

MISCELLANEA

Introducere la „Aspecte ale deconstrucției...”

Anthony D’Amato (1937-2018) a fost un profesor american cu o carieră de 37 de ani. A predat drept internațional, drept constituțional, drepturile omului, teoria dreptului, etică juridică ș.a. Și-a încheiat cariera universitară la Northwestern Pritzker School of Law, după ce a predat la Wellesley College, University of Oregon și Cardozo Law School.

Pe lângă faptul că a fost un autor prolific, a fost și un cunoscut practician al dreptului. Este primul avocat american care a câștigat un caz la Curtea Europeană a Drepturilor Omului (*Kamasinski v. Austria*, 19 decembrie 1989). Cei interesați de această latură a activității sale, ar putea analiza strategia pe care a ales-o D’Amato într-un caz cu implicații internaționale și cu final fericit. Unui cetățean sovietic, Andrei Frolov, care ținea greva foamei în Moscova, i s-a permis să iasă din Uniunea Sovietică pentru a merge la soția sa aflată la Chicago, inclusiv datorită procesului inițiat de D’Amato.¹

Poate că și mai captivant este un caz² în care D’Amato a cerut revizuirea condamnării lui John Branion – fostul medic personal al lui Martin Luther King – pentru uciderea soției sale. Într-o prezentare din cadrul unui simpozion intitulat *Deconstruction and the Possibility of Justice*, care s-a bucurat de participarea unor filosofi și juriști de renume, prezentare reflectată în paginile *New York Times*³, D’Amato l-a criticat pe judecătorul de caz, Frank H. Easterbrook, pentru soluția sa. „În interpretarea cea mai elementară a noțiunii de „justiție”, vom recunoaște că ea depinde, în orice situație, de o evaluare deplină și corectă a faptelor”. Totuși, afirmă D’Amato, „ceea ce s-a scris recent despre deconstrucția juridică a demonstrat că, dacă un judecător urmărește un rezultat și dacă judecătorul este adept al argumentării juridice și al raționalizării, normele juridice nu-l pot obliga să rezolve cazul contrar dorinței sale. Însă furnizarea

1 Anthony D’Amato, *The Frolova Case: A Practitioner’s View*, New York Law School Human Rights Annual, vol. 1, 1983, pp. 33-50.

2 Branion v. Gramly, 855 F.2d 1266 (7th Cir. 1988).

3 <https://www.nytimes.com/1989/10/13/us/law-law-professor-with-beef-takes-judge-task-case-public.html>

unei argumentări convingătoare poate presupune un efort intelectual și constituie o adevărată provocare pentru mintea judecătorului. Cazul *Branion* duce această provocare mai departe de raționalizarea juridică. Dacă *faptele* unui caz demonstrează în mod convingător că un anumit fapt nu a avut loc (e.g., că dr. Branion nu și-a împușcat soția), atunci faptele trebuie denaturate, pentru a atinge rezultatele dorite. În cazul *Branion*, judecătorul Easterbrook a ajuns până la provocarea intelectuală a faptelor. A scris o opinie în care și-a raționalizat concluzia că Dr. Branion a ucis-o, probabil, pe Donna Branion, în ciuda probelor convingătoare că Dr. Branion nu putea să comită crima”.⁴

Textele din seria „Aspecte ale deconstrucției” sunt texte de teoria dreptului. Așa cum se poate observa, această materie nu se bucură de atenție în facultățile de drept și în publicațiile cu tematică juridică din România. Așa era și la Harvard Law School, pe când D’Amato era student. Profesorul său, Lon Fuller, nu era prețuit pentru concepțiile lui teoretice. Colegii îl considerau un bun profesor de Dreptul contractelor. „În zilele acelea ale realismului juridic galopant, profesorii de drept îi luau în derâdere pe teoreticienii dreptului. [...] la sfârșitul anilor ’50, atmosfera mai era încărcată de remarci descurajante ca: „ăsta-i un argument filosofic, nu unul juridic” sau „juriștii adevărați își pun problema intereselor juridice, în schimb juriștii filosofi își pun problema numărului de îngeri care pot dansa pe vârful unui ac”.⁵

Sper să provocăm, prin traducerea acestor texte⁶, interesul cititorului român pentru o altfel de literatură juridică publicând-o în revistele românești de specialitate.

Teodor PAPUC

4 Anthony D’Amato, *The Ultimate Injustice: When a Court Misstates the Facts*, Cardozo Law Review, vol. 11, nr. 5-6, 1990, pp. 1313, 1346 și 1347.

