealul generalist care pătrunde justiția federală. Partea I a examinat idealul generalist în practică și a arătat că judecătorii federali de multe ori onorează acest ideal. Chiar dacă diferitele constrângeri structurale împiedică specializarea, mulți dintre judecătorii federali au îmbrățișat specializarea prin repartizarea opiniilor, arătând clare preferințe către anumite domenii, în defavoarea altor domenii. Partea a II-a a evaluat specializarea opiniilor, argumentând că este o practică de dorit care merită o analiză subsecventă. Nu numai că specializarea opiniilor mărește expertiza judiciară și eficiența, dar acest lucru are loc fără costuri ocazionate frecvent de instanțele specializate. În acest fel, specializarea opiniilor este un compromis aproape perfect.

Însă, specializarea opiniilor poate fi împinsă mai departe. Este mult mai mult decât o practică ciudată între un grup restrâns de judecători și, într-adevăr, sugerează o nouă cale de reformă pentru cei care mult timp au militat pentru instanțe specializate. Pentru susținătorii specializării, poate cel mai important atribut al specializării opiniilor este modestia. Aceasta nu necesită o restructurare a instanțelor federale sau o decizie concertată din partea Congresului. În schimb, se poate dezvolta în mod informal și treptat prin practica judiciară de zi cu zi, un avantaj critic,

<sup>242</sup> Mulțumiri lui Liz Emens pentru această semnalare.

<sup>243</sup> Încurajarea judecătorilor nespecializați de a se pregăti în mod cuprinzător pentru o cauză când această ar putea fi decisă de un judecător mai familiarizat, în mod

natural creează ineficiențe. Această problemă totuși este familiară cu rezultatul, ori de câte ori se urmărește creșterea responsabilității.

<sup>244</sup> Mulțumiri Anitei Bernstein pentru dezvoltarea acestei idei.

atunci când actorii sunt legați de un status quo<sup>245</sup>. Specializarea opiniilor poate exploata schimbarea instituțională care derivă din „direcția” cauzată de „situațiile de presiune” zilnică<sup>246</sup>. Confrunțați cu un volum enorm de cauze și cu cauze din ce în ce mai ample în domeniul specializat, judecătorii vor opta pentru o specializare a opiniilor doar pentru că le convine și este o cale utilă pentru ca justiția ca să se ajute pe sine.

Astfel fiind, specializarea opiniilor poate fi mult o propunere mult mai realistă pentru o specializare și expertiză sporite în justiția federală decât propunerile mai sofisticate pentru instanțele specializate care au existat de-a lungul anilor<sup>247</sup>. Cu siguranță, specializarea opiniilor nu cuprinde beneficiile specializării într-o manieră așa de curată precum fac instanțele specializate. În cel mai bun caz, precum s-a discutat în secțiunea II.C, specializarea opiniilor nu garantează câte un specialist în fiecare complet, dar de fiecare dată când judecătorii nespecializați soluționează cauze specializate, costuri de expertiză și eficiență sunt întâlnite. Cu toate acestea, cea

mai bună dorință este să nu devenim inamicii binelui. Revizia radicală a instanțelor federale, necesară pentru introducerea unui sistem de instanțe specializate, face ca dorința pentru un asemenea sistem să fie aproape inexistentă<sup>248</sup>, pe când specializarea opiniilor deja face parte din practica curentă și ușor poate să crească în popularitate.

Ambițiile pentru reformă relevă cea mai importantă implicație a specializării opiniilor care ar putea să fie faptul că relevă o tensiune încă neexplorată în sistemul judiciar federal. Judecătorii federali par mai preocupați de specializare decât relevă atitudinea lor frecventă. Prin expunerea acestei linii de avarie, prezentul articol speră să încurajeze judecătorii și comentatorii să reexamineze atitudinea lor față de specializare. Arhetipuri precum cel al judecătorului generalist sunt imagini mentale puternice care constrâng imaginația. Astfel, risipirea mitului ar putea elibera juristii și reformiștii de șabloanele tradiționale.

