

*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 și atunci când nu pare să domine, ea se află mereu în rezervă. Ea arbitrează celelalte metode și determină, într-o ultimă analiză, alegerea fiecăreia, cântărește revendicările aflate în competiție, stabilește limite pretențiilor acestora, le echilibrează, le modelează și le armonizează. Puține din regulile vremurilor noastre sunt atât de bine stabilite încât să putem apela la ele oricând, și ele să-și justifice întotdeauna existența ca mijloace adaptate unui scop. Dacă nu funcționează, sunt bolnave. Dacă sunt bolnave, nu se pot propaga. Uneori sunt eliminate și 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 și, în final, a forței generatoare a excepțiilor în formarea unei reguli noi. Anglia a fost consecventă din punct de vedere al logicii și a negat cu totul dreptul la acțiune. New York-ul și cele mai multe state au răspuns nevoilor practice și au recunoscut dreptul la acțiune dar, la început, numai în mod excepțional și supus unui număr mare de restricții. Progresiv excepțiile s-au extins, astfel încât, în zilele noastre, a mai rămas prea puțin din reguli<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Regulile care au derivat, printr-un proces de deducție logică, din teoria contractului și a obligației au fost distruse de acțiunea corozivă, lentă și continuă, a utilității și a dreptății<sup>3</sup>.

Vedem același proces cum se derulează și 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 și-a depășit stagiul primitiv al formalismului, când cuvântul exact era talismanul suveran, și orice alunecare era fatală”<sup>4</sup>. 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 și memoriile din procesele civile sunt privite cu ochi indulgenți. Regulile privitoare la probe sunt,

---

<sup>1</sup> *Seaver v. Ransom*, 224 N.Y. 233.

<sup>2</sup> *Fosmire v. National Surety Co.*, 229 N.Y. 44.

<sup>3</sup> Cf. *Duguít*, op. cit., Continental Legal Hist. Series, vol. XI, p. 120, sec. 36.

<sup>4</sup> *Wood v. Duff Gordon*, N.Y. 88.

412007

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<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. Precedentele stabilite în acele vremuri exercită o influență nefericită chiar și astăzi. Cu toate acestea, astăzi tendința este aceea a unui liberalism în creștere. Noul spirit și-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 numește „*die spielerische und die mathematische Entscheidung*”<sup>7</sup>, 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<sup>8</sup>. Ne gândim la finalitatea căreia îi servește dreptul și punem regulile sale în serviciul acestui scop.

Această concepție a finalității dreptului, ca fiind cea care îi determină direcția de creștere, și care a reprezentat marea contribuție a lui Jhering la teoria dreptului<sup>9</sup>, își găsește *organon*-ul, instrumentul, în metoda sociologiei. Scopul este mai important decât originea. Nu poate exista înțelepciune în alegerea căii de urmat dacă nu știm 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<sup>10</sup>. Adevărul său este unul relativ și nu unul absolut. Regula care funcționează bine produce un titlu care este demn de recunoaștere. 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 și ale uniformității pentru a face dreptate într-un anumit caz<sup>11</sup>. Trebuie să ne menținem între acele limite interstițiale pe care le-au fixat pentru inovațiile judecătorilor, precedentul, cutuma și lunga, tăcuta și aproape nedefinita practică a altor judecători, trasate de-a lungul secolelor de *common law*. Dar înălțurul limitelor fixate astfel, înălțurul sferei în care se mișcă alegerea, principiul final de selecție pentru judecători, ca și pentru legislatori, este acela al acordului cu o finalitate. „*Le but est la vie interne, l'âme cachée, mais génératrice, de tous les droits*”<sup>12</sup>. Nu ne culegem regulile gata înmugurite din copaci. Fiecare judecător,

<sup>5</sup> *Kelso v. Ellis*, 224 N.Y. 528, 536, 537; *California Packing Co. v. D.Co.*, 228 N.Y. 49.

<sup>6</sup> *Pound*, *Common Law and Legislation*, 21 *Harvard L.R.* 383, 387.

<sup>7</sup> *Ehrlich*, *Die juristische Logik*, p. 295, cf. p. 294, 296.

<sup>8</sup> A se vedea al său *Treatise on Evidence*, *passim*.

<sup>9</sup> *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.

<sup>10</sup> *Pound*, *Mechanical Jurisprudence*, 8, *Columbia L.R.* 603, 609.

<sup>11</sup> Cf. *Brütt*, *supra* p. 161, 163.

<sup>12</sup> „*Scopul este viața interioară, sufletul ascuns, dar înzestrat cu puterea generatoare a tuturor drepturilor*” - *Salleilles*, *De la Personalité Juridique*, p. 497. „Cu Jhering rămânem realiști, însă cu el suntem și idealisti, atașați de ideea de scop și de finalitate socială” - *Salleilles*, p. 516.

consultându-și propria experiență trebuie să fie conștient de momentele în care exercitarea liberă a voinței în scopul obținerii binelui comun, a determinat forma și direcția unei reguli care, în acel moment, și-a tras rădăcinile dintr-un act creativ. Concepția lui Savigny despre drept, ca fiind ceva realizat fără luptă, dorință sau scop, un proces de creștere silențioasă, rodul istoriei popoarelor și a geniului lor, transpus în viața și obiceiurile oamenilor, ne oferă doar o imagine incompletă și parțială. Este adevărată dacă înțelegem prin aceasta că judecătorul trebuie să țină seama de *mores*-ul vremurilor noastre în modelarea regulilor. Este însă unilaterală, și 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 și sunt gata să fie folosite<sup>13</sup>. Normele juridice sunt confundate cu principiile de drept – *Entscheidungsnormen* cu *Rechtssätze*<sup>14</sup>. Dreptul reprezintă, într-adevăr, o creștere istorică, deoarece el este o expresie a moralității obișnuite care se dezvoltă, silențios și inconștient, de la o epocă la alta. Acesta este marele adevăr din teoria lui Savigny despre originile dreptului. Dar, dreptul este, de asemenea, o creștere conștientă sau direcționată, deoarece moralitatea tradițională va fi greșit transpusă dacă judecătorul nu va urmări realizarea unui scop moral și îmbrăcarea lui în forme juridice<sup>15</sup>. Iar efortul conștient este singura metodă adecvată, atunci când trebuie să prevaleze un scop pe care îl avem în vedere. Standardele sau modelele de utilitate și morală vor fi descoperite de judecător în viața comunității. Ele vor fi regăsite, în același mod, și de către legislator. Oricum, aceasta nu înseamnă că munca unuia este, mai mult decât a celuilalt, o copie a structurilor lumii materiale.

Printre juriștii străini au existat numeroase dispute dacă judecătorii trebuie să identifice normele de drept și conduita utilă, modelele bunăstării sociale, în conformitate cu un standard obiectiv sau cu unul subiectiv. Școli reprezentând curente de gândire opuse au luptat pentru punctul lor de vedere<sup>16</sup>. Uneori, controversa părea să nu depășească prea mult problema utilizării cuvintelor. Atâta vreme cât distincția are o semnificație practică, tradiția 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 capacități. Acest adevăr, atunci când este perceput cu claritate, tinde să uniformizeze rolul judecătorului. Datoria sa de a pune dreptul în conformitate cu rațiunea și dreptatea este privită ca o fază a datoriei sale de a pune dreptul în acord cu cutuma. Moralitatea obișnuită a oamenilor cu capul pe umeri, bărbați și femei, este cea pe care el o va aplica în sentință. 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 Gefühlsjurisprudenz*”, o teorie a dreptului bazată doar pe sen-

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Ehrlich, *supra*.

<sup>15</sup> Cf. Gény, *op. cit.*, vol. I, p. 263, sec. 92.

<sup>16</sup> Pentru un clar și interesant rezumat, a se vedea Brütt, *supra* p. 101 et seq.; Cf. Gény, *op. cit.*, vol. I, p. 221 și, în opoziție, Flavius, *op. cit.*, p. 87.

timente sau impresii<sup>17</sup>. O gândire judiciară, spune Stammler, „trebuie să fie o judecată bazată pe dreptul obiectiv și nu o opinie subiectivă și liberă; un verdict și nu doar un ordin personal. O sentință este greșită, atunci când i se potrivește exprimarea din piesa „Doi tineri din Verona” (Act I, Sc II): „Nu am decât argumentul unei femei: Gândesc așa despre el, fiindcă așa gândesc despre el”<sup>18</sup>.

