

Valentin CONSTANTIN

Notă la Benjamin N. Cardozo - *Natura procesului judiciar*

De ce Cardozo? În primul rând, pentru că nicio operă de teorie a dreptului, cu excepția textului lui Oliver Wendel Holmes, *The Path of Law*¹ și *The Concept of Law* a lui Herbert Hart² nu a fost citată mai des decât *The Nature of the Judicial Process* în publicațiile indexate de Social Sciences Citation Index, între 1966 și 1988. Interesul pentru studenții facultăților noastre de drept și chiar pentru profesorii care îi învață teoria dreptului ar trebui să fie unul masiv.

În al doilea rând, traducerea principalei opere non-judiciare a lui Benjamin Cardozo continuă o serie începută cu alți doi reprezentanți ai realismului juridic american, Holmes și Wesley Newcomb Hohfeld³. De altfel, Cardozo a fost puternic influențat de Holmes, pe care, ca de altfel și pe Hohfeld, îl citează în *The Nature of the Judicial Process*.

O veche și solidă prejudecată s-a instalat în comunitățile de juriști de pe continent: ideea că sistemele de *civil law* și cele de *common law* sunt atât de diferite încât juriștii din sistemele de *civil law* sunt dispensați de obligația de a cunoaște munca juriștilor din sistemele de *common law*. Ei întrețin și iluzia pe care, în treacăt fie spus, Hans Kelsen a pierdut-o de abia în Statele Unite, că sunt verosimile teorii ale dreptului „locale”, ca să se rezume la *civil law*.

Trei fenomene ar trebui să repună serios în discuție această stare de fapt: generalizarea controlului de constituționalitate prin curți constituționale în Europa continentală de după 1948, instituirea Curții de la Strasbourg pentru materia protecției drepturilor fundamentale și instituirea Curții de la Luxemburg pentru ansamblul dreptului contencios.

Cei care sunt familiarizați cu jurisprudența curților constituționale și a celor două curți europene vor găsi probabil textul lui Cardozo relevant pentru munca pe care o fac judecătorii acestor instanțe. Însă, chiar și în dreptul nostru comun, de tip *civil law*, sistem în care marja de creativitate a judecătorului este redusă, lucrurile au luat o turnură spectaculoasă. Judecătorul român de drept comun a devenit, recent, și judecătorul de drept comun al dreptului european. Or, dedublat în judecător european, judecătorul român nu se mai supune doar legislației, ci este obligat să pună în operă ansamblul izvoarelor de drept comunitar. Munca sa începe să semene, *mutatis mutandis*, cu cea a judecătorului din sistemele de *common law*. Până la urmă, poate

¹ Textul a fost tradus în nr. 3/2006 al acestei reviste, p. 157-76.

² A se vedea *Wesley Newcomb Hohfeld*, Câteva noțiuni judiciare fundamentale aplicate raționamentului judiciar, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 1/2007, p. 137-69.

³ *Richard A. Posner, Cardozo, A Study in Reputation*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993, p. 20.

cea mai dificilă sarcină pentru judecătorul român este să se distanțeze de ceea ce un alt mare autor din școala realistă americană numea „teoria fonografică a funcției judiciare”. Din această perspectivă teoria lui Cardozo ar putea fi relevantă.

Benjamin Nathan Cardozo s-a născut în 1870 la New York, în familia unui judecător de la Curtea Supremă a orașului. A studiat la Columbia Law School. După aproximativ 20 de ani de practică în barou, Cardozo își începe cariera la instanța la care a funcționat tatăl său. În anul 1932 îi succede lui Holmes la Curtea Supremă a Statelor Unite. Moare în anul 1938.

În ciuda popularității sale, cartea lui Cardozo (pe care o vom prezenta în două numere de revistă) nu a fost scutită de critici și a fost primită cu rezerve chiar și de către reprezentanți ai curentului realist, e.g. Jerome Frank. Criticii au considerat cartea (la originea căreia se află 4 cursuri) o confesiune ezitantă și, în orice caz, nepotrivită pentru un judecător în funcție. Este clar că Benjamin Cardozo nu este un autor de statura lui Holmes. Este clar și că distincțiile sale sunt lipsite de posteritate. În materie de interpretare, astăzi discutăm despre metoda textuală, metoda sistemică și metoda teleologică.

Pe de altă parte, așa cum observa R. Posner, nici măcar în Statele Unite pragmaticii nu au avut ultimul cuvânt. Însă Cardozo este, fără îndoială, o bună introducere în tradiția „activismului judiciar”, activism pe care l-am întâlnit în hotărârile fondatoare ale Curții de Justiție a Comunității, în deciziile unor curți constituționale sau îl întâlnim azi în jurisprudența cea mai recentă a Curții Europene a Drepturilor Omului.

Am omis din textul lui Cardozo două foarte scurte exemple, fără mare importanță în economia textului. Traducerea acestor pasaje implica explicații extinse despre instituții specifice *common law*. Nu-mi rămâne decât să sper că erorile se mențin într-un standard acceptabil. Traducerea unui text juridic din engleză în română este un test atât de dificil, încât încercările se pot număra pe degete.

Benjamin N. CARDOZO

Traducere: Irina Calimente/ Lucian Bojin/ Valentin Constantin

Natura procesului judiciar (I)

Cursul I. Introducere. Metoda filosofiei

În fiecare zi, în sute de tribunale din întreaga țară se judecă procese. Am putea presupune că orice judecător ar putea descrie foarte ușor ceea ce a făcut de mii de ori. Nimic mai departe de adevăr. Să-i ceară un profan inteligent să explice: nu va ajunge foarte departe cu explicațiile și se va refugia în scuza că limbajul specialiștilor este neinteligibil pentru nespecialiști. O astfel de scuză poate da o aparență de respectabilitate pentru ceea ce este de fapt o umilitoare demisie. Nu va servi la nimic să temperezi împunsăturile curiozității sau ale conștiinței. În momentele de introspecție, când nu mai este necesar să porți masca înțelepciunii în fața unui interlocutor neinițiat, spinoasa problemă va reveni în căutarea unei soluții. Ce anume fac eu atunci când iau o decizie într-un proces? La ce surse de informație apelez ca să mă ghideze? În ce măsură contribuie acestea la rezultat? În ce măsură ar trebui să o facă? Dacă în cauză este aplicabil un precedent, în ce situație voi refuza să îl urmez? Dacă niciun precedent nu este aplicabil în cauză, cum ajung la norma juridică care să-mi permită să creez un precedent pentru viitor? Dacă sunt în căutarea consistenței logice, a simetriei structurii juridice, cât de departe va trebui să caut? În ce moment trebuie oprită căutarea pentru că a intervenit o cutumă contrară sau anumite considerații privind bunăstarea socială, sau criteriile proprii sau comune despre justiție și morală? Toate aceste ingrediente se regăsesc, în proporții variabile, în ciudata mixtură care se fabrică zilnic în cazanul tribunalelor. Nu mă interesează să investighez dacă judecătorii ar avea voie să fabrice acest compus. Tratez dreptul creat de judecător ca pe una dintre realitățile vieții. Acolo, în fața noastră, se găsește amestecul. Nu există judecător în bransă care să nu-și fi vârât mâna în el. Elementele nu s-au unit din întâmplare. Un anumit principiu, oricât de ascuns, de nearticulat și subconștient, a reglat infuzia. Se prea poate să nu fi fost același principiu pentru toți judecătorii la un moment dat și nici același principiu pentru un anumit judecător.

Dar a existat o opțiune, și nu doar un abandon în fața destinului; iar considerațiile și motivele care au determinat o anumită alegere, de multe ori obscură, nu rezistă pe de-a-ntregul la o analiză. Într-o asemenea încercare de analiză pe care doresc să o dezvolt, nu este necesar să distingem între conștient și subconștient. Nu vreau să spun că acele considerații și motive pe care le voi clasifica în primul capitol sunt în mod clar conștiente, astfel încât ele să poată fi recunoscute și denumite imediat. Însă nu rareori ele rămân la suprafață. Oricum, vor putea fi izolate și clasificate prompt și, în consecință, odată etichetate, devin repede cunoscute ca principii de orientare în comportament. Mult mai subtile sunt forțele care sunt atât de îndepărtate de suprafață, încât nu pot fi calificate altfel, decât ca forțe subconștiente. De cele mai multe

ori, datorită acestor forțe subconștiente, judecătorii sunt consecvenți cu ei înșiși, dar inconsecvenți unii față de alții. William James ne reamintește într-una din scrierile sale despre pragmatism, că fiecare dintre noi are un fir călăuzitor al filozofiei vieții, chiar și aceia dintre noi pentru care denumirile și conceptele filozofice sunt necunoscute sau sunt considerate anateme. Există în fiecare dintre noi o numită tendință, indiferent dacă alegem să o numim sau nu filozofie¹, care dă coerență și direcție gândirii și acțiunilor noastre. Nici judecătorii nu pot să nu se supună acestui curent, mai mult decât alți muritori. Toată viața lor i-au cârmuit forțe pe care nu le recunosc și nu le pot denumi – instincte moștenite, credințe tradiționale, convingeri dobândite; rezultanta acestora este o anumită viziune asupra vieții, o concepție proprie asupra nevoilor sociale, un sens exprimat de James prin fraza „întreaga forță de presiune a cosmosului” care, atunci când motivele sunt echilibrate rezonabil, trebuie să determine alegerea. Fiecare problemă își găsește locul pe acest fundal mental. Putem să încercăm să privim lucrurile oricât de obiectiv o dorim. Cu toate acestea, nu le vom putea vedea altfel decât prin proprii noștri ochi. Totul se supune acestui test – un mod de a pleda sau un act al parlamentului, nedreptățile pe care le suportă cei săraci sau drepturile prinților, o hotărâre a unui oraș sau o Constituție a unei națiuni.

Am puține speranțe că voi putea stabili o formulă care să raționalizeze acest proces chiar și pentru uzul meu personal, cu atât mai puțin pentru alții. Va trebui să aplicăm studiului dreptului pe care îl creează judecătorii metoda de analiză cantitativă pe care D.I. Wallas a aplicat-o cu foarte bune rezultate studiului politicii². Pentru această sarcină este nevoie de o erudiție mai mare decât de mea. Dar, până când o asemenea erudiție va fi descoperită și va fi angajată într-o asemenea misiune, ar putea exista un interes pasager pentru o încercare de a descoperi natura procesului din partea cuiva care este el însuși, zi de zi, un agent activ care lucrează pentru a menține procesul în viață. Aceasta trebuie să fie scuza mea pentru aceste căutări introspective ale spiritului.

Înainte de a putea determina proporțiile unui amestec, trebuie să știm însă care sunt ingredientele care trebuie amestecate. Prin urmare, prima noastră întrebare ar trebui să fie: Unde găsește judecătorul regula de drept pe care o încorporează în hotărârea sa? Uneori, sursa este evidentă. Regula care se potrivește cauzei poate fi furnizată de constituții sau de legi. Dacă se întâmplă astfel, judecătorul nu va privi mai departe. Odată ce aplicabilitatea este certă, datoria lui este să se supună. Constituția prevalează asupra unei legi, iar o lege, dacă este în litera Constituției, prevalează asupra jurisprudenței. În acest sens, dreptul făcut de judecători este secundar și subordonat celui creat de legislator. Este adevărat însă că existența legilor și a codurilor nu face existența judecătorilor superfluă și nici nu face munca lor formalistă sau mecanică. Există goluri care trebuie umplute. Există dubii și ambiguități care trebuie clarificate. Există greutăți și greșeli care trebuie diminuate, dacă nu chiar evitate.

Interpretările sunt deseori descrise ca și cum nu ar exista decât căutarea și descoperirea unui înțeles care, oricât de obscur și latent ar fi, are, fără îndoială, o pre-existență reală și clară în mintea legislatorului. De cele mai multe ori acesta este

¹ *N.M. Butler*, *Philosophy*, p. 18, 23.

² *Human Nature in Politics*, p. 138.

procesul, însă deseori el este ceva mai mult. Confirmarea intenției poate fi ultima dintre problemele judecătorului atunci când el trebuie să atribuie un înțeles unei legi. „Adevărul este că”, spune Gray în cursurile sale despre „Natura și izvoarele dreptului”³, „dificultățile așa-numitei interpretări se nasc atunci când legislatorul nu a avut nicio intenție; atunci problema care s-a pus în legătură cu legea nu a fost prevăzută de legislator; atunci când judecătorii nu trebuie să determine care a fost intenția legislatorului cu privire la un subiect pe care ei trebuie să-l rezolve, ci să ghicească care ar fi fost intenția cu privire la o problemă pe care legislatorul nu a avut-o în minte, dacă și-ar fi pus această problemă”⁴. La fel, Brütt⁵: „o sarcină dificilă în sistemul de aplicare a dreptului constă, așadar, în a cerceta mai profund înțelesurile latente ale dreptului pozitiv. Oricum, mult mai importantă este ce-a de-a doua sarcină pe care o îndeplinește sistemul, care este aceea de a umple golurile care există în fiecare sistem de drept pozitiv, într-o măsură mai mare sau mai mică”. Dacă doriți, puteți numi acest proces legislație. În orice caz, niciun sistem sau *ius scriptum* nu a putut evita această necesitate. În zilele noastre, o mare școală de juriști continentali pledează pentru o și mai largă libertate de adaptare și construcție. Legea, spun ei, este adesea fragmentară, nechibzută și injustă. Judecătorii, în calitatea lor de interpreți pentru întreaga comunitate, a sensului legii și ordinii, trebuie să completeze omisiunile, să corecteze incertitudinile și să armonizeze rezultatele în spiritul justiției, utilizând metoda deciziei libere – *libre recherche scientifique*. Aceasta este viziunea lui Géný, Ehrlich, Gmelin și alții⁶. Instanțele trebuie să „caute lumina printre cele mai diverse elemente sociale, care reprezintă forțele vii din spatele faptelor care li se prezintă”⁷. Puterea depusă astfel în mâinile lor este mare și, ca orice putere, poate fi subiectul unor posibile abuzuri; dar asta nu trebuie să ne împiedice să le-o acordăm. Pe termen lung „nu există nicio garanție a dreptății”, spune Ehrlich⁸, „cu excepția persoanei judecătorului”⁹. Aceeași problemă a metodei, același contrast dintre litera și spiritul legii sunt prezente în propria noastră țară și în propria noastră legislație. Mai presus de toate, în materia dreptului constituțional metoda deciziei libere a devenit, cred, metoda dominantă din zilele noastre. Marile principii generale ale Constituției au un conținut și o semnificație care variază de la o perioadă la alta. Metoda deciziei libere trece de particularitățile tranzitorii și ajunge la ceea ce este permanent în spatele lor. Astfel lărgită, interpretarea devine mai mult decât confirmarea sensurilor și intențiilor legislatorilor, a căror voință comună este declarată. Ea completează declarațiile și umple spațiile goale, prin aceleași procese și metode

³ Sec. 370, p. 165.