#### Anexa A: Tabel rezumat al specializării

Tabelul 1. Specializarea după materii, Curții de Apel geografice, 1995 – 2005

CIRCUIT	JUDECĂTOR	MATERIE	OPINII REDACTATE	OPINII AȘTEPTATE	REZIDUAL STANDARDIZAT (R)
DC	Rogers	Penal	43	22	4.48
DC	Tatel	Discriminare în muncă	25	11	4.33
DC	Garland	Penal	41	22	4.05
DC	Garland	Executarea pedepsei	9	3	3.88
DC	Randolph	Penal	40	22	3.84

<sup>245</sup> Istoric, propunerile pentru instanțe specializate s-au slăbit în Congres, chiar și cu înființarea Federal Circuit, care a implicat ani de controverse. Într-adevăr, Federal Circuit Improvement Act din 1982, care a înființat Federal Circuit, “a fost prima reformă jurișică majoră a sistemului federal de apel de la Judges’s Bill din 1925.” Richard H. Seamon, *The Provenance of the Federal Courts Improvement Act of 1982*, 71 Geo.Wash. L. Rev. 543, 554-58 (2003); *vezi și* Carrington, *supra* note 137, at 523-24 (dovedește o cronologie interesantă al diferitelor comisii care au încercat să propună reforme structurale ale sistemului federal).

<sup>246</sup> Friendly, *supra* note 96, at 198 (citând pe Hurst, *Legal Elements in United States Legal History*, in 5 Perspectives in American History 1, 30 (1971)).

<sup>247</sup> De exemplu, Daniel Meador și Paul Carrington pentru decenii au propus restructurarea instanțelor federale cu domenii substanțiale de drept. *Vezi, e.g.*, Carrington et al., *supra* note 17, at 174-84, 204-07 (propune folosirea jurisdicțiilor special în cadrul unei curți de apel

generaliste); Carrington, *supra* note 108, at 587-90 (discută propunerea de divizare a circuitelor prin drept substanțial, posibil, pe baza unui sistem rotativ); Meador, *supra* note 6, at 475 (propune organizarea unui sistem de instanțe de circuit bazate pe ramuri juridice). Meador și Carrington evită probleme precum captația și miopia prin folosirea unor mecanisme creative și variate, inclusiv repartizarea prin rotație și altele de asemenea gen. *Vezi* Carrington, *supra* note 108, at 591 (sugerează un sistem rotativ în care judecătorii ar funcționa perioade fixe în anumite specializări pentru a dezvolta o expertiză, iar după aceea merg mai departe); Meador, *supra* note 6, at 476 (descrie sistemul german de apeluri, în care judecătorii sunt desemnați să judece materii care nu au legătură între ele, pentru a preveni “specializarea îngustă”).

<sup>248</sup> *Vezi* Friendly, *supra* note 96, at 198 (admite că implementarea instanțelor specializate – chiar și cu suportul lui Friendly – este puțin probabil să aibă loc, din cauza inerției instituționale).

