Benjamin N. CARDOZO

Natura procesului judiciar (II)

Cursul III. Metoda sociologiei: judecătorul legislator

Am ales aceste ramuri ale dreptului numai ca ilustrații evidente ale faptului că tribunalele aplică metoda sociologiei. Dar adevărul este că nu există nicio ramură în care metoda să nu fie utilă. Chiar şi atunci când nu pare să domine, ea se află mereu în rezervă. Ea arbitrează celelalte metode şi determină, într-o ultimă analiză, alegerea fiecăreia, cântăreşte revendicările aflate în competiție, stabileşte limite pretențiilor acestora, le echilibrează, le modelează şi le armonizează. Puține din regulile vremurilor noastre sunt atât de bine stabilite încât să putem apela la ele oricând, şi ele să-şi justifice întotdeauna existența ca mijloace adaptate unui scop. Dacă nu funcționează, sunt bolnave. Dacă sunt bolnave, nu se pot propaga. Uneori sunt eliminate şi extirpate complet. Uneori sunt lăsate ca umbre ale unei vieți care continuă, dar sterilizate, trunchiate, incapabile să dăuneze.

În cazurile care privesc dreptul beneficiarului de a pretinde daune contractuale avem o foarte bună ilustrare a forței consistenței logice, apoi a cedării sale treptate în fața exigențelor practice în situații izolate sau excepționale şi, în final, a forței generatoare a excepțiilor în formarea unei reguli noi. Anglia a fost consecventă din punct de vedere al logicii şi a negat cu totul dreptul la acțiune. New York-ul şi cele mai multe state au răspuns nevoilor practice şi au recunoscut dreptul la acțiune dar, la început, numai în mod excepțional şi supus unui număr mare de restricții. Progresiv excepțiile s-au extins, astfel încât, în zilele noastre, a mai rămas prea puțin din reguli[1]. Aceasta a supraviețuit cu precădere în acele cazuri în care extinderea dreptului la acțiune la alte persoane decât părțile contractante ar fi fost împotriva scopului dreptului sau ar fi determinat dificultăți practice[2]. Regulile care au derivat, printr-un proces de deducție logică, din teoria contractului şi a obligației au fost distruse de acțiunea corozivă, lentă şi continuă, a utilității şi a dreptății[3].

Vedem acelaşi proces cum se derulează şi în alte domenii. Nu mai interpretăm contractele cu adeziune meticuloasă la litera lor, atunci când litera este în conflict cu spiritul. Uneori, înțelegem că ele implică obligații pe care nu le afirmă explicit. „Dreptul şi-a depăşit stagiul primitiv al formalismului, când cuvântul exact era talismanul suveran, şi orice alunecare era fatală”[4]. Poate că în domeniul procedurii am fost martorii schimbărilor celor mai importante; cu toate acestea, schimbările cele mai mari vor apărea de-abia de acum înainte. Punerea sub acuzare scrisă şi memoriile din procesele civile sunt privite cu ochi indulgenți. Regulile privitoare la probe sunt,

---

[1] *Seaver v. Ransom*, *224 N.Y. 233.*

[2] *Fosmire v. National Surety Co, 229 N.Y. 44*.

[3] Cf. *Duguit*, op. cit., Conntinental Legal Hist. Series, vol. XI, p. 120, sec. 36.

[4] *Wood v. Duff Gordon*, N.Y 88.

tot mai frecvent, la discreția judecătorilor care conduc procesul. Erorile nu mai constituie motive de anulare a unei hotărâri, cu consecința neplăcută a reluării procesului, în afară de cazul în care instanța de apel este convinsă de faptul că ele au afectat rezultatul. A fost uneori necesară o legislație pentru a ne elibera de vechile obstacole. Uneori, conservatorismul judecătorilor a amenințat să priveze temporar legislația de efectivitate[5]. Acest pericol a fost vizibil în atitudinea tribunalelor față de reformele cuprinse în coduri de procedură, atunci când acestea au fost adoptate pentru prima oară[6]. Precedentele stabilite în acele vremuri exercită o influență nefericită chiar şi astăzi. Cu toate acestea, astăzi tendința este aceea a unui liberalism în creştere. Noul spirit şi-a croit drumul în mod progresiv; iar progresul său, neobservat pas cu pas, este vizibil dacă privim retrospectiv întregul drum parcurs. Vechile forme rămân, dar ele sunt umplute de un conținut nou. Ne eliberăm de ceea ce Ehrlich numeşte *„die spielerische und die matematische Entscheidung"*[7], adică de imaginea unui proces văzut ca o problemă matematică sau ca un joc sportiv. La noi, Wigmore a fost cel care a făcut ca această concepție să devină desuetă[8]. Ne gândim la finalitatea căreia îi serveşte dreptul şi punem regulile sale în serviciul acestui scop.

Această concepție a finalității dreptului, ca fiind cea care îi determină direcția de creştere, şi care a reprezentat marea contribuție a lui Jhering la teoria dreptului[9], îşi găseşte *organon*-ul, instrumentul, în metoda sociologiei. Scopul este mai important decât originea. Nu poate exista înțelepciune în alegerea căii de urmat dacă nu ştim unde duce aceasta. Judecătorul trebuie să aibă permanent în vedere scopul funcției sale. Aceasta înseamnă, desigur, că filozofia juridică a *common law* este, în esență, o filozofie a pragmatismului[10]. Adevărul său este unul relativ şi nu unul absolut. Regula care funcționează bine produce un titlu care este demn de recunoaştere. Dar, dacă dorim să vedem cum funcționează regula, nu trebuie să o privim prea îngust. Nu trebuie să sacrificăm generalul particularului. Aceasta nu înseamnă că trebuie să renunțăm la avantajele consecvenței şi ale uniformității pentru a face dreptate într-un anumit caz[11]. Trebuie să ne menținem între acele limite interstițiale pe care le-au fixat pentru inovațiile judecătorilor, precedentul, cutuma şi lunga, tăcuta şi aproape nedefinita practică a altor judecători, trasate de-a lungul secolelor de *common law*. Dar înlăuntrul limitelor fixate astfel, înlăuntrul sferei în care se mişcă alegerea, principiul final de selecție pentru judecători, ca şi pentru legislatori, este acela al acordului cu o finalitate. *„Le but este la vie interne, l'îme cachée, mais génératrice, de tous les droits"*[12]. Nu ne culegem regulile gata înmugurite din copaci. Fiecare judecător,

---

[5] *Kelso v. Ellis*, 224 N.Y. 528, 536, 537; *California Packing Co. v. D.Co.*, 228 N.Y. 49.

[6] *Pound*, Common Law and Legislation, 21 Harvard L.R. 383, 387.

[7] *Ehrlich*, Die juristische Logik, p. 295, cf. p. 294, 296.

[8] A se vedea al său Treatise on Evidence, passim.

[9] *Jhering*, Zweck im Recht, 5 Modern Legal Philosophy Series; de asemenea *Gény*, op. cit., vol. I, p. 8; *Pound*, Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 25 Harvard L.R., 140, 141, 145; *Pound*, Mechanical Jurisprudence, 8, Columbia L.R. 603, 610.

[10] *Pound*, Mechanical Jurisprudence, 8, Columbia L.R. 603, 609.

[11] Cf. *Brütt*, supra p. 161, 163.

[12] *„Scopul este viața interioară, sufletul ascuns, dar înzestrat cu puterea generatoare a tuturor drepturilor" - Salleilles*, De la Personalité Juridique, p. 497. „Cu Jhering rămânem realişti, însă cu el suntem şi idealişti, ataşați de ideea de scop şi de finalitate socială" – *Salleilles*, p. 516.

consultându-şi propria experienţă trebuie să fie conştient de momentele în care exercitarea liberă a voinţei în scopul obţinerii binelui comun, a determinat forma şi direcţia unei reguli care, în acel moment, şi-a tras rădăcinile dintr-un act creativ. Concepţia lui Savigny despre drept, ca fiind ceva realizat fără luptă, dorinţă sau scop, un proces de creştere silenţioasă, rodul istoriei popoarelor şi a geniului lor, transpus în viaţa şi obiceiurile oamenilor, ne oferă doar o imagine incompletă şi parţială. Este adevărată dacă înţelegem prin aceasta că judecătorul trebuie să ţină seama de *mores*-ul vremurilor noastre în modelarea regulilor. Este însă unilaterală, şi de aceea falsă, în măsura în care implică faptul că *mores*-ul actual modelează automat regulile care sunt utilizate de judecători, astfel încât ele sunt complet dezvoltate şi sunt gata să fie folosite[13]. Normele juridice sunt confundate cu principiile de drept – *Entscheidungsnormen* cu *Rechtssätze*[14]. Dreptul reprezintă, într-adevăr, o creştere istorică, deoarece el este o expresie a moralităţii obişnuite care se dezvoltă, silenţios şi inconştient, de la o epocă la alta. Acesta este marele adevăr din teoria lui Savigny despre originile dreptului. Dar, dreptul este, de asemenea, o creştere conştientă sau direcţionată, deoarece moralitatea tradiţională va fi greşit transpusă dacă judecătorul nu va urmări realizarea unui scop moral şi îmbrăcarea lui în forme juridice[15]. Iar efortul conştient este singura metodă adecvată, atunci când trebuie să prevaleze un scop pe care îl avem în vedere. Standardele sau modelele de utilitate şi morală vor fi descoperite de judecător în viaţa comunităţii. Ele vor fi regăsite, în acelaşi mod, şi de către legislator. Oricum, aceasta nu înseamnă că munca unuia este, mai mult decât a celuilalt, o copie a structurilor lumii materiale.

Printre juriştii străini au existat numeroase dispute dacă judecătorii trebuie să identifice normele de drept şi conduita utilă, modelele bunăstării sociale, în conformitate cu un standard obiectiv sau cu unul subiectiv. Şcoli reprezentând curente de gândire opuse au luptat pentru punctul lor de vedere[16]. Uneori, controversa părea să nu depăşească prea mult problema utilizării cuvintelor. Atâta vreme cât distincţia are o semnificaţie practică, tradiţia teoriei noastre ne leagă de standardul obiectiv. Nu vreau să spun, desigur, că acest ideal de viziune obiectivă este vreodată perfect atins. Nu putem transcende limitările *ego*-ului pentru a vedea lucrurile în realitatea lor. Cu toate acestea, trebuie să tindem spre acest ideal în cadrul limitelor propriilor noastre capacităţi. Acest adevăr, atunci când este perceput cu claritate, tinde să uniformizeze rolul judecătorului. Datoria sa de a pune dreptul în conformitate cu raţiunea şi dreptatea este privită ca o fază a datoriei sale de a pune dreptul în acord cu cutuma. Moralitatea obişnuită a oamenilor cu capul pe umeri, bărbaţi şi femei, este cea pe care el o va aplica în sentinţă. O teorie a dreptului care nu este pusă, în mod constant, în acord cu standardele obiective sau externe, este supusă riscului de a degenera în ceea ce germanii numesc *„Die Gefühsljurisprudenz”*, o teorie a dreptului bazată doar pe sen-

[13] Cf. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, p. 366, 368; *Pound*, Courts and Legislation, 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 212; *Gray*, Nature and Sources of Law, secs. 628, 650; *Vinogradoff*, Outlines of Historical Jurisprudence, p. 135.

[14] *Ehrlich*, supra.

[15] Cf. *Gény*, op. cit., vol. I, p. 263, sec. 92.

[16] Pentru un clar şi interesant rezumat, a se vedea *Brütt*, supra p. 101 et seq.; Cf. *Gény*, op. cit., vol. I, p. 221 şi, în opoziţie, *Flavius*, op. cit., p. 87.

timente sau impresii[17]. O gândire judiciară, spune Stammler, „trebuie să fie o judecată bazată pe dreptul obiectiv şi nu o opinie subiectivă şi liberă; un verdict şi nu doar un ordin personal. O sentinţă este greşită, atunci când i se potriveşte exprimarea din piesa „Doi tineri din Verona" (Act I, Sc.II): „Nu am decât argumentul unei femei: Gândesc aşa despre el, fiindcă aşa gândesc despre el" [18].