Alți distinși profesori s-au pronunțat pentru un standard mai subiectiv. „Suntem cu toții de acord”, spune Profesorul Gray<sup>19</sup>, „că multe cauze ar trebui soluționate de tribunale pe baza conceptelor de bine și rău și, desigur, fiecare dintre noi va fi de acord că este probabil ca judecătorul să împărtășească concepțiile despre bine și rău prevalente în comunitatea în care trăiește; dar, să presupunem, într-un caz în care nu există nimic altceva care să-l ghideze decât concepțiile despre bine și rău, că percepția proprie asupra noțiunilor de bine și rău este diferită de cea a comunității – care dintre acestea ar trebui urmată – concepția sa sau aceea a comunității. Teoria Domnului Carter [„Origin and Sources of Law”, J.C. Carter] pretinde că judecătorul trebuie să urmeze concepțiile comunității. Eu cred că ar trebui să-și urmeze propriile concepții”. 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 concepții diferite privind conduita corectă, și nu mai există nimic altceva care să poată fi pus în balanță. Dacă totuși ar exista o asemenea situație, cred că un judecător va greși dacă va impune comunității, ca regulă, propria sa idiosincrazie față de un comportament sau față de o credință. Să presupunem, de exemplu, că un judecător privește persoanele care frecventează teatrul ca fiind persoane păcătoase. Ar acționa oare corect dacă, într-o materie în care regula de drept nu a fost încă stabilită, ar subordona decizia propriei convingeri, chiar dacă ar ști 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 ridică nivelul standardelor prevalente. Într-un domeniu sau în altul se pot dezvolta practici contrare sentimentelor și standardelor epocii și ele pot amenința să se înrădăcineze dacă nu sunt reprimare. În ciuda prevalenței lor temporare, ele nu rezistă confruntării cu normele morale acceptate. Indolența sau pasivitatea au tolerat ceea ce judecata responsabilă a comunității condamnă. În asemenea cazuri, una din cele mai importante funcții ale judecătorului este aceea de a stabili cel mai adecvat raport dintre ceea ce se face și ceea ce se recunoaște că se face. Există chiar momente, pare oarecum paradoxal, în care doar o conduită subiectivă va satisface standardele obiective. În viață, anumite relații impun datoria de a acționa conform moralității comune și nimic mai mult. În aceste situații, moralitatea comună trebuie să reprezinte pentru judecător standardul. *Caveat emptor* este o maximă care va fi descoperită atunci când moralitatea pe care o exprimă nu este și aceea a spiritelor sensibile. Alte raporturi în viață cum ar fi, e.g. acelea dintre *trustee* și beneficiar sau dintre debitorul principal și garant, impun obligația de a acționa în conformitate cu cele mai înalte standarde pe care o persoană cu cea mai sensibilă conștiință și

<sup>17</sup> Brütt, supra p. 101-111.

<sup>18</sup> Stammler, *Richtiges Recht*, s. 162 citat de Brütt, supra.

<sup>19</sup> *Nature and Sources of Law*, sec. 610.

cel mai ascutit simț al onoarei și le-ar impune ei însăși. În asemenea cazuri, datorită 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 și pe dreptate.

Adevărul este, așa cum am spus, că distincția dintre conștiința subiectivă sau individuală și cea obiectivă sau generală, în materiile în care judecătorul nu este limitat de reguli prestabilite, este obscură și evanescentă și tinde să devină o distincție între cuvinte și cam atât. Pentru cazuist și pentru filozof, își 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<sup>20</sup>. Percepția dreptului obiectiv preia culoarea conștiinței subiective. Concluziile conștiinței subiective preiau culoarea practicilor uzuale și ale credințelor obiectivate. Există o constantă și subtilă interacțiune între ceea ce este în exterior și ceea ce este în interior. Putem să ținem, pe de o parte, cu Tarde și cu școala sa, pentru care toate inovațiile sociale derivă „din invenții individuale răspândite prin imitație”<sup>21</sup> sau, pe de altă parte, cu Durkheim și școala sa, pentru care inovațiile se nasc „prin acțiunea mentalului social”<sup>22</sup>. În ambele perspective, indiferent dacă impulsul se răspândește de la individ sau de la societate, dinafară sau dinăuntru, nici componenții și nici masa nu pot lucra independent. Spiritul personal și cel general sunt și 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 și numai prin forța unei influențe subconștiente.

Analiza mea asupra procesului judiciar ajunge, așadar, la această concluzie și cam atât: logica și istoria și cutuma și utilitatea și 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 reprimite.<sup>23</sup> Unul din interesele sociale fundamentale este cel ca dreptul să fie uniform și 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, și 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 servește simetria sau certitudinea trebuie echilibrat de interesul social pe care-l servesc echitatea și imparțialitatea sau alte elemente ale bunăstării

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Barnes, Durkheim's Political Theory, 35, Pol. Science Quarterly, p. 239.

<sup>22</sup> Ibidem; cf. Barker, Political Thought from Spencer to Today, p. 151, 153, 175.

<sup>23</sup> Vander Eycken, Méthode positive de l'interprétation 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 întrebați cum știe judecătorul care dintre interese are o pondere mai mare decât celălalt, vă pot răspunde doar că el trebuie să-și extragă cunoașterea, la fel ca legislatorul, din experiență, din studiu și din reflecție; pe scurt, din viața însăși. Într-adevăr, aici este punctul de contact dintre munca sa și cea a legislatorului. Alegerea metodelor, aprecierea valorilor, trebuie să fie ghidate până la urmă de astfel de considerente, valabile atât pentru unul, cât și pentru celălalt. Pentru că, într-adevăr, fiecare legiferează înăuntrul limitelor propriei competențe. Fără îndoială că limitele judecătorului sunt mai înguste. El legiferează numai între lacune. El umple spațiile goale din drept. Limita până la care poate să meargă, fără să treacă dincolo de zidurile interstițiale, nu poate să fie trasată ca pe o hartă. Trebuie să învețe singur, pe măsură ce dobândește simțul oportunității și al proporțiilor, după ani de experiență în practicarea unei meserii. Chiar și în interiorul lacunelor, acțiunea judecătorului este îngădită de restricții greu de definit, dar sesizate, oricât de impalpabile ar fi, de orice judecător sau avocat. Ele sunt stabilite prin tradiții seculare, prin exemplul altor judecători, predecesori și colegi, prin judecata colectivă a profesiei și prin datoria de a adera la spiritul dominant al dreptului. „*Il ne peut intervenir*” spune Charmont<sup>24</sup>, „*que pour suppléer les sources formelles, mais il n'a pas, dans cette mesure même, toute latitude pour créer des règles de droit. Il ne peut ni faire échec aux principes généraux de notre organisation juridique, explicitement ou implicitement consacrés, ni formuler une réglementation de détail pour l'exercice de certains droits, en établissant des détails, des formalités, des règles de publicité*”<sup>25</sup>. Cu toate acestea, înăuntrul granițelor acestor spații deschise, precum și înăuntrul celor ale precedentului și cutumei, judecătorul are o libertate de alegere care face ca acțiunile sale să poată fi calificate ca fiind creative. Dreptul, care este produsul rezultat, nu este descoperit, ci fabricat. Acest proces, fiind unul legislativ, pretinde înțelepciunea legislatoru-

<sup>24</sup> La Renaissance du droit naturel, p. 181.

<sup>25</sup> „*El nu poate interveni decât pentru a suplini izvoarele formale dar, chiar și 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, formalități 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. xlvii: „*Scopurile dreptului sunt cuprinse în concepții juridice care trebuie să se dezvolte independent și cărora nu li se poate pretinde să se conformeze în fiecare moment nevoilor particulare. Altfel, sistematizarea și 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 divergență între drept și nevoile vieții, care, din timp în timp, necesită o corecție... Cât de departe, dacă este cu adevărat cazul, ar putea sau ar trebui realizate aceste schimbări, prin decizii judiciare sau prin dezvoltarea teoriei juridice, și de unde este necesară intervenția legislatorului, este o chestiune care diferă de la un domeniu juridic la altul, în funcție de tradițiile acceptate cu forța obligatorie a precedentului, de caracterul dreptului adoptat și de libertatea mai largă sau mai îngustă a interpretărilor judiciare*”.

lui. Într-adevăr, nu există nimic revoluționar și nici măcar nou în acest aspect al funcției judiciare<sup>26</sup>. Acesta este modul în care tribunalele și-au îndeplinit menirea în dezvoltarea *common law*, timp de secole. Diferența de la o perioadă la alta nu a fost atât recunoașterea 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<sup>27</sup>. Printr-un fel de paradox, finalitatea a fost mai bine servită prin desconsiderarea ei și luând în considerare doar mijloacele. Treptat, s-a manifestat nevoia unui sistem mai flexibil. Descori, prăpastia dintre vechea regulă și cea nouă a fost trecută cu ajutorul fraudei solemne care este ficțiunea<sup>28</sup>. 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; și motivele trecerii de la vechea regulă la cea nouă sunt dezvăluite, deși 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 neconștient sau aproape inconștient. Scopurile la care se raportau tribunalele, rațiunile și 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 șoc „Nu ne dăm seama” spune Holmes<sup>29</sup>, „cât de mare este acea parte din dreptul nostru care este expusă modificărilor în urma unei schimbări cât de ușoare a concepțiilor în opinia publică. Nicio propoziție concretă nu este evidentă de la sine, indiferent cât de convinși suntem că o acceptăm, nici măcar afirmația domnului Herbert Spencer conform căreia fiecare om are dreptul să facă ceea ce dorește, cu condiția de a nu afecta dreptul similar al vecinilor săi”. „De ce”, continuă acesta, „nu este sancționată o afirmație falsă și 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 știe 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 și de timp... Cred că nici judecătorii nu au reușit să înțeleagă datoria lor de a lua în considerare argumentele care țin de avantajul social.