CIRCUIT	JUDECĂTOR	MATERIE	OPINII REDACTATE	OPINII AȘTEPTATE	REZIDUAL STANDARDIZAT (R)
DC	Randolph	Drepturile deținuților	7	2	3.54
DC	Ginsburg	Drepturile deținuților	9	3	3.46
DC	Rogers	Contracte	10	4	3.42
DC	Silberman	Dreptul muncii	27	12	4.45
1	Torruella	Mediu	13	4	4.64
1	Torruella	Dreptul muncii	27	12	4.45
1	Boudin	Concurență	10	3	4.12
1	Lipez	Dreptul muncii	13	5	3.58
1	Stahl	Fiscalitate	6	2	3.18
2	Calabresi	Penal	29	75	-5.31
2	Oakes	Proprietate intelectuală	14	4	4.93
2	Newman	Proprietate intelectuală	19	7	4.90
2	McLaughlin	Contracte	23	11	3.79
2	Newman	Drepturile deținuților	18	8	3.78
2	Kearse	Drepturi civile	49	29	3.74
2	Leval	Proprietate intelectuală	15	6	3.42
2	Wesley	Penal	3	16	-3.22
2	Pooler	Executarea pedepselor	18	9	3.17
2	Newman	Penal	70	48	3.12
2	Sack	Concurență	6	2	3.10
2	Cabranes	Valori mobiliare	14	6	3.02
3	Mansmann	Drepturile deținuților	26	5	8.83
3	Sloviter	Drepturile deținuților	42	13	8.09
3	Rendell	Asigurări sociale	34	13	5.83
3	Stapleton	Drepturile deținuților	25	9	5.64
3	Mansmann	Valori mobiliare	10	3	4.42
3	Alito	Drepturi civile	58	34	4.19
3	Fuentes	Asigurări sociale	26	12	4.09
3	Scirica	Penal	144	104	3.94
3	Mansmann	Drepturi civile	49	28	3.89
3	Van Antwerpen	Penal	7	26	-3.73
3	Rendell	Penal	120	86	3.73
3	Fisher	Penal	8	26	-3.55
3	Smith	Valori mobiliare	5	1	3.38
3	Weis	Executarea pedepselor	24	13	3.19
3	Barry	Penal	111	83	3.11
3	Barry	Discriminare în muncă	36	22	3.04
4	Wilkins	Penal	91	34	9.77
4	Wilkins	Executarea pedepselor	34	12	6.35
4	Wilkins	Drepturile deținuților	12	3	5.20
4	Widener	Răspundere delictuală (nu produse)	13	4	4.71
4	Widener	Asigurări	10	3	4.49
4	Niemeyer	Executarea pedepselor	9	34	-4.27
4	Wilkinson	Penal	53	91	-3.96
4	Widener	Contracte	18	8	3.76
4	Michael	Penal	21	45	-3.62
4	Niemeyer	Discriminare în muncă	12	28	-3.05
5	Wisdom	Asigurări sociale	4	1	4.62
5	Wiener	Asigurări	19	8	3.65
5	Reavley	Asigurări	10	3	3.50
5	Jones	Drepturi civile	35	20	3.40
5	Jolly	Penal	52	83	-3.30
5	Wiener	Executarea pedepselor	13	32	-3.30
5	King	Drepturi civile	30	17	3.25
5	Reavley	Penal	11	27	-3.14

CIRCUIT	JUDECĂTOR	MATERIE	OPINII REDACTATE	OPINII AȘTEPTATE	REZIDUAL STANDARDIZAT (R)
5	Duhe	Executarea pedepselor	10	26	-3.10
5	Reavley	Executarea pedepselor	2	13	-3.06
6	Contie	Penal	30	11	5.81
6	Jones	Penal	40	22	3.92
6	Moore	Drepturile deținuților	19	8	3.70
6	Guy	Proprietate intelectuală	5	1	3.67
6	Norris	Mediu	7	2	3.58
6	Gibbons	Executarea pedepselor	15	6	3.51
6	Rogers	Executarea pedepselor	15	6	3.51
6	Moore	Penal	118	87	3.33
6	Brown	Penal	2	14	-3.28
6	Jones	Discriminare în muncă	16	7	3.23
6	Norris	Penal	47	30	3.19
6	Rogers	Contracte	8	3	3.18
6	Kennedy	Penal	75	52	3.16
6	Keith	Drepturi civile	19	9	3.10
6	Ryan	Penal	66	45	3.09
6	Suhrheinrich	Executarea pedepselor	22	12	3.06
7	Posner	Penal	122	344	-11.95
7	Bauer	Penal	212	111	9.63
7	Coffey	Penal	168	90	8.16
7	Bauer	Executarea pedepselor	65	27	7.45
7	Flaum	Penal	209	133	6.61
7	Posner	Discriminare în muncă	75	158	-6.61
7	Easterbrook	Concurență	12	3	5.88
7	Kanne	Penal	199	133	5.72
7	Easterbrook	Executarea pedepselor	87	48	5.66
7	Easterbrook	Penal	122	199	-5.47
7	Rovner	Penal	170	112	5.43
7	Flaum	Dreptul muncii	31	14	4.47
7	Posner	Constituționalitatea legilor statelor	13	4	4.07
7	Manion	Discriminare în muncă	73	46	4.01
7	Rovner	Asigurări sociale	14	5	3.96
7	Cudahy	Drepturi civile	12	35	-3.89
7	Easterbrook	Valori mobiliare	18	8	3.83
7	Kanne	Constituționalitatea legilor statelor	6	2	3.27
7	Manion	ERISA	21	11	3.24
7	Posner	Concurență	11	4	3.12
7	Easterbrook	Discriminare în muncă	62	92	-3.10
7	Coffey	Contracte	6	20	-3.09
7	Ripple	Răspunderea pentru produse	15	7	3.02
8	Wollman	Asigurări sociale	44	22	4.55
8	Smith	Penal	99	63	4.55
8	Wollman	Executarea pedepselor	70	41	4.45
8	McMillian	Drepturile deținuților	22	9	4.28
8	Loken	Penal	148	208	-4.13
8	Bowman	Drepturile deținuților	22	10	3.90
8	Bright	Contracte	13	5	3.55
8	Bowman	Executarea pedepselor	52	32	3.49
8	Murphy	Penal	157	120	3.42
8	Loken	Asigurări sociale	8	24	-3.30