Alţi distinşi profesori s-au pronunţat pentru un standard mai subiectiv. „Suntem cu toţii de acord", spune Profesorul Gray [19], „că multe cauze ar trebui soluţionate de tribunale pe baza conceptelor de bine şi rău şi, desigur, fiecare dintre noi va fi de acord că este probabil ca judecătorul să împărtăşească concepţiile despre bine şi rău prevalente în comunitatea în care trăieşte; dar, să presupunem, într-un caz în care nu există nimic altceva care să-l ghideze decât concepţiile despre bine şi rău, că percepţia proprie asupra noţiunilor de bine şi rău este diferită de cea a comunităţii – care dintre acestea ar trebui urmată – concepţia sa sau aceea a comunităţii. Teoria Domnului Carter [„Origin and Sources of Law", J.C. Carter] pretinde că judecătorul trebuie să urmeze concepţiile comunităţii. Eu cred că ar trebui să-şi urmeze propriile concepţii". Ipoteza pe care ne-o oferă Profesorul Gray nu pare să fie aplicabilă în practică. Într-adevăr, trebuie să fie rare cazurile în care există doar concepţii diferite privind conduita corectă, şi nu mai există nimic altceva care să poată fi pus în balanţă. Dacă totuşi ar exista o asemenea situaţie, cred că un judecător va greşi dacă va impune comunităţii, ca regulă, propria sa idiosincrazie faţă de un comportament sau faţă de o credinţă. Să presupunem, de exemplu, că un judecător priveşte persoanele care frecventează teatrul ca fiind persoane păcătoase. Ar acţiona oare corect dacă, într-o materie în care regula de drept nu a fost încă stabilită, ar subordona decizia propriei convingeri, chiar dacă ar şti că aceasta ar veni în conflict cu standardele dominante de conduită corectă? Convingerea mea este că ar trebui să se conformeze standardelor acceptate de comunitate, *mores*-ului timpurilor. Oricum, aceasta nu înseamnă că judecătorul este lipsit de puterea de a ridica nivelul standardelor prevalente. Într-un domeniu sau în altul se pot dezvolta practici contrare sentimentelor şi standardelor epocii şi ele pot ameninţa să se înrădăcineze dacă nu sunt reprimate. În ciuda prevalenţei lor temporare, ele nu rezistă confruntării cu normele morale acceptate. Indolenţa sau pasivitatea au tolerat ceea ce judecata responsabilă a comunităţii condamnă. În asemenea cazuri, una din cele mai importante funcţii ale judecătorului este aceea de a stabili cel mai adecvat raport dintre ceea ce se face şi ceea ce se recunoaşte că se face. Există chiar momente, pare oarecum paradoxal, în care doar o conduită subiectivă va satisface standardele obiective. În viaţă, anumite relaţii impun datoria de a acţiona conform moralităţii comune şi nimic mai mult. În aceste situaţii, moralitatea comună trebuie să reprezinte pentru judecător standardul. *Caveat emptor* este o maximă care va fi deseori urmată atunci când moralitatea pe care o exprimă nu este şi aceea a spiritelor sensibile. Alte raporturi în viaţă cum ar fi, e.g. acelea dintre *trustee* şi beneficiar sau dintre debitorul principal şi garant, impun obligaţia de a acţiona în conformitate cu cele mai înalte standarde pe care o persoană cu cea mai sensibilă conştiinţă şi

[17] *Brütt*, supra p. 101-111.
[18] *Stammler*, Richtiges Recht, s. 162 citat de *Brütt*, supra.
[19] Nature and Sources of Law, sec. 610.

cel mai ascuțit simț al onoarei şi le-ar impune ei însăşi. În asemenea cazuri, datoria judecătorului devine aceea de a impune respectarea acelor standarde. Calificarea unor situații noi ca încadrându-se în una dintre cele două categorii de relații trebuie să se facă ca urmare a unor considerații bazate pe analogie, pe oportunitate, pe conformitate şi pe dreptate.

Adevărul este, aşa cum am spus, că distincția dintre conştiința subiectivă sau individuală şi cea obiectivă sau generală, în materiile în care judecătorul nu este limitat de reguli prestabilite, este obscură şi evanescentă şi tinde să devină o distincție între cuvinte şi cam atât. Pentru cazuist şi pentru filozof, îşi păstrează interesul speculativ. Însă, în administrarea practică a justiției va fi rareori decisivă pentru judecător. Acest lucru este recunoscut de Brütt, unul din cei mai statornici susținători ai teoriei dreptului obiectiv[20]. Percepția dreptului obiectiv preia culoarea conştiinței subiective. Concluziile conştiinței subiective preiau culoarea practicilor uzuale şi ale credințelor obiectivizate. Există o constantă şi subtilă interacțiune între ceea ce este în exterior şi ceea ce este în interior. Putem să ținem, pe de o parte, cu Tarde şi cu şcoala sa, pentru care toate inovațiile sociale derivă „din invenții individuale răspândite prin imitație”[21] sau, pe de altă parte, cu Durkheim şi şcoala sa, pentru care inovațiile se nasc „prin acțiunea mentalului social”[22]. În ambele perspective, indiferent dacă impusul se răspândeşte de la individ sau de la societate, dinafară sau dinăuntru, nici componenții şi nici masa nu pot lucra independent. Spiritul personal şi cel general sunt şi vor fi inseparabil unite. Diferența implică cel mult o mică schimbare de accent, de metodă de abordare, a punctului de vedere, a unghiului din care sunt privite problemele, după cum prevalează una sau alta dintre teoriile privind funcția judiciară. Diferența se va reflecta în deciziile tribunalelor, doar vag şi numai prin forța unei influențe subconştiente.

Analiza mea asupra procesului judiciar ajunge, aşadar, la această concluzie şi cam atât: logica şi istoria şi cutuma şi utilitatea şi standardele de comportament acceptate sunt forțele care, singure sau în combinație, modelează progresul dreptului. Care dintre aceste forțe va domina în fiecare caz, trebuie să depindă de importanța comparativă sau de valoarea interesului social care vor fi promovate sau reprimate.[23] Unul din interesele sociale fundamentale este cel ca dreptul să fie uniform şi imparțial. Nu trebuie să existe nimic în acțiunile sale care să aibă o urmă de prejudecată, de favoare sau capriciu sau de iregularitate arbitrară. Prin urmare, va fi, în principal, o conformare la precedent. Va fi o dezvoltare simetrică, consecventă cu istoria sau cutuma, atunci când istoria sau cutuma au fost forța motrice sau forța principală care a conturat regulile existente, şi consecventă cu logica sau filozofia, atunci când acestea au fost forța motrice. Însă, dezvoltarea simetrică s-ar putea să coste prea scump. Uniformitatea încetează să mai fie benefică atunci când devine uniformitate opresivă. Interesul social căruia îi serveşte simetria sau certitudinea trebuie echilibrat de interesul social pe care-l servesc echitatea şi imparțialitatea sau alte elemente ale bunăstării

[20] Ibidem.

[21] *Barnes*, Durkheim’s Political Theory, 35, Pol. Science Quarterly, p. 239.

[22] Ibidem; cf. *Barker*, Political Thought from Spencer to Today, p. 151, 153, 175.

[23] *Vander Eycken*, Méthode positive de l’intreprétation juridique, p. 59; *Ehrlich*, Die juristische Logik, p. 187.

sociale. Acestea pot să impună judecătorului datoria de a trasa linia dintr-un alt unghi, de a stabili o nouă traiectorie a drumului, de a marca noi puncte de plecare, de la care cei ce vor veni după el vor porni, la rândul lor, în călătorie.

Dacă mă întrebaţi cum ştie judecătorul care dintre interese are o pondere mai mare decât celălalt, vă pot răspunde doar că el trebuie să-şi extragă cunoaşterea, la fel ca legislatorul, din experienţă, din studiu şi din reflecţie; pe scurt, din viaţa însăşi. Într-adevăr, aici este punctul de contact dintre munca sa şi cea a legislatorului. Alegerea metodelor, aprecierea valorilor, trebuie să fie ghidate până la urmă de astfel de considerente, valabile atât pentru unul, cât şi pentru celălalt. Pentru că, într-adevăr, fiecare legiferează înlăuntrul limitelor propriei competenţe. Fără îndoială că limitele judecătorului sunt mai înguste. El legiferează numai între lacune. El umple spaţiile goale din drept. Limita până la care poate să meargă, fără să treacă dincolo de zidurile interstiţiale, nu poate să fie trasată ca pe o hartă. Trebuie să înveţe singur, pe măsură ce dobândeşte simţul oportunităţii şi al proporţiilor, după ani de experienţă în practicarea unei meserii. Chiar şi în interiorul lacunelor, acţiunea judecătorului este îngrădită de restricţii greu de definit, dar sesizate, oricât de impalpabile ar fi, de orice judecător sau avocat. Ele sunt stabilite prin tradiţii seculare, prin exemplul altor judecători, predecesori şi colegi, prin judecata colectivă a profesiei şi prin datoria de a adera la spiritul dominant al dreptului. *„Il ne peut intervenir”* spune Charmont[24], *„que pour supléer les sources formelles, mais il n'a pas, dans cette mesure même, toute latitude pour créer des régles de droit. Il ne peut ni faire échec aux principes généraux de notre organisation juridique, explicitement on implicetement consacrés, ni formuler une réglementation de detail pour l'exercise de certains droits, en établissant des détais, des formalités, des régles de publicité”*[25]. Cu toate acestea, înăuntrul graniţelor acestor spaţii deschise, precum şi înăuntrul celor ale precedentului şi cutumei, judecătorul are o libertate de alegere care face ca acţiunile sale să poată fi calificate ca fiind creative. Dreptul, care este produsul rezultat, nu este descoperit, ci fabricat. Acest proces, fiind unul legislativ, pretinde înţelepciunea legislatoru-

[24] La Renaissance du droit naturel, p. 181.

[25] *„El nu poate interveni decât pentru a suplini izvoarele formale dar, chiar şi în acest caz, el nu posedă întreaga latitudine de a crea reguli de drept. Nu poate nici să ignore principiile generale ale organizării noastre juridice, consacrate explicit sau implicit, nici să formuleze o reglementare în detaliu pentru exercitarea anumitor drepturi, stabilind termene, formalităţi sau reguli de publicitate” - Charmont*, supra, tradus în Modern Legal Philosophy Series, p. 120, sec. 97; Cf. *Jhering*, Law as a Means to an End *(*5 Modern Legal Philosophy Series: Introduction by *W.M. Geldart*, p. xlvi: *„Scopurile dreptului sunt cuprinse în concepţii juridice care trebuie să se dezvolte independent şi cărora nu li se poate pretinde să se conformeze în fiecare moment nevoilor particulare. Altfel, sistematizarea şi certitudinea vor fi de neatins. Dar această autonomie a dreptului, dacă ar fi să luăm în considerare numai excesele sau defectele logicii, ar conduce la o divergenţă între drept şi nevoile vieţii, care, din timp în timp, necesită o corecţie… Cât de departe, dacă este cu adevărat cazul, ar putea sau ar trebui realizate aceste schimbări, prin decizii judiciare sau prin dezvoltarea teoriei juridice, şi de unde este necesară intervenţia legislatorului, este o chestiune care diferă de la un domeniu juridic la altul, în funcţie de tradiţiile acceptate cu forţa obligatorie a precedentului, de caracterul dreptului adoptat şi de libertatea mai largă sau mai îngustă a interpretărilor judiciare”.*

lui. Într-adevăr, nu există nimic revoluționar şi nici măcar nou în acest aspect al funcției judiciare[26]. Acesta este modul în care tribunalele şi-au îndeplinit menirea în dezvoltarea *common law*, timp de secole. Diferența de la o perioadă la alta nu a fost atât recunoaşterea nevoii ca dreptul să se conformeze unui scop. A fost, mai degrabă, natura scopului căruia a trebuit să i se conformeze. Au existat perioade în care uniformitatea, chiar rigiditatea, eliminarea elementului personal, au fost considerate necesitățile supreme[27]. Printr-un fel de paradox, finalitatea a fost mai bine servită prin desconsiderarea ei şi luând în considerare doar mijloacele. Treptat, s-a manifestat nevoia unui sistem mai flexibil. Deseori, prăpastia dintre vechea regulă şi cea nouă a fost trecută cu ajutorul fraudei solemne care este ficțiunea[28]. Ceea ce ne preocupă aici este că s-a trecut peste prăpastie ori de câte ori importanța scopului a fost dominantă. Astăzi, folosirea ficțiunii este în declin; şi motivele trecerii de la vechea regulă la cea nouă sunt dezvăluite, deşi cândva erau ascunse. Însă, nici chiar acum nu sunt pe deplin cunoscute, nici măcar de către cei pe care îi controlează. Mare parte a procesului a fost inconştient sau aproape inconştient. Scopurile la care se raportau tribunalele, rațiunile şi motivele care le-au ghidat, au fost deseori foarte vag percepute, înțelese în mod intuitiv sau aproape intuitiv, rareori mărturisite în mod explicit. A existat prea puțină introspecție, disecție, analiză sau reflecție. Rezultatul a fost un amestec ale cărui ingrediente erau necunoscute sau uitate. Acesta este motivul pentru care descoperirea faptului că politica legislativă a fabricat compusul care există, provoacă un fel de şoc. „Nu ne dăm seama" spune Holmes[29], „cât de mare este acea parte din dreptul nostru care este expusă modificărilor în urma unei schimbări cât de uşoare a concepțiilor în opinia publică. Nicio propoziție concretă nu este evidentă de la sine, indiferent cât de convinşi suntem că o acceptăm, nici măcar afirmația domnului Herbert Spencer conform căreia fiecare om are dreptul să facă ceea ce doreşte, cu condiția de a nu afecta dreptul similar al vecinilor săi". „De ce", continuă acesta, „nu este sancționată o afirmație falsă şi prejudiciabilă despre un servitor, dacă este făcută cu bunăcredință, ca răspuns la o cerere de referințe despre acest servitor? Pentru că s-a considerat că este mai important ca informația să poată fi furnizată în mod liber, decât ca un om să fie protejat împotriva unei fapte care, în alte circumstanțe, ar constitui un delict care ar da dreptul la reparații. De ce este liber un om să inițieze o afacere despre care ştie că îi va ruina vecinii? Pentru că se presupune că binele public este cel mai bine servit de libera concurență. Evident că astfel de judecăți de importanță relativă pot varia în funcție de loc şi de timp... Cred că nici judecătorii nu au reuşit să înțeleagă datoria lor de a lua în considerare argumentele care țin de avantajul social.