5 Anthony D’Amato (ed.), *Analytic Jurisprudence Anthology*, Anderson Publishing Co., 1996, p. 49.

6 Traducerile au fost făcute de Valentin Constantin și Teodor Papuc.

Aspecte ale deconstrucției: cazul simplu al Președintelui care nu îndeplinește condiția vârstei impuse de Constituție*

Atunci când deconstrucționistul afirmă că, într-o anumită măsură, *toate* cazurile sunt problematice într-un anumit grad, juristul universitar de *mainstream* extrage bucuros un caz preferat limpede ca cristalul și spune: „nu și acesta!”. Judecând după comentariile din revistele de drept, cel mai popular „caz simplu” are ca obiect condiția constituțională a vârstei de cel puțin 35 de ani impusă Președintelui.⁷ Judecătorul Frank Easterbrook a pus în discuție acest așa-zis „caz simplu” în 1983:

Atunci când Constituția spune că Președintele trebuie să aibă împliniți 35 de ani, nu putem fi siguri dacă e vorba de 35 ca număr al mișcărilor de revoluție a Pământului în jurul Soarelui, de procentajul speranței medii de viață (astfel încât Constituția ar presupune acum vârsta de 50 de ani ca minim) sau de un minim de ani trecuți după pubertate (astfel încât, în prezent, minimul ar fi de 30 sau în jurul acestui număr).⁸

În ciuda faptului că judecătorul Easterbrook a citat prevederea constituțională ca pe un caz incert, profesorul Frederick Schauer a examinat-o și nu a văzut altceva decât un „caz simplu”, limpede precum cristalul:

Părțile vizate știu, fără să se judece și fără să-i consulte pe juriști ... că o persoană în vârstă de 29 de ani nu poate fi Președinte al Statelor Unite ale Americii.

...

... Ca răspuns la orice prevederi care se referă la ani și la date, este posibil să se imagineze o schimbare care intervine în calendar. Chiar de pe vremea când Macbeth s-a bazat, în mod eronat, pe precizia lingvistică a profeției vrăjitoarelor, oamenii și-au putut imagina exemple

7 * This article was first published as Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: The Easy Case of the Under-Aged President*, *Northwestern University Law Review*, vol. 84, no. 1, 1989-1990, pp. 250-256. Translated and reprinted by special permission of Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*. (Acest articol a fost publicat pentru prima dată ca Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: The Easy Case of the Under-Aged President*, *Northwestern University Law Review*, vol. 84, no. 1, 1989-1990, pp. 250-256. Traducerea și republicarea au fost permise de Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*.)

Vezi Constituția SUA, art. II, § 1, cl. 5 („Nicio persoană ... nu va fi eligibilă pentru funcția de Președinte ... dacă nu are împlinită vârsta de 35 de ani ...”). În 1949, judecătorul Frankfurter a făcut trimitere la această prevedere ca la una din prevederile cele mai explicite ale Constituției. Vezi *National Mutual Ins. Co. v. Tidewater Transfer Co.*, 337 U.S. 582, 646 (1949) (judecătorul Frankfurter, opinie disidentă).

8 Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533, 536 (1983).

ciudate și ireale în care până și cel mai clar limbaj cedează.

Răspunsul simplu pentru argumentul bazat pe cazurile bizare este acela că toate cazurile ipotetice bizare sunt profund contrafactice.⁹

Luând partea deconstrucționiștilor, profesorul Gary Peller a susținut că tribunalele ar putea interpreta condiția vârstei ca „semnificând, mai curând, pentru Fondatori, un grad de maturitate, decât un număr determinat de ani”.¹⁰ În același spirit, profesorul Girardeau Spann a sugerat că „principiul director [al clauzei] constă în faptul că Președintele ar trebui să aibă un grad minim de maturitate și de experiență, [astfel încât] principiul poate fi realizat mai bine prin ignorarea regulii în cazul unei persoane precoce în vârstă de 34 de ani”.¹¹

Răspunzând din partea doctrinalismului, profesorul Kenney Hegland a recunoscut că este posibil ca profesorul Spann să fi demonstrat nedeterminarea din cazul persoanei care are cu un an mai puțin decât este scris în Constituție,¹² însă afirmă că Spann a imaginat, cel mult, un „caz dificil”.¹³ În schimb, profesorul Hegland ne cere să analizăm un caz cu adevărat „simplu”,¹⁴ în care „[C]andidatul are 18 ani și se recunoaște faptul că este imatur”.¹⁵ Profesorul Hegland simte, în mod evident, că acest caz nou este decisiv pentru argumentul în favoarea doctrinalismului: „Prevederea constituțională se opune candidaturii ... Un judecător despre care se presupune că judecă cu bună-credință nu ar putea evita această prevedere, chiar dacă ar dori s-o facă. Resursele și imaginația pot crea întotdeauna argumente; însă ele nu pot crea întotdeauna argumente *valabile* și, prin urmare, nu pot produce întotdeauna incertitudine doctrinală”.¹⁶

Cu siguranță, concluzia profesorului Hegland surprinde gândirea juridică actuală de *mainstream*: deși întotdeauna pot fi avansate argumente șubrede, proaste sau excesive, ele nu pot veni în sprijinul deconstrucției. În mod implicit, dacă deconstrucția are nevoie de argumente șubrede, proaste sau excesive, atunci ea nu poate fi luată în serios. Însă la o examinare mai atentă, observăm că profesorul Hegland a asumat o poziție de tipul „cap, câștig, pajură, pierzi”. Dacă cineva eșuează să articuleze un raționament care să justifice de ce o persoană de 18 ani ar putea ocupa funcția de Președinte, atunci Hegland câștigă; dacă cineva prezintă un raționament, raționamentul este catalogat, *per se*, ca fiind prost

9 Schauer, *Easy Cases*, 58 S. CAL. L. REV. 399, 414, 420 (1985).

10 Peller, *The Metaphysics of American Law*, 73 CALIF. L. REV. 1151, 1174 (1985).

11 Spann, *Deconstructing the Legislative Veto*, 68 MINN. L. REV. 473, 532-33 (1984).

12 Hegland, *Goodbye to Deconstruction*, 58 S. CAL. L. REV. 1203, 1207 (1985).

13 *Id.* at 1208.