⁴ Pound, Courts and Legislation, c. 9, Modern Legal Philosophy Series, p. 226.

⁵ Die Kunst der Rechtsamwendung, p. 72.

⁶ Science of Legal Method, 9, Modern Legal Philosophy Series, p. 4, 45, 65, 72, 124, 130, 159.

⁷ Géný, Methode d'Interpretation et Sources en droit privé positif, vol. II, p. 180, sec. 176, ed. 1919; transl. 9, Modern Legal Philosophy Series, p. 45.

⁸ P. 65 *supra* Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft, Modern Legal Philosophy Series.

⁹ Gnaeus Flavius (Kantorowicz), Der Kampf um Rechtswissenschaft, p. 48, Von der Kultur des Richters hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab.

ca acelea care au construit dreptul cutumiar. Codurile și legile au amenințat funcția cu reprimarea, au amenințat să n-o folosească și să o lase să se atrofieze. Funcția însă a înflorit totuși și persistă în virtutea acelor nevoi umane cărora le răspunde într-un mod ferm. Interdicția oricăror comentarii asupra producției codificatorilor săi, instituită de Iustinian, merită să rămână în memorie doar pentru futilitatea ei¹⁰.

Nu voi mai insista pentru moment asupra semnificației constituției sau a legilor ca izvoare de drept. Munca judecătorului de interpretare și dezvoltare a acestora posedă, fără îndoială, problemele și dificultățile sale, dar acestea nu sunt diferite de problemele și dificultățile pe care judecătorul le întâmpină în alte domenii. Cred că acestea vor putea fi studiate mai bine de-abia atunci când domeniile respective vor fi fost deja explorate. Uneori regula din constituție sau din lege este clară, iar atunci nu există dificultăți. Însă chiar și atunci când dificultățile există, le lipsește uneori acel element de mister care însoțește orice energie creativă. În tăcerea constituției sau a legilor, ajungem pe tărâmul misterelor, iar judecătorul trebuie să caute în *common law* regula care se potrivește cazului său. El este un „oracol viu al dreptului”, așa cum spune inspirat Blackstone. Dacă îl privim pe Sir Oracol în acțiune, dacă observăm munca lui în lumina crudă a realismului, oare cum își îndeplinește el sarcina?

Primul lucru pe care îl face este să compare cazul său cu precedentele, fie cu cele care se găsesc în mintea sa, fie cu cele ascunse în cărți. Nu vreau să spun că precedentul este izvorul esențial de drept sau că furnizează unicul echipament necesar pentru atelierul juridic, uneltele, pentru a-l parafraza pe Maitland¹¹, „din fierăria juridică”. Întorcându-ne la precedente, acestea sunt concepții judiciare de bază, postulate ale raționamentului judiciar și, în spatele lor, sunt obiceiurile de viață și instituțiile societății, în care își au originea aceste concepții și care printr-un proces de interacțiune s-au modificat la rândul lor¹². Cu toate acestea, într-un sistem atât de dezvoltat ca al nostru, precedentele au acoperit atât de mult domeniul dreptului, încât au fixat un punct de plecare de la care începe munca judecătorilor. Aproape invariabil, primul lucru pe care îl face judecătorul este acela de a le examina și de a le compara. Dacă lucrurile sunt simple și pertinente, poate nu mai e nevoie de nimic în plus. *Stare decisis* este, până la urmă, o regulă de zi cu zi în dreptul nostru. Voi avea ceva de spus, mai târziu, despre modul în care este relaxată această regulă în condiții excepționale. Dar, în situația în care aceste condiții nu apar, munca de soluționare a cauzelor în baza precedentelor adecvate este similară, prin natura sa, cu cea de soluționare a cauzelor în baza legii. Este un proces de cercetare, comparare și cam atât. În orice caz, arareori unii judecători depășesc limitele acestui proces. Noțiunea lor despre ceea ce au de făcut este aceea de a compara culorile cauzei pe care o au în mână cu culorile mai multor cazuri model împrăștiate pe birourile lor. Cazul model mai apropiat ca nuanță suplinește norma aplicabilă. Dar, desigur, niciun sistem judiciar viu nu poate să se dezvolte printr-un asemenea proces, și niciun judecător al unei înalte curți demn de acest nume nu vede astfel rolul și funcția sa. Dacă misiunea

¹⁰ Gray, *Nature and Sources of the Law*, sec. 395; *Muirhead*, *Roman Law*, p. 399, 400.

¹¹ *Introduction in Gierke's Political Theories of the Middle Age*, p. viii.

¹² *Saleilles*, *De la Personnalité Juridique*, p. 45; *Ehrlich*, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, p. 34, 35; *Pound*, *Proceedings of American Bar Assn*, 1919, p. 455.

lor s-ar limita la asta, ar fi prea puțin interesantă din punct de vedere intelectual. Omul care ar poseda cel mai bun index de cauze ar fi cel mai înțelept judecător. Dar atunci când culorile nu se potrivesc, atunci când referințele din index eșuează, când nu există un precedent decisiv, abia atunci începe munca serioasă a judecătorului. Atunci va trebui să croiască dreptul aplicabil părților care se află în fața sa. Croindu-l pentru ele, îl va croi și pentru alții. Afirmăția lui Bacon: „De multe ori, cauzele deduse judecării vor putea fi *meum* și *tuum*, atunci când considerentele lor vor conduce la esența proprietății...”¹³ Sentința de azi va face diferența dintre ceea ce va fi corect sau greșit mâine. Dacă judecătorul va pronunța o sentință înțeleaptă, înseamnă că există anumite principii de selecție care îl ghidează printre celelalte soluții care se află în competiție.

În viața mentală, ca și în viața reală există o tendință de a reproduce lucrurile. Fiecare sentință are o putere generativă, care izvorăște din propria sa imagine. Fiecare precedent, în cuvintele lui Redlich, are „o forță directoare pentru cauzele viitoare de natură identică sau similară”¹⁴. Până la pronunțarea sentinței a existat un oarecare echilibru. Forma și conținutul ei erau incerte. Oricare dintre numeroasele principii ar fi putut să fie prezente în ea și să o modeleze. Odată pronunțată, sentința instituie un nou punct de origine. Este încărcată cu energie vitală. Este sursa din care pot izvorî noi principii și norme, pentru a modela sentințele următoare. Dacă vom căuta baza psihologică a acestei tendințe, o vom găsi, presupun, în obicei¹⁵. Oricare ar fi însă baza sa psihologică, ea este una din forțele vii ale dreptului nostru. Însă nu toate principiile născute dintr-o sentință vor supraviețui până la maturitate. Cele care, supuse la testul experienței, nu-și vor putea dovedi utilitatea sau puterea sunt sacrificate fără milă și considerate nule. *Common law* nu funcționează trecând de la adevăruri prestabilite cu valoare universală și imuabilă la concluzii care derivă din ele prin simplă deducție. Metoda *common law* este inductivă și își extrage generalizările din cazuri particulare. Procesul a fost admirabil descris de Munroe Smith: „În efortul lor de a da sentimentului social al dreptății o expresie articulată în reguli și principii, metoda juriștilor a fost întotdeauna experimentală. Regulile și principiile jurisprudenței nu au fost niciodată tratate ca adevăruri finale, ci doar ca ipoteze de lucru, reverificate permanent în marile laboratoare ale dreptului, care sunt tribunalele. Fiecare caz nou este un experiment; iar dacă regula acceptată și care pare să fie aplicabilă tinde spre un rezultat care pare să fie injust, regula este reconsiderată. Poate că modificarea nu se face dintr-o dată, deoarece încercarea de a face dreptate absolută în fiecare caz în parte ar face imposibilă dezvoltarea și menținerea regulilor generale; dar dacă regula continuă să opereze în mod nedrept, va fi, în cele din urmă, reformulată. Principiile însele sunt permanent reverificate, deoarece atunci când regulile care derivă dintr-un principiu nu funcționează cum trebuie, principiul însuși va trebui, în cele din urmă, reexaminat”¹⁶.

¹³ Essay on Judicature.

¹⁴ Redlich, The Case Method in American Law Schools, Bulletin no. 8, Carnegie Foundation, p. 37.

¹⁵ Mc Dougal, Social Psychology, p. 354; J.C. Gray, Judicial Precedents, 9 Harvard L.R. 27.

¹⁶ Munroe Smith, Jurisprudence, Columbia University Press, 1909, p. 21; Pound, Courts and Legislation, 7 Am. Pol. Science Rev. 361; 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 214; Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics, p. 246.

Modul în care funcționează acest proces de reverificare și reformulare poate fi ilustrat printr-un exemplu. Acum cincizeci de ani cred că s-ar fi afirmat cu titlu de principiu general valabil că A poate să-și conducă afacerea așa cum dorește, chiar dacă scopul constă în a-i face rău lui B, atâta vreme cât actele sale nu reprezintă în sine delict¹⁷. Servituțiile dintre vecini reprezintă o ilustrare clasică în acest sens, și exonerarea de răspundere în aceste cazuri nu era considerată a fi excepția, ci regula¹⁸. O asemenea regulă a fost probabil un principiu destinat să reglementeze relațiile dintre indivizi sau clase dintr-o comunitate simplă și omogenă. Odată cu creșterea complexității relațiilor sociale, această inadecvare a ieșit la iveală. Pe măsură ce diferențele s-au multiplicat și s-a încercat soluționarea lor pe baza vechilor principii, s-a descoperit că este ceva în neregulă cu rezultatele, ceea ce a condus la reformularea principiului însuși. În zilele noastre, majoritatea judecătorilor înclină să afirme că ceea ce pe vremuri a fost considerată o excepție reprezintă astăzi regula, și ceea ce era regulă este astăzi excepția. A nu mai putea să facă nimic în afacerea sa cu scopul de a prejudicia o altă persoană, fără un temei rezonabil și just¹⁹. S-a produs o nouă generalizare care, aplicată unor noi cazuri particulare, a produs rezultate care se armonizau și cu cazurile din trecut și care, ceea ce este mult mai important, erau mai potrivite pentru realizarea bunăstării sociale. Acest proces de modificare este gradual. El continuă pas cu pas. Efectele sale trebuie măsurate în decenii sau chiar în secole. Măsurat astfel, pare să aibă în spate puterea și presiunea unui ghețar în mișcare.

Dacă privim în urmă, nu trebuie să subestimăm forța care s-a exercitat, „Nu există nicio credință nezdruccinată, nicio dogmă acreditată care să fi părut nechestionabilă, nicio tradiție transmisă care să nu amenințe să se dizolve”²⁰. Acestea sunt cuvintele unui analist al vieții, cuvinte scrise acum patruzeci de ani, dar privite cu mare scepticism în epocă. Sunt tentat să aplic vorbele sale istoriei dreptului. O regulă din zilele noastre ar putea fi cu mare greutate ajustată la opusul său de ieri. Răspunderea obiectivă pentru faptele proprii este astăzi excepția; trebuie să existe o greșeală, fie intenționată, fie din neglijență. Cu toate acestea, au existat vremuri în care răspunderea obiectivă era regula²¹. Doar rămășițe ocazionale ale acestui tip mai pot fi regăsite în legislația recentă²². Angajamentele reciproce dau naștere unor obligații corelative, iar încălcarea lor dă naștere unui drept la acțiune pentru repararea prejudiciului. Au existat vremuri în care noțiunile de obligație și reparație erau inaplicabile, cu excepția cazurilor în care promisiunea a fost parafată²³. Dreptul la acțiune

¹⁷ Cooley, Torts, ed. 1, p. 93; Pollock, Torts, ed. a 10-a, p. 21.

¹⁸ Phleps vs. Nowlen, 72 N.Z. 39; Rideout vs. Knox, 148, Massachusetts 368.

¹⁹ Lamb vs. Cheney, 227, N.Y. 418; Aikens vs. Wisconsin, 195 U.S. 194, 204; Pollock, Torts.

²⁰ Arnold, Essays in Criticism, second series, p. I.

²¹ Holdsworth, History of English Law, 2, p. 41; Wigmore, Responsibility for Tortious Acts, 7 Harvard L.R. 315, 383, 441; 3 Anglo-Am. Legal Essays 474; Smith, Liability for Damage to Land, 33 Harvard L.R. 551; Ames, Law and Morals, 22 Harvard L.R. 97, 99; Isaacs, Fault and Liability, 31 Harvard L.R. 954.

²² Duguit, Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Continental Legal Hist. Series, vol. XI, p. 225, 226, s. 40, 42.