---

[26] Cf. *Berolzheimer*, 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 167, 168.

[27] *Flavius*, supra p. 49; *Pollock şi Maitland*, History of English Law, p. 361.

[28] *Smith*, Surviving Fictions, 27 Yale L.J., 147; *Ehrlich*, supra p. 227-227; *Salleilles*, De la Personalite Juridique, p. 382. *„Atunci când legea sancționează anumite raporturi juridice excluzând altele puțin diferite, simțim la un moment dat nevoia să le protejăm şi pe acestea, dacă sunt mai mult sau mai puțin similare cu cele care se bucură de protecția juridică, utilizând fie analogia, fie ficțiunea. Ficțiunea este o analogie uşor amplificată sau mai curând nedisimulată" – Salleilles*, supra.

[29] The Path of the Law, 10 Harvard L.R. 466.

Această datorie este inevitabilă, iar des proclamata aversiune a judecătorilor de a trata aceste argumente are drept consecință faptul că sentințele judiciare nu au o bază coerentă, şi aceasta în mod inconştient".

Nu doar în sistemul nostru de *common law* s-a impus această concepție. Chiar şi în alte sisteme în care puterea inițiativei judiciare este mai strâns limitată de lege, o dezvoltare asemănătoare pluteşte în aer. Peste tot unde se accentuează analogia dintre funcția judecătorului şi funcția legislatorului. Aş putea să-l citez pe François Gény care a dezvoltat analogia cu un curaj şi o forță sugestive[30]. „A priori", afirmă acesta, „procesul de cercetare (*la recherche)* prin care judecătorul trebuie să găsească dreptul ne apare similar cu acela care îi revine legislatorului însuşi. Cu excepția unei singure circumstanțe, care nu este neglijabilă, dar totuşi de importanță secundară, anume aceea că procesul este pus în mişcare de o situație concretă şi, pentru a adapta dreptul acelei situații, considerentele care trebuie să îl conducă sunt cele care țin cont de finalitatea care trebuie atinsă, natura procesului este exact aceeaşi care trebuie să domine actul legislativ însuşi, atâta timp cât, în fiecare caz, se pune problema de a satisface la modul optim, exigențele dreptății şi ale utilității sociale, printr-o regulă adecvată. Prin urmare, în cazul în care sursele formale tac sau sunt inaplicabile, nu voi ezita să indic drept linie directoare pentru judecător faptul că el va trebui să-şi modeleze judecata prin urmărirea aceloraşi scopuri care ar trebui să fie cele ale legislatorului care şi-a propus să reglementeze problema. Cu toate acestea, o importantă distincție separă aici activitatea judiciară de cea legislativă. În timp ce legislatorul nu este limitat în aprecierea situației generale pe care o reglementează într-o manieră abstractă, judecătorul, care decide în cazuri particulare şi cu referire la probleme concrete, în spiritul organizării moderne şi pentru a evita pericolele acțiunii arbitrare, trebuie să se elibereze, atât cât poate, de orice influență personală sau care rezultă dintr-o situație particulară care îi este prezentată, şi să-şi fundamenteze decizia pe elemente de natură obiectivă. Şi de aceea, activitatea care este cea mai apropiată de ceea ce face el ar putea fi corect calificată ca cercetare ştiințifică liberă, *libre recherche scientifique*: Liberă, deoarece el este scos aici de sub influența autorității pozitive; ştiințifică, în acelaşi timp, pentru că îşi găseşte fundamentări solide în elementele obiective, pe care numai ştiința poate să i le dezvăluie"[31].

Rațiunea punctului de vedere modern a fost admirabil exprimată de către Vander Eycken[32] în a sa *„Méthode positive de l'interprétation juridique"*[33]: „În trecut, oamenii priveau dreptul ca fiind produsul voinței conştiente a legislatorului. Astăzi, îl vedem ca o forță naturală. Oricum, dacă putem atribui dreptului epitetul «natural» o facem, aşa cum am spus, într-un alt sens decât cel ataşat în mod formal noțiunii de «drept natural». Acea expresie a însemnat că natura ne-a imprimat, ca un important element al rațiunii, anumite principii față de care toate articolele unui cod reprezintă doar aplicarea lor. Aceeaşi expresie trebuie să însemne astăzi că dreptul izvorăşte din relațiile de fapt care există între lucruri. La fel ca acele relații, dreptul natural este perpetuă evoluție. Nu mai trebuie să căutăm sursele dreptului în texte sau în sisteme

[30] Op. cit., vol. II, p. 77.
[31] *Ehrlich gîndeşte la fel*, Die juristische Logik, p. 312.
[32] Profesor la Universitatea din Bruxelles.
[33] P. 401, se. 239.

care derivă din raționament; utilitatea socială, necesitatea este cea care ataşează anumite consecințe unor ipoteze date. Legislatorul posedă doar o cunoaştere fragmentară a acestui drept; el îl traduce prin regulile pe care le stabileşte. Atunci când problema este aceea de a stabili înțelesul acelor reguli, oare unde ar trebui să căutăm? Evident că la originea lor; adică în exigențele vieții sociale. Aici rămâne cea mai mare probabilitate de a descoperi sensul dreptului. În acelaşi mod, atunci când se pune problema suplinirii lacunelor în drept, nu vom pretinde deducției logice să găsească soluția ci, mai degrabă, o vom căuta în nevoile sociale".

Multe dintre lacune au fost completate în dezvoltarea *common law* împrumutând din alte sisteme. Capitole întregi din teoria noastră a dreptului au fost luate din dreptul roman. Unii din judecătorii noştri cei mai mari – Mansfield în Anglia, Kent şi Story la noi – nu s-au obosit niciodată să-şi sprijine sentințele pe citate din Digeste. Am merge prea departe dacă am încerca să estimăm măsura în care dreptul roman a modificat *common law*, în Anglia sau la noi[34]. Autoritate nu a avut niciodată. Marele fenomen istoric al receptării dreptului roman nu a atins insulele britanice[35]. Au fost furnizate analogii. Au fost sugerate liniile de gândire. Adesea au fost oferite soluții înțelepte pentru probleme de nesoluționat. Cu toate acestea, funcția sistemului străin a fost mai degrabă aceea de a consilia, decât aceea de a comanda. Nu a furnizat o metodă nouă. A oferit materia brută pentru a fi folosită prin metode construite deja – metodele filozofiei, ale istoriei, ale sociologiei – în modelarea produselor lor. Acesta este doar un compartiment în marele rezervor al experienței sociale, al adevărului şi înțelepciunii din care judecătorii de *common law* trebuie să-şi extragă inspirația şi cunoştințele.

Recunoscând, aşa cum o fac eu, că puterea de a declara dreptul comportă puterea, şi în parte datoria, de a crea dreptul acolo unde el nu există, nu vreau să mă includ în aceeaşi categorie cu juriştii care par să susțină că, în realitate, nu există alt drept în afară de sentințele pronunțate de tribunale. Cred că adevărul este la jumătatea drumului dintre extremele pe care le reprezintă, pe de o parte Coke, Hale şi Blackstone, iar pe de altă parte autori ca Austin, Holland, Gray şi Jethro Brown. Teoria autorilor mai vechi a fost aceea că judecătorii nu legiferează deloc. A existat un drept preexistent, încrustat, dacă nu chiar ascuns, în corpul dreptului cutumiar. Tot ceea ce au făcut judecătorii a fost să dea jos învelişul şi să expună privirilor noastre statuia[36]. Se pare că, încă din vremurile lui Bentham şi ale lui Austin, nimeni nu a acceptat această teorie fără rezerve, chiar dacă în sentințele moderne găsim urme ale influenței sale prelungite. Astăzi, există mai degrabă pericolul unei alte erori, deşi opuse. Susținând că dreptul nu este niciodată produs de judecători, adepții analizei austiniene au fost uneori conduşi la concluzia că dreptul nu e făcut niciodată de altcineva. Cutuma, oricât de ferm stabilită, nu este drept, spun ei, până când nu este adoptată de tribunale[37].

---

[34] Despre acest subiect, a se vedea *Sherman*, Roman Law in the Modern World; *Scrutton*, Roman Law Influence, 1 Select Essays in Anglo-Am. Legal Hist., 208.

[35] *Pollock şi Maitland*, History of English Law, 88, 114; *Maitland*, Introduction to Gierke, supra p. xii.

[36] Cf. *Pound*, 27 Harvard L.R. 731, 735.

[37] *Austin*, Jurisprudence, vol. I, 37, 104; *Holland*, Jurisprudence, p. 54; *W. Jethro Brown*, The Austinian Theory of Law, p. 311.

Nici chiar legile nu constituie dreptul deoarece tribunalele trebuie să le stabilească înțelesul. Acesta este punctul de vedere al lui Gray, în *„Nature and Sources of the Law"*[38]. „Punctul de vedere corect", afirmă el, „este acela că dreptul este ceea ce declară judecătorii; astfel legile, precedentele, opiniile autorilor, cutuma şi moralitatea sunt izvoare ale dreptului"[39]. La fel, Jethro Brown în articolul *„Law and Evolution"*[40], afirmă că o lege, până când nu a fost interpretată, nu este, cu adevărat, drept. Este doar un drept „ostensibil". Adevăratul drept, afirmă el, nu se găseşte nicăieri în altă parte decât în sentințele tribunalelor. Din această perspectivă, nici măcar deciziile trecute nu sunt drept. Tribunalele pot să le respingă. Pentru aceleaşi motive, nici deciziile actuale nu reprezintă dreptul, decât pentru părțile aflate în litigiu. Oamenii îşi văd de treburile lor zilnice şi îşi determină conduita conform unui *ignis fatuus*. De fapt, regulile cărora li se supun nu reprezintă deloc dreptul. Dreptul nu *este* niciodată, ci este întotdeauna pe cale de a fi. El se realizează numai atunci când este cuprins într-o sentință şi, odată realizat, expiră. Nu există lucruri ca reguli sau principii: exista numai hotărâri izolate.

O definiție a dreptului, care, în esență, neagă posibilitatea dreptului, negând posibilitatea regulilor general valabile[41], trebuie să conțină în ea însăşi sâmburele falsului şi al erorii. Analiza este inutilă dacă distruge ceea ce intenționează să explice. Dreptul şi respectarea dreptului sunt realități pe care ni le confirmă, în fiecare zi, experiența noastră de viață. Dacă rezultatul unei definiții este acela de a le face să pară iluzii, cu atât mai rău pentru definiție; va trebui să o lărgim până va deveni suficient de cuprinzătoare pentru a răspunde realităților. Adevărurile importante ale vieții, marele şi necontestatul fenomen social, nu pot fi scoase din discuție ca mituri sau excentricități atunci când acestea nu se potrivesc micului nostru şablon. Dacă este nevoie, va trebui să refacem şablonul. Trebuie să găsim o concepție asupra dreptului pe care în mod realist să o putem accepta ca fiind adevărată. Legile nu încetează să reprezinte dreptul doar pentru faptul că puterea de a le determina sensul, în caz de dubiu sau de ambiguitate, a fost încredințată tribunalelor. Cineva ar putea spune că, pentru motive similare, contractele nu reprezintă în realitate expresia unei voințe de a contracta. Calitatea de drept nu este refuzată tuturor precedentelor, oricât de consolidate, doar pentru că tribunalele îşi exercită uneori privilegiul de a respinge propriile decizii. Acestea, cred, sunt concluziile la care trebuie să ne conducă simțul realității. Fără îndoială, există un domeniu înăuntrul căruia gândirea judiciară acționează nestingherită de principii determinate. Obscuritatea legii, a precedentului, a cutumei sau a moralei, sau conflictul între unele dintre ele sau între toate, pot lăsa incertitudini asupra dreptului şi atribuie tribunalelor datoria de a îl declara retroactiv, prin exercitarea unei puteri care are o funcție legislativă explicită. În asemenea cazuri, tot ceea ce pot să facă părțile diferendului este să prevadă, cât pot de bine, regula care va fi declarată şi să se comporte în consecință. Nu trebuie să lăsăm ca aceste situații ocazionale şi relativ rare să ne orbească şi să nu vedem nenumăratele situații în care nu există nici obscuritate, nici conflict şi nici ocazia de a schimba precedentul. Cei mai mulți dintre noi