<sup>26</sup> Cf. *Berolzheimer*, 9 *Modern Legal Philosophy Series*, p. 167, 168.

<sup>27</sup> *Flavius*, supra p. 49; *Pollock și Maitland*, *History of English Law*, p. 361.

<sup>28</sup> *Smith*, *Surviving Fictions*, 27 *Yale L.J.*, 147; *Ehrlich*, supra p. 227-227; *Salleilles*, *De la Personalitate Juridică*, p. 382. „Atunci când legea sancționează anumite raporturi juridice excluzând altele puțin diferite, simțim la un moment dat nevoia să le protejăm și 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 ușor amplificată sau mai curând nedisimulată” - *Salleilles*, supra.

<sup>29</sup> *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, și aceasta în mod inconștient”.

Nu doar în sistemul nostru de *common law* s-a impus această concepție. Chiar și în alte sisteme în care puterea inițiativei judiciare este mai strâns limitată de lege, o dezvoltare asemănătoare plutește în aer. Peste tot unde se accentuează analogia dintre funcția judecătorului și funcția legislatorului. Aș putea să-l citez pe François Géný care a dezvoltat analogia cu un curaj și o forță sugestive<sup>30</sup>. „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 însuși. Cu excepția unei singure circumstanțe, care nu este neglijabilă, dar totuși de importanță secundară, anume aceea că procesul este pus în mișcare de o situație concretă și, 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 aceeași care trebuie să domine actul legislativ însuși, atâta timp cât, în fiecare caz, se pune problema de a satisface la modul optim, exigențele dreptății și 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-și modeleze judecata prin urmărirea aceluiași scopuri care ar trebui să fie cele ale legislatorului care și-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 și cu referire la probleme concrete, în spiritul organizării moderne și 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, și să-și fundamenteze decizia pe elemente de natură obiectivă. Și de aceea, activitatea care este cea mai apropiată de ceea ce face el ar putea fi corect calificată ca cercetare științifică liberă, *libre recherche scientifique*: Liberă, deoarece el este scos aici de sub influența autorității pozitive; științifică, în același timp, pentru că își găsește fundamentări solide în elementele obiective, pe care numai știința poate să i le dezvăluie”<sup>31</sup>.

Rățiunea punctului de vedere modern a fost admirabil exprimată de către Vander Eycken<sup>32</sup> în a sa „*Méthode positive de l'interprétation juridique*”<sup>33</sup>: „În trecut, oamenii priveau dreptul ca fiind produsul voinței conștiente a legislatorului. Astăzi, îl vedem ca o forță naturală. Oricum, dacă putem atribui dreptului epitetul «natural» o facem, așa cum am spus, într-un alt sens decât cel atașat 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. Aceeași expresie trebuie să însemne astăzi că dreptul izvorăște din relațiile de fapt care există între lucruri. La fel ca acele relații, dreptul natural este pe petuă evoluție. Nu mai trebuie să căutăm sursele dreptului în texte sau în sisteme

<sup>30</sup> Op. cit., vol. II, p. 77.

<sup>31</sup> Ehrlich *gîndește la fel*, Die juristische Logik, p. 312.

<sup>32</sup> Profesor la Universitatea din Bruxelles.

<sup>33</sup> P. 401, se. 239.

care derivă din raționament; utilitatea socială, necesitatea este cea care atașează anumite consecințe unor ipoteze date. Legislatorul posedă doar o cunoaștere fragmentară a acestui drept; el îl traduce prin regulile pe care le stabilește. 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 același mod, atunci când se pune problema suplînirii lacunelor în drept, nu vom pretinde deducției logice să găsească soluția ei, 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 noștri cei mai mari – Mansfield în Anglia, Kent și Story la noi – nu s-au obosit niciodată să-și 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<sup>34</sup>. Autoritate nu a avut niciodată. Marele fenomen istoric al receptării dreptului roman nu a atins insulele britanice<sup>35</sup>. 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 și înțelepciunii din care judecătorii de *common law* trebuie să-și extragă inspirația și cunoștințele.

Recunoscând, așa cum o fac eu, că puterea de a declara dreptul comportă puterea, și în parte datoria, de a crea dreptul acolo unde el nu există, nu vreau să mă includ în aceeași categorie cu juriștii 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 și Blackstone, iar pe de altă parte autori ca Austin, Holland, Gray și 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 învelișul și să expună privirilor noastre statuia<sup>36</sup>. Se pare că, încă din vremurile lui Bentham și 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, deși opuse. Susținând că dreptul nu este niciodată produs de judecători, adepții analizei austinicene au fost uneori conduși 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<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> *Pollock și Maitland*, *History of English Law*, 88, 114; *Maitland*, *Introduction to Gierke*, supra p. xii.

<sup>36</sup> Cf. *Pound*, 27 *Harvard L.R.* 731, 735.

<sup>37</sup> *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*”<sup>38</sup>. „Punctul de vedere corect”, afirmă el, „este acela că dreptul este ceea ce declară judecătorii; astfel legile, precedentele, opiniile autorilor, cutuma și moralitatea sunt izvoare ale dreptului”<sup>39</sup>. La fel, Jethro Brown în articolul „*Law and Evolution*”<sup>40</sup>, 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 găsește nicăieri în altă parte decât în sentințele tribunalelor. Din această perspectivă, nici măcar deciziile trecute nu sunt drept. Tribunalele pot să le respingă. Pentru aceleași motive, nici deciziile actuale nu reprezintă dreptul, decât pentru părțile aflate în litigiu. Oamenii își văd de treburile lor zilnice și își 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 și, odată realizat, expiră. Nu există lucruri ca reguli sau principii: există numai hotărâri izolate.

O definiție a dreptului, care, în esență, neagă posibilitatea dreptului, negând posibilitatea regulilor general valabile<sup>41</sup>, trebuie să conțină în ea însăși sămburele falsului și al erorii. Analiza este inutilă dacă distruge ceea ce intenționează să explice. Dreptul și 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 și necontestatul fenomen social, nu pot fi scoase din discuție ca mituri sau excentricități atunci când acestea nu se potrivesc micului nostru șablon. Dacă este nevoie, va trebui să reținem șablonul. 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 își 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 și atribuire tribunalelor datorită 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 și să se comporte în consecință. Nu trebuie să lăsăm ca aceste situații ocazionale și relativ rare să ne orbească și să nu vedem nenumăratele situații în care nu există nici obscuritate, nici conflict și nici ocazia de a schimba precedentul. Cei mai mulți dintre noi

<sup>38</sup> Sec. 602.

<sup>39</sup> Cf. Gray, supra secs. 276, 366, 369.

<sup>40</sup> 29, Yale L.J. 394.