14 Se dezvoltă o întreagă literatură în jurul sintagmei „caz simplu”. H.L.A. Hart a sugerat primul că, chiar dacă am recunoaște, așa cum susțin adepții realismului juridic, că există o marjă discreționară a judecătorilor în rezolvarea „cazurilor dificile”, nu poate exista o marjă discreționară în „cazurile clare”. H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 119-50 (1961). Profesorul Michael Moore a contribuit cu o analiză formală importantă, trăgând concluzia că „normele nu pot fi aplicate ușor în cazul unor fapte și, așadar, nu există cazuri simple”. Vezi Moore, *The Semantics of Judging*, 54 S. CAL. L. REV. 151, 271-92; vezi și Hegland, nota 6 de mai sus; Schauer, nota 3 de mai sus; Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, 54 U. CHI. L. REV. 462, 471-72 (1987).

15 Hegland, nota 6 de mai sus, at 1208.

16 *Id.* (subliniere în original).

sau excesiv, iar Hegland câștigă din nou.¹⁷

Cheia dezbaterii este impactul emoțional pe care-l presupune termenul „excesiv” pentru cititor. Dar ceea ce pare „excesiv” depinde în mod necesar de context. Astfel, trebuie să vedem care sunt asumțiile contextuale de bază atunci când analizăm argumentele profesorilor Schauer, Peller, Spann și Hegland.¹⁸ Deconstrucționiștii spun că orice interpretare depinde de context. Deconstrucționiștii radicali mai spun că, dat fiind faptul că contextele se pot schimba, nu pot exista interpretări unice absolute și imutabile ale textelor.¹⁹

Caracterul relativ al contextelor poate fi apreciat prin analiza unui exemplu din istoria recentă, în care era iminent să fie contestate calificările constituționale pentru Președinție. George Romney a fost un concurent serios la nominalizarea republicanilor pentru funcția de Președinte în 1968. Totuși, el nu era un „cetățean din naștere”²⁰ – o condiție care figura în aceeași prevedere ca introducerea cerinței de vârstă. Faptul în sine prezenta o „problemă cu caracter juridic”, așa cum o cataloga mereu presa. Însă nu se considera că „problema cu caracter juridic” în discuție instituia un blocaj; mai curând, ea reprezenta doar un „minus” pentru imaginea lui „Romney”. Fiecare candidat avea minusuri; aceasta era doar un minus tipic lui Romney. Probabil că nu ar fi fost suficient pentru a deturna nominalizarea lui Romney (alți factori au condus la eșecul final al acestui candidat).

Tactica adoptată rapid de *staff*-ul de campanie al lui Romney a fost să redefinească semnificația clară a expresiei „din naștere”. Atunci când Romney și-a anunțat candidatura, un articol publicat în *The New York Times* menționa următoarele:

DI Romney a afirmat că nașterea sa într-o colonie mormonă din Chihuahua, Mexic, nu ar constitui o barieră în calea alegerii sale. Constituția impune ca Președintele să fie un „cetățean din naștere al Statelor Unite”. Acesta a susținut că problema fusese studiată de mai multe firme de avocați și că, de vreme ce ambii părinți ai săi erau americani, el era un american „din naștere”.

„Nu poate exista niciun dubiu în acest sens”, a precizat Romney.²¹

Romney s-a angajat într-un mic exercițiu de deconstrucție (ca să nu mai menționez apelul dubios la autoritatea unor avocați nenominalizați) în efortul său de a depăși condiția cetățeniei. „Din naștere” nu înseamnă (cel puțin pentru adepții doctrinalismului) „născut din părinți americani”. Însă ideea din spatele strategiei urmărea să dezamorseze chestiunea

17 De fapt, se pare că fiecare autor care prezintă un caz pe care îl proclamă un caz „simplu” excesiv, utilizează acest truc. Vezi, e.g., Pollack, *Constitutional Interpretation as Political Choice*, 48 U. PITT. L. REV. 989 (1987): „Orice teorie a interpretării (cel puțin una care se dorește luată în serios) trebuie să producă un rezultat determinat în cazurile în care textul este precis. De exemplu, un Președinte trebuie să aibă 35 de ani împliniți. Nicio teorie „legitimă” nu ar putea citi în acest text standardul „maturității”, permițând astfel ca persoane în vârstă de 30 de ani să ocupe funcția” - *Id.* la 1023.

18 Vezi și Solum, nota