[38] Sec. 602.
[39] Cf. *Gray*, supra secs. 276, 366, 369.
[40] 29, Yale L.J. 394.
[41] Cf. *Beale*, Conflict of Laws, p. 153, sec. 129.

trăiesc într-o supunere conştientă faţă de regulile de drept, fără a avea nevoie să se adreseze tribunalelor pentru a li confirma drepturile şi obligaţiile. Procesele sunt experienţe rare şi catastrofice pentru marea majoritate a persoanelor, şi chiar dacă catastrofa se produce, controversa este legată, de cele mai multe ori, nu de drept, ci de fapte. În nenumărate procese, dreptul este atât de clar încât judecătorii nu au nicio libertate de a alege. Aceştia au dreptul de a legifera în caz de lacune dar, deseori, aceste lacune nu există. Vom avea o imagine falsă a peisajului dacă privim doar terenurile necultivate şi refuzăm să vedem pogoanele deja semănate şi roditoare. Cred că dificultatea izvorăşte din neputinţa de a distinge între drept şi putere, între dispoziţia cuprinsă într-o sentinţă şi principiul juridic căruia judecătorul îi datorează supunere. Judecătorii au, desigur, puterea, dar nu şi dreptul, de a ignora dispoziţiile unei legi şi de a pronunţa sentinţa în pofida acestora. Aceştia au puterea, dar nu şi dreptul, de a trece dincolo de zidurile interstiţiale, de limitele pe care precedentul şi cutuma le pun în calea inovaţiei judiciare. Cu toate acestea, prin abuz de putere, ei pot viola dreptul. Dacă îl violează în mod intenţionat, i.e., cu rea-credinţă, comit un fapt ilicit şi pot fi înlocuiţi sau pedepsiţi, chiar dacă sentinţele pe care le-au pronunţat rămân valabile. Pe scurt, există principii juridice care limitează libertatea judecătorului[42], şi, într-adevăr, în viziunea unor autori, care nu are nevoie de sprijin, libertatea statului însuşi[43]. Oamenii îşi pot trăi viaţa, conduita lor poate fi reglementată, de fapt nenumăraţi oameni îşi trăiesc viaţa şi conduita le este reglementată, fără să ajungă într-o zonă în care dreptul ar putea fi interpretat greşit, şi în care interpretarea greşită este însoţită de un abuz conştient de putere. Conduita lor nu atinge niciodată regiunea de frontieră, penumbra de unde încep controversele. Ei trec de la naştere la moarte, acţiunea lor fiind restrânsă de fiecare dată de puterea statului, şi nu apelează nici măcar o dată la judecători pentru a marca graniţele dintre bine şi rău. Nu pot să refuz să… numele de drept pentru regulile care exercită această constrângere asupra destinelor omenirii[44].

Vechea teorie a lui Blackstone privind regulile de drept pre-existente, pe care judecătorii le descoperă, dar pe care nu le creează, corespunde unei teorii încă şi mai vechi, teoria dreptului natural. Dezvoltarea acestei concepţii formează un capitol vast şi interesant din istoria dreptului şi a ştiinţelor politice[45]. Această teorie a atins maximul de dezvoltare prin stoici, a dăinuit în diferite epoci de-a lungul secolelor şi, întipărindu-se adânc în formele comune de exprimare şi gândire, a influenţat profund teoriile şi idealurile omenirii în politică şi drept. Pentru un timp, odată cu apariţia şi apoi dominaţia şcolii analitice în drept, teoria dreptului natural a părut discreditată şi abandonată[46]. Gândirea juridică recentă i-a conferit o nouă valoare, deşi într-o formă

---

[42] *Salmond*, Jurisprudence, p. 157; *Sadler*, Relation of Law to Custom, pp.4, 6, 50; *F.A. Geer*, 9 L.Q.R., 153.

[43] *Duguit*, Law and the State, 31 Harvard L.R.1; *Vinogradoff*, The Crisis of Modern Jurisprudence, 29 Yale L.J., 312; *Laski*, Authority in the Modern State, p. 41, 42.

[44] „Dreptul este corpul de principii generale şi de reguli particulare în conformitate cu care sunt create şi reglementate drepturile civile iar răul este prevenit sau reparat" (*Beale*, Conflict of Laws, p. 132, sec. 114).

[45] *Salmond*, The Law of Nature, 11 L.Q.R. 121; *Pollock*, The History of the Law of Nature, 1 Columbia L.R.11; *Lowell*, The Government of England, 477, 478; *Maitland*, Collected Papers, p. 23.

[46] Cf. *Ritchie*, Natural Rights.

atât de profund modificată, încât vechea teorie a supraviețuit mai mult cu numele[47]. Dreptul natural nu mai este conceput ca fiind ceva static şi etern. El nu mai primează asupra dreptului uman sau pozitiv. Dreptul natural este sursa din care rezultă dreptul uman sau pozitiv, atunci când celelalte izvoare eşuează[48]. „Filozofia modernă a dreptului intră în contact cu filozofia dreptului natural prin faptul că atât una, cât şi cealaltă încearcă să fie ştiința dreptății. Dar filozofia modernă a dreptului se deosebeşte în mod fundamental de filozofia dreptului natural prin aceea că aceasta din urmă caută un drept natural just în afara dreptului pozitiv, în vreme ce filozofia dreptului urmăreşte să deducă şi să stabilească elementele a ceea ce este just din dreptul pozitiv – atât din dreptul pozitiv existent, cât şi din dreptul pozitiv în devenire. Şcoala dreptului natural caută un drept absolut şi ideal, «dreptul natural», dreptul κάτ' έξοχήυ, pe lângă care dreptul pozitiv are doar o importanță secundară. Filozofia modernă a dreptului admite că există doar un singur *drept*, dreptul pozitiv, dar caută latura sa ideală şi conceptul său durabil"[49]. Nu sunt preocupat să justific acuratețea terminologiei potrivit căreia regulile rațiunii şi ale conştiinței cărora judecătorul trebuie să li se supună primesc numele de drept înainte ca judecătorul să le încorporeze într-o sentință şi să aplice *imprimatur* – ul dreptului asupra lor[50]. Nu mă va deranja dacă spunem, ca şi Austin, Holland, Gray sau mulți alții, că până în acel moment regulile sunt doar precepte morale şi nimic mai mult. Astfel de dispute nu mă interesează foarte mult. Ceea ce contează cu adevărat este faptul că judecătorul este obligat ca, în limitele puterii sale de inovare, să mențină un acord între drept şi morală, între preceptele dreptului şi cele ale rațiunii şi ale bunei credințe. Presupun că este adevărat faptul că, într-un anumit sens, existența acestei datorii nu a fost niciodată pusă la îndoială[51]. Cu toate acestea, s-ar putea crede uneori că ea a fost ascunsă de adepții şcolii analitice care, accentuând detalii terminologice ale definițiilor, au pierdut în mod corespunzător din atenția datorată realităților mai profunde şi mai subtile ale scopurilor şi ale funcțiilor. Insistența asupra faptului că moralitatea şi dreptatea nu reprezintă dreptul a dus la neîncredere şi la contestarea dreptului, ca fiind ceva căruia moralitatea şi dreptatea nu îi sunt doar străine, ci îi sunt de-a dreptul ostile. Dezvoltării recente a *„naturrecht"*-ului îi poate fi iertată imperfecțiunea exprimării, dacă ne conduce spre noi metode şi idealuri. Nu ne interesează vorbăria sterilă care insistă asupra contrastelor dintre drept şi dreptate şi uită armonia lor profundă. Pentru noi sună mai bine chemarea Codului civil francez[52]: *„Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, puorra être poursuivi comme coupable de*

---

[47] *Pound*, 25 Harvard L.R., 162; *Charmont*, La Renaissance du droit naturel, passim.; tradus, de asemenea în 7 Modern Legal Philosophy Series, 106, 111; *Demogue*, Analysis of Fundamental Notions, Modern Legal Philosophy Series, p. 373, sec. 212; *Laski*, Authority in the Modern State, p. 64.

[48] *Vander Eycken*, op. cit., p. 401.

[49] *Berolzheimer*, System der Rechts und Wirthschafttsphilosophie, vol.II, 27, citată de *Pound*, Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 24 Harvard L.R., 607; de asemenea, *Isaacs*, The Schools of Jurisprudence, 31 Harvard L.R., 373; şi pentru punctul de vedere medieval *Maitland*, Gierke, Political Theories of the Middle Ages, p. 75, 84, 93, 173.

[50] *Holland*, Jurisprudence, p. 54.

[51] A se vedea *Gray*, supra p. 286, secs. 644, 645.

[52] Art. 4; *Gray*, supra sec. 642; *Gény*, op. cit., vol. II, p. 75, sec. 155; *Gnaeus Flavius*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, p.14.

déni de justice"[53]. „Rolul tribunalelor noastre", spune un ascuţit critic, „este să menţină doctrinele în pas cu *mores*-ul printr-o reafirmare continuă şi dându-le continuu un nou conţinut. Aceasta este legiferarea judiciară, iar judecătorul legiferează pe riscul său. Cu toate acestea, necesitatea şi datoria de a legifera în astfel de situaţii conferă funcţiei judiciare cea mai mare onoare; şi niciun judecător curajos şi onest nu se sustrage de la această datorie şi nici nu se teme de riscuri"[54].

Puteţi să spuneţi că nu există nicio garanţie că judecătorul va interpreta *mores*-ul contemporan într-un mod mai înţelept şi mai drept decât altă persoană. Nu doresc să neg acest lucru însă, din punctul meu de vedere, nu aceasta este problema. Chestiunea este că această putere de interpretare trebuia să fie acordată cuiva, iar cutuma constituţională a acordat-o judecătorilor. Dacă ei trebuie să-şi îndeplinească pe deplin funcţia de judecători, cu greu ar fi putut fi acordată altcuiva. Concluziile lor trebuie să fie într-adevăr supuse unor constante verificări şi reverificări, revizuiri şi reajustări; dar, dacă ei vor acţiona cu responsabilitate şi inteligenţă, trebuie să obţină în concluziile lor o medie justă între adevăr şi înţelepciune. Recunoaşterea acestei puteri şi datorii de a modela dreptul conform moralităţii obişnuite este foarte departe de distrugerea tuturor regulilor şi de înlocuirea lor, în fiecare caz, cu sentimentul individual al dreptăţii, *arbitrium boni viri*[55]. Aceasta ar putea duce la un despotism binevoitor, în cazul în care judecătorii ar fi oameni binevoitori. Ar însemna însă sfârşitul preeminenţei dreptului. Metoda sociologiei, chiar aplicată cu mai multă libertate decât în trecut, nu ne va conduce către un asemenea cataclism. Forma şi structura organismului sunt fixate. Celulele în care există mişcare nu schimbă proporţiile organismului. Puterea de inovaţie a oricărui judecător este nesemnificativă atunci când este comparată cu volumul şi presiunea regulilor care îl îngrădesc din toate părţile. Oricum, el trebuie să inoveze într-o anumită măsură, având în vedere că pentru condiţii noi trebuie stabilite reguli noi. Tot ceea ce pretinde metoda sociologică este ca, înlăuntrul acestei marje înguste de opţiune, judecătorul să urmărească dreptatea socială. În istoria dreptului au existat perioade în care a fost necesară o metodă care implica mai puţin psihologicul. Vechile metode cantitative de testare a adevărului şi-au îndeplinit rolul de a servi nevoile sociale ale epocii lor[56]. Acea epocă s-a încheiat demult. Gândirea juridică modernă, întorcându-se spre sine, supunând procesul judiciar unei cercetări introspective, ne-a putut oferi o nouă terminologie şi o nouă viziune. În realitate însă, metoda nu este nouă. Este metoda marilor cancelari care, fără a sacrifica uniformitatea şi certitudinea, au construit sistem-ul de *equity* recurgând constant la învăţăturile dreptei raţiuni şi ale conştiinţei. Este metoda prin care *common law* şi-a înnoit viaţa prin intermediul marilor săi maeştri – metoda lui Mansfield, a lui Marshall, a lui Kent şi a lui Holmes.

Au existat într-adevăr curente, chiar şi în zilele noastre, a căror tendinţă a fost să facă din sentimentul individual al dreptăţii în drept sau morală singurul criteriu de

---

[53] „Judecătorul care va refuza să judece sub pretextul tăcerii, al obscurităţii sau al insuficienţei legii, va fi considerat vinovat de denegare de dreptate".

[54] *Arthur L.Corbin*, 29 Yale L.J., 771.

[55] Cf. *Standard Chemical Corp. v Waugh Corp*, 231 N.Y., 51, 55.