<sup>41</sup> Cf. Beale, Conflict of Laws, p. 153, sec. 129.

trăiește într-o supunere conștientă față de regulile de drept, fără a avea nevoie să se adreseze tribunalelor pentru a li confirma drepturile și obligațiile. Procesele sunt experiențe rare și catastrofice pentru marea majoritate a persoanelor, și 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. Aceștia 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 și refuzăm să vedem pogoanele deja semănate și roditoare. Cred că dificultatea izvorăște din neputința de a distinge între drept și putere, între dispoziția cuprinsă într-o sentință și principiul juridic căruia judecătorul îi datorează supunere. Judecătorii au, desigur, puterea, dar nu și dreptul, de a ignora dispozițiile unei legi și de a pronunța sentința în pofida acestora. Aceștia au puterea, dar nu și dreptul, de a trece dincolo de zidurile interstițiale, de limitele pe care precedentul și cutuma le pun în calea inovației judiciare. Cu toate acestea, prin abuz de putere, ei pot viola dreptul. Dacă îl violează în mod intenționat, i.e., cu rea-credință, comit un fapt ilicit și pot fi înlocuiți sau pedepsiți, chiar dacă sentințele pe care le-au pronunțat rămân valabile. Pe scurt, există principii juridice care limitează libertatea judecătorului<sup>42</sup>, și, într-adevăr, în viziunea unor autori, care nu are nevoie de sprijin, libertatea statului însuși<sup>43</sup>. Oamenii își pot trăi viața, conduita lor poate fi reglementată, de fapt nenumărați oameni își trăiesc viața și conduita le este reglementată, fără să ajungă într-o zonă în care dreptul ar putea fi interpretat greșit, și în care interpretarea greșită este însoțită de un abuz conștient de putere. Conduita lor nu atinge niciodată regiunea de frontieră, penumbra de unde încep controversele. Ei trec de la naștere la moarte, acțiunea lor fiind restrânsă de fiecare dată de puterea statului, și nu apelează nici măcar o dată la judecători pentru a marca granițele dintre bine și rău. Nu pot să refuz să... numele de drept pentru regulile care exercită această constrângere asupra destinului omenirii<sup>44</sup>.

Vecrea 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 și mai vechi, teoria dreptului natural. Dezvoltarea acestei concepții formează un capitol vast și interesant din istoria dreptului și a științelor politice<sup>45</sup>. Această teorie a atins maximum de dezvoltare prin stoici, a dăinuit în diferite epoci de-a lungul secolelor și, întipăririndu-se adânc în formele comune de exprimare și gândire, a influențat profund teoriile și idealurile omenirii în politică și drept. Pentru un timp, odată cu apariția și apoi dominația școlii analitice în drept, teoria dreptului natural a părut discreditată și abandonată<sup>46</sup>. Gândirea juridică recentă i-a conferit o nouă valoare, deși într-o formă

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

<sup>43</sup> *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.

<sup>44</sup> „Dreptul este corpul de principii generale și de reguli particulare în conformitate cu care sunt create și reglementate drepturile civile iar răul este prevenit sau reparat” (*Beale*, Conflict of Laws, p. 132, sec. 114).

<sup>45</sup> *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.

<sup>46</sup> Cf. *Ritchie*, Natural Rights.

atât: de profund modificată, încât vechea teorie a supraviețuit mai mult cu numele<sup>47</sup>. Dreptul natural nu mai este conceput ca fiind ceva static și 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 eșuează<sup>48</sup>. „Filozofia modernă a dreptului intră în contact cu filozofia dreptului natural prin faptul că atât una, cât și cealaltă încearcă să fie știința dreptății. Dar filozofia modernă a dreptului se deosebește 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 urmărește să deducă și să stabilească elementele a ceea ce este just din dreptul pozitiv – atât din dreptul pozitiv existent, cât și din dreptul pozitiv în devenire. Școala dreptului natural caută un drept absolut și ideal, «dreptul natural», dreptul κατά ἐξοχήν, 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 și conceptul său durabil<sup>49</sup>. Nu sunt preocupat să justifice acuratețea terminologiei potrivit căreia regulile rațiunii și ale conștiinței cărora judecătorul trebuie să li se supună primesc numele de drept înainte ca judecătorul să le încorporeze într-o sentință și să aplice *imprimatur* – ul dreptului asupra lor<sup>50</sup>. Nu mă va deranja dacă spunem, ca și Austin, Holland, Gray sau mulți alții, că până în acel moment regulile sunt doar precepte morale și 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 și morală, între preceptele dreptului și cele ale rațiunii și ale bunei credințe. Presupun că este adevărat faptul că, într-un anumit sens, existența acestei datorii nu a fost niciodată pusă la îndoială<sup>51</sup>. Cu toate acestea, s-ar putea crede uneori că ea a fost ascunsă de adepții școlii analitice care, accentuând detalii terminologice ale definițiilor, au pierdut în mod corespunzător din atenția datorată realităților mai profunde și mai subtile ale scopurilor și ale funcțiilor. Insistența asupra faptului că moralitatea și dreptatea nu reprezintă dreptul a dus la neîncredere și la contestarea dreptului, ea fiind ceva cărui moralitatea și 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 și idealuri. Nu ne interesează vorbăria sterilă care insistă asupra contrastelor dintre drept și dreptate și uită armonia lor profundă. Pentru noi sună mai bine chemarea Codului civil francez<sup>52</sup>: „*Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de*

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Vander Eycken, op. cit., p. 401.

<sup>49</sup> Berolzheimer, System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie, 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; și pentru punctul de vedere medieval Mailand, Gierke, Political Theories of the Middle Ages, p. 75, 84, 93, 173.

<sup>50</sup> Holland, Jurisprudence, p. 54.

<sup>51</sup> A se vedea Gray, supra p. 286, secs. 644, 645.

<sup>52</sup> 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*”<sup>53</sup>. „Rolul tribunalelor noastre”, spune un ascuțit critic, „este să mențină doctrinele în pas cu *mores*-ul printr-o reafirmare continuă și dându-le continuu un nou conținut. Aceasta este legiferarea judiciară, iar judecătorul legiferează pe riscul său. Cu toate acestea, necesitatea și datoria de a legifera în astfel de situații conferă funcției judiciare cea mai mare onoare; și niciun judecător curajos și onest nu se sustrage de la această datorie și nici nu se teme de riscuri”<sup>54</sup>.

Puteti să spuneți că nu există nicio garanție că judecătorul va interpreta *mores*-ul contemporan într-un mod mai înțelept și mai drept decât altă persoană. Nu dorese 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 constituțională a acordat-o judecătorilor. Dacă ei trebuie să-și îndeplinească pe deplin funcția de judecători, cu greu ar fi putut fi acerdată altcuiva. Concluziile lor trebuie să fie într-adevăr supuse unor constante verificări și reverificări, revizuirii și reajustării; dar, dacă ei vor acționa cu responsabilitate și inteligență, trebuie să obțină în concluziile lor o medie justă între adevăr și înțelepciune. Recunoașterea acestei puteri și datorii de a modela dreptul conform moralității obișnuite este foarte departe de distrugerea tuturor regulilor și de înlocuirea lor, în fiecare caz, cu sentimentul individual al dreptății, *arbitrium boni viri*<sup>55</sup>. Aceasta ar putea duce la un despotism binevoitor, în cazul în care judecătorii ar fi oameni binevoitori. Ar însemna însă sfârșitul preeminenței dreptului. Metoda sociologiei, chiar aplicată cu mai multă libertate decât în trecut, nu ne va conduce către un asemenea cataclism. Forma și structura organismului sunt fixate. Celulele în care există mișcare nu schimbă proporțiile organismului. Puterea de inovație a oricărui judecător este ne semnificativă atunci când este comparată cu volumul și presiunea regulilor care îl îngrădesc din toate părțile. Oricum, el trebuie să inoveze într-o anumită măsură, având în vedere că pentru condiții noi trebuie stabilite reguli noi. Tot ceea ce pretinde metoda sociologică este ca, în lăuntrul acestei marje înguste de opțiune, judecătorul să urmărească dreptatea socială. În istoria dreptului au existat perioade în care a fost necesară o metodă care implica mai puțin psihologicul. Vechile metode cantitative de testare a adevărului și-au îndeplinit rolul de a servi nevoile sociale ale epocii lor<sup>56</sup>. 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 și o nouă viziune. În realitate însă, metoda nu este nouă. Este metoda marilor cancelari care, fără a sacrifica uniformitatea și certitudinea, au construit sistem-ul de *equity* recurgând constant la învățăturile dreptei rațiuni și ale conștiinței. Este metoda prin care *common law* și-a înnoit viața prin intermediul marilor săi maestri – metoda lui Mansfield, a lui Marshall, a lui Kent și a lui Holmes.

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

<sup>53</sup> „Judecătorul care va refuza să judece sub pretextul tăcerii, al obscurității sau al insuficienței legii, va fi considerat vinovat de denegare de dreptate”.

<sup>54</sup> *A. Arthur L. Corbin*, 29 *Yale L.J.*, 771.

<sup>55</sup> Cf. *Standard Chemical Corp. v Waugh Corp.*, 231 *N.Y.*, 51, 55.