²³ Holdsworth, supra 2, p. 72; Ames, History of Parol Contracts prior to Assumpsit, 3 Anglo-Am. Legal Essays, 304.

poate fi cedat, iar cumpărătorul poate să introducă acțiunea, chiar dacă a cumpărat dreptul litigios. Au existat vremuri în care transferul era imposibil, iar continuarea procesului era considerată o infracțiune. În zilele noastre nu există niciun temei legal pentru a se introduce o acțiune pentru dol, în cazul încălcării unei promisiuni; cu toate acestea, încălcarea unei promisiuni a ajuns să aibă o sancțiune în dreptul actual deoarece a fost considerată o înșelăciune²⁴. Aceste schimbări, sau majoritatea lor, au fost produse de către judecători. Persoanele care le-au produs au utilizat aceleași instrumente ca și judecătorii de azi. Așa cum s-au aplicat într-un caz sau altul, probabil că schimbările nu au părut atunci spectaculoase. În orice caz, rezultatul, ca urmare a prelungirii procesului de-a lungul anilor, nu a fost doar acela de a completa sau de a modifica; rezultatul a fost revoluționarea și transformarea dreptului. Pentru fiecare tendință pare să existe o contra-tendință; pentru fiecare regulă, o antinomie. Nimic nu este stabil. Nimic nu este absolut. Există o „devenire” permanentă. Ne-am întors la Heraclit. Prin asta înțeleg impresia generală pe care imaginea o lasă în minte. Fără îndoială, în ultimele trei secole, câteva linii, odinioară flexibile, au devenit rigide. Astăzi lăsăm mai mult în seama legislatorului, decât în cea a judecătorilor²⁵. Iar astăzi modificările se fac din zece în zece ani. Blocul de gheață rămâne în mișcare.

În acest flux perpetuu, problema cu care se confruntă judecătorii este, în realitate, una cu două fețe: ei trebuie să extragă mai întâi principiul fundamental din precedent, *ratio decidendi*, apoi trebuie să determine calea sau direcția pe care principiul urmează să se deplaseze și să se dezvolte, dacă nu cumva urmează să se pulverizeze și să moară.

Primul aspect al problemei este unul asupra căruia ne-am obișnuit să ne aplecăm cu mai multă conștiinciozitate decât asupra altora. Sentințele nu își dezvăluie principiile numai prin chestionări. Ele își arată sămburii numai în urma unui proces lung și dureros. Exemplul nu poate duce la generalizare decât dacă îl vom cunoaște în profunzime. Aceasta nu este o sarcină simplă. Pentru că ceea ce a fost decis ajunge la noi, de cele mai multe ori într-un șir de *dicta* învăluite în obscuritate, trebuie să fie smuls și așezat deoparte. Judecătorii sunt foarte diferiți în ceea ce privește respectul pe care îl acordă ilustrărilor, remarcilor sau comentariilor predecesorilor, ca să nu mai vorbim despre cele care le aparțin. Unii dintre judecători sunt de acord că pot exista dizidențe atunci când se afirmă o opinie. Alții ar părea să susțină că în momentul imediat următor trebuie să dispară orice dizidențe. Astfel coboară o inspirație asupra operei majorității. Niciunul, desigur, nu împărtășește o asemenea credință, totuși, uneori, se apropie de un asemenea comportament. Recunosc că pentru mine reprezintă un mare mister cum, dintre toate persoanele din lume, tocmai judecătorii trebuie să aibă încredere în *dicta*. O scurtă experiență judiciară mi-a fost suficientă ca să-mi reveleze o mulțime de crăpături, fisuri și goluri în propriile mele opinii, atunci când, după câteva luni, le-am recitat cu o convenită remușcare. Convingerea faptului că infailibilitatea propriei persoane este un mit conduce simplu și cu

²⁴ *Holsworth, supra* 2, p. 72; *Ames, History of Assumpsit*, 3 Anglo-Am. Legal Essays, 275, 276.

²⁵ *F.C. Montague, A Sketch of Legal History*, Maitland and Montague, p. 161.

un plus de satisfacție, la refuzul de a subscrie la infailibilitatea altora. Dar *dicta* nu sunt întotdeauna etichetate ca atare și nu oricine le recunoaște dintr-o singură privire. Așa cum știe orice student de drept, există o nevoie constantă de a separa accidentalul și neesențialul, de esențial și inerent. Să presupunem totuși că această sarcină a fost deja îndeplinită și că precedentul este cunoscut, așa cum este el în realitate. Să presupunem, de asemenea, că principiul, latent în lăuntru precedentului, a fost extras cu îndemănare și afirmat cu acuratețe. Asta reprezintă jumătate sau mai puțin de jumătate din ceea ce trebuia făcut. Problema care rămâne este aceea de a fixa granițele și tendințele de creștere și dezvoltare, de a stabili forța directoare a mișcării de-a lungul drumului corect, acolo unde drumurile se despart.

Forța directoare a unui principiu se manifestă pe linia progresiei logice – pe aceasta o voi denumi regula analogiei sau metoda filozofiei; pe linia dezvoltării istorice – pe aceasta o voi numi metoda evoluției; pe linia cutumelor comunității – pe aceasta o voi numi metoda tradiției; pe linia dreptății, moralei și bunăstării sociale, *mores* ale zilelor noastre – iar pe aceasta o voi numi metoda sociologiei.

Pentru a ne ghida mai ușor în alegerea căilor de urmat, am plasat pe primul loc, în cadrul principiilor de selecție, regula analogiei sau metoda filozofiei. Așezând-o pe primul loc nu am intenționat să o calific ca fiind cea mai importantă. Dimpotrivă, ea este deseori sacrificată în favoarea altora. Am așezat-o pe primul loc deoarece cred că operează în favoarea ei o anumită prezumție. Dacă avem o sumă de elemente individuale, un amalgam de sentințe pe diverse teme, principiul care le unifică și le raționalizează are o tendință legitimă de a se proiecta și de a se extinde asupra unor cazuri noi, în lăuntru capacității sale de unificare și raționalizare. Primatul ei derivă dintr-o succesiune naturală, ordonată sau logică. Acestei metode i se acordă o atenție specială, în comparație cu alte principii aflate în competiție, care nu sunt considerate capabile să îmbunătățească sistemul de drept, prin apelul la istorie sau la tradiție, sau la politică, sau la dreptate. Pot să apară diverse forțe care să-i devieze cursul, care să-i conteste influența și să-i diminueze puterile. În definitiv, seamănă cu o succesiune la putere în care un pretendent luptă.

Uneori, mari judecători s-au exprimat ca și cum principiul filozofiei, *i.e.* al dezvoltării logice, ar însemna puțin sau nimic în dreptul nostru. Probabil însă că niciunul dintre ei nu a fost vreodată fidel în comportament unui asemenea crez. Lord Halsbury s-a exprimat astfel în *Quinn v. Leathem*, 1901, A.C. 495, 506: „Un caz are autoritate pentru ceea ce s-a decis în speță. Resping în totalitate ipoteza că acesta ar putea fi citat pentru o propoziție ce ar părea să decurgă în mod logic din el. Un asemenea mod de raționament presupune în mod necesar că dreptul este un cod logic, când de fapt fiecare jurist trebuie să admită că dreptul nu este logic de fiecare dată”²⁶. Toate acestea pot fi adevărate, dar adevărul nu trebuie împins prea departe. Corectitudinea deducției logice nu este afectată, pentru simplul motiv că nu este perfectă. Holmes a afirmat, într-o frază deja celebră, că „viața dreptului nu a fost logica, a fost experiența”²⁷. Holmes nu a afirmat însă că, în tăcerea

²⁶ *J. Bailhache*, in *Belfast Ropewalk Co. v. Bushell*, 1918, z K.B. 210, 213: „Din nefericire sau din fericire, nu sunt sigur care din ele, dreptul nostru nu este o știință”.

²⁷ *The Common Law*, p. I.

experienței, logica trebuie ignorată. Nu doresc să distrug simetria structurii juridice prin introducerea unor inconsistențe, irelevanțe sau excepții artificiale, decât pentru rațiuni suficiente, care vor fi, de regulă, considerate de istorie, cutumiare, politice sau de justiție. În lipsa unor asemenea rațiuni, va trebui să fiu logic, la fel cum trebuie să fiu imparțial. Nu a fost cazul să decidem asupra aceleași chestiuni, pe de o parte din punctul de vedere al uneia dintre părțile în litigiu, iar pe de altă parte din punctul de vedere al celeilalte părți. „Dacă un grup de cazuri implică aceeași chestiune, părțile se așteaptă la aceeași hotărâre. Ar fi o mare nedreptate să decizi asupra unor cazuri similare pe baza unor principii opuse. Dacă într-o cauză s-a decis în defavoarea mea, atunci când aveam calitatea de pârât, voi aștepta aceeași soluție și în cazul în care voi avea calitatea de reclamant. Dacă s-ar decide altfel, în sufletul meu s-ar naște un resentiment; ar fi o încălcare, materială și morală, a drepturilor mele”²⁸. Fiecare dintre noi are acest sentiment, atunci când este vorba de două cazuri similare. Prin urmare, precedentul ar trebui să fie mai degrabă regula, decât excepția, pentru ca părțile în litigiu să aibă încredere în tratamentul egal pe care îl aplică instanțele de judecată în administrarea justiției. Un asemenea sentiment, deși diferit ca intensitate, este izvorul tendinței precedentului de a se extinde pe linia raționamentului logic²⁹. Fără îndoială că acest sentiment este puternic potențat de ceea ce nu este altceva decât o pasiune intelectuală pentru *elegantio iuris*, pentru simetria formei și a substanței³⁰. Acesta este un ideal care nu încetează să exercite o oarecare atracție asupra acelor experți care constituie clasa juriștilor. Pentru juriștii romani acest lucru a însemnat mult, mai mult decât înseamnă pentru juriștii noștri sau pentru cei englezi, dar cu siguranță mai mult decât înseamnă pentru clienții noștri. „Clientul”, spune Miller în „Data of Jurisprudence”³¹, „nu este interesat ca un caz să fie «frumos». El dorește ca acesta să fie soluționat în condiții cât mai favorabile pentru el”. Nici această afirmație nu este întotdeauna adevărată. Dar ca sistem de dezvoltare a jurisprudenței, controversele sordide dintre părțile în proces sunt lucrurile din care se formează, în cele din urmă, adevăruri mari și strălucitoare. Accidentalul și tranzitoriul dau naștere esenței și permanenței. Judecătorul care modelează dreptul conform metodei filozofiei poate satisface o nevoie intelectuală de simetrie în formă și în substanță. Însă el face chiar mai mult. El menține dreptul consecvent în răspunsul său unui sentiment profund și imperios. Poate că numai experții pot să aprecieze calitatea muncii sale și să-i aprecieze semnificația. Dar judecata lor, a clasei juriștilor, se va extinde și asupra altor persoane, și va influența conștiința și crezul comun. În absența altor verificări, metoda filozofiei trebuie să rămână instrumentul de cunoaștere al instanțelor, dacă arbitrariul sau părtinirea sunt excluse, și dacă afacerile persoanelor trebuie să fie guvernate de o uniformitate senină și imparțială, care ține de esența ideii de drept.

Veți spune că tot ce-am spus este intolerabil de vag. Dacă metoda filozofiei trebuie aplicată în absența uneia mai bune, ar trebui furnizate niște teste de vitalitate

²⁸ W.G. Miller, *The Data of Jurisprudence*, p. 335; Gray, *Nature and Sources of the Law*, sec. 420; Salmond, *Jurisprudence*, p. 170.

²⁹ Geny, *Méthode d'Interpretation et Sources en droit privé positif*.

³⁰ W.G. Miller, *supra* p. 281; Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. II, p. 629.

³¹ P. 1.

comparată. Sper, până la sfârșit, să reușesc să creionez, chiar dacă numai în linii mari, considerentele fundamentale care guvernează alegerea acestei metode. Prin natura lucrurilor, ele nu vor putea fi niciodată catalogate cu precizie. Trebuie lăsat destul de mult pe seama îndemânării în utilizarea instrumentelor pe care le dezvoltă practicarea unei arte. Câteva idei, câteva sugestii, restul trebuie lăsat în seama intuiției artistului. Dar pentru moment este suficient să stabilim metoda filozofiei ca fiind un instrument printre altele, lăsând ca alegerea unuia sau a altuia să se facă mai târziu. Foarte probabil, am exagerat stabilindu-i un rang atât de modest. Mai ales, la Facultatea de Drept din cadrul Universității Yale, această importanță nu va fi contestată. Spun asta deoarece, în lucrarea strălucitului profesor al acestei instituții, regretatul Wesley Newcomb Hohfeld, am regăsit o impresionantă recunoaștere a importanței acestei metode, dacă este menținută în lăuntru anumitor limite, precum și una din cele mai fericite ilustrări a legitimității sale. Lucrarea sa despre „Noțiuni juridice fundamentale aplicate în gândirea judiciară” este, în realitate, o pledoarie pentru o analiză mai clară a noțiunilor fundamentale și pentru dezvoltarea mai consistentă a implicațiilor lor filozofice și a concluziilor lor logice. Nu doresc să-l prezint ca un adept al ideii potrivit căreia concluziile logice trebuie să urmeze întotdeauna concepțiile dezvoltate de analiză. „Nimeni nu a văzut mai clar decât el că, deși demersul analitic este un mijloc indispensabil, totuși el nu este suficient pentru un jurist”³². „El a subliniat în repetate rânduri” că „munca de analiză pregătește doar terenul pentru alte ramuri ale teoriei, și fără ajutorul acesteia din urmă nu pot fi găsite soluții satisfăcătoare pentru soluționarea problemelor de natură juridică”³³. Trebuie să știm însă unde ne conduc logica și filozofia, chiar dacă acest lucru ne-ar determina să le abandonăm în favoarea altor călăuze. De multe ori însă nu putem face altceva decât să urmăm punctul lor de vedere. Exemplele, chiar dacă nu la fel de bine, pot explica lucrurile mai ușor decât o fac directivele. Vom putea găsi răspunsuri la categoria de întrebări pe care se experimentează metoda dacă vom studia categoriile de întrebări la care ea s-a aplicat. Dați-mi voie să prezint câteva exemple la întâmplare, de concluzii adoptate în dreptul nostru prin dezvoltarea concepțiilor juridice în concluzii logice. A este de acord să-i vândă lui B un bun mobil. Înainte de transferarea titlului, bunul este distrus. Pierderea este a vânzătorului, care a introdus acțiunea pentru plata prețului³⁴. A este de acord să vândă o casă și o parcelă de teren. Înainte de transferul titlului, casa este distrusă. Vânzătorul introduce acțiune pentru executarea contractului, fondată pe *equity*. Pierderea este a cumpărătorului³⁵. Aceasta este, probabil, opinia dominantă, deși înțelepciunea ei a fost aspru criticată³⁶. Aceste concluzii diferite nu sunt dictate de concepții diferite de ordine publică sau dreptate. Ele sunt proiecții ale unui principiu către concluzia sa logică sau, mai precis, către rezultatul presupus a fi logic. *Equity* consideră că este

³² Introduction to Hohfeld's Treatise by W.W. Cook.