[56] *Flavius*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, p. 48, 49; *Ehrlich*, Die juristische Logic, p. 291, 292.

distincție între bine şi rău. Suntem invitați, ca să folosesc cuvintele lui Gény, să stabilim un sistem de „anarhie judiciară" în cel mai rău caz, sau un „impresionism judiciar", în cel mai bun caz[57]. Un experiment, sau ceva de acest gen, a fost efectuat nu demult în Franța. Există susținători ai unei asemenea idei şi printre criticii tribunalelor noastre[58]. Experimentul francez, care a devenit cunoscut ca „fenomenul Magnaud", face obiectul unui capitol din epilogul la ultima ediție, publicat în 1919, la strălucitoarea carte a lui Gény[59]. În perioada 1889 – 1904, Tribunalul de primă instanță din Chateau – Thierry, urmând-ul pe preşedintele Magnaud, a inițiat o revoltă împotriva ordinii existente în teoria dreptului. Membrii săi au devenit cunoscuți sub denumirea de judecătorii buni, *„les bons juges"*. Ei păreau că se întreabă de fiecare dată ce ar dori să facă un om bun în circumstanțele supuse atenției lor, şi îşi formulau sentința în consecință. Uneori, acest lucru s-a făcut în prezența unor legi instabile. Nu pretind că le cunosc munca în mod direct. Gény a condamnat-o şi a afirmat că această mişcare şi-a epuizat forța. Oricare ar fi meritele sau defectele acestui impresionism, acesta nu este procesul judiciar aşa cum îl cunoaştem în dreptul nostru[60]. Teoria noastră a dreptului a fost consecventă imperativului categoric al lui Kant: „Acționează conform acelei maxime care ai vrea să devină lege universală". A refuzat să sacrifice un bine mai larg şi mai general în favoarea celui mai îngust şi mai mic. S-a încheiat un contract. Executarea sa este oneroasă şi, poate, opresivă. Dacă am lua în considerare numai exemplul individual, am fi gata să-l eliberăm pe cel care s-a obligat. Dar privim dincolo de particular către universal, şi pronunțăm sentința respectând interesul fundamental al societății ca pactele să fie executate. Există o mare diferență între folosirea sentimentului individual al dreptății ca un substitut al dreptului, şi folosirea sa ca test şi ca temei în interpretarea sau extinderea sferei de aplicare a dreptului. Cred că tonul şi temperamentul cu care judecătorul modern trebuie să-şi ducă la îndeplinire sarcina este bine exprimat în primul articol al Codului civil suedez din 1907, un articol în jurul căruia s-au născut o mulțime de comentarii juridice. „Legea", spune Codul Suedez, „guvernează toate materiile în litera sau spiritul tuturor dispozițiilor sale. În lipsa unei legi aplicabile, judecătorul va pronunța sentința conform dreptului cutumiar, iar în absența unui drept cutumiar, conform regulilor pe care acesta le-ar fi stabilit dacă ar fi trebuit să-şi asume rolul de legislator. Oricum, el va trebui să se inspire din soluțiile consacrate de doctrina autorilor şi jurisprudența tribunalelor – *par la doctrine et la jurisprudence*"[61]. Aici, în acest precept final, se află esența diferenței dintre „fenomenul Magnaud" şi dreptatea în acord cu dreptul. Judecătorul, chiar şi atunci când este liber, nu este pe deplin liber. El nu poate inova după bunul plac. El nu este un cavaler rătăcitor, hoinărind liber în căutarea propriului ideal de frumusețe şi bunătate. El trebuie să se inspire din principii consacrate. El nu trebuie să se lase

---

[57] *Gény*, op. cit., ed. 1919, vol. II, p. 288, sec. 196; p. 305, sec. 200.

[58] *Bruce*, Judicial Buncombe in North Dakota and Other States, 88, Central L.J. 136; răspunsul Judecătorului *Robinson*, 88, id, 155; Rule and Discretion in the Administration of Justice, 33 Harvard L.R. 792.

[59] *Gény*, op. cit., ed. 1919, vol. II, p.287, sec. 196 et seq.

[60] *Salmond*, Jurisprudence, p.19, 20.

[61] *Gény*, op. cit., II, p.213; de asemenea *Perick*, The Swiss Code, XI Continental Legal Hist. Series, p. 238, sec. 5.

pradă unor sentimente schimbătoare, unei bunăvoințe vagi şi nereglementate. El trebuie să exercite o opțiune bazată pe cunoaşterea tradiției, ordonată prin analogie, disciplinată de sistem şi subordonată „necesității primordiale de ordine în viața socială”[62]. După acestea, rămâne un spațiu discreționar considerabil, pentru orice conştiință.

Cursul IV. Adeziunea la precedent. Elementul subconştient în procesul judiciar. Concluzii

Sistemul de a legifera prin decizii judiciare care furnizează regula pentru înțelegerile încheiate înainte ca sentința să fie pronunțată, ar fi cu adevărat intolerabil, în arbitrariul şi despotismul lui dacă dreptul natural, în sensul în care l-am utilizat înainte, nu ar furniza judecătorului principalele reguli ale deciziei, atunci când precedentul sau cutuma ar eşua sau ar fi înlocuite. Achiesarea la o asemenea metodă se bazează pe credința că, atunci când dreptul a lăsat o situație neacoperită de o regulă pre-existentă, nu se poate face nimic altceva decât să se găsească un arbitru imparțial care să stabilească cum ar trebui să se procedeze în asemenea circumstanțe, în absența unor reguli de comportament, cu excepția celor cutumiare şi ale conştiinței, o persoană rațională, care cunoaşte viața comunității, standardele prevalente de drept şi cele ale comportamentului corect. Senzația este că, în nouă cazuri din zece, dacă nu mai des, comportamentul persoanelor corecte ar fi fost acelaşi dacă regula enunțată în sentință ar fi fost dinainte stabilită, printr-o lege. Într-o mică parte din cazuri, când a fost vorba de ignoranță, probabil că ea a afectat atât o parte, cât şi cealaltă; şi pentru că apare o controversă care trebuie soluționată cumva, nu e nimic de făcut, în absența unei reguli, decât să se constituie o autoritate care va crea regula după ce evenimentul s-a petrecut. Unul va trebui să piardă; face parte din jocul vieții; trebuie să plătim în nenumărate moduri absența unei viziuni profetice. Fără îndoială că sistemul perfect, dacă s-ar putea obține, ar fi un cod atât de flexibil şi de prompt, încât să furnizeze, în avans, regula potrivită şi corectă pentru orice situație imaginabilă. Dar viața este mult prea complexă ca să poată duce la atingerea acestui ideal în limita puterilor omeneşti. Trebuie să recunoaştem adevărul, spune Gény[63], că voința (*la volonté*) care inspiră o lege „se extinde doar asupra unui domeniu de fapte concrete, foarte îngust şi foarte limitat. Aproape întotdeauna, o lege are doar un singur punct de vedere. Întreaga istorie a demonstrat că legislația intervine numai atunci când un abuz precis care a provocat reacția conştiinței publice devine cunoscut. Atunci când legislatorul se interpune, o face pentru a pune capăt acelor fapte, foarte clar determinate, care i-au provocat decizia. Şi dacă, pentru atingerea acestui scop, consideră potrivit să procedeze pe calea ideilor generale şi a formulelor abstracte, principiile pe care le enunță au valoare, în concepția sa, numai în măsura în care sunt aplicabile relelor pe care a încercat să le distrugă, precum şi condițiilor similare care ar avea tendința să se dezvolte din ele. În ce priveşte însă alte consecințe logice care trebuie deduse din aceste principii, legislatorul nu le-a bănuit; dacă ar fi prevăzut unele dintre ele sau chiar mai multe, nu ar fi ezitat să le repudieze. Prin consacrarea lor, nimeni nu poate declara că urmează voința legislatorului sau că se supune judecății sale. Tot ceea ce poate face cineva este să

[62] *Gény*, op. cit., II, p. 303, sec. 200.
[63] Op. cit., prefața, p. XVI.

dezvolte un principiu, de acum încolo izolat şi independent de voinţa care l-a creat, să-l transforme într-o nouă entitate, care se dezvoltă şi ea la rândul său şi să-i confere o viaţă independentă, fără a lua în considerare voinţa legislatorului sau, cel mai adesea, în pofida acesteia". Acestea sunt cuvintele unui jurist francez, despre un sistem juridic bazat pe un cod. Lacunele, inevitabile într-un asemenea sistem, trebuie să fie cel puţin la fel de inevitabile într-un sistem de *case law*, construit întâmplător, prin diferendele părţilor litigante[64]. În fiecare sistem, amânarea formării regulii privind o acţiune, până în momentul în care acţiunea s-a produs, creează uneori riscul arbitrariului. Este una din consecinţele limitărilor intelectului uman, ale absenţei unei capacităţi infinite de a prevedea, la legislatori ca şi la judecători. Dar, adevărul este că, aşa cum am spus, chiar şi atunci când regulile sunt ignorate, sunt rare cazurile în care conduita a fost determinată de ignoranţă. De cele mai multe ori, diferendele se nasc din ceva care s-ar fi întâmplat oricum. Un automobil este fabricat cu roţi defecte. Întrebarea care se pune este aceea dacă, în afară de cumpărător, există şi alte persoane care pot invoca obligaţia producătorului de a testa automobilul[65]. Ocupantul maşinii, rănit din cauza acestei defecţiuni, insistă asupra unui punct de vedere în instanţă; producătorul asupra altuia. Există o foarte mică probabilitate, oricare ar fi partea care va câştiga, ca comportamentul său să fi fost diferit dacă regula ar fi fost cunoscută dinainte. Producătorul nu şi-a spus „Nu voi verifica aceste roţi, deoarece nu este datoria mea". Fireşte că era datoria lui, cel puţin faţă de cumpărătorul imediat. În orice caz, răul s-a produs. Întrebarea este care este dimensiunea consecinţelor pe care le suportă cel care a greşit.

De aceea, afirm că în marea majoritate a cazurilor efectul retroactiv al dreptului construit de judecători nu este perceput ca implicând arbitrariul sau este perceput ca implicând numai acel arbitrariu care este inevitabil atunci când nu a fost stabilită nicio regulă. Cred că este semnificativ faptul că atunci când arbitrariul este perceput ca fiind excesiv sau inutil, aplicarea retroactivă este blocată. Să luăm cauzele în care un tribunal de ultimă instanţă a declarat un regulament nul, iar apoi, revocându-şi prima decizie, l-a declarat valabil. Tranzacţiile care au fost încheiate în acest interval de timp au fost guvernate de prima decizie. Ce se poate spune despre validitatea unei asemenea tranzacţii atunci când decizia a fost inversată? Majoritatea tribunalelor, în spirit realist, au reţinut că aplicarea legii a fost suspendată în acest interval.[66] Poate este dificil să pui în acord o asemenea decizie cu dogmele şi definiţiile abstracte. Dacă atât de mult din ceea ce fac tribunalele posedă un efect retroactiv, de ce să tragem aici linia şi nu în altă parte?

Răspunsul este, cred, acela că linia este trasată în acest loc, din cauza faptului că nedreptatea şi oprimarea pe care ar provoca-o un refuz de a trasa linia ar fi atât de mari, încât ar deveni intolerabile. Nu îl vom ajuta pe omul care a avut încredere în decizia unei curţi inferioare[67]. În cazul său, probabilitatea unei erori de calcul este

---

[64] *Pollock*, Essays in Jurisprudence and Ethics; The Science of Case Law, p. 241.

[65] *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382.

[66] *Harris v. Jex*; 55 N.Y., 421; *Gelpcke v. Dubuque*, 1 Wall, 125; *J. Holmes*, în *Kuhn v. Fairmount Coal Co.*, 215 U.S. 349, 371; 29 Harvard L.R. 80, 103; *Danchey v. Farmy*, 105 Misc. 4, 8; *Freeman*, Retroactive Operation of Decisions, 18 Columbia L.R., p. 230; *Gray*, supra, secs. 547, 548; *Carpenter*, Court Decisions and the Common Law, 17 Columbia L.R., 593.

[67] *Evans v. Supreme Council*, 223 N.Y., 497, 503.

percepută ca un risc scuzabil în jocul vieții, asemănător în grad cu riscul oricărei concepții greşite despre drept sau datorie. El ştie că şi-a încercat norocul, deşi adesea ar fi putut evita să facă asta, dacă ar fi acționat cu precauție. Sentința unui tribunal de ultimă instanță este percepută ca fiind situată pe o bază diferită. Nu sunt sigur că trebuie stabilită vreo distincție între schimbarea regulilor prin invalidarea unei legi şi schimbarea regulilor prin schimbarea sensului sau scopului acelei legi[68], sau chiar prin schimbarea înțelesului sau scopului unei reguli de *common law*[69]. Nu pot să spun unde va putea fi localizată linia de demarcație. Oricum, sunt sigur că locul acesteia, oriunde se va afla, nu va fi guvernat de concepții metafizice ale naturii dreptului creat de judecători, şi nici de fetişul vreunei dogme implacabile, cum ar fi aceea a separației puterilor în stat[70], ci de considerarea unor criterii de oportunitate, utilitate şi a celor mai profunde sentimente de dreptate.