CIRCUIT	JUDECĂTOR	MATERIE	OPINII REDACTATE	OPINII AȘTEPTATE	REZIDUAL STANDARDIZAT (R)
8	Magill	ERISA	13	6	3.13
8	Bye	Contracte	20	10	3.12
8	Magiil	Penal	52	80	-3.10
9	Reinhardt	Discriminare în muncă	29	8	7.85
9	Trott	Penal	113	55	7.78
9	Gould	Mediu	17	4	6.50
9	Alarcon	Penal	49	22	5.78
9	Sneed	Asigurări sociale	8	1	5.77
9	O'Scannlain	Proprietate intelectuală	22	8	5.20
9	Hawkins	Răspundere delictuală (nu produse)	12	3	5.20
9	Gould	Răspundere delictuală (nu produse)	12	3	4.92
9	Hawkins	Drepturi civile	34	15	4.82
9	Noonan	Penal	78	46	4.70
9	Reinhardt	Dreptul muncii	14	4	4.48
9	Gould	Contracte	12	4	4.37
9	McKeown	Răspundere delictuală (nu produse)	11	3	4.36
9	Kozinski	Executarea pedepselor	30	14	4.26
9	Schwarzer	Dreptul muncii	8	2	4.24
9	Wardlaw	Penal	33	16	4.08
9	Reinhardt	Penal	77	49	3.93
9	Kozinski	Proprietate intelectuală	9	3	3.93
9	Alarcon	Contracte	8	2	3.79
9	Pregerson	Proprietate intelectuală	14	5	3.70
9	Reinhardt	Executarea pedepselor	42	24	3.67
9	Wiggins	Răspundere delictuală (nu produse)	8	2	3.61
9	Reinhardt	Asigurări sociale	9	3	3.46
9	Lay	Concurență	4	1	3.44
9	Hug	Mediu	14	6	3.43
9	Fernandez	Contracte	9	3	3.32
9	Schroeder	Drepturi civile	51	32	3.26
9	Norris	Concurență	3	1	3.25
9	McKeown	Proprietate intelectuală	9	3	3.24
9	Hug	Drepturi civile	39	23	3.23
9	Beezer	Concurență	6	2	3.23
9	Wardlaw	Executarea pedepselor	17	8	3.18
9	Schwarzer	Asigurări sociale	5	1	3.18
9	Clifton	Mediu	5	1	3.18
9	Brunetti	Proprietate intelectuală	9	3	3.10
9	Tallman	Drepturi civile	20	10	3.10
9	Wiggins	Executarea pedepselor	2	13	-3.02
9	Kozinski	Penal	45	29	3.00
10	Kelly	Executarea pedepselor	201	119	7.50
10	Briscoe	Executarea pedepselor	143	96	4.84
10	Tacha	Executarea pedepselor	53	101	-4.81
10	McWilliams	Executarea pedepselor	4	27	-4.47
10	McConnel	Executarea pedepselor	6	30	-4.37
10	Kane	Penal	4	24	-4.06
10	Brown	Executarea pedepselor	1	16	-3.70
10	Ebel	Penal	184	241	-3.65
10	Moore	Penal	6	24	-3.65
10	Murphy	Executarea pedepselor	146	109	3.52