³³ Professor Cook's Introduction.

³⁴ *Higgins v. Murray*, 73, N.Y. 252, 254; 2 Williston on Contracts, sec. 961; N.Z. Personal Prop. Law, sec. 1054.

³⁵ *Paine v. Meller*, 6 Ves. 349, 352; *Sewell v. Underhill*, 297, N.Y. r68; 2 Williston on Contracts, sec. 931.

³⁶ Williston on Contracts, sec. 940.

ceea ce trebuie să fie. Contractelor de vânzare care au ca obiect terenuri, spre deosebire de majoritatea contractelor care au ca obiect vânzarea de bunuri mobile, li se aplică ca izvor de drept *equity*. Cumpărătorul este proprietar *ab initio*. Prin urmare, câștigurile sau pierderile care decurg din proprietate îi aparțin. [...]

Vom putea găsi ilustrări asemănătoare în dreptul privind *trusts* și în dreptul contractelor, precum și în multe alte materii. Ar fi destul de dificil să le enumerăm pe toate.

Forța directoare a logicii nu se manifestă întotdeauna de-a lungul unei singure căi lipsite de obstacole. Un principiu sau un precedent, împins spre limitele propriei sale logici, poate conduce la o concluzie; un alt principiu sau precedent, supus deducției logice, poate să indice, cu un grad egal de certitudine, o altă concluzie. În acest conflict, trebuie să alegem între cele două căi, alegând una sau alta sau poate oprindu-ne asupra celei de-a treia, care va fi rezultanta celor două forțe combinate sau care va reprezenta calea de mijloc între două extreme. Dați-mi voie să fac o ilustrare a unui asemenea conflict cu faimosul caz *Riggs vs. Palmer*, 115 N.Y. 506. În acest caz s-a decis că unui legatar care și-a ucis testatorul nu i se va permite de către un tribunal să se bucure în *equity* de beneficiul testamentului. În acest caz mai multe principii s-au aflat în conflict pentru supremație. Unul din acestea a prevalat și le-a înlăturat pe celelalte. A fost prezent principiul forței obligatorii a voinței testamentului care dispune de bunurile testatorului, în conformitate cu legea. Acest principiu, împins către limitele propriei logici, părea să mențină validitatea titlului criminalului. A fost apoi principiul potrivit căruia instanțele civile nu pot despăgubi sau aplica pedepse pentru infracțiuni. Acesta, împins la limitele propriei sale logici, părea să susțină, de asemenea, titlul legatarului. Însă deasupra acestor principii, a existat un altul, de o mai mare generalitate, cu rădăcini adânci în sentimentul universal al dreptății, principiul potrivit căruia nimeni nu poate profita de propriul său comportament injust sau că nimeni nu poate trage foloase dintr-un rău pe care el însuși l-a provocat. Logica acestui principiu este deasupra logicii celorlalte. Eu susțin că logica sa a prevalat. Oricum, ceea ce interesează este de ce sau cum a fost făcută alegerea între una sau alta dintre logici. În acest caz, motivul nu este obscur. A fost urmată una dintre căi, iar cealaltă a fost închisă, datorită convingerii prezente în gândirea judiciară, potrivit căreia, calea care a fost urmată conduce spre dreptate. Analogiile, precedentele și principiile din fundal au concurat pentru preeminență; în cele din urmă, principiul care a fost considerat fundamental, ca reprezentând cele mai largi și mai adânci interese sociale, și-a învins competitorii. Personal nu sunt foarte preocupat de formula particulară prin care a fost obținută dreptatea. [...]

Ceea ce mă preocupă acum nu este instrumentul juridic al reparației, ci mai degrabă motivul principal, energia internă, creatoare, care pune în mișcare asemenea instrumente. Criminalul și-a pierdut moștenirea pentru care a comis crima, deoarece satisfacerea interesului social, refuzându-i dreptul de a profita de propria crimă, este mai puternică decât asigurarea și conservarea drepturilor juridice privind proprietatea. Această ilustrare m-a făcut să avansez cu adevărat în expunerea mea. Procesul judiciar este un microcosmos. Înaintăm prin logica noastră, analogiile noastre și filozofiile noastre, până când ajungem la un anumit punct. La început, nu avem nicio problemă în alegerea căilor, ele urmează anumite linii directoare. Apoi căile se despart și trebuie să alegem între ele. Istoria sau cutumele, sau utilitatea socială, sau

sentimentul dreptății, sau uneori o înțelegere semi-intuitivă a spiritului difuz al dreptului nostru, trebuie să ajungă la judecătorul neliniștit și să-i spună încotro să se îndrepte.

E simplu să acumulezi exemple ale procesului de constante căutări și testări ale filozofiei prin dreptate și a dreptății prin filozofie. Să luăm regula care permite despăgubirea prin compensare în cazul executării substanțiale, dar incomplete a obligațiilor contractuale. Am aplicat-o adeseori pentru protejarea constructorilor care au tratat cu ușurință anumite detalii sau, fără rea-credință, s-au îndepărtat de obligațiile contractuale. O perioadă de timp instanțele au avut probleme atunci când decideau în asemenea cazuri, încercând să concilieze dreptatea cu logica. Chiar și acum, un sentiment de disconfort se insinuează atunci când se discută sau se decide dacă dreptatea și logica conduc la același rezultat. Așa cum am avut ocazia să afirm într-un caz recent: „Cei care gândesc mai mult la simetrie și la logică în dezvoltarea regulilor juridice, decât la adaptarea lor practică pentru a atinge un rezultat just” rămân „blocați într-o clasificare în care liniile de demarcație sunt atât de nesigure și de neclare”³⁷. Nu am nicio îndoială că sursa principală a regulilor este doar un sentiment al dreptății. Dat fiind că acest sentiment se afirmă pe sine, l-am înconjurat cu un halou al conformității cu precedentul. Unii judecători au găsit principiul unificator în legile privind quasi-contractele. Alții l-au găsit în distincția dintre promisiunea condiționată sau necondiționată, sau între promisiune și condiție. Toți au descoperit, în cele din urmă, că există un principiu în arsenalul legal care, atunci când este dat jos de pe peretele pe care ruginește, este capabil să furnizeze o armă pentru a lupta și a croi un drum al dreptății. Dreptatea a influențat logica, sentimentul a influențat rațiunea și au ghidat alegerea între o logică și cealaltă. Rațiunea, la rândul său, a influențat sentimentul curățându-l de tot ceea ce este arbitrar, controlându-l atunci când ar fi putut să devină extravagant, prin raportarea sa la metodă, la ordine, la coerență și la tradiție³⁸.

În această concepție o metodei logicii sau a filozofiei ca un instrument printre altele, nu găsesc nimic care să se opună învățăturilor juriștilor de pe continent, care ar fi detronat-o în alte sisteme de drept. Răul pe care ei l-au combătut nu a atins *common law* decât pe alocuri și numai ușor. Procesul inductiv prin care s-a dezvoltat jurisprudența noastră ne-a salvat însă, în parte de toate relele și pericolele care sunt strâns legate de dezvoltarea dreptului pe bazele *ius scriptum*, printr-un proces de deducție³⁹. Nici juriștii continentali, care au evidențiat nevoia unor alte metode, nu au cerut să extragem din principiile juridice toată puterea lor de fructificare. Folosirea greșită a logicii sau a filozofiei începe atunci când această metodă și finalitatea ei sunt considerate supreme și finale. Ele nu vor putea fi eliminate însă întrutotul. „Cu siguranță”, afirmă François Gén⁴⁰, „nici nu se poate pune în discuție eliminarea metodelor logice și de raționament din cadrul științei dreptului pozitiv”. Chiar și principiile generale pot fi, uneori, urmate cu rigurozitate pentru a deduce consecințele

³⁷ *Jabobs & Young, Inc. v. Kent*, 230 N.Y. 239.

³⁸ *Hynes v. N.Y. Central R.R. Co.* (232 N.Y. 229, 235).

³⁹ „Notre droit public, comme notre droit privé est un *ius scriptum*” (*Michoud*, La responsabilité de l'État à Raison des fautes de ses agents), *Revue du droit public*, 1895, p. 273, citată de Geny, vol. I, p. 40, sec. 19).

⁴⁰ Op. cit., vol. I, p. 127, sec. 61.

acestora. „Abuzul, afirmă acesta, constă, dacă nu greșesc, în contemplarea unor concepții ideale, provizorii și pur subiective prin natura lor, ca fiind înzestrate cu o realitate permanentă și obiectivă. Și acest punct de vedere fals care, în opinia mea, este un vestigiu al realismului absolut al Evului Mediu, sfârșește prin a închide întregul sistem al dreptului pozitiv, *a priori*, cu un număr limitat de categorii logice, predeterminate în esență, având o bază imuabilă, guvernate de dogme inflexibile și, deci, incapabile să se adapteze la exigențele mereu variabile și schimbătoare ale vieții”.

În drept, ca și în orice altă ramură a științei, adevărurile oferite de inducție tind să formeze premisele pentru noi deducții. Juriștii și judecătorii generațiilor succesive nu s-au repetat în procesul verificării mai mult decât se repetă mulți dintre noi în demonstrarea adevărurilor astronomiei sau ale fizicii. S-a dezvoltat un set de concepții și de formule juridice, pe care le folosim, ca să spun așa, primite de-a gata. Concepte fundamentale, cum ar fi contractul și posesia, dreptul de proprietate, testamentul și multe altele, sunt acolo, gata să fie folosite. Cum au ajuns acolo, nu trebuie să mă întreb. Nu scriu o istorie a evoluției dreptului, ci o schiță a procesului judiciar din sistemul juridic central. Odată obținute aceste concepte fundamentale, ele formează punctul de pornire din care derivă consecințe noi care, la prima vedere, câștigă, prin reiterare, o nouă permanență și o nouă certitudine. În cele din urmă, și ele sunt acceptate ca fundamentale și axiomatice. Așa se întâmplă și cu evoluția de la precedent la precedent. Implicațiile unei decizii pot fi, la început, echivoce. Noile cazuri extrag esența, prin comentarii și expuneri. În cele din urmă se naște o regulă sau un principiu care devine un punct de plecare, și de la care se vor trasa noi linii directoare și se vor măsura noi direcții. Uneori, s-a considerat că o regulă sau un principiu au fost formulate într-un mod prea îngust sau prea larg și au trebuit să fie reformulate. Alteori, au fost acceptate ca postulate ale unui raționament ulterior, ale cărui origini au fost uitate, devenind un nou grup original, consecințele lor unindu-se cu alte forțe și răspândindu-se prin persistență, în drept. Puteți denumi procesul ca pe unul al analogiei, al logicii sau al filozofiei, după cum vă place. În toate situațiile, esența sa derivă din consecințele unei reguli, principiu sau precedent care, acceptate ca un dat, conțin implicit în ele însele germenii concluziei. În tot ce am spus, nu am utilizat cuvântul filozofie într-un sens strict sau formal. Această metodă se întinde de la silogism, la un capăt, până la simpla analogie, la celălalt. Uneori, extinderea precedentului merge până la limita propriei sale logici. Alteori însă nu merge atât de departe. Alteori, prin procesul analogiei este condus chiar mai departe. Analogia este un instrument pe care niciun sistem teoretic nu a fost capabil să-l înlăture⁴¹. O regulă care a funcționat bine într-un domeniu, sau care, în orice caz, există indiferent dacă efectele sale au fost evidențiate sau nu, este transferată într-un alt domeniu. Am grupat sub același titlu exemplele acestor procese, ca și pe cele în care legătura logică este mai strânsă și mai constrângătoare⁴². La bază și în motivația lor cea mai semnificativă, ele sunt faze ale aceleiași metode. Ele sunt inspirate de aceeași nevoie de consistență, de certitudine și de uniformitate a planului și a structurii. Ele își au

⁴¹ Ehrlich, Die Juristische Logik, p. 225, 227.

⁴² Geny, op. cit., vol. II, p. 121, sec. 165; de asemenea, vol. I, p. 304, sec. 107.

rădăcinile în năzuința constantă a minții spre o unitate mai largă și mai cuprinzătoare, în care diferențele sunt reconciliate, iar anormalitățile dispar.

Cursul II. Metodele istoriei, ale tradiției și ale sociologiei

Metoda filozofică intră, oricum, în competiție cu alte tendințe, care își găsesc rezolvările în alte metode. Una dintre acestea este metoda istoriei sau metoda evoluției. Tendința unui principiu de a se extinde până la limitele proprii sale logici poate fi contracarată prin tendința sa de a se restrânge la limitele proprii sale istorii. Nu vreau să spun că aceste două metode se află permanent în opoziție. O clasificare care le-ar trata în mod distinct este, fără îndoială, expusă reproșului prin aceea că se depășesc limitele și principiile distincției. Deseori, efectul istoriei este acela de a limpezi calea logicii⁴³. Creșterea poate fi logică, fie că este modelată de principiul consecvenței față de trecut, fie de cel al consecvenței față de anumite norme prestabilite, de anumite concepții generale, de anumite „principii interioare și creative”⁴⁴. Forța directoare a precedentului poate fi găsită fie în evenimente care l-au făcut ceea ce este, fie în anumite principii care ne permit să afirmăm că precedentul este ceea ce trebuie să fie. Dezvoltarea poate implica fie o investigare a originilor, fie un efort de raționalizare pură. Ambele metode posedă propria lor logică. Oricum, pentru moment ar fi convenabil să identificăm metoda istoriei și să o delimităm de metoda logicii sau a filozofiei. Unele concepții juridice își datorează forma de existență aproape exclusiv istoriei. Ele nu pot fi înțelese decât ca excepții ale dezvoltării istorice. În dezvoltarea unor asemenea principii, istoria pare să domine logica sau raționamentul pur. Alte concepții, cu toate că și acestea au, desigur, o istorie, s-au format, într-un sens mai larg, sub influența raționamentului sau a teoriei comparate. Ele fac parte din *ius gentium*. În dezvoltarea acestor principii, logica pare să predomine asupra istoriei. Este ilustrativă concepția cu privire la personalitatea juridică sau corporatistă, urmată de un lung șir de consecințe pe care această concepție le-a generat. Uneori, subiectul în cauză se potrivește atât unei metode, cât și celeilalte. În asemenea circumstanțe, considerarea cutumei sau a utilității vor determina deseori alegerea. Un *residuum* va rămâne totuși, și atunci personalitatea, gustul, experiența, modul de gândire al judecătorului pot să constituie factorul determinant. Nu vreau să spun că forța directoare a istoriei, chiar și atunci când se revendică cu insistență, aduce dreptul viitorului la o neinspirată repetare a dreptului trecut și prezent. Vreau doar să afirm, pur și simplu, că istoria, iluminând trecutul, iluminează prezentul și viitorul. „Dacă vreodată a putut părea, spune Maitland⁴⁵, că spiritul istoric (acel spirit care se străduiește să înțeleagă teoria clasică a Romei și cele 12 table și Lex Salica sau legile oricăror timpuri și locuri) ar fi fatalist sau ar fi împotriva reformei, acel timp aparține deja trecutului... În zilele noastre am putea privi munca de cercetare istorică ca fiind necesară pentru explicarea și, prin urmare, lămurirea presiunii pe care trecutul o exercită asupra prezentului, și prezentul asupra viitorului. Astăzi studiem ziua de alaltăieri, pentru ca

⁴³ Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harvard L.R. 465.