În zilele noastre, se discută dacă regula adeziunii la precedent nu trebuie să fie abandonată cu totul[71]. Eu nu aş merge atât de departe. Cred ca adeziunea la precedent trebuie să fie regula şi nu excepția. Am avut deja ocazia să insist asupra unor motive care o susțin. La acestea aş putea adăuga faptul că munca judecătorilor ar creşte până la un nivel critic dacă orice decizie din trecut ar putea fi repusă în discuție în fiecare caz, şi niciun judecător nu şi-ar putea clădi propriul strat de cărămizi pe fundația sigură a straturilor aşezate de alții înainte sa. Poate că alcătuirea propriului meu tribunal a avut tendința de a accentua această credință. Eram zece judecători, dintre care ne reuneam doar şapte. S-ar fi putut adesea întâmpla, mai ales când era vorba de o problemă delicată, ca într-o cauză în care într-o săptămână s-a decis într-un anumit mod, să se decidă în alt mod în săptămâna următoare, dacă cazul ar fi fost pus în discuție pentru prima dată. Situația ar fi, în orice caz, intolerabilă, dacă modificările săptămânale în compunerea tribunalului ar fi însoțite de schimbarea deciziilor. În asemenea circumstanțe, nu este nimic de făcut decât să susținem erorile confraților noştri din săptămâna anterioară, indiferent dacă ne plac sau nu.

Cu toate acestea, sunt gata să recunosc că regula adeziunii la precedent, chiar dacă nu trebuie abandonată, trebuie relaxată într-o oarecare măsură. Cred că, atunci când o regulă, după ce a fost deplin testată prin experiență, a fost considerată incompatibilă cu simțul dreptății sau cu bunăstarea socială, nu trebuie să ezităm să o reprobăm deschis sau să o abandonăm. A trebuit să facem uneori acest lucru, în materia dreptului constituțional[72]. Poate că ar trebui să o facem mai des în materii ale dreptului privat în care considerațiile care țin de utilitatea socială nu sunt atât de agresive sau de insistente. Ar trebui să existe o mai mare hotărâre pentru a abandona nişte poziții greu de susținut în situația în care regula care ar trebui eliminată nu poate fi considerată, în mod rezonabil, ca fiind aptă să determine comportamentul părților litigante şi, mai ales, atunci când, la origine, regula a fost rezultatul unor instituții sau

[68] *Douglas v. County of Pike*, 101 U.S., 677.

[69] Cf. *Wigmore*, The Judicial Function, prefață la 9 Modern Legal Philosophy Series, p. xxxvii, xxxviii.

[70] *Laski*, Authority in the Modern State, p. 70, 71; *Green*, Separation of Governmental Powers, 29, Yale L.J., 371.

[71] Rule and Discretion in the Administration of Justice, 33 Harvard L.R., 972; 29 Yale L.J. 909; 34 Harvard L.R. 74; 9 Modern Legal Philosophy Series, Prefață, p. xxxvi.

[72] *Klein v. Maravelas*, 219 N.Y., 383.

condiţii care au dobândit, în decursul anilor, o nouă semnificaţie sau o nouă dezvoltare. În asemenea circumstanţe, cuvintele lui Wheeler, J. din *Dwy v. Connecticut Co.*, 89 Conn 74, 99 exprimă tonul şi echilibrul cu care trebuie discutată problema: „Tribunalul care serveşte cel mai bine dreptul este acela care recunoaşte că regulile de drept care s-au dezvoltat, în deplină cunoştinţă de cauză, într-o generaţie anterioară pot să aducă deservicii altei generaţii, şi care înlătură vechea regulă atunci când descoperă că o altă regulă de drept este mai potrivită conform unei judecăţi sociale instalate pe baze stabile, şi că niciun drept esenţial nu s-a consolidat pe baza vechii reguli. În acest fel, marii autori care s-au ocupat de *common law* au descoperit sursa şi metoda creşterii sale, şi în creştere i-au găsit viaţa şi robusteţea. Dreptul nu este şi nu trebuie să fie imobil. Schimbarea caracterului său nu trebuie lăsată în seama legislatorului". Dacă judecătorii au interpretat greşit *mores*-ul zilelor lor, sau dacă *mores*-ul zilelor lor nu mai este aceleaşi cu al zilelor noastre, nu trebuie să lege mâinile succesorilor lor, lăsându-i într-o stare de neajutorată obedienţă.

Daţi-mi voie să dau unul sau două exemple pentru a mă face mai uşor înţeles. Le voi da cu titlu experimental şi fără să fiu sigur că sunt cele mai potrivite. Vor fi, cu toate acestea, de ajutor. Exemplul poate fi respins, însă principiul rămâne.

Există o regulă de *common law* conform căreia garantul este absolvit de răspundere dacă data plăţii este prelungită prin contractul dintre debitorul principal şi creditor, fără consimţământul garantului. Chiar şi prorogarea termenului cu o singură zi este suficientă pentru a conduce la acest rezultat[73]. Fără o asemenea prorogare, garantul ar avea dreptul ca la data scadenţei datoriei să facă plata către creditor şi să ceară subrogarea imediată în dreptul creditorului de a fi plătit de debitorul principal. Se consideră, aşadar, că el a suferit un prejudiciu dacă, prin prorogarea termenului de plată, dreptul său a fost amânat. Nu am nicio îndoială că această regulă este justificată ori de câte ori garantul poate demonstra că prorogarea îi cauzează un prejudiciu actual, având în vedere că debitorul a devenit, între timp, insolvabil sau dacă valoarea garanţiei sale s-a diminuat deşi, chiar şi în asemenea circumstanţe, exonerarea sa ar trebui stabilită în limita prejudiciului suferit. Poate că ar fi just să se admită exonerarea ori de câte ori garantul a depozitat suma garantată şi a cerut subrogarea în dreptul de a pretinde suma de la debitor. Poate că sarcina de a dovedi existenţa prejudiciului ar trebui să îi revină creditorului. Nicio astfel de limitare nu a fost recunoscută. Regula se aplică chiar şi cazurilor în care nicio garanţie nu a fost depozitată şi în care nu a fost stabilit sau nu a fost pretins niciun prejudiciu. Dreptul şi-a întemeiat sentinţele pe ficţiunea că un garant, care probabil n-a dormit nopţile de teama că i s-ar fi putut cere plata, de fapt ardea de nerăbdare să facă o plată nedorită de un creditor şovăielnic sau capricios. Prorogarea a expirat; garantul nu a făcut niciun gest, nici măcar nu s-a obosit să întrebe; cu toate acestea, el trebuie să fie absolvit în baza teoriei conform căreia dacă prorogarea, despre care nici nu a avut cunoştinţă şi care nu i-a influenţat deloc comportamentul, nu ar fi existat, el ar fi efectuat plata garanţiei. Asemenea reguli sunt supravieţuitoare ale timpurilor în care negocierile cu caracter comercial erau mai simple, când societăţile de asigurare nu erau cunoscute, când garanţii erau de obicei prietenii generoşi a căror încredere a fost înşelată, şi când principalul efort al

[73] *N.Y. Life Ins. Co. v. Casey*, 178 N.Y. 381.

tribunalelor părea să fie găsirea unei scuze plauzibile pentru a-i elibera pe aceştia din urmă de angajamentele asumate. Văd deja unele semne ale schimbării de spirit în decizii de dată recentă[74]. Cred că ne putem, pe bună dreptate, întreba dacă nu cumva tribunalele au o datorie de a merge mai departe şi de a aşeza această ramură a dreptului pe baze mai compatibile cu realităţile experienţei în afaceri şi cu moralitatea vieţii.

Există o altă regulă în *common law* conform căreia o înţelegere verbală, chiar încheiată ulterior, este inaptă să modifice sau să lipsească de efecte un contract pecetluit[75]. În zilele în care sigiliul conta pentru încheierea valabilă a unui contract, poate că exista o raţiune în recunoaşterea unei solemnităţi mistice. În zilele noastre, când iniţialele „L.S." au înlocuit instrumentele heraldice, dreptul este conştient de propria-i absurditate atunci când păstrează regulile unor vremuri dispărute[76]. Judecătorii au depus eforturi serioase ca să încarce regula cu excepţii, chiar dacă timid şi tratând-o cu aparentă deferenţă, şi să o plaseze în umbră, prin intermediul derogărilor[77]. Un caz recent sugerează că timiditatea şi nu deferenţa a amânat momentul disoluţiei regulii[78]. Dreptul îi va fi recunoscător salvatorului care îi va aplica lovitura fatală.

Am arătat câteva exemple din dreptul material. Dreptul probelor şi, în general, întreaga materie a procedurii sunt domenii în care schimbările pot fi făcute cu o libertate chiar mai mare. Considerentele politicii care dictează adeziunea la regulile existente atunci când sunt implicate drepturi subiective, operează cu forţă mai mică atunci când este vorba despre dreptul răspunderii. Daţi-mi voie să dau un exemplu din dreptul probelor. Un om este pus sub urmărire pentru viol. Apărarea lui constă în aceea că femeia a consimţit. El poate arăta că nu are o reputaţie de femeie castă. El nu are însă dreptul să demonstreze acte lipsite de pudoare ale acesteia, chiar repetate, cu alţi bărbaţi[79]. Singurul lucru pe care orice persoană care analizează faptele ar dori să-l cunoască înainte mai întâi, pentru a estima forţa apărării sale, este interzis printr-o regulă inflexibilă şi nu poate fi supus spre apreciere juraţilor. Chiar şi atunci când femeia este audiată, această probă nu-i este de mare ajutor acuzatului, pentru că, deşi poate să o interogheze cu privire la actele sale, este blocat de răspunsurile ei. Fără îndoială că un judecător ar trebui să-şi exercite puterea discreţionară pentru a accepta asemenea dovezi, ar trebui să le excludă dacă sunt irelevante, dar şi să poată să le dea urmare, şi să ia orice altă măsură pentru a preveni orice obstacol care ar apărea în mod neaşteptat. Dar nu acesta este efectul regulii actuale. Proba se exclude complet şi de fiecare dată. Unele tribunale au adoptat, într-adevăr, un punct de vedere diferit dar, din nefericire, numărul lor este foarte mic. Aici, ca şi în multe alte ramuri ale dreptului probelor, vedem un sprijin exagerat acordat reputaţiei generale a unei persoane ca un test pentru a proba caracterul părţilor sau a martorilor. O asemenea încredere în reputaţie este remanenţa unor vremuri mai simple. Ea era justificată în zilele în care oamenii trăiau în comunităţi restrânse. Poate mai are, chiar şi astăzi, o oarecare justi-

---

[74] *Wilkinson v. McKemmie*, 220, U.S. 500, 593; *U.S. v. Mc Mullen*, 222 U.S. 400, 408; *Richardson v. County of Steuben*, 226, N.Y. 13; *Assets Realization Co v. Roth*, 226 N.Y., 370.

[75] *McCreery v. Day*, 119, N.Y. 1, 3; *Williston*, On Contracts, secs. 1835, 1836.

[76] *Harris v. Shorall*, 230, N.Y., 347.

[77] *McCreery v. Day*, supra; *Thomson v. Poor*, 147 N.Y. 402.

[78] *Harris v. Shorall*, supra.

[79] *People v. Carey*, 223 N.Y., 519.

ficare în comunitățile rurale. În viața din marile orașe, această regulă a transformat proba caracterului unei persoane într-o farsă. Aici, ca și în alte ramuri ale dreptului secundar, spiritul realismului ar trebui să realizeze armonia dintre regulile actuale și nevoile actuale.