CIRCUIT	JUDECĂTOR	MATERIE	OPINII REDACTATE	OPINII AȘTEPTATE	REZIDUAL STANDARDIZAT (R)
10	Barret	Asigurări sociale	14	6	3.44
10	McKay	Penal	91	129	-3.36
10	McWilliams	Drepturile deținuților	1	13	-3.32
10	Barrett	Executarea pedepselor	13	30	-3.09
10	Anderson	Penal	160	125	3.09
10	Lucero	Penal	106	143	-3.08
10	Batterr	Dreptul muncii	7	2	3.02
10	Anderson	Drept fiscal	13	6	3.01
11	Edmondson	Drepturi civile	42	17	5.96
11	Marcus	Drepturi civile	36	16	4.87
11	Birch	Penal	36	70	-4.06

Tabelul 2. Specializarea în controlul actelor agențiilor, D.C. Circuit, 1995 – 2005

JUDECĂTOR	AGENȚIA	OPINII REDACTATE	OPINII AȘTEPTATE	REZIDUAL STANDARDIZAT (R)
Edwards	Dreptul muncii	42	18	5.66
Ginsburg	FCC	43	19	5.63
Williams	FERC	37	18	4.62
Silberman	Transporturi	8	2	3.61
Wald	Dreptul muncii	16	7	3.35
Williams	Dreptul muncii	5	18	-3.00

### Anexa C: Definirea specializării

Dat fiind faptul că rezidualul standardizat folosit în prezentul studiu poate fi puțin necunoscut, această Anexă furnizează anumite informații adiționale despre caracteristicile acestuia<sup>249</sup>. Precum s-a menționat în text, regula generală este să rezidualele cu o valoare absolută peste trei sunt considerate a fi de interes.<sup>250</sup> Totuși, din nefericire, algoritmul median polish nu are o distribuție cunoscută, așa că nu pot fi legate în mod direct, de exemplu, față de o deviație standard Gaussiană, acolo unde devierea standard de doi are o valoare  $p$  de 0.05.

În absența unei distribuții analitice conveniente, simulările ar putea furniza deseori anumite intuiții despre statistica implicată. În acest sens, am simulat distribuția de cauza în Seventh Circuit, sub o repartizare aleatorie și am studiat ce fel de algoritm median polish reiese în aceste condiții. De principiu, dacă există o adevărată repartizare aleatorie, nu ar trebui să găsim nici o situație de specializare, dar variațiile aleatorii au rezultate pozitive false.

După 10.000 de simulări, putem să facem o imagine despre ce fel de rată pozitivă falsă există pentru fiecare oprire de specializare. Sub o oprire de 3.0 folosit în prezentul studiu, valoarea pozitivă falsă a fost de 0.0057. O oprire mai liberală de 2.5 înseamnă că rata rezultatelor pozitive false este de 0.014 (graficul de jos în figura 4 pe pagina următoare arată distribuția ratelor pozitive false în cele 10.000 de simulări executate). Ambele opriri au dat rate pozitive false în mod semnificativ mai joase decât regula de deviere standard ( $p = 0.05$ ) folosite de obicei în științele sociale, sugerând astfel că ele sunt chiar niște măsurători conservatoare despre specializare. Astfel, puteam avea încredere în faptul că valorile de 3.0 sau mai mari sunt situații de specializare, și nu doar iviri de șanse.