⁴⁴ Bryce, *Studies of History and Jurisprudence*, vol. II, p. 609.

⁴⁵ *Collected Papers*, vol. III, p. 438.

ziua de ieri să nu poată paraliza ziua de azi, iar ziua de azi să nu poată paraliza ziua de mâine”.

Dați-mi voie să vorbesc mai întâi despre acele domenii în care dezvoltarea nu este posibilă fără istorie. Cred că domeniul drepturilor reale reprezintă cel mai la îndemână exemplu⁴⁶. Niciun legislator care a întocmit un cod nu este cel care a conceput sistemul de proprietate feudal. Istoria a construit sistemul, iar dreptul l-a urmat. Niciodată nu am putea, printr-un proces de deducție logică, pornind de la ideea abstractă de proprietate, să distingem noțiunea de servitute de cea de uzufruct viager, sau pe cea de uzufruct viager de cea de folosință pe termen limitat. Cu privire la aceste chestiuni „o pagină de istorie valorează cât un volum de logică”⁴⁷. Așa stau lucrurile de oriunde am privi, în pădurea de norme care se referă la imobile. Restricțiile cu privire la înstrăinare, suspendarea dreptului absolut de proprietate, dispozițiile testamentare executorii [trusturile private și trusturile caritabile...], toate aceste concepte juridice sunt inteligibile numai în lumina istoriei și își trag din istorie forța care va trebui să modeleze dezvoltarea lor ulterioară. Nu vreau să afirm că în aceste domenii metoda filozofică nu joacă niciun rol. Unele din concepțiile privind dreptul asupra terenurilor, odată stabilite, sunt împinse către propriile lor concluzii logice cu o severitate inexorabilă. Adevărul este că aceste concepții au venit spre noi mai curând din afară decât din interior, că ele încorporează gândirea, nu atât pe cea a prezentului, cât mai ales pe cea a trecutului, și dacă le separăm forma și conținutul de trecut, ele devin neinteligibile și arbitrare, și că dezvoltarea lor, pentru a fi cu adevărat logică, trebuie să țină cont de originile lor. Într-o anumită măsură este valabil pentru majoritatea ideilor din dreptul nostru. Principiile metafizice abia dacă au fost prezente în viața sa. Dacă aş pune accentul asupra dreptului în materia proprietății imobiliare, acesta este un exemplu cel puțin la fel de concludent. Alte exemple, chiar dacă sunt mai puțin remarcabile, abundă însă. „Am îngropat formele acțiunilor, spune Maitland⁴⁸, dar ele încă mai comandă din mormânt”. Holmes gândește la fel⁴⁹: „Dacă ne îndreptăm atenția spre dreptul contractelor, spune acesta, vedem că este încărcat de istorie. Distincțiile dintre *debt*⁵⁰, *covenant*⁵¹ și *assumpsit*⁵² sunt pur și simplu istorice. Calificarea drept quasi-contracte a unor obligații de plată, impuse de lege în lipsa unui acord de voințe este doar istorică. Doctrina lui *consideration*⁵³ este doar istorică. Efectul conferit unui sigiliu nu poate fi explicat decât prin

⁴⁶ *Techt vs. Hughes*, 229, N.Y. 222, 240.

⁴⁷ *J. Holmes*, în *N.Y. Trust Co. Vs. Eisner*, 236, U.S. 345, 349.

⁴⁸ *Equity and Forms of Action*, p. 296.

⁴⁹ *The Path of the Law*, 10 *Harvard L.R.* 472.

⁵⁰ Datorie (*n.t.*).

⁵¹ Obligație născută dintr-o promisiune; termenul *covenant* se folosește pentru câteva tipuri de clauze, e.g. *covenant not to compete* – clauză de neconcurență (*n.t.*).

⁵² Despăgubire pentru neexecutarea unei obligații contractuale. *Assumpsit* era numele acțiunii în despăgubiri pentru violarea contractului în *common law* (*n.t.*).

⁵³ În dreptul englez, *consideration* reprezintă un element necesar pentru formarea (validitatea) contractului. El reprezintă „răsplata” pe care o primește partea care se obligă la ceva. *Consideration* este foarte apropiat de ideea de contraprestație, fiind înrudit întrucâtva cu ceea ce înseamnă, în dreptul civil român, numai cauza imediată în contractele sinalagmatice. *Conside-*

istorie”. Puterile și funcția executorilor, distincția dintre furt și abuz de încredere, regulile privind competența jurisdicțională pentru delictele săvârșite de străini sunt numai câteva ilustrări luate la întâmplare ale dezvoltării istorice și pe care istoria tinde să le modeleze. Există situații în care materia se pretează aplicării oricărei metode, iar opțiunea și experiența judecătorilor determină alegerea căii de urmat. Subiectul a fost discutat cu acuratețe de Pound⁵⁴. Voi împrumuta unul dintre exemplele sale. Este valabil darul *inter vivos* al unui bun mobil fără predarea efectivă a acestuia? Controversa s-a prelungit timp de mai mulți ani înainte de a se calma. Unii judecători s-au bazat pe analogia cu dreptul roman. Alții pe istoria formelor de transmisiune din dreptul nostru. Pentru alții a fost importantă analiza conceptelor fundamentale, urmată de extinderea rezultatelor analizei la concluzii logice. Voința declarată de a da și de a primi este cea care produce efecte și nu ceea ce a fost în acord cu o definiție prestabilită a unei tranzacții juridice, un act juridic. Pentru alții, ideea centrală a constituit-o nu consecvența față de o concepție, nu aprecierea a ceea ce logic trebuia dat, cât mai ales consecvența față de istorie, aprecierea a ceea ce s-a dat. Cred că opiniile exprimate în *Lumley v. Gye* 2 El & Bl. 216, care a recunoscut dreptul la acțiune împotriva lui A pentru o ingerință de rea-credință în contractul dintre B și C, relevă aceleași divergențe, aceeași accentuată diferență. Deseori, cele două metode se completează reciproc. Care dintre metode va predomina în fiecare caz, poate depinde uneori de intuirea conformității sau oportunității, mult prea subtilă pentru a putea fi formulată, prea imponderabilă pentru a putea fi evaluată, prea volatilă pentru a putea fi localizată sau chiar înțeleasă pe deplin. Uneori tendințele predominante expuse în scrierile influente ale filozofilor dreptului pot înclina balanța. Există stiluri și mode în teoria dreptului, la fel ca și în literatură, artă sau îmbrăcăminte. Dar despre toate acestea voi spune mai multe atunci când voi vorbi despre forțele care lucrează subconștient în formarea dreptului.

Atunci când istoria sau filozofia nu ne folosesc pentru a stabili direcția unui principiu, poate interveni cutuma. Atunci când vorbim de cutume, putem subînțelege mai multe lucruri. „*Consuetudo*, spune Coke, este unul dintre marile triumfuri ale dreptului englez; acesta se împarte în *common law*, *statute law* și *cutumă*”⁵⁵. Aici *common law* și cutuma sunt considerate distincte. Nu aceeași este părerea lui Blackstone: „Această lege nescrisă sau *common law* trebuie împărțită în trei categorii: (1) Cutume generale, care reprezintă dreptul universal în întregul Regat și formează *common law*, în sensul său cel mai strict și uzual; (2) Cutume speciale, care afectează în cea mai mare parte numai locuitorii unor regiuni particulare; (3) Un anumit drept particular, care este adoptat prin cutumă și este utilizat de anumite instanțe care posedă o jurisdicție suficient de generală și de extinsă”⁵⁶.

ration implică ideea de cauză și ideea de obligații sinalagmatice. Or, acestea lipsesc în cazul titlurilor de credit care sunt acauzale și unilaterale. De aici, antiteza în care le situează autorul (*n.t.*).

⁵⁴ Juristic Science and the Law, 31 Harvard L.R. 1047.

⁵⁵ Coke on Littleton, 62a; *Post v. Pearsall*, 22 Wend. 440.

⁵⁶ Blackstone, Comm., p. 67, 68; *Graz*, Nature and Sources of the Law, p. 226, sec. 598; *Sadler*, The Relation of Custom to Law.

Fără îndoială că energia creativă a cutumelor în dezvoltarea *common law* este mai mică astăzi decât a fost în vremuri trecute⁵⁷. Chiar și în trecut, această energie creatoare a fost oarecum exagerată de Blackstone și de urmașii săi. „Astăzi recunoaștem, spune Pound⁵⁸, că cutuma este o cutumă a deciziei judiciare și nu a acțiunii populare”. „Este neîndoielnic, afirmă Gray⁵⁹, în toate etapele istoriei dreptului dacă regulile stabilite de judecători sunt cele care au generat o cutumă, mai mult decât au produs cutumele o regulă”. În zilele noastre, în toate cazurile, ne îndreptăm spre cutumă nu atât pentru a crea reguli noi, cât pentru a verifica standardele care determină modul în care se vor aplica regulile existente. Atunci când cutuma încearcă să facă mai mult de-atât, există o tendință crescândă a dreptului de a lăsa dezvoltarea în seama legislației. Judecătorii nu mai simt aceeași nevoie de a așeza *imprimatur*-ul dreptului pe cutumele născute mai recent, care bat la porțile sistemului juridic și sunt privite cu suspiciune, datorită unor noi aspecte de formă sau de fond, așa cum s-ar întâmpla dacă legislatorul nu s-ar întruni frecvent în sesiuni și nu ar fi capabil să emită legi necontestate sau necontestabile. Însă puterea nu se pierde, doar fiindcă este exercitată cu prudență. „Dreptul comercial, spune un judecător englez, nu este fix și stereotip, creșterea lui nu a fost oprită prin modelarea sa într-un cod; el are, pentru a folosi cuvintele Lord Chief Justice Cockburn în *Goodwin v. Roberts*, L.R. 10 Exch. 346, vocația de a fi extins și lărgit pentru a satisface nevoile comerțului”⁶⁰. Dacă nu există o lege contrară, practica comercială poate crea noi categorii de instrumente negociabile⁶¹. Obligațiile corporațiilor publice și private au calitatea de titluri negociabile, chiar dacă îmbracă o formă solemnă, ceea ce în *common law* ar fi imposibil. „Nu este nimic imoral sau contrar ordinii publice ca acestea să fie negociabile, dacă necesitățile comerțului o cer. O dogmă mai mult tehnică a instanțelor sau a *common law* nu poate interzice lumii comerciale să inventeze și să emită orice fel de garanții necunoscute în ultimul secol”⁶². Așadar, în conștiința oamenilor prezentului, marile invenții care au creat puterea aburului și electricitatea, telegraful și telefonul, au construit cutume noi și un drept nou. Deja există un corp de literatură juridică care se ocupă de problemele juridice ale aerului.

Cu toate acestea, nu atât în crearea de noi reguli, cât în aplicarea celor vechi s-a manifestat energia creatoare a cutumei în zilele noastre. Au fost stabilite standarde generale de drepturi și obligații. Cutuma trebuie să determine dacă au fost încălcate sau aplicate. Partenerul meu are puterile uzuale în comerț. Ele pot fi atât de bine cunoscute încât instanțele le aveau în vedere în procese. Așa sunt, de exemplu, puterile recunoscute unui membru al unei societăți comerciale de a emite sau de a gira titluri negociabile, în desfășurarea activității comerciale a firmei⁶³. Pot exista

⁵⁷ Gray, *supra* sec. 634; Salmond, *Jurisprudence*, p. 143; Geny, *op. cit.*, vol. I, p. 324, sec. 111.

⁵⁸ *Common Law and Legislation*, 21 *Harvard L.R.* 383, 406.

⁵⁹ *Supra* sec. 634.

⁶⁰ *Edelstein v. Schuler*, 1002, 2 *K.B.* 144, 154; *Bechuanaland Exploration Co. v London Trading Bank*, 1898, 2 *Q.B.* 658.

⁶¹ *Cases supra*.

⁶² *Mercer County v. Hackett*, 1 *Wall.* 83; *Chase Nat. Bank v. Faurot*, 149 *N.Y.* 532.