<sup>56</sup> *Flavius*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, p. 48, 49; *Ehrlich*, *Die juristische Logik*, p. 291, 292.

distincție între bine și 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<sup>57</sup>. Un experiment, sau ceva de acest gen, a fost efectuat nu demult în Franța. Există susținători ai unei asemenea idei și printre criticii tribunalelor noastre<sup>58</sup>. 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<sup>59</sup>. În perioada 1889 – 1904, Tribunalul de primă instanță din Chateau – Thierry, urmând-ul pe președintele 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 întrebă de ficcare dată ce ar dori să facă un om bun în circumstanțele supuse atenției lor, și își formulau sentința în consecință. Uneori, acest lucru s-a făcut în prezența unor legi instabile. Nu pretind că e cunosc munca în mod direct. Gény a condamnat-o și a afirmat că această mișcare și-a epuizat forța. Oricare ar fi meritele sau defectele acestui impresionism, acesta nu este procesul judiciar așa cum îl cunoaștem în dreptul nostru<sup>60</sup>. Teoria noastră a dreptului a fost consecvență imperativului categoric al lui Kant: „Acționează conform acelei maxime care ai vrea să devină lege universală”. A refuzat să sacrifice un bine mai larg și mai general în favoarea celui mai îngust și mai mic. S-a încheiat un contract. Executarea sa este oneroasă și, 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, și 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, și folosirea sa ca test și ca temei în interpretarea sau extinderea sferei de aplicare a dreptului. Cred că tonul și temperamentul cu care judecătorul modern trebuie să-și dueă 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-și asume rolul de legislator. Oricum, el va trebui să se inspire din soluțiile consacrate de doctrina autorilor și jurisprudența tribunalelor – *par la doctrine et la jurisprudence*”<sup>61</sup>. Aici, în acest precept final, se află esența diferenței dintre „fenomenul Magnaud” și dreptatea în acord cu dreptul. Judecătorul, chiar și atunci când este liber, nu este pe deplin liber. El nu poate inova după bunul plac. El nu este un cavalier rătăcitor, hoinărind liber în căutarea propriului ideal de frumusețe și bunătate. El trebuie să se inspire din principii consacrate. El nu trebuie să se lase

<sup>57</sup> Gény, op. cit., ed. 1919, vol. II, p. 288, sec. 196; p. 305, sec. 200.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Gény, op. cit., ed. 1919, vol. II, p.287, sec. 196 et seq.

<sup>60</sup> Salmond, Jurisprudence, p.19, 20.

<sup>61</sup> 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 și nereglementate. El trebuie să exercite o opțiune bazată pe cunoașterea tradiției, ordonată prin analogie, disciplinată de sistem și subordonată „necesității primordiale de ordine în viața socială”<sup>62</sup>. După acestea, rămâne un spațiu discreționar considerabil, pentru orice conștiință.

#### **Cursul IV. Adeziunea la precedent. Elementul subconștient 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 arbitrarul și 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 eșua 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 și ale conștiinței, o persoană rațională, care cunoaște viața comunității, standardele prevalente de drept și cele ale comportamentului corect. Senzația este că, în nouă cazuri din zece, dacă nu mai des, comportamentul persoanelor corecte ar fi fost același 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 și cealaltă; și 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 ne-numărate moduri absența unei viziuni profetice. Fără îndoială că sistemul perfect, dacă s-ar putea obține, ar fi un cod atât de flexibil și de prompt, încât să furnizeze, în avans, regula potrivită și corectă pentru orice situație imaginabilă. Dar viața este mult prea complexă ca să poată duce la atingerea acestui ideal în limita puterilor omenești. Trebuie să recunoaștem adevărul, spune Gény<sup>63</sup>, că voința (*la volonté*) care inspiră o lege „se extinde doar asupra unui domeniu de fapte concrete, foarte îngust și 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 conștiinței publice devine cunoscut. Atunci când legislatorul se interpu- ne, o face pentru a pune capăt acelor fapte, foarte clar determinate, care i-au provocat decizia. Și dacă, pentru atingerea acestui scop, consideră potrivit să procedeze pe calea ideilor generale și a formulelor abstracte, principiile pe care le enunță au valoare, în concepția sa, numai în măsura în care sunt aplicabile rețelilor pe care a încercat să le distrugă, precum și condițiilor similare care ar avea tendința să se dezvolte din ele. În ce privește însă alte consecințe logice care trebuie deduse din aceste principii, legislatorul nu le-a bănuț; 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

<sup>62</sup> Gény, op. cit., II, p. 303, sec. 200.

<sup>63</sup> Op. cit., prefața, p. XVI.

dezvolte un principiu, de acum încolo izolat și independent de voința care l-a creat, să-l transforme într-o nouă entitate, care se dezvoltă și ea la rândul său și să-i confere o viață independentă, fără a lua în considerare voința 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 puțin la fel de inevitabile într-un sistem de *case law*, construit întâmplător, prin diferențele părților litigante<sup>64</sup>. În fiecare sistem, amânarea formării regulii privind o acțiune, până în momentul în care acțiunea s-a produs, creează uneori riscul arbitrarului. Este una din consecințele limitărilor intelectului uman, ale absenței unei capacități infinite de a prevedea, la legislatori ca și la judecători. Dar, adevărul este că, așa cum am spus, chiar și atunci când regulile sunt ignorate, sunt rare cazurile în care conduita a fost determinată de ignoranță. De cele mai multe ori, diferențele se nasc din ceva care s-ar fi întâmplat oricum. Un automobil este fabricat cu roți defecte. Întrebarea care se pune este aceea dacă, în afară de cumpărător, există și alte persoane care pot invoca obligația producătorului de a testa automobilul<sup>65</sup>. Ocupantul mașinii, rănit din cauza acestei defecțiuni, insistă asupra unui punct de vedere în instanță; producătorul asupra altuia. Există o foarte mică probabilitate, oricare ar fi partea care va câștiga, ca comportamentul său să fi fost diferit dacă regula ar fi fost cunoscută dinainte. Producătorul nu și-a spus „Nu voi verifica aceste roți, deoarece nu este datoria mea”. Firește că era datoria lui, cel puțin față de cumpărătorul imediat. În orice caz, răul s-a produs. Întrebarea este care este dimensiunea consecințelor pe care le suportă cel care a greșit.

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

Răspunsul este, cred, acela că linia este trasată în acest loc, din cauza faptului că nedreptatea și oprinerea 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 curți inferioare<sup>67</sup>. În cazul său, probabilitatea unei erori de calcul este

<sup>64</sup> Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics; The Science of Case Law*, p. 241.

<sup>65</sup> *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382.

<sup>66</sup> *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; *Danhey 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.

<sup>67</sup> *Evans v. Supreme Council*, 223 N.Y., 497, 503.

percepută ca un risc scuzabil în jocul vieții, asemănător în grad cu riscul oricărei concepții greșite despre drept sau datorie. El știe că și-a încercat norocul, deși 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 și schimbarea regulilor prin schimbarea sensului sau scopului acelei legi<sup>68</sup>, sau chiar prin schimbarea înțelesului sau scopului unei reguli de *common law*<sup>69</sup>. 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, și nici de fetișul vreunei dogme implacabile, cum ar fi aceea a separației puterilor în stat<sup>70</sup>, ci de considerarea unor criterii de oportunitate, utilitate și a celor mai profunde sentimente de dreptate.

În zilele noastre, se discută dacă regula adeviziunii la precedent nu trebuie să fie abandonată cu totul<sup>71</sup>. Eu nu aș merge atât de departe. Cred că adeviziunea la precedent trebuie să fie regula și nu excepția. Am avut deja ocazia să insist asupra unor motive care o susțin. La acestea aș putea adăuga faptul că munca judecătorilor ar crește până la un nivel critic dacă orice decizie din trecut ar putea fi repusă în discuție în fiecare caz, și niciun judecător nu și-ar putea clădi propriul strat de cărămizi pe fundația sigură a straturilor așezate 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 șapte. 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 confrăților noștri din săptămâna anterioară, indiferent dacă ne plac sau nu.

Cu toate acestea, sunt gata să recunosc că regula adeviziunii 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<sup>72</sup>. 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 niște 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 și, mai ales, atunci când, la origine, regula a fost rezultatul unor instituții sau

<sup>68</sup> *Douglas v. County of Pike*, 101 U.S., 677.

<sup>69</sup> Cf. *Wigmore*, *The Judicial Function*, prefață la 9 *Modern Legal Philosophy Series*, p. xxxvii, xxxviii.

<sup>70</sup> *Laski*, *Authority in the Modern State*, p. 70, 71; *Green*, *Separation of Governmental Powers*, 29, *Yale L.J.*, 371.