Cu toate acestea, regula adeziunii la precedent se aplică în Statele Unite cu o rigiditate mai redusă decât în Anglia și, cred, cu o rigiditate în descreștere. Camera Lorzilor este limitată în mod categoric de propriile decizii anterioare[80]. Curtea Supremă a Statelor Unite, precum și înaltele curți ale câtorva state au revenit asupra propriilor decizii anterioare, atunci când au fost în mod evident eronate[81]. Pollock, într-o lucrare intitulată *„The Science of Case Law"*, scrisă acum patruzeci de ani, vorbește de libertatea cu care s-a făcut acest lucru, sugerând că dreptul nu este altceva decât o chestiune de opinie individuală[82]. De atunci, oricum, tendința a crescut. Un exemplu extrem se găsește într-o decizie recentă a unei curți federale[83]. Reclamantul a chemat în judecată producătorul de automobile pentru repararea prejudiciului produs prin accidentarea sa datorată unei mașini defecte. În primă instanță, el a primit un verdict favorabil pe care Curtea de Apel, în a doua instanță, l-a inversat motivând că producătorul nu a avut niciun fel de obligație față de reclamantul ocupant al mașinii, atâta timp cât acesta din urmă nu a fost cumpărătorul inițial al mașinii, ci a cumpărat-o de la altcineva[84]. La cel de-al doilea proces, judecătorul de primă instanță, respectând această regulă, a respins plângerea, dar o contestație bazată pe o eroare de fapt a readus cauza în fața aceleiași Curți de Apel. Între timp, Curtea de Apel din New York a reținut, într-o acțiune împotriva altui producător, că obligația respectivă există, indiferent de la cine a cumpărat reclamantul[85]. Curtea federală a urmat această ultimă decizie, și-a repudiat propria decizie anterioară, și a inversat hotărârea de respingere a instanței de fond care fusese în acord cu hotărârea sa inițială. Probabil că pârâtul din acest proces, care inițial a câștigat apelul făcut de el pentru că plângerea fusese admisă, iar apoi a pierdut în apelul făcut de adversar pentru că plângerea fusese respinsă, are câteva păreri despre natura procesului judiciar, pe care și le ține pentru el. Nu încerc să afirm că, în aceste condiții, a fost justificată îndepărtarea de regulă sau adeziunea la precedent. Unul dintre judecătorii dizidenți și-a menținut părerea potrivit căreia ar fi trebuit aplicată sentința anterioară ca fiind regula, indiferent de corectitudinea acesteia, la fel cum operează autoritatea de lucru judecat. Concluzia majorității membrilor instanței, corectă sau nu, este interesantă ca dovadă a spiritului și tendinței de a subordona precedentul dreptății. Cum să reconciliem această tendință, care este generală și în creștere, cu nevoia de uniformitate și certitudine, iată una din marile probleme cu care se confruntă avocații și judecătorii zilelor noastre. Aici, ca și în alte

---

[80] *Gray*, supra, sec. 462; *Salmond*, Jurisprudence, p. 164, sec. 64; *Pound*, Juristic Science and the Law, 31 Harvard L.R., 1053; *London Street Tramways Co. v. London County Council*, 1898, A.C., 375, 379.

[81] *Pollock*, First Book of Jurisprudence, p. 319, 320; *Gray*, Judicial Precedents, 9 Harvard L.R., 27, 40.

[82] *Essays in Jurispudence and Ethics*, p. 245.

[83] *Johnson v. Cadillac Motor Co.*, 261, Fed. Rep. 878.

[84] 221, Fed. 801.

[85] *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382.

domenii ale dreptului, va trebui să căutăm drumul orbecăind. Undeva, între venerarea trecutului şi exaltarea prezentului, se va găsi cărarea certitudinii.

Trecerea în revistă a metodelor judiciare ne învaţă, cred eu, lecţia că întreaga materie a teoriei dreptului este mai elastică, mai maleabilă, că forma tiparului nu este definitiv fixată, iar limitele binelui şi ale răului sunt mai puţin prestabilite şi constante, ceea ce, de fapt, cei mai mulţi dintre noi ne-am obişnuit să credem şi fără ajutorul unor asemenea analize. Ne place să ne imaginăm domeniul dreptului ca fiind conturat şi marcat cu acurateţe. Trasăm micile noastre linii, şi ele se estompează în timp ce le schiţăm. Aşa cum se întâmplă în timp şi în spaţiu, la fel se întâmplă şi în drept. Distincţiile sunt ipoteze de lucru, adoptate din raţiuni practice. Tindem tot mai mult să recunoaştem adevărul că, în definitiv, există puţine reguli; există mai ales standarde şi grade. E o chestiune de grad dacă am fost neglijent. Este o chestiune de grad dacă folosind propriul meu teren mi-am format un obicei dăunător pentru vecinul meu, care ar putea să ceară interzicerea sa. Este o chestiune de grad dacă dreptul care mă privează de proprietate şi îmi limitează conduita, îmi restrânge în mod excesiv libertatea. Prin urmare, şi datoria judecătorului va deveni o chestiune care vizează stabilirea gradului, iar el va fi un judecător capabil sau slab după cum va putea să aprecieze gradul, cu acurateţe sau inexact. El trebuie să-şi pună în balanţă ingredientele, logica, filozofia, analogiile, istoria, obiceiurile, simţul dreptăţii, şi toate celelalte, adăugând puţin aici, luând puţin de dincolo, şi trebuie să determine, cât poate de bine, care dintre greutăţi va înclina balanţa. Dacă această prezentare concentrată pare slabă şi neconcludentă, nu sunt sigur că este vina mea. Eu ştiu că judecătorul este un farmacist înţelept care dintr-o reţetă atât de generală poate compune un remediu potrivit. Dar aceeaşi critică poate fi făcută cu privire la majoritatea încercărilor de a formula principiile care guvernează practicarea unei meserii. W. Jethro Brown ne reaminteşte într-o lucrare recentă despre „Drept şi Evoluţie”[86] că „Cartea lui Sir Joshua Reynolds despre pictură oferă o îndrumare vagă sau inexistentă celor care doresc să devină pictori celebri. Cărţilor care tratează stilurile literare le lipseşte, ca regulă generală, utilitatea practică”. După ce obositorul proces al analizei a fost finalizat, fiecare judecător trebuie să facă o nouă sinteză pentru sine însuşi. El poate spera cel mult ca, în urma îndelungatei reflecţii şi îndelungatului studiu, după anii de practică la bară sau în jilţ, şi cu ajutor acelui har interior care determină alegerea vocaţiei, analiza să ajute puţin ca sinteza să devină una veritabilă.

Prin ceea ce am afirmat am plasat, poate prea mult, în umbră şi în fundal procesele în care diferendele nu priveau regula de drept, ci aplicarea ei la fapte. Până la urmă, acestea sunt cazurile care constituie cea mai mare parte din activitatea tribunalelor. Ele sunt importante pentru părţile implicate. Ele pretind inteligenţă şi răbdare şi un discernământ rezonabil din partea judecătorilor care trebuie să le soluţioneze. Dar aceste cauze lasă teoria dreptului acolo unde se afla şi mai înainte. Aplicat unor asemenea cazuri, procesul judiciar, aşa cum am afirmat la începutul acestei lucrări, aproape că se rezumă la un proces de cercetare şi comparare. Trebuie să distingem între precedentele care sunt doar statice şi cele care sunt dinamice[87]. Având în vedere că cele dintâi sunt mai numeroase, o schiţă a procesului judiciar care vizează aproape

[86] 29 Yale L.J., 394, 397.
[87] Cf. *Salmond*, Jurisprudence, p. 160.

exclusiv elementul creator sau dinamic, este posibil să ne dea o falsă impresie, o imagine prea colorată, a incertitudinii din drept şi a liberei discreţii a judecătorului. Din cazurile care au fost aduse în faţa tribunalului în care am funcţionat, majoritatea nu puteau fi decise, cred eu, pentru raţiuni similare, decât într-un singur mod. Atât norma incidentă, cât şi felul în care trebuia aplicată, erau clare. Asemenea cazuri sunt predestinate, ca să mă exprim astfel, să fie rezolvate fără discuţii. Într-un alt procentaj considerabil, regula de drept este certă, şi doar aplicarea ei este dubitabilă. Trebuie disecat un dosar complex, trebuie analizate depoziţiile martorilor, mai mult sau mai puţin incoerente sau ininteligibile, pentru a determina dacă o situaţie dată trebuie încadrată într-o categorie sau alta de pe harta binelui şi a răului. Călătorul care ştie că drumul său intersectează şinele de tren, trebuie să fie atent la trenurile care se apropie. Aceasta este, cel puţin, regula generală. În nenumărate litigii trebuie studiată descrierea peisajului pentru a stabili dacă vederea nu este obstrucţionată sau dacă s-a făcut ceva pentru a-l avertiza pe călător ori s-a omis acest fapt. Deseori, aceste cazuri şi altele asemănătoare, determină diferenţe de opinie printre judecători. Oricum, teoria dreptului rămâne neatinsă, indiferentă la rezultat. În final, rămâne un procent, într-adevăr nu mare, dar nici atât de mic încât să poată fi neglijat, în care decizia, luată într-un sens sau altul, va conta pentru viitor, va grăbi sau va întârzia, uneori mai mult, alteori mai puţin, dezvoltarea dreptului. Acestea sunt cazurile în care elementul creator din procesul judiciar este oportun şi puternic. Acestea sunt cazurile de care m-am preocupat în principal în tot ceea ce v-am relatat. Într-un sens, este adevărat pentru multe astfel de cazuri că ar fi putut fi decise în alt mod. Prin aceasta înţeleg că ar fi putut fi găsite raţiuni plauzibile şi suficient de persuasive atât pentru una dintre concluzii, cât şi pentru cealaltă. Aici intră în scenă echilibrarea deciziei, testarea şi alegerea motivelor, analogiilor, logica, utilitatea, şi imparţialitatea pe care am încercat să le descriu. Aici îşi asumă judecătorul rolul de legislator. În primii mei ani ca judecător, am fost foarte tulburat când am descoperit că m-am îmbarcat pe un ocean fără urme. Căutam certitudinea. Am fost apăsat şi descurajat când am descoperit că această căutare era futilă. Am încercat să ajung la uscat, la acel pământ solid de reguli stabilite şi fixate, paradisul dreptăţii care s-ar fi exprimat prin simboluri, mai limpede şi mai aptă să comande decât reflexele sale palide care licăreau în mintea mea şovăitoare şi în conştiinţa mea. Am descoperit „prin călătorii din Paracelsus'-ul lui Browning că adevăratul paradis este întotdeauna de partea cealaltă"[88]. Pe măsură ce anii treceau, am reflectat tot mai mult asupra naturii procesului judiciar, m-am reconciliat cu incertitudinea, pentru că am ajuns să o consider inevitabilă. Am ajuns să văd că procesul, la cel mai înalt nivel al său, nu înseamnă descoperire, ci creaţie; şi că dubiile şi anxietăţile, speranţele şi temerile sunt parte a travaliului minţii, sunt spasmele morţii şi ale naşterii, prin care principiile care şi-au trăit zilele se sting şi se nasc principii noi.

Am vorbit despre forţele pe care judecătorii le-au utilizat în mod vizibil pentru a modela forma şi conţinutul sentinţelor lor. Dar chiar şi aceste forţe au fost rareori conştientizate pe de-a-ntregul. Ele se află oricum aproape de suprafaţă, astfel încât existenţa şi influenţa lor nu poate fi negată. Însă, dacă le recunoaştem puterea, nu înseamnă că am epuizat subiectul. Adânc în spatele conştiinţei există alte forţe, plăce-

[88] *G. Lowes Dickinson*, Religion and Immortality, p. 70.

rea şi durerea, preferinţele şi prejudecăţile, complexul de instincte, emoţii, obiceiuri şi convingeri care construiesc omul, fie că este partea dintr-un proces, fie că este judecătorul. Aş fi vrut să găsesc timpul şi ocazia de a duce acest subiect mai departe. Nu voi putea decât să vă amintesc de existenţa sa[89]. A existat cu certitudine o lipsă de candoare în cele mai multe din discuţiile pe această temă, sau mai degrabă în refuzul de a o discuta, ca şi cum judecătorii şi-ar fi pierdut respectul şi încrederea dacă li s-ar fi amintit că şi ei sunt supuşi limitărilor umane. Nu mă îndoiesc de grandoarea conceptelor care îi înalţă în sferele raţiunii pure, deasupra sau dincolo de raza de acţiune a forţelor perturbatoare şi deviante. Cu toate acestea, dacă există ceva real în analiza mea asupra procesului judiciar, acesta nu se află plasat pe acele înălţimi reci şi distante; şi nu vom servi cauza adevărului acţionând şi vorbind ca şi cum l-am vedea acolo. Marile fluxuri şi curenţi care îi ating pe restul oamenilor, nu-şi vor modifica cursul şi nu-i vor evita pe judecători. Ne place să ne imaginăm procesele judiciare ca fiind reci, obiective şi impersonale. Dreptul, zămislit din existenţa reală, rămânând deoparte şi singur, spune, prin vocea preoţilor şi a celor care slujesc, cuvinte pe care aceştia nu au altă alegere decât să le exprime. Acesta este idealul unui adevăr obiectiv spre care tinde orice sistem de teoria dreptului. Este un ideal despre care au vorbit marii publicişti şi judecători ca fiind ceva posibil de obţinut. „Judecătorii naţiunii" spune Montesquieu, „sunt doar gurile care pronunţă cuvintele dreptului, făpturi neanimate, care nu pot modela nici forţa şi nici rigoarea acestuia"[90]. Tot astfel s-a exprimat Marshall în *Osborne v. Bank of the United States,* 9 Wheat. 738, 866: Puterea judiciară „nu are, în orice caz, o voinţă proprie… Puterea judiciară nu este niciodată exercitată în scopul de a da efecte voinţei judecătorului; întotdeauna este exercitată pentru a da efecte voinţei legislatorului; sau, cu alte cuvinte, voinţei dreptului". Acest lucru sună avântat; este corect şi precis exprimat; dar nu va putea fi niciodată decât parţial adevărat. Cariera lui Marshall însuşi este o expresie remarcabilă a faptului că idealul este dincolo de ceea ce este omeneşte posibil de obţinut. El a imprimat Constituţiei Statelor Unite amprenta propriei sale gândiri; iar forma dreptului nostru constituţional este ceea ce este, deoarece el l-a modelat atunci când încă era elastic şi maleabil, în focul convingerilor sale puternice. La extrema cealaltă se află cuvintele unui jurist francez, Saleilles, în tratatul său *„De la Personalité Juridique"*[91]. „La început, cineva doreşte un rezultat; altcineva găseşte principiul după aceea; aceasta este geneza oricărei construcţii juridice. Odată acceptată, construcţia se prezintă, fără îndoială, în doctrina juridică, sub aspectul opus. Factorii sunt inversaţi. Principul apare ca o cauză iniţială, din care cineva a stabilit rezultatul dedus din aceasta". De aceea nu aş pune problema în termeni atât de largi. Dacă se pune un accent prea mare pe o formulare se exagerează elementului liberei voinţe. Sunt ignoraţi factorii determinismului care înghesuie şi limitează în graniţe strâmte raza de acţiune a alegerii neîncătuşate. Cu toate acestea, această accentuare excesivă oferă corectivul necesar idea-

[89] Un studiu interesant al acestui subiect se găseşte într-o carte publicată după ce aceste conferinţe au fost transcrise, The Foundation of Social Science *de James Mickel Williams*, p. 209 et seq.