⁶³ *Levy v. Johnson*, 2 *pet.* 186

situații în care instanțele să solicite dovada existenței lor⁶⁴. Comitenții, pentru a fi exonerati de răspundere pentru faptele prepușilor lor, trebuie să-și exercite această calitate cu prudența exercitată în mod uzual de către o persoană cu o diligență normală. Judecătorii care analizează faptele ca să determine dacă standardul a fost respectat, trebuie să consulte obiceiurile de viață, credințele și practicile zilnice ale bărbaților și ale femeilor. De asemenea, sunt nenumărate cazurile în care comportamentul este determinat de cutume sau, mai corect, de uzanțele unui anumit comerț, piață sau profesie⁶⁵. Dreptul este traversat de prezumția constantă că evoluția naturală și spontană a obiceiului fixează limitele între bine și rău. O ușoară extindere a noțiunii de cutumă o identifică cu moralitatea comună, standardul prevalent al comportamentului corect, *mores* ale vremurilor⁶⁶. Acesta este punctul de contact dintre metoda tradiției și metoda sociologiei. Ele își au rădăcina în același pământ. Fiecare dintre metode menține interacțiunea dintre comportament și ordine, dintre viață și drept. Viața toarnă tiparul comportamental, care se va fixa într-o zi ca drept. Dreptul conservă tiparul care a luat forma și modelul vieții.

Am văzut la lucru trei dintre forțele directoare ale dreptului nostru, filozofia, istoria și cutuma. Am ajuns destul de departe pentru a înțelege complexitatea problemei. Putem observa că obstinția de a rămâne loiali precedentului și principiilor extrase din el nu ne va conduce prea departe. Principiile reprezintă legături complexe. Este suficient să afirmăm că suntem consecvenți, dar cu ce suntem consecvenți? Să fie vorba despre consecvența față de originile regulilor, față de cursul și tendința de dezvoltare? Să fim consecvenți cu logica, filozofia sau concepțiile fundamentale ale teoriei dreptului așa cum sunt ele dezvoltate prin prisma analizei sistemului nostru sau a sistemelor altora? Toate aceste loialități sunt posibile. Toate au prevalat în anumite perioade. Cum va trebui să alegem dintre ele? Lăsând la o parte această întrebare, cum vom putea să alegem dintre ele? Unele concepte ale dreptului au reprezentat, într-un sens specific, dezvoltarea istorică. În aceste materii istoria va tinde să imprime direcția de dezvoltare. În alte materii, unele concepte cuprinzătoare și fundamentale, pe care teoria comparativă le indică ca fiind comune cu cele din alte sisteme dezvoltate, se vor ridica la suprafață. În aceste materii vom acorda o libertate mai largă logicii și simetriei. Există un domeniu vast în care regula poate, aproximativ la fel de comod, să fie stabilită într-un fel sau în altul. Aici cutuma tinde să-și atribuie rolul de forță directoare în determinarea alegerii căii de urmat. În sfârșit, atunci când nevoile sociale pretind o anumită rezolvare, mai curând decât alta, este necesar să curbăm simetria, să ignorăm istoria și să sacrificăm cutuma, pentru a realiza o altă finalitate mai largă.

De la istorie, filozofie și cutume vom trece la forța care, în zilele noastre și pentru generația noastră, devine cea mai puternică dintre toate, puterea dreptății sociale, care-și găsește expresia în metoda sociologiei.

⁶⁴ *First Nat. Bank v. Farson*, 226, N.Y. 218.

⁶⁵ *Irwin v. Williar*, 110 U.S. 499, 513; *Walls v. Bailey*, 49 N.Y. 464; 2 Williston on Contracts, sec. 649.

⁶⁶ *Gény*, op. cit., vol. I, p. 319, sec. 130.

Scopul final al dreptului este bunăstarea societății. O regulă care-și greșește ținta nu-și poate justifica în mod permanent existența. „Considerațiile de natură etică nu mai pot fi excluse din administrarea justiției, pentru că ele reprezintă finalitatea și scopul tuturor legilor civile, așa cum nimeni nu poate exclude aerul vital din camera și din viața sa”⁶⁷. Logica, istoria și cutuma își au locul lor. Atunci când putem, vom modela dreptul după forma lor; dar numai înlăuntrul anumitor limite. Însă finalitatea căreia îi servește dreptul le va domina pe toate. Există o veche legendă care spune că odată Dumnezeu se ruga, și rugăciunea lui era: „Facă-se voia mea ca dreptatea mea să fie condusă de mila mea”. Aceasta este rugăciunea pe care noi toți simțim nevoia s-o rostim, atunci când demonii formalismului ademenesc intelectul cu ispita ordinii științifice. Desigur, nu vreau să spun că judecătorii trebuie să pună deoparte regulile existente, după bunul plac, în favoarea oricărui alt set de reguli pe care le-ar considera potrivite sau înțelepte. Vreau să spun că atunci când li se cere să determine până unde pot fi extinse sau restrânse regulile existente, trebuie să lase criteriul bunăstării societății să aleagă calea de urmat, direcția și lungimea ei. Nu trebuie să uităm, a spus Sir George Jessel într-o sentință des citată, că există un prag al ordinii publice pe care libertatea de a contracta nu îl poate depăși⁶⁸. Prin urmare, în acest domeniu există o limită a ordinii publice, care va prevala față de orice inconveniente temporare sau greutăți de moment și care nu poate sacrifica certitudinea, ordinea, uniformitatea și coerența. Toate aceste elemente trebuie luate în considerare. Trebuie să li se dea aceeași greutate pe care le-o dă o judecată sănătoasă. Ele sunt parte ale acelei bunăstări sociale pe care trebuie să o descoperim⁶⁹. La un moment dat am putea descoperi că există părți cu o valoare preponderentă. În alte momente vom descoperi că valoarea lor este subordonată. Trebuie să le evaluăm cât mai bine.

Am afirmat că judecătorii nu sunt meniți să facă sau să desființeze reguli, după bunul lor plac, în funcție de puncte de vedere schimbătoare. Judecătorii noștri nu pot spune ca Hobbes: „Regii succed unul altuia, și dacă pleacă un judecător, vine altul; pământul și cerul dispărea, dar niciun titlu dobândit prin dreptul natural nu va dispărea, pentru că ea este legea eternă a lui Dumnezeu. Prin urmare, toate sentințele pronunțate de judecătorii precedenți nu pot să creeze o normă contrară echității naturale, așa cum niciun exemplu al judecătorilor precedenți nu poate garanta o sentință nerezonabilă sau nu poate dispensa pe judecătorul actual de obligația de a studia ce este echitabil în cauză, pentru că el trebuie să judece în baza principiilor rațiunii sale naturale”⁷⁰. Mai aproape de adevăr sunt cuvintele unui judecător englez: „Sistemul nostru de *common law* constă în aplicarea la noi combinații de circumstanțe, a unor reguli de drept pe care le-am extras din principii de drept și precedente judiciare și, pentru a obține uniformitate, consistență și certitudine, trebuie să aplicăm aceste reguli ori de câte ori ele nu sunt total iraționale și nepotrivite, tuturor cazurilor care apar; nu avem dreptul să le refuzăm sau să abandonăm orice analogie cu situațiile în care ele nu au fost încă aplicate, pe motivul că ni se pare că regulile nu

⁶⁷ *Dillon, Laws and Jurisprudence of England and America*, p. 18, citat de *Pound*, 27, Harvard L.R. 731, 733.

⁶⁸ *Printing etc. Registering Co. v. Sampson*, L.R. 19 Eq. 462, 465.

⁶⁹ *Brutt supra* p. 161, 163.

⁷⁰ *Hobbes*, vol. II, p. 264; citat de *W.G. Miller, The Data of Jurisprudence*, p. 399.

sunt atât de raționale și potrivite cum am fi crezut”⁷¹. Aceasta nu înseamnă că nu există lacune, necompletate încă; înlăuntrul și în acest spațiu există o marjă largă pentru alegerea sentinței. Sir Justice Holmes le-a însumat în una din strălucitoarele sale maxime: „Recunosc, fără ezitare, că judecătorii trebuie să legifereze și legiferează, dar o fac numai în mod interstițial; ei sunt limitați la toate nivelurile. Un judecător de *common law* nu poate spune, cred: doctrina privind cauza actelor sinalagmatice este un nonsens istoric și nu o voi aplica în curtea mea”⁷². Această concepție a puterii legislative a judecătorului, operând într-un spațiu determinat, se înrudește cu teoria „lacunelor în drept”, familiară juriștilor străini⁷³. „Cadrul general furnizat de o lege trebuie umplut, pentru fiecare caz în parte, prin interpretare, adică urmând principiile stabilite de lege. În toate cazurile, fără excepție, este rolul instanțelor să suplinească ceea ce a omis legea, însă întotdeauna prin exercitarea funcției interpretative”⁷⁴. Dacă legea este interpretată prin metoda „deciziei libere”, procesul diferă în grad, mai degrabă decât prin natura sa, de procesul urmat de judecătorii din Anglia și America în dezvoltarea *common law*. Într-adevăr, Ehrlich, într-o carte recentă⁷⁵, citează pe un ton aprobator un autor englez care afirmă că⁷⁶ „un cod nu va putea, cu excepția câtorva cazuri în care actuala lege este obscură, să limiteze orice putere discreționară pe care o posedă judecătorii. Acesta va schimba doar forma regulii de care ei sunt ținuți”. Cred că afirmația depășește ținta. Fisurile din *common law* sunt mai adânci decât fisurile dintr-o lege, dacă avem în vedere legislația din Anglia și Statele Unite. În țările în care legile sunt mai apropiate de enunțurile principiilor generale, și nu există nicio încercare de a cuprinde detaliile sau particularitățile, legislația are o tendință mai redusă de a limita libertatea judecătorului. Acesta este motivul pentru care în dreptul nostru există de cele mai multe ori o libertate mai mare de alegere în interpretarea constituțiilor, decât în interpretarea legilor. Constituțiile enunță mai curând principii generale, care trebuie prelucrate și aplicate apoi unor condiții particulare. Ceea ce ne preocupă acum nu este, oricum, dimensiunea lacunelor. Mai degrabă ne preocupă principiul care va determina cum vor fi ele umplute, indiferent dacă ele sunt mai mari sau mai mici. Metoda sociologiei acoperă aceste lacune punând accentul pe bunăstarea societății.

Bunăstarea societății este un termen foarte general. Eu îl utilizez pentru a acoperi o serie de concepte mai mult sau mai puțin înrudite. El poate însemna ceea ce este denumit în limbaj comun ordine publică sau binele întregii colectivități. În asemenea cazuri, nevoile sunt, de regulă, dictate de utilitate și prudență. Pe de altă parte, poate însemna beneficiul social determinat de aderarea la standardele comportamentului

⁷¹ Sir James Parke, după Lordul Wensleydale, în *Mirehouse v. Russell*, 1 Cl & F. 527, 546, citat de *Erlich*, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, p. 234; *Pollock*, *Jurisprudence*, p. 323.

⁷² *Southern Pacific Co. V Jensen*, 244 U.S. 205, 221.

⁷³ *Modern Legal Philosophy Series*, p. 159-163, 172-175; *Erlich*, *Die Juristische Logik*, 215, 216; *Zitelman*, *Lücken im Recht*, 23; *Brütt*, *Die Kunst der Rechtsandwendung*, p. 75; *Stammler*, *Lehre von dem Richtigen Rechts*, p. 271.

⁷⁴ *Kiss*, *Equity and Law*, 9 *Modern Legal Philosophy Series*, p. 161.

⁷⁵ *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (1913), p. 234.

⁷⁶ 19, L.Q.R. 15.

corect, care-și găsește expresia în *mores* ale comunității. În acest caz, este nevoie de religie, etică, sens social al dreptății, fie că ele sunt expuse sub formă de principii sau sisteme, fie că sunt doar imanente în mentalul colectiv. Nimeni nu va găsi un termen unic pentru a le acoperi și toate scopurile similare care se întrepătrund în gradații imperceptibile. Poate am fi putut să ne întoarcem cu Kohler⁷⁷, cu Brütt⁷⁸ și Berolzheimer⁷⁹ la acel ceva nedefinit, dar comprehensibil, cunoscut sub denumirea de *Kultur*, dacă istoria recentă nu i-ar fi discreditat și infamat pe cei care l-au folosit. În locul lui am ales un termen care, chiar dacă nu este destul de precis pentru un filozof, va fi considerat ca suficient de bine definit și de cuprinzător încât să se potrivească scopurilor unui judecător.

Cred că este adevărat că astăzi, în fiecare ramură a dreptului valoarea socială a unei reguli a devenit un test a cărui importanță și putere este în continuă creștere. Acest adevăr a fost bine clarificat pentru juriștii din această țară în scrierile Decanului Pound. „Poate că cel mai puternic progres al științei dreptului modern este înlocuirea atitudinii analitice cu o atitudine funcțională”⁸⁰. „Accentul s-a mutat de la conținutul normei și de la existența unei sancțiuni, la efectele normei în acțiune și la măsura în care sancțiunea este disponibilă și efectivă pentru a acoperi scopul pentru care a fost creată norma”⁸¹. Juriștii străini gândesc într-un mod asemănător. „Întreaga funcție judiciară, spune Gmelin⁸², a fost... schimbată. Voința Statului, exprimată în decizii și sentințe, este aceea de a realiza o determinare corectă prin simțul subiectiv al dreptății pe care-l are orice judecător, ghidat de o cântărire efectivă a intereselor părților, în lumina opiniilor general prevalente în societate cu privire la tranzacțiile în cauză. Determinarea va trebui, în toate cazurile, să fie armonizată cu cerințele buneii credințe în desfășurarea afacerii și cu nevoile practice ale vieții, în măsura în care nu există o lege care să o interzică; și în cântărirea intereselor aflate în conflict, interesul care este mai bine fundamentat pe rațiune și posedă cea mai mare valoare merită să fie protejat și trebuie ajutat să obțină victoria”⁸³. „Pe de o parte, spune Gény⁸⁴, trebuie să ne adresăm rațiunii și conștiinței, să descoperim în natura noastră cea mai profundă adevăratele baze ale dreptății; pe de altă parte, trebuie să ne adresăm fenomenului social pentru a ne convinge de armonia legilor și de principiile de ordine pe care le pretind”. Și din nou⁸⁵ „Dreptatea și utilitatea generală, acestea trebuie să fie cele două obiective care ne vor conduce”.