<sup>71</sup> *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.

<sup>72</sup> *Klein v. Marvelas*, 219 N.Y., 383.

condiții care au dobândit, în decursul anilor, o nouă semnificație sau o nouă dezvoltare. În asemenea circumstanțe, cuvintele lui Wheeler, J. din *Dwy v. Connecticut Co.*, 89 Conn 74, 99 exprimă tonul și echilibrul cu care trebuie discutată problema: „Tribunalul care servește cel mai bine dreptul este acela care recunoaște că regulile de drept care s-au dezvoltat, în deplină cunoștință de cauză, într-o generație anterioară pot să aducă deservicii altei generații, și care înlătură vechea regulă atunci când descoperă că o altă regulă de drept este mai potrivită conform unei judecăți sociale instalate pe baze stabile, și că niciun drept esențial nu s-a consolidat pe baza vechii reguli. În acest fel, marii autori care s-au ocupat de *common law* au descoperit sursa și metoda creșterii sale, și în creștere i-au găsit viața și robustețea. Dreptul nu este și nu trebuie să fie imobil. Schimbarea caracterului său nu trebuie lăsată în seama legislatorului”. Dacă judecătorii au interpretat greșit *mores*-ul zilelor lor, sau dacă *mores*-ul zilelor lor nu mai este același cu al zilelor noastre, nu trebuie să lege mâinile succesoriilor lor, lăsându-i într-o stare de neajutorată obediență.

Dați-mi voie să dau unul sau două exemple pentru a mă face mai ușor înțeles. Le voi da cu titlu experimental și 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 plății este prelungită prin contractul dintre debitorul principal și creditor, fără consimțământul garantului. Chiar și prorogarea termenului cu o singură zi este suficientă pentru a conduce la acest rezultat<sup>73</sup>. Fără o asemenea prorogare, garantul ar avea dreptul ca la data scadenței datoriei să facă plata către creditor și să ceară subrogarea imediată în dreptul creditorului de a fi plătit de debitorul principal. Se consideră, așadar, 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, insolubil sau dacă valoarea garanției sale s-a diminuat deși, chiar și în asemenea circumstanțe, 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 și a cerut subrogarea în dreptul de a pretinde suma de la debitor. Poate că sarcina de a dovedi existența prejudiciului ar trebui să îi revină creditorului. Nicio astfel de limitare nu a fost recunoscută. Regula se aplică chiar și cazurilor în care nicio garanție nu a fost depozitată și în care nu a fost stabilit sau nu a fost pretins niciun prejudiciu. Dreptul și-a întemeiat sentințele pe ficțiunea că un garant, care probabil n-a dormit nopțile de teama că i s-ar fi putut cere plata, de fapt ardea de nerăbdare să facă o plată nedorită de un creditor șovăielnic sau capricios. Prorogarea a expirat; garantul nu a făcut niciun gest, nici măcar nu s-a oboșit să întrebe; cu toate acestea, el trebuie să fie absolvit în baza teoriei conform căreia dacă prorogarea, despre care nici nu a avut cunoștință și care nu i-a influențat deloc comportamentul, nu ar fi existat, el ar fi efectuat plata garanției. Asemenea reguli sunt supraviețuitoare ale timpurilor în care negocierile cu caracter comercial erau mai simple, când societățile de asigurare nu erau cunoscute, când garanții erau de obicei prietenii generoși a căror încredere a fost înșelată, și când principalul efort al

<sup>73</sup> *N.Y. Life Ins. Co. v. Casey*, 178 N.Y. 381.

tribunalelor părea să fie găsierea unei scuze plauzibile pentru a-i elibera pe aceștia din urmă de angajamentele asumate. Văd deja unele semne ale schimbării de spirit în deciziile de dată recentă<sup>74</sup>. Cred că ne putem, pe bună dreptate, întreba dacă nu cumva tribunalele au o datorie de a merge mai departe și de a așeza această ramură a dreptului pe baze mai compatibile cu realitățile experienței în afaceri și cu moralitatea vieții.

Există o altă regulă în *common law* conform căreia o înțelegere verbală, chiar încheiată ulterior, este inaptă să modifice sau să lipsească de efecte un contract pecetluit<sup>75</sup>. În zilele în care sigiliul conta pentru încheierea valabilă a unui contract, poate că exista o rațiune în recunoașterea unei solemnități mistice. În zilele noastre, când inițialele „L.S.” au înlocuit instrumentele heraldice, dreptul este conștient de propria-i absurditate atunci când păstrează regulile unor vremuri dispărute<sup>76</sup>. Judecătorii au depus eforturi serioase ca să încerce regula cu excepții, chiar dacă timid și tratând-o cu aparentă deferență, și să o plaseze în umbră, prin intermediul derogărilor<sup>77</sup>. Un caz recent sugerează că timiditatea și nu deferența a amânat momentul disoluției regulii<sup>78</sup>. Dreptul îi va fi recunoscător salvatorului care îi va aplica lovitura fatală.

Am arătat câteva exemple din dreptul material. Dreptul probelor și, 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 forță mai mică atunci când este vorba despre dreptul răspunderii. Dați-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 consimțit. El poate arăta că nu are o reputație de femeie castă. El nu are însă dreptul să demonstreze acte lipsite de pudoare ale acesteia, chiar repetate, cu alți bărbați<sup>79</sup>. Singurul lucru pe care orice persoană care analizează faptele ar dori să-l cunoască înainte mai întâi, pentru a estima forța apărării sale, este interzis printr-o regulă inflexibilă și nu poate fi supus spre apreciere juraților. Chiar și atunci când femeia este audiată, această probă nu-i este de mare ajutor acuzatului, pentru că, deși poate să o interogheze cu privire la actele sale, este blocat de răspunsurile ei. Fără îndoială că un judecător ar trebui să-și exercite puterea discreționară pentru a accepta asemenea dovezi, ar trebui să le excludă dacă sunt irelevante, dar și să poată să le dea urmare, și să ia orice altă măsură pentru a preveni orice obstacol care ar apărea în mod neașteptat. Dar nu acesta este efectul regulii actuale. Proba se exclude complet și de fiecare dată. Unele tribunale au adoptat, într-adevăr, un punct de vedere diferit dar, din nefericire, numărul lor este foarte mic. Aici, ca și în multe alte ramuri ale dreptului probelor, vedem un sprijin exagerat acordat reputației generale a unei persoane ca un test pentru a proba caracterul părților sau a martorilor. O asemenea încredere în reputație este remanența unor vremuri mai simple. Ea era justificată în zilele în care oamenii trăiau în comunități restrânse. Poate mai are, chiar și astăzi, o oarecare justi-

<sup>74</sup> *Wilkinson v. McKemie*, 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.

<sup>75</sup> *McCreery v. Day*, 119, N.Y. 1, 3; *Williston*, On Contracts, secs. 1835, 1836.

<sup>76</sup> *Harris v. Shorall*, 230, N.Y., 347.

<sup>77</sup> *McCreery v. Day*, supra; *Thomson v. Poor*, 147 N.Y. 402.

<sup>78</sup> *Harris v. Shorall*, supra.

<sup>79</sup> *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 adevizării la precedent se aplică în Statele Unite cu o rigiditate mai redusă decât în Anglia și, cred, cu o rigiditate în descreștere. Camera Lor-zilor este limitată în mod categoric de propriile decizii anterioare<sup>80</sup>. 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<sup>81</sup>. 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<sup>82</sup>. De atunci, oricum, tendința a crescut. Un exemplu extrem se găsește într-o decizie recentă a unei curți federale<sup>83</sup>. 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<sup>84</sup>. 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<sup>85</sup>. 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 adeviziunea 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

<sup>80</sup> *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.

<sup>81</sup> *Pollock*, First Book of Jurisprudence, p. 319, 320; *Gray*, Judicial Precedents, 9 Harvard L.R., 27, 40.

<sup>82</sup> *Essays in Jurisprudence and Ethics*, p. 245.

<sup>83</sup> *Johnson v. Cadillac Motor Co.*, 261, Fed. Rep. 878.

<sup>84</sup> 221, Fed. 801.

<sup>85</sup> *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382.