[90] *Montesquieu*, L'esprit des lois, LIV, XI, chap. VI, citat de *Ehrlich*, Die Juristische Logic, p. 101; *Gény*, op. cit., p. 76; cf. *Flavius*, supra, p. 40.

[91] P. 45, 46.

lului de obiectivitate imposibilă. Aproape de adevăr, la mijlocul celor două extreme, se află cuvintele unui om care nu a fost jurist, dar ale cărui intuiții şi percepții au fost adânci şi strălucitoare – cuvintele Preşedintelui Roosevelt în mesajul său din 8 decembrie 1908 adresat Congresului Statelor Unite ale Americii[92]: „Cei mai importanți făuritori de legi din țara noastră pot fi, şi sunt deseori, judecătorii, pentru că ei reprezintă ultima autoritate. De fiecare dată când interpretează contractul, proprietatea, drepturile absolute, procesul echitabil, libertatea, în mod necesar transferă în drept părți ale unui sistem de filozofie socială; şi pentru că o asemenea interpretare este fundamentală, ei trasează direcția tuturor făuritorilor de legi. Deciziile tribunalelor asupra unor chestiuni de natură economică sau socială depind de filozofia lor socială şi economică; şi pentru progresul paşnic al poporului nostru de-a lungul secolului XX le vom datora cel mai mult acelor judecători care dețin o filozofie economică şi socială a secolului XX şi nu o filozofie depăşită, care a fost ea însăşi produsul unor condiții economice primitive".

Îmi amintesc că, atunci când a fost făcută această declarație, a determinat o furtună de critici. S-a spus că a dovedit că ignoră natura procesului judiciar. S-a spus că treaba judecătorului este aceea de a descoperi adevărul obiectiv. Mica lui individualitate, micul lui bagaj de filozofii difuze şi necoordonate, împreună cu slăbiciunile şi prejudecățile sale inconştiente trebuie lăsate deoparte şi uitate.

De ce ar trebui să le pese oamenilor de părerea pe care o are judecătorul despre adevărurile eterne? Ea nu merită amintită. Ceea ce caută lumea sunt chiar adevărurile eterne. Departe de mine să încerc să neg acest lucru, într-adevăr acesta este veritabilul scop spre care trebuie să tindem cu toții. Ceva din spiritul lui Pascal despre autocăutare şi auto-reproş trebuie să ajungă uneori la omul care este chemat să modeleze dezvoltarea dreptului. Tocmai această mare posibilitate de a se exprima pe sine în cea mai profundă ipostază pare să ridice degetul acuzator al discreditării şi al disprețului. Ce reprezint eu în această mişcare masivă de înaintare, în această năvală şi iureş de forțe, oare mica mea personalitate poate să le clintească? De ce ar trebui ca lumina pură a adevărului să fie spartă şi impregnată şi colorată cu vreun element al existenței mele? Din timp în timp ne asaltează astfel de îndoieli şi de ezitări. Oricum, adevărul este că toate aceste întrebări lăuntrice sunt născute din dorința şi din speranța de a transcende limitele care înconjoară natura noastră umană. Roosevelt, care cunoştea oamenii, nu a avut niciun fel de iluzii pe această temă. El nu a postulat un ideal. Nu a fixat un țel. El a măsurat puterea şi răbdarea celor cu care trebuia să înceapă cursa. Datoria mea ca judecător poate fi aceea de a obiectiva în drept, nu propriile mele aspirații, convingeri şi filozofii, ci aspirațiile, convingerile şi filozofiile bărbaților şi femeilor timpului meu. Cu greu voi reuşi acest lucru dacă propriile mele simpatii şi convingeri şi ataşamente profunde sunt potrivite unui timp care a trecut. „Nu vom putea să ne imaginăm niciodată, oricare ar fi sistemul de interpretare juridică, că am eliminat toate interpretările personale. În ştiințele morale nu există nicio metodă sau procedură care să înlocuiască cu totul gândirea subiectivă"[93]. Dacă dorim, putem să ne imaginăm sarcina judecătorului ca fiind aceea a unui translator, cititor al semnelor şi al simbolurilor transmise din afară. Cu toate acestea, nu vom încredința o astfel de

[92] 42 Congressional Record, partea I., p. 21.

[93] *Gény*, op. cit., vol. II, p. 93, sec. 159; vol. II. p. 142, sec. 168; de asemenea *Flavius*, p. 43.

sarcină unor oameni doar dacă ei au absorbit spiritul limbii în care trebuie să o redea şi s-au umplut de iubire pentru ea.

Prin urmare, nu am niciun reproş faţă de doctrina care afirmă că judecătorii trebuie să fie în rezonanţă cu spiritul timpului în care trăiesc. Însă vai, acceptarea unei asemenea generalităţi nu ne va conduce prea departe pe drumul către adevăr. În fiecare tribunal există tot atâtea păreri despre „Zeitgeist" câţi judecători sunt. Nu am găsit nicio urmă de favoritism sau de prejudecată, în sensul sordid, vulgar sau rău, printre judecătorii pe care i-am cunoscut. Însă, în fiecare zi mă conving din nou de inevitabila relaţie dintre adevărul interior şi adevărul din afara noastră. Spiritul timpului, aşa cum ni se dezvăluie fiecăruia dintre noi, este prea adesea doar spiritul grupului în care ne-au plasat accidentele naşterii, educaţiei, ocupaţiei, prieteniei. Niciun efort sau revoluţie a minţii nu va reuşi să înlăture complet şi definitiv imperiul acestor loialităţi subconştiente. „Credinţele şi opiniile noastre" spune James Harvey Robinson[94], „ca şi standardele noastre de comportament vin spre noi pe nesimţite ca produse ale convieţuirii noastre cu semenii, nu ca rezultate ale experienţei personale sau a inferenţelor pe care le facem în baza propriilor noastre observaţii individuale. Suntem induşi în eroare în mod constant de extraordinara noastră capacitate de „raţionalizare" – adică aceea de a găsi argumente plauzibile pentru a accepta ceea ce ni se impune prin tradiţiile grupului căruia îi aparţinem. Suntem excesiv de creduli prin natura noastră şi acceptăm instinctiv verdictele grupului. Suntem influenţabili nu numai când ne aflăm sub vraja unei gloate agitate sau al unei revelaţii profunde, dar şi când ascultăm mica şi liniştita voce a turmei, şi suntem mereu gata să apărăm şi să justificăm instrucţiunile şi avertismentele ei şi să le acceptăm ca rezultate mature ale propriului raţionament". Acest lucru nu a fost scris în mod special despre judecători, ci despre bărbaţi şi femei din toate categoriile sociale. Pregătirea judecătorului, dacă este însoţit de ceea ce se cheamă temperament judiciar, va ajuta în oarecare măsură la emanciparea sa de puterea de influenţă a repulsiilor şi prejudecăţilor individuale. Şi îi va ajuta să lărgească grupul faţă de care loialitatea sa subconştientă are datorii. Aceste loialităţi nu vor fi însă înlăturate niciodată cu desăvârşire, atâta vreme cât natura umana este ceea ce este. Ne putem întreba uneori cum, din jocul acestor forţe ale individualismului, poate rezulta ceva coerent, altceva decât haosul şi deşertul. Acestea sunt momentele în care exagerăm rolul diferenţelor. În cele din urmă rezultă ceva care posedă o formă compozită, adevăr şi ordine. S-a spus că „Istoria, la fel ca matematica, este obligată să presupună că excentricităţile se echilibrează între ele, mai mult sau mai puţin, astfel încât, în cele din urmă, va rămâne ceva constant"[95]. Acesta este şi adevărul despre munca tribunalelor. Excentricităţile judecătorilor se echilibrează una pe cealaltă. Unul din judecători priveşte problema din punctul de vedere al istoriei, altul din cel al filozofiei, altul din cel al utilităţii sociale, unul este formalist, celălalt este cu vederi largi, unul se teme de schimbări, altul este nemulţumit de prezent; din frecarea diverselor minţi a rezultat ceva care are constanţă şi uniformitate şi o valoare medie superioară elementelor care o compun. Acelaşi lucru este adevărat şi pentru munca juraţilor. Nu doresc să sugerez că rezultatul, în ambele cazuri, nu trădează fisurile inerente originii. Fisurile există în orice instituţie umană. Şi pentru că ele nu numai că există, dar sunt şi vizibile, avem credinţa că vor fi corectate. Nu exis-

[94] The Still Small Voice of the Herd, 32 Political Science Quarterly, 315.
[95] *Henry Adams*, The Degradation of the Democratic Dogma, p. 291, 292.

tă nicio garanție că regula majorității va reprezenta expresia rațiunii perfecte atunci când îmbracă forma unei constituții sau a unei legi. Nu trebuie să ne aşteptăm la mai mult nici atunci când îmbracă forma sentințelor pronunțate de un tribunal. Mareele se ridică şi cad, dar nisipurile erorii se sfarmă.

Munca judecătorilor este, într-un sens, una care dăinuie, într-un alt sens, una efemeră. Ceea ce este bun în ea, durează. Ceea ce este greşit, va dispărea cu siguranță. Ceea ce este bun constituie fundația pe care se vor construi noi structuri. Ceea ce este rău va fi aruncat şi topit în laboratoarele timpului. Puțin câte puțin, vechea doctrină este subminată. Deseori, progresul este atât de gradual încât semnificația lui este la început umbrită. În cele din urmă descoperim că conturul peisajului s-a schimbat, vechile hărți trebuie aruncate, şi terenul trebuie din nou cartografiat. Procesul, cu toată puterea sa tăcută dar inevitabilă, a fost perfect descris de dl. Henderson: „Atunci când un aderent la o credință sistematică este permanent pus în contact cu influențe şi expus la dorințe nepotrivite cu acea credință, poate avea loc un proces de inconştientă activitate mentală, prin care se pot strânge rezerve crescânde de acumulări mentale ostile, care să motiveze puternic acțiuni şi decizii, dar care va pătrunde rareori cu claritate în conştient. În acelaşi timp, formulele vechii credințe sunt reținute şi repetate prin puterea obişnuinței, până când, într-o zi, apare ideea că simpatiile, conduita şi dorințele fundamentale au devenit atât de incompatibile cu contextul logic, încât vor trebui eliminate. Apoi începe sarcina construirii şi raționalizării unei noi credințe”.

Chiar şi în timpul construirii ei, în vreme ce dreptul se dezvoltă de-a lungul secolelor, această nouă credință este cea care în tăcere, dar ferm, şterge greşelile şi excentricitățile noastre. Uneori,cred că ne îngrijorăm prea mult în legătură cu durata consecințelor erorilor noastre. Ele pot produce mici confuzii pentru o vreme. În cele din urmă ele, vor fi modificate sau corectate sau lecțiile lor vor fi ignorate. Viitorul are grijă de asemenea lucruri. În procesul fără sfârşit al verificării şi reverificării, există o respingere continuă a zgurii şi o constantă reținere a orice este pur, robust şi valoros.

Viitorul, domnilor, este al dumneavoastră. Am fost chemați să facem bucata care ne revenea dintr-un proces fără vârstă. Mult timp după ce voi fi murit şi mica mea bucată va fi uitată, veți fi aici pentru a face porțiunea voastră şi pentru a duce torța mai departe. Ştiu că flacăra va arde viu în timp ce torța este în mâinile voastre.