Toate ramurile dreptului au fost atinse și înălțate de acest suflu. În unele dintre acestea în orice caz, metoda sociologiei lucrează în armonie cu metoda filozofiei, cea

⁷⁷ Enzyklopadie, Bd. 1, D, 30; Philosophy of Law, 12 Modern Legal Philosophy Series, p. 58.

⁷⁸ *Supra* p. 133 și urm.

⁷⁹ System des Rechts und Wirthschaftsphilosophie, Bd. 3, s. 28.

⁸⁰ Pound, Administrative Application of legal Standards, Proceedings American Bar Association, 1919, p. 441, 449.

⁸¹ *Ibid.*, p. 451; Pound, Mechanical Jurisprudence, Columbia L.R. 603.

⁸² Sociological Method, 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 131.

⁸³ Gmelin *supra* Ehrlich, Die Juirstische Logic, p. 187; Duguit, Les Transformations du droit depuis le Code Napoleon, trad., Continental Legal History Series, vol. XI, p. 72, 79.

⁸⁴ *Op. cit.*, vol. II, p. 92, sec. 159.

⁸⁵ Vol. II, p. 91.

a evoluției sau cea a tradiției. Acestea sunt, așadar, domenii în care logica, coerența și consistența trebuie încă considerate ca finalități. În altele, aceasta pare să înlocuiască metodele cu care se află în competiție. Acestea din urmă sunt domeniile în care virtuțile consistenței trebuie să se supună acelor limite interstițiale în care se mișcă puterea judiciară. Într-un anumit sens este adevărat că aplicăm metoda sociologiei atunci când privim logica, coerența și consistența ca fiind cele mai importante valori sociale. Sunt preocupat deocamdată de acele domenii în care această metodă este în antagonism cu celelalte, mai degrabă decât de acelea în care acțiunea lor este la unison. O distincție precisă este, desigur, imposibilă. Câteva arii generale pot fi, în orice caz, marcate ca fiind acelea în care metoda sociologică se aplică cu succes. Dați-mi voie să caut câteva exemple ale modului în care funcționează. Le voi căuta, în primul rând în domeniul dreptului constituțional, unde primatul acestei metode este, cred, neîndoielnică, apoi în anumite ramuri ale dreptului privat unde ordinea publică, odată ce a creat anumite reguli, trebuie să aibă capacitatea de a le modifica și, în cele din urmă, în alte ramuri în care metoda, deși cu mai puțină insistență și vizibilitate, există totuși în fundal și iese în față atunci când tehnicitatea, logica sau tradiția par să ridice pretenții nemeritate.

Voi vorbi mai întâi despre Constituție și, în particular, despre marile imunități cu care aceasta înconjoară individul. Nimeni nu poate fi privat de libertate fără un proces echitabil. Acesta este un concept foarte general. Cu toate acestea el este opus instanțelor *en bloc*. Libertatea nu este definită. Limitele sale nu sunt cartografiate sau schițate. Cum vor putea fi ele cunoscute? Oare libertatea înseamnă același lucru pentru generațiile succesive? Pot restricțiile, care au fost arbitrare ieri, să fie utile și raționale și, prin urmare, legale astăzi? Pot restricțiile, care sunt arbitrare astăzi, să fie utile și raționale și, prin urmare, legale mâine? Nu am nicio îndoială că trebuie să răspundem „da” la toate aceste întrebări. Au existat de-a lungul istoriei noastre juridice epoci în care răspunsul ar fi putut să fie „nu”. Libertatea a fost concepută inițial ca ceva static și absolut. Declarația de independență a păstrat-o cu sfințenie. Sângele revoluției a sanctificat-o. Filozofia politică a lui Rousseau și Locke și mai târziu a lui Herbert Spencer și a Școlii economice de la Manchester i-au conferit demnitate și au raționalizat-o. *Laissez faire* nu a fost doar un îndemn la precauție de care oamenii de stat ar trebui să țină cont. A fost un imperativ categoric căruia atât oamenii de stat, cât și judecătorii trebuiau să i se supună. „Teoria secolului al XIX-lea” a fost „una a concepțiilor juridice eterne cuprinse în ideea de dreptate și conținând potențial o regulă precisă pentru fiecare caz și care putea fi obținută printr-un proces absolut de deducție logică”⁸⁶. Secolul nu s-a terminat înainte ca o nouă filozofie politică să se reflecte în activitatea oamenilor de stat și în cele din urmă în sentințele tribunalelor. Tranziția este descrisă interesant de către Dicey în lucrarea sa „Drept și opinie în Anglia”⁸⁷. „Schimbarea de la liberalismul individualist la colectivismul nesistematic” a adus schimbări în ordinea socială și a adus după sine nevoia de a proceda la o nouă formulare a drepturilor și obligațiilor fundamentale. În țara noastră, această nevoie nu s-a manifestat atât de devreme. Instanțele încă se mai pronunță folosind frazele unei

⁸⁶ Pound, *Juristic Science and The Law*, 31 Harvard L.R. 1047, 1048.

⁸⁷ Duguit *supra*.

filozofii apuse⁸⁸. În orice caz, gradual, nu fără proteste frecvente și pași înapoi, o nouă concepție asupra semnificației limitărilor constituționale în domeniul libertății individuale a căpătat recunoașterea și a obținut mai apoi dominația. Judecătorul Hough, într-o interesantă alocuțiune, a identificat răsăritul noii epoci în anul 1883, în motivarea din *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516⁸⁹. Chiar dacă zorile noii epoci s-au ivit în acel moment, ea încă era învăluită în nori și ceață. Raze scânteietoare de lumină anunțau o nouă zi. Însă ele nu erau suficiente pentru a lumina calea. Chiar și în 1905, în sentința pronunțată în *Lochner v. N.Y.*, 198 U.S. 45 se mai vorbește încă în termeni neatinși de lumina noii concepții. Opinia dizidentă a lui Justice Holmes este aceea către care se vor întoarce oamenii din viitor pentru a putea vedea începutul unei noi ere⁹⁰. Pentru moment a fost vocea unei minorități. În principiu, a devenit vocea unei noi ordini care s-a înscris în drept. „Al paisprezecelea amendament nu legiferează lucrarea «Social Statics» a lui Herbert Spencer”⁹¹. O Constituție nu este menită să încorporeze o teorie economică particulară, fie că este vorba de paternalism și de relația organică a cetățenilor cu statul, fie că este vorba de *laissez faire*⁹². „Cuvântul libertate este pervertit în cel de-al paisprezecelea amendament atunci când este interpretat ca să blocheze exprimarea naturală a opiniei dominante, cu excepția cazului în care se poate spune că o persoană rațională și corectă va admite, în mod necesar, că legea propusă încalcă principiile fundamentale, așa cum au fost ele înțelese de tradiția poporului și a dreptului nostru”⁹³. Aceasta este concepția dominantă despre libertate, în zilele noastre⁹⁴. Ea are și astăzi criticii săi⁹⁵, însă dominația îi este, cred, asigurată. Fără îndoială, vor exista din timp în timp diferențe de opinie atunci când un concept atât de delicat se aplică unor condiții variabile⁹⁶. Uneori, într-adevăr, condițiile însele sunt imperfect relevate și insuficient cunoscute. Factorii care otrăvesc opinia încă de la izvoare sunt numeroși și insidioși. Tribunalele au fost deseori induse în eroare și, atunci când au invalidat anumite legi, au făcut-o nu din cauza înțelegerii greșite a dreptului, ci a faptelor. Acest lucru s-a întâmplat la New York. O lege care interzicea efectuarea muncii femeilor pe timp de noapte a fost declarată arbitrară și nulă în 1907⁹⁷. În 1915, având cunoștințe mai extinse, în baza cercetărilor efectuate de lucrătorii sociali, o lege asemănătoare a fost declarată corectă și valabilă⁹⁸. Instanțele știu astăzi că legile nu trebuie privite în mod izolat sau *in vacuo*, ca simple declarații ale unor principii abstracte care trebuie să ghideze

⁸⁸ Haines, *The Law of Nature in Federal Decisions*, 25 Yale L.J. 617.

⁸⁹ Hough, *Due Process of Law Today* 32, Harvard L.R. 218, 227.

⁹⁰ Hough, p. 232; de asemenea, *Frankfurter*, *Const. Opinions of J. Holmes*, 29 Harvard L.R. 683, 687; *Ehrlich*, *Die juristische Logic*, p. 237, 239.

⁹¹ 198, U.S. 75.

⁹² P. 75.

⁹³ P. 76.

⁹⁴ *Noble v. State Bank*, 229, U.S. 104; *Tanner v. Little*, 240 U.S. 369; *Hall v. Geiger Jones Co.*, 242 U.S. 539; *Green v. Frazier*, 253 U.S. 233; *Frankfurter supra*.

⁹⁵ *Burgess*, *Reconciliation of Government and Liberty*.

⁹⁶ *Adams v. Tanner*, 244, U.S. 590.

⁹⁷ *People v. Williams*, 189, N.Y. 131.

⁹⁸ *People v. Schweinler Press*, 214 N.Y. 395.

o comunitate ideală, ci trebuie privite în contextul condițiilor actuale, așa cum sunt ele relevate prin munca economiștilor și cercetătorilor din domeniul științelor sociale din țara noastră și din străinătate⁹⁹. Aceeași concepție fluidă și dinamică care a pus în evidență noțiunea modernă de libertate, asigurată individului de imunitatea constituțională, trebuie să caracterizeze, de asemenea, cunoscuta noțiune de egalitate. Niciun stat nu va refuza vreunei persoane aflate sub jurisdicția sa „protecția egală a legilor”¹⁰⁰. Restricțiile, privite mai îndeaproape, par să încurajeze inechitatea. Aceleași restricții, privite în general, pot părea „necesare pe termen lung în vederea stabilirii egalității de poziții a părților între care se naște libertatea contractuală”¹⁰¹. Charmont, în „La Renaissance du droit naturel”¹⁰² dă expresie aceluiași gânduri: „*On tend à considerer qu'il n'y a pas de contrat respectable si les parties n'ont pas été placées dans les conditions non seulement de liberté, mais d'égalité. Si l'un des contractants est sans abri, sans ressources, condamné à subir les exigences de l'autre, la liberté de fait est supprimée*”¹⁰³.

Din toate acestea rezultă că conținutul imunităților constituționale nu este constant, ci variabil în timp. „Nevoile generațiilor succesive pot impune astăzi restricții imperative, restricții care păreau absurde și arbitrare în viziunea din trecut”¹⁰⁴. „Nu trebuie să uităm niciodată”, în celebra formulare a lui Marshall, „că ceea ce interpretăm este o Constituție”¹⁰⁵. Legile sunt menite să satisfacă exigențe trecătoare ale momentului. Este ușor să fie amendate atunci când exigențele se modifică. În asemenea cazuri, sensul, odată stabilit, tinde, în mod legitim, să se stereotipizeze în forma sa inițială. O Constituție nu instituie sau nu ar trebui să instituie reguli normative care trec, ci principii pentru viitor. Pe măsură ce o Constituție deviază de la acest standard și coboară în detalii și particularități, își pierde flexibilitatea, scopul interpretării se restrânge și sensul devine rigid. Câtă vreme este loială funcției sale, ea își menține capacitatea de adaptare, suplețea și rolul. Cred că este interesant de menționat că și în interpretarea legilor obișnuite există juriști, mai ales în străinătate, care susțin că sensul de astăzi nu este întotdeauna sensul de mâine. „Președintele celei mai înalte instanțe franceze, Dl. Ballot-Beaupré, a explicat, acum câțiva ani, că prevederile Codului Napoleon au fost adaptate condițiilor moderne printr-o interpretare juridică în „*le sens évolutif*”. „Nu ne întrebăm, spune acesta, care a fost intenția legislatorului acum un secol, ci care ar fi fost intenția sa dacă ar fi

⁹⁹ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412; *Pound*, Courts and Legislation, 9 Modern Legal Philosophy Series p. 225; *Pound*, Scope and Progress of Sociological Jurisprudence, 25 Harvard L.R. 513; *J. Brandeis*, în *Adams v. Tanner*, 244, U.S. 590, 600.

¹⁰⁰ Constituția SUA, al 14-lea Amendament.

¹⁰¹ *J. Holmes*, în *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. I, 27.

¹⁰² *Montpellier*, Coulet et fils, editeurs, 1910.

¹⁰³ Tindem să considerăm că nu există un contract respectabil dacă părțile nu au fost plasate în aceleași condiții, nu numai de libertate, dar și de egalitate. Dacă una din părțile contractante este fără apărare sau fără resurse, condamnată să suporte pretențiile celeilalte, libertatea este, în fapt, suprimată – *Charmont*, *supra* p. 172; 7 Modern Legal Philosophy Series, p. 110, sec. 83.

¹⁰⁴ *Klein v. Maravelas*, 229 N.Y. 383, 386.

¹⁰⁵ *Frankfruter supra*; *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat 407.

știut care sunt condițiile actuale”¹⁰⁶. Tot astfel, Kohler afirma: „Din toate acestea rezultă că interpretarea unei legi nu trebuie, în niciun caz, să rămână mereu aceeași. A vorbi despre o interpretare exclusiv corectă, una care să reprezinte adevăratul înțeles al unei legi de la începuturi și până în zilele noastre, este, fără îndoială, eronat”¹⁰⁷. Cred că exemplele în care această metodă de interpretare să fi fost aplicată în dreptul din Anglia sau din America legislației ordinare, ar trebui să fie rare, dacă s-ar găsi vreunul. Nu am nicio îndoială că a fost aplicată în trecut și că va fi aplicată în viitor cu o frecvență crescută, pentru a fixa scopul și înțelesul normelor generale și imunităților în stat și în Constituțiile naționale. Nu văd niciun motiv pentru care nu ar putea fi aplicat legilor modelate pe aceleași modele generale, în măsura în care acestea există. Trebuie să le citim în „*le sens evolutif*”¹⁰⁸, indiferent dacă rezultatul este restrângerea sau extinderea lor.