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

Trecerea în revistă a metodelor judiciare ne învață, cred eu, lecția că întreaga materie a teoriei dreptului este mai elastică, mai maleabilă, că forma tiparului nu este definitiv fixată, iar limitele binelui și ale răului sunt mai puțin prestabilite și constante, ceea ce, de fapt, cei mai mulți dintre noi ne-am obișnuit să credem și fără ajutorul unor asemenea analize. Ne place să ne imaginăm domeniul dreptului ca fiind conturat și marcat cu acuratețe. Trasăm micile noastre linii, și ele se estompează în timp ce le schițăm. Așa cum se întâmplă în timp și în spațiu, la fel se întâmplă și în drept. Distincțiile sunt ipoteze de lucru, adoptate din rațiuni practice. Tindem tot mai mult să recunoaștem adevărul că, în definitiv, există puține reguli; există mai ales standarde și 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 și îmi limitează conduita, îmi restrânge în mod excesiv libertatea. Prin urmare, și 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 acuratețe sau inexact. El trebuie să-și pună în balanță ingredientele, logica, filozofia, analogiile, istoria, obiceiurile, simțul dreptății, și toate celelalte, adăugând puțin aici, luând puțin de dincolo, și trebuie să determine, cât poate de bine, care dintre greutăți va înclina balanța. Dacă această prezentare concentrată pare slabă și neconcludentă, nu sunt sigur că este vina mea. Eu știu că judecătorul este un farmacist înțelept care dintr-o rețetă atât de generală poate compune un remediu potrivit. Dar aceeași critică poate fi făcută cu privire la majoritatea încercărilor de a formula principiile care guvernează practicarea unei meserii. W. Jethro Brown ne reamintește într-o lucrare recentă despre „Drept și Evoluție”<sup>86</sup> că „Cartea lui Sir Joshua Reynolds despre pictură oferă o îndrumare vagă sau inexistentă celor care doresc să devină pictori celebri. Cărilor care tratează stilurile literare le lipsește, ca regulă generală, utilitatea practică”. După ce obositorul proces al analizei a fost finalizat, fiecare judecător trebuie să facă o nouă sinteză pentru sine însuși. El poate spera cel mult ca, în urma îndelungatei reflecții și îndelungatului studiu, după anii de practică la bară sau în jilt, și cu ajutorul aceluiași har interior care determină alegerea vocației, analiza să ajute puțin ca sinteza să devină una veritabilă.

Prin ceea ce am afirmat am plasat, poate prea mult, în umbră și 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 părțile implicate. Ele pretind inteligență și răbdare și un discernământ rezonabil din partea judecătorilor care trebuie să le soluționeze. Dar aceste cauze lasă teoria dreptului acolo unde se afla și mai înainte. Aplicat unor asemenea cazuri, procesul judiciar, așa cum am afirmat la începutul acestei lucrări, aproape că se rezumă la un proces de cercetare și comparare. Trebuie să distingem între precedentele care sunt doar statice și cele care sunt dinamice<sup>87</sup>. Având în vedere că cele dintâi sunt mai numeroase, o schiță a procesului judiciar care vizează aproape

<sup>86</sup> 29 Yale L.J., 394, 397.

<sup>87</sup> 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 și a liberei discreții a judecătorului. Din cazurile care au fost aduse în fața tribunalului în care am funcționat, majoritatea nu puteau fi decise, cred eu, pentru rațiuni similare, decât într-un singur mod. Atât norma incidentă, cât și felul în care trebuia aplicată, erau clare. Asemenea cazuri sunt predestinate, ca să mă exprim astfel, să fie rezolvate fără discuții. Într-un alt procentaj considerabil, regula de drept este certă, și doar aplicarea ei este dubitabilă. Trebuie disecat un dosar complex, trebuie analizate depozițiile martorilor, mai mult sau mai puțin incoerente sau ininteligibile, pentru a determina dacă o situație dată trebuie încadrată într-o categorie sau alta de pe harta binelui și a răului. Călătorul care știe că drumul său intersectează șinele de tren, trebuie să fie atent la trenurile care se apropie. Aceasta este, cel puțin, regula generală. În nenumărate litigii trebuie studiată descrierea peisajului pentru a stabili dacă vederea nu este obstrucționată sau dacă s-a făcut ceva pentru a-l avertiza pe călător ori s-a omis acest fapt. Deseori, aceste cazuri și altele asemănătoare, determină diferențe 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 puțin, dezvoltarea dreptului. Acestea sunt cazurile în care elementul creator din procesul judiciar este oportun și 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 înțeleg că ar fi putut fi găsite rațiuni plauzibile și suficient de persuasive atât pentru una dintre concluzii, cât și pentru cealaltă. Aici intră în scenă echilibrarea deciziei, testarea și alegerea motivelor, analogiilor, logica, utilitatea, și imparțialitatea pe care am încercat să le descriu. Aici își 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 apăsător și descurajat când am descoperit că această căutare era futilă. Am încercat să ajung la uscat, la acel pământ solid de reguli stabilite și fixate, paradisul dreptății care s-ar fi exprimat prin simboluri, mai limpede și mai aptă să comande decât reflexele sale palide care licăreau în mintea mea șovăitoare și în conștiința mea. Am descoperit „prin călătorii din Paracelsus’-ul lui Browning că adevăratul paradis este întotdeauna de partea cealaltă”<sup>88</sup>. 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 creație; și că dubiile și anxietățile, speranțele și temerile sunt parte a travaliului minții, surt spasmele morții și ale nașterii, prin care principiile care și-au trăit zilele se sting și se nasc principii noi.

Am vorbit despre forțele pe care judecătorii le-au utilizat în mod vizibil pentru a modela forma și conținutul sentințelor lor. Dar chiar și aceste forțe au fost rareori conștientizate pe de-a-ntregul. Ele se află oricum aproape de suprafață, astfel încât existența și influența lor nu poate fi negată. Însă, dacă le recunoaștem puterea, nu înseamnă că am epuizat subiectul. Adânc în spatele conștiinței există alte forțe, plăce-

<sup>88</sup> G. Lowes Dickinson, *Religion and Immortality*, p. 70.

rea și durerea, preferințele și prejudecățile, complexul de instincte, emoții, obiceiuri și convingeri care construiesc omul, fie că este partea dintr-un proces, fie că este judecătorul. Aș fi vrut să găsec timpul și ocazia de a duce acest subiect mai departe. Nu voi putea decât să vă amintesc de existența sa<sup>89</sup>. A existat cu certitudine o lipsă de candoare în cele mai multe din discuțiile pe această temă, sau mai degrabă în refuzul de a o discuta, ca și cum judecătorii și-ar fi pierdut respectul și încrederea dacă li s-ar fi amintit că și ei sunt supuși limitărilor umane. Nu mă îndoiesc de grandoarea conceptelor care îi înalță în sferile rațiunii pure, deasupra sau dincolo de raza de acțiune a forțelor perturbatoare și deviate. Cu toate acestea, dacă există ceva real în analiza mea asupra procesului judiciar, acesta nu se află plasat pe acele înălțimi reci și distante; și nu vom servi cauza adevărului acționând și vorbind ca și cum l-am vedea acolo. Marile fluxuri și curenți care îi ating pe restul oamenilor, nu-și vor modifica cursul și nu-i vor evita pe judecători. Ne place să ne imaginăm procesele judiciare ca fiind reci, obiective și impersonale. Dreptul, zămislit din existența reală, rămânând deoparte și singur, spune, prin vocea preoților și a celor care slujesc, cuvinte pe care aceștia 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 publiciști și judecători ca fiind ceva posibil de obținut. „Judecătorii națiunii” spune Montesquieu, „sunt doar gurile care pronunță cuvintele dreptului, fapte ne-nimate, care nu pot modela nici forța și nici rigoarea acestuia”<sup>90</sup>. 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 voință proprie... Puterea judiciară nu este niciodată exercitată în scopul de a da efecte voinței judecătorului; întotdeauna este exercitată pentru a da efecte voinței legislatorului; sau, cu alte cuvinte, voinței dreptului”. Acest lucru sună avântat; este corect și precis exprimat; dar nu va putea fi niciodată decât parțial adevărat. Cariera lui Marshall însuși este o expresie remarcabilă a faptului că idealul este dincolo de ceea ce este omenește posibil de obținut. El a imprimat Constituției Statelor Unite amprenta propriei sale gândiri; iar forma dreptului nostru constituțional este ceea ce este, deoarece el l-a modelat atunci când încă era elastic și maleabil, în focul convingerilor sale puternice. La extrema cealaltă se află cuvintele unui jurist francez, Saleilles, în tratatul său „*De la Personnalité Juridique*”<sup>91</sup>. „La început, cineva dorește un rezultat; altcineva găsește principiul după aceea; aceasta este geneza oricărei construcții juridice. Odată acceptată, construcția se prezintă, fără îndoială, în doctrina juridică, sub aspectul opus. Factorii sunt inversați. Principiul apare ca o cauză inițială, din care cineva a stabilit rezultatul dedus din aceasta”. De aceea nu aș pune problema în termeni atât de largi. Dacă se pune un accent prea mare pe o formulare se exagerează elementului liberei voințe. Sunt ignorați factorii determinismului care înghesuie și limitează în granițe strâmte raza de acțiune a alegerii neîn-cătușate. Cu toate acestea, această accentuare excesivă oferă corectivul necesar idea-

<sup>89</sup> Un studiu interesant al acestui subiect se găsește într-o carte publicată după ce aceste conferințe au fost transcrise, *The Foundation of Social Science de James Mickel Williams*, p. 209 et seq.