În mod diferit, într-o repartizare pur aleatorie, am putea aștepta că Seventh Circuit să aibă 1.75 de reziduale mai mari de 3.0. Precum arată anexa A, totuși, în Seventh Circuit în mod actual are douăzeci și patru de valori mai mari de 3.0, făcând astfel o situație de specializare în opinii.

<sup>249</sup> Mulțumiri judecătorului Posner pentru sugerarea acestei discuții suplimentare.

<sup>250</sup> Vezi *supra* textul de la nota 62.

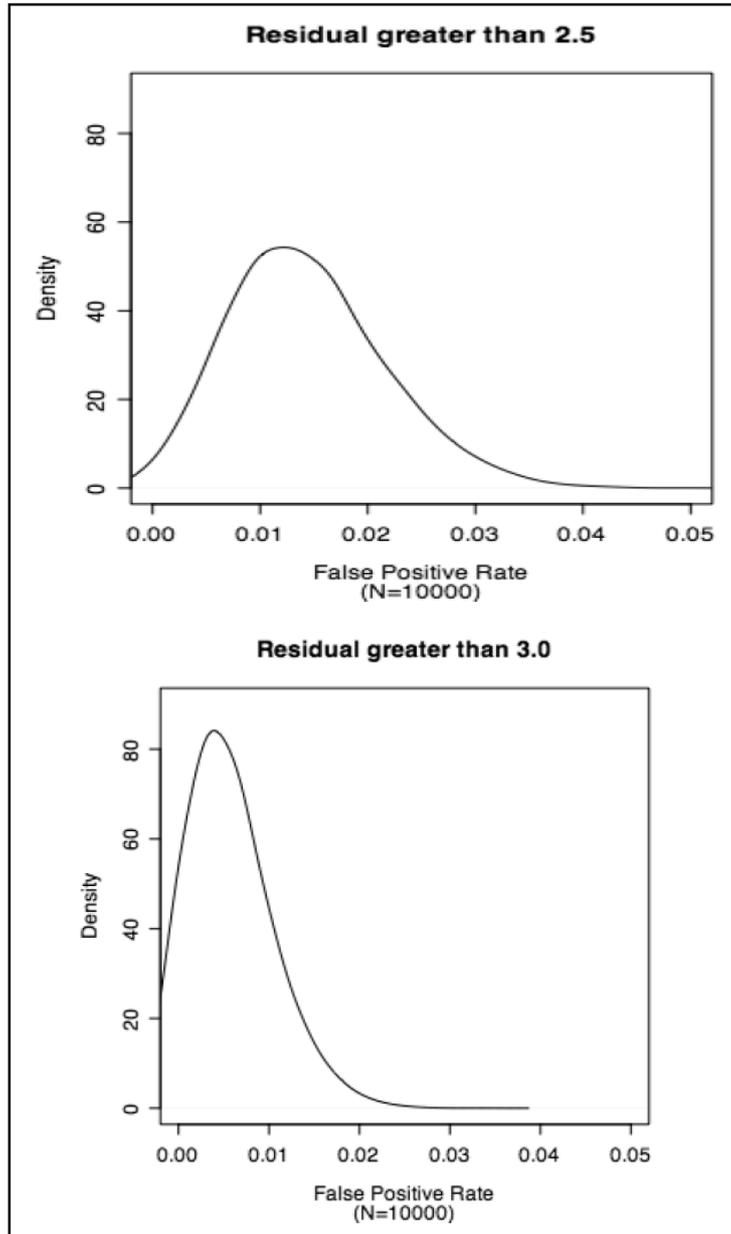


Figura 4. Rate pozitive false pentru distribuția de cauze simulate pentru Seventh Circuit

**Traducere și adaptare realizate de Attila Kis**

**Nota redacției:** Versiunea originală a fost publicată în Stanford Law Review, Volume 61,

Issue 3, 2008, p. 519-572, Revista Forumul Judecătorilor primind permisiunea autorului și al revistei americane, în vederea traducerii și republicării exclusive a studiului în România.