Pot fi găsite ilustrări în legile și sentințele recente. Curtea Supremă a decis mai demult că legislativul are puterea de a controla și reglementa o afacere afectată de „folosința publică”¹⁰⁹. Astăzi Curtea Supremă statuează că există o asemenea putere acolo unde afacerea este afectată de un „interes public”¹¹⁰. Afacerile din domeniul asigurărilor împotriva incendiilor au fost incluse în această categorie¹¹¹. O decizie recentă a unei curți inferioare a plasat în aceeași categorie afacerile din domeniul comerțului cu cărbuni, deoarece stările de urgență în caz de război sau dislocările masive datorate războiului pot determina greutăți și distorsiuni pe târâmul concurenței neloiale¹¹². Avocații recentelor legi ale locuințelor din New York¹¹³ încearcă să găsească în principii asemănătoare justificarea aplicării unor restricții vechiului drept de proprietate. Nu vreau să sugerez în niciun fel că unele din aceste legi ar putea merge prea departe, în unele dintre aspectele lor. Nu fac nimic mai mult decât să indic natura problemei, metoda și spiritul de abordare¹¹⁴. Proprietatea, asemenea libertății, deși imunizată constituțional împotriva distrugerii, nu este imună la o reglementare esențială pentru binele comun. Care va fi această reglementare, va decide fiecare generație pentru sine¹¹⁵. Generația care ne-a dat *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876) și alte cazuri similare, a impus dreptul de a reglementa ori de câte ori afacerea a fost „afectată de o folosință publică”. Aplicarea acestei sintagme a însemnat mult

¹⁰⁶ *Munroe Smith*, Jurisprudence, p. 29, 30; *Vander Eycken supra* 383, 384; de asemenea *Brütt supra* p. 62.

¹⁰⁷ *Kohler*, Interpretation of Law, tradus în 9 Modern Legal Philosophy Series, 192, conform Raportului Prof. Huber asupra Codul german, citat de *Gény*, *Technic of Codes*, 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 548? De asemenea, *Gény*, *Méthode et Sources en droit privé positif*, vol. I, p. 273.

¹⁰⁸ *Munroe Smith supra*.

¹⁰⁹ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113.

¹¹⁰ *German Alliance Ins. Co. v. Kansas*, 233 U.S. 389.

¹¹¹ *German Alliance Ins. Co. v. Kansas supra*.

¹¹² *American Coal Mining Co. v. Coal & Food Commission*, U.S. District Court, Indiana, Sept. 6, 1920.

¹¹³ L 1920, cap. de la 942 la 953.

¹¹⁴ Legile au fost adoptate după ce aceste cursuri au fost scrise; *People ex. rel. Durham Realty Co. v. La fetra*, 230 N.Y. 429; *Marcus Brown Holding Co. v. Feldman*, 236 U.S. 170.

¹¹⁵ *Green v. Frazier*, 253, U.S. 233.

mai puțin decât dacă am fi spus ori de câte ori nevoile sociale vor deveni iminente sau presante. O asemenea formulare a principiului a fost poate adecvată exigențelor timpului. Astăzi, în gândirea politică și juridică există tendința crescândă de a investiga principiul mai profund și de a-l formula mai extins. Oamenii afirmă astăzi că proprietatea, ca și alte instituții ale societății, trebuie să îndeplinească o funcție socială. O legislație care distruge instituția este una. O legislație care o recunoaște conform funcției este altceva. Aceasta este tema dominantă a unei noi și puternice școli de publiciști și juriști din Europa continentală și din Anglia, și chiar și aici. În Franța vom regăsi această idee puternic și sugestiv dezvoltată de către Duguit în „Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon”¹¹⁶. Este încă prea devreme să putem spune în ce fel își va câștiga, până la urmă, un loc în dreptul nostru această nouă concepție a funcției dreptului de proprietate și obligațiilor care decurg. Poate vom descoperi că în veșmântul noii filozofii există ceva mai mult decât *Munn v. Illinois*. Nu încerc să prezic măsura în care o vom adopta și nici măcar să afirm că o vom adopta vreodată. Pentru scopul meu actual este suficient să arăt că vremuri și obiceiuri noi ar putea pretinde noi standarde și noi reguli.

Atunci tribunalele vor fi libere să determine limitele imunității individuale pentru a-și modela sentințele în acord cu rațiunea și dreptatea. Aceasta nu înseamnă că și în aprecierea validității legilor judecătorești sunt liberi să le substituie propriile idei despre rațiune și dreptate și să le aplice bărbaților și femeilor pe care îi servesc. Standardul lor trebuie să fie unul mai obiectiv. În asemenea chestiuni, ceea ce contează nu este ceea ce cred eu că este corect. Contează ceea ce eu pot crede, în mod rezonabil, că și alți oameni cu un intelect și conștiință normală ar putea considera corect. În timp ce tribunalele trebuie să exercite o judecată proprie, nu este în niciun caz adevărat că fiecare lege care ar putea părea judecătorilor care o analizează ca fiind excesivă, nepotrivită scopului său aparent sau bazată pe concepții morale cu care aceștia nu sunt de acord, este neavenită. Trebuie acordată o libertate considerabilă diferențelor de viziuni, cât și posibilelor condiții individuale pe care aceste tribunale le pot cunoaște într-un mod imperfect sau deloc. Altfel, o Constituție, în loc să instituie doar reguli de drept relativ fundamentale, așa cum înțelegem, în general, în toate comunitățile vorbitoare de limbă engleză, ar putea deveni partizana unui set particular de opinii etice sau economice care, în niciun caz nu sunt *semper ubique et ab omnibus*¹¹⁷.

Aici, așa cum se întâmplă adesea în drept, „standardul de comportament este unul extern și nu ține seama de ecuația personală a celor implicați”¹¹⁸. „Exegețul, spune Brütt¹¹⁹, trebuie, mai presus de toate, să pună deoparte propriile estimări despre valorile politice și legislative și trebuie să încerce să certifice într-un spirit pur obiectiv ca mod de regularizare a vieții sociale a comunității se potrivește cel mai bine scopului dreptului în chestiune, în circumstanțele date”. În câteva domenii ale dreptului există, într-adevăr, o libertate mai mare pentru viziuni subiective. Despre acestea voi vorbi în cele ce urmează. Elementul personal, oricare ar fi viziunea sa în

¹¹⁶ Tradus în Continental Legal History Series, vol. XI, p. 74, sec. 6, și urm., pentru o părere mai extremă a se vedea *R.H. Tawney, The Acquisitive Society*.

¹¹⁷ *Otis v. Parker*, 187 U.S. 608.

¹¹⁸ *The Germanic*, 196 U.S. 589, 596.

¹¹⁹ *Die Kunst der Rechtsanwendung*, p. 57.

alte sfere, ar trebui să fie prea puțin sau deloc implicat în determinarea limitelor puterii legislative. O ramură a guvernământului nu poate impune alteia propriile standarde de conduită. „Trebuie amintit că legislatorul este gardianul suprem al libertăților și al bunăstării poporului, în aceeași măsură ca și tribunalele”¹²⁰.

Unii critici ai dreptului nostru public insistă asupra faptului că puterea tribunalelor de a fixa limitele în care este permisă ingerința legislației în sfera libertății individuale este una care trebuie retrasă¹²¹. Aceasta înseamnă, spun ei, fie prea mult, fie prea puțin. Dacă este exercitată în mod liber, dacă este folosită ca o scuză pentru a impune individului constrângeri și filozofia judecătorilor despre alte ramuri ale guvernământului, dacă stereotipizează legislația în forme și limite care au fost potrivite în secolul al nouăsprezecelea sau chiar al optsprezecelea, ele blochează progresul și aduc neîncredere și suspiciune față de tribunale. Dacă, pe de altă parte, puterea este interpretată într-un sens larg și variabil, care cred că este cel mai potrivit, dacă legile sunt susținute cu excepția cazurilor în care sunt evident arbitrare și opresive în sensul că nicio persoană, bărbat sau femeie, normală nu le-ar putea privi altfel, dreptul de a superviza, se spune, nu poate prezenta un pericol de abuz. „Nu există nicio îndoială că vine o vreme când o lege este atât de evident opresivă și absurdă încât nu poate fi justificată într-o organizare politică sănătoasă”¹²². Asemenea timpuri s-ar putea să vină cu adevărat, deși poate mai rar. Probabil că sunt puține cazuri când legislatorul ar edicta o lege care merită să fie condamnată după aplicarea unui test atât de liberal; și dacă neglijența, graba sau pasiunile de moment vor da naștere, la intervale mari, unor asemenea legi care oprimă indivizi sau categorii de indivizi, putem avea încredere că legislatorul succesiv va reuși să înlătura răul. Acesta este argumentul criticilor la adresa sistemului actual. Convingerea mea este că se pune prea puțin accent pe valoarea „imponderabilităților”. Utilitatea unei puteri externe care temperează deciziile legislative nu poate fi măsurată prin contabilizarea ocaziilor în care a fost exercitată. Marile idei ale libertății și egalității s-au păstrat în ciuda asalturilor oportunismului, avantajelor momentului, eroziunii produse de mici violări, disprețului și derâderii celor care nu au avut răbdare cu principiile generale, prin sanctificarea lor în Constituții și prin instituirea unui corp de apărători care au sarcina protejării acestora. Sub o influență conștientă sau subconștientă, prezența acestei puteri negative, retrasă în fundal, dar cu toate acestea mereu pregătită să acționeze, tinde să stabilizeze și să raționalizeze deciziile legislative, să le insufle strălucirea principiului, să mențină standardul ridicat și vizibil pentru cei care trebuie să rămână în cursă și să mențină încrederea”¹²³. Nu doresc să neg că au existat vremuri când posibilitatea controlului judiciar a funcționat într-un alt mod. Legislatorii și-au neglijat uneori propriile responsabilități și au transferat-o instanțelor. Asemenea pericole trebuie puse în balanță cu independența față de orice constrângeri, independența din partea funcționarilor publici aleși pe termen scurt, lipsiți de forța de a orienta o tradiție. În general, cred ultimul pericol este și cel mai redutabil. Marile reguli, dacă pot fi violate fără consecință, sunt deseori vorbe goale

¹²⁰ *Missouri, K & T. Co. v. May*, 194, U.S. 267, 270; *People v. Crane*, 214 N.Y. 154, 173.

¹²¹ *Collins*, The 14th Amendment and the States, p. 138, 166.

¹²² Learned hand, Due Process of Law and the Eight Hour Day, 21 Harvard L.R. 495, 508.

¹²³ *Laski*, Authority in the Modern State, p. 62, 63.

care se transformă, cu ușurință, în lipsă de respect. Puterea de control a sistemului judiciar nu-și manifestă valoarea decât în câteva cazuri în care legislatorul a depășit limitele puterii sale discreționare. Mai degrabă vom descoperi valoarea sa principală în faptul de a exprima cu voce tare și a face auzite idealurile care, altfel, ar fi reduse la tăcere, în faptul de a le conferi continuitatea existenței și a expresiei, în faptul că ghidează și menține opțiunile în limitele de opțiune extinse... Această funcție ar trebui să păstreze, în favoarea instanțelor, o putere care acum nu le aparține, însă doar cu condiția ca puterea să fie exercitată cu atenția cuvenită valorilor sociale, cu suplețe de adaptare la nevoile sociale în schimbare.

Voi trece la o altă materie, în care dominația metodei sociologice poate fi considerată garantată. Există unele reguli de drept privat a căror formă a fost creată de ordinea publică, și acestea, nu doar în tăcere sau în legătură cu alte forțe, ci în mod expres și în mod aproape exclusiv. Ordinea publică, determinată de noi condiții, se poate schimba. Voi lua pentru ilustrare decizii moderne care au liberalizat regulile *common law* prin condamnarea contractelor care restrângeau libertatea comerțului. Aici instanțele și-au permis o libertate de acțiune care în alte domenii ale dreptului nu ar fi fost recunoscută. Lordul Watson a ridicat problema într-un mod direct în *Nordenfeldt v. Maxim, Nordenfeld Guns & Ammunition Co.* L.R. 1894, App. Cas. 535, 553: „O serie de sentințe bazate pe ordinea publică, emise de judecători eminenti, nu au aceeași autoritate ca și sentințele care operează cu și formulează principii care sunt pur legale. Cursul politicilor publice din orice țară cu privire la și pentru promovarea intereselor, comerțului lor, trebuie, pe măsura trecerii timpului și a dezvoltării comerțului, să aplice schimbările și dezvoltările care se produc din diferite cauze care, împreună, sunt independente de acțiunile tribunalelor. În Anglia cel puțin formarea și fixarea politicii naționale, este dincolo de jurisdicția tribunalelor. Rolul tribunalelor, atunci când o cauză ca aceasta ajunge în fața lor, nu este, în opinia mea, să accepte în mod necesar ceea ce a constituit o regulă de ordine publică acum o sută sau o sută cincizeci de ani, ci să confirme, cu cea mai mare acuratețe permisă de circumstanțe, care este regula de ordine publică aplicabilă vremurilor prezente. Atunci când o regulă a fost bine stabilită, este de datoria lor să refuze să confere efecte unui contract privat care încalcă regula și care, dacă ar fi investit cu forță juridică s-ar dovedi dăunător pentru societate”. Aceeași linie de gândire își găsește expresia în opiniile propriilor noastre curți. „Regulile arbitrar care inițial au fost bine fundamentate, au fost înlăturate în noile condiții, iar principiile directe au fost aplicate metodelor actuale de a conduce afacerile. Tendința majorității instanțelor din America este în aceeași direcție”¹²⁴. Cred că putem identifica o dezvoltare similară a atitudinii instanțelor vizavi de activitatea sindicatelor. Suspiciunile și chiar ostilitatea generației anterioare s-au reflectat în sentințe care au trebuit reformulate sub premisa schimbării concepției asupra valorii¹²⁵. Unele remanente ale vechilor puncte de vedere au rămas, dar ele nu sunt altceva decât remanente. Metoda este una care creează încă sau, și mai bine, re-creează. Nu există nicio îndoială că această nouă formă va purta amprenta nevoilor sociale și a valorilor care apar și care pretind recunoaștere și putere.

¹²⁴ J. Knowlton, în *Anchor Electric Co. v. Hawkes*, 171, Mass. 101, 104.

¹²⁵ Laski, *Authority in the Modern State*, p. 39.