<sup>90</sup> Montesquieu, *L'esprit des lois*, LIV, XI, chap. VI, citat de Ehrlich, *Die Juristische Logik*, p. 101; *Gény*, op. cit., p. 76; cf. *Flavius*, supra, p. 40.

<sup>91</sup> 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 și percepții au fost adânci și strălucitoare – cuvintele Președintelui Roosevelt în mesajul său din 8 decembrie 1908 adresat Congresului Statelor Unite ale Americii<sup>92</sup>: „Cei mai importanți făuritori de legi din țara noastră pot fi, și 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; și 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 și economică; și pentru progresul pașnic al poporului nostru de-a lungul secolului XX le vom datora cel mai mult acelor judecători care dețin o filozofie economică și socială a secolului XX și nu o filozofie depășită, care a fost ea însăși 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 și necoordonate, împreună cu slăbiciunile și prejudecățile sale inconștiente trebuie lăsate deoparte și 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 și auto-reproș 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 și al disprețului. Ce reprezintă eu în această mișcare masivă de înaintare, în această năvală și iureș de forțe, oare mica mea personalitate poate să le clinească? De ce ar trebui ca lumina pură a adevărului să fie spartă și impregnată și colorată cu vreun element al existenței mele? Din timp în timp ne asaltează astfel de îndoieli și de ezitări. Oricum, adevărul este că toate aceste întrebări lăuntrice sunt născute din dorința și din speranța de a transcende limitele care înconjoară natura noastră umană. Roosevelt, care cunoștea 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 și 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 și filozofii, ci aspirațiile, convingerile și filozofiile bărbaților și femeilor timpului meu. Cu greu voi reuși acest lucru dacă propriile mele simpatii și convingeri și atașamente 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 științele morale nu există nicio metodă sau procedură care să înlocuiască cu totul gândirea subiectivă”<sup>93</sup>. Dacă dorim, putem să ne imaginăm sarcina judecătorului ca fiind aceea a unui translator, cititor al semnelor și al simbolurilor transmise din afară. Cu toate acestea, nu vom încredința o astfel de

<sup>92</sup> 42 Congressional Record, partea I., p. 21.

<sup>93</sup> 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 și s-au umplut de iubire pentru ea.

Prin urmare, nu am niciun reproș față de doctrina care afirmă că judecătorii trebuie să fie în rezonanță cu spiritul timpului în care trăiesc. Însă vai, acceptarea unei asemenea generalități nu ne va conduce prea departe pe drumul către adevăr. În fiecare tribunal există tot atâtea păreri despre „Zeitgeist” câți judecători sunt. Nu am găsit nicio urmă de favoritism sau de prejudecată, în sensul sordid, vulgar sau rău, printr-judecătorii pe care i-am cunoscut. Însă, în fiecare zi mă conving din nou de inevitabila relație dintre adevărul interior și adevărul din afara noastră. Spiritul timpului, așa cum ni se dezvăluie fiecăruia dintre noi, este prea adesea doar spiritul grupului în care ne-au plasat accidente ale nașterii, educației, ocupației, prieteniei. Niciun efort sau revoluție a minții nu va reuși să înlăture complet și definitiv imperiul acestor loialități subconștiente. „Credințele și opiniile noastre” spune James Harvey Robinson<sup>94</sup>, „ca și standardele noastre de comportament vin spre noi pe nesimțite ca produse ale conștientizării noastre cu semenii, nu ca rezultate ale experienței personale sau a inferențelor pe care le facem în baza propriilor noastre observații individuale. Suntem induși în eroare în mod constant de extraordinara noastră capacitate de „raționalizare” – adică aceea de a găsi argumente plauzibile pentru a accepta ceea ce ni se impune prin tradițiile grupului căruia îi aparținem. Suntem excesiv de creduli prin natura noastră și acceptăm instinctiv verdictele grupului. Suntem influențabili nu numai când ne aflăm sub vraja unei gloate agitate sau al unei revelații profunde, dar și când ascultăm mica și liniștita voce a turmei, și suntem mereu gata să apărăm și să justificăm instrucțiunile și avertismentele ei și să le acceptăm ca rezultate mature ale propriului raționament”. Acest lucru nu a fost scris în mod special despre judecători, ci despre bărbați și femei din toate categoriile sociale. Pregătirea judecătorului, dacă este însoțit de ceea ce se cheamă temperament judiciar, va ajuta în oarecare măsură la emanciparea sa de puterea de influență a repulsiilor și prejudecăților individuale. Și îi va ajuta să lărgească grupul față de care loialitatea sa subconștientă are datorii. Aceste loialități nu vor fi însă înlăturate niciodată cu desăvârșire, atâta vreme cât natura umana este ceea ce este. Ne putem întreba uneori cum, din jocul acestor forțe ale individualismului, poate rezulta ceva coerent, altceva decât haosul și deșertul. Acestea sunt momentele în care exagerăm rolul diferențelor. În cele din urmă rezultă ceva care posedă o formă compozită, adevăr și ordine. S-a spus că „Istoria, la fel ca matematica, este obligată să presupună că excentricitățile se echilibrează între ele, mai mult sau mai puțin, astfel încât, în cele din urmă, va rămâne ceva constant”<sup>95</sup>. Acesta este și adevărul despre munca tribunalelor. Excentricitățile judecătorilor se echilibrează una pe cealaltă. Unul din judecători privește problema din punctul de vedere al istoriei, altul din cel al filozofiei, altul din cel al utilității sociale, unul este formalist, ce-lălalt este cu vederi largi, unul se teme de schimbări, altul este nemulțumit de prezent; din frecarea diverselor minți a rezultat ceva care are constantă și uniformitate și o valoare medie superioară elementelor care o compun. Același lucru este adevărat și pentru munca juraților. Nu doresc să sugerez că rezultatul, în ambele cazuri, nu trădează fisurile inerente originii. Fisurile există în orice instituție umană. Și pentru că ele nu numai că există, dar sunt și vizibile, avem credința că vor fi corectate. Nu exis-

<sup>94</sup> The Still Small Voice of the Herd, 32 Political Science Quarterly, 315.

<sup>95</sup> 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 așteptăm la mai mult nici atunci când îmbracă forma sentințelor pronunțate de un tribunal. Mareele se ridică și 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 greșit, va dispărea cu siguranță. Ceea ce este bun constituie fundația pe care se vor construi noi structuri. Ceea ce este rău va fi aruncat și topit în laboratoarele timpului. Puțin câte puțin, vechea doctrină este subminată. Deseori, progresul este atât de gradual încât semnificația lui este la început umbrată. În cele din urmă descoperim că conturul peisajului s-a schimbat, vechile hărți trebuie aruncate, și 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 și expus la dorințe nepotrivite cu acea credință, poate avea loc un proces de inconștientă activitate mentală, prin care se pot strânge rezerve crescânde de acumulări mentale ostile, care să motiveze puternic acțiuni și decizii, dar care va pătrunde rareori cu claritate în conștient. În același timp, formulele vechii credințe sunt reținute și repetate prin puterea obișnuinței, până când, într-o zi, apare ideea că simpatiile, conduita și dorințele fundamentale au devenit atât de incompatibile cu contextul logic, încât vor trebui eliminate. Apoi începe sarcina construirii și raționalizării unei noi credințe”.

Chiar și în timpul construirii ei, în vreme ce dreptul se dezvoltă de-a lungul secolelor, această nouă credință este cea care în tăcere, dar ferm, șterge greșelile și excentricitățile noastre. Uneori, cred că ne îngrijerăm 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 sfârșit al verificării și reverificării, există o respingere continuă a zgurii și o constantă reținere a oricui este pur, robust și 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 și mica mea bucată va fi uitată, veți fi aici pentru a face porțiunea voastră și pentru a duce torța mai departe. Știu că flacăra va arde viu în timp ce torța este în mâinile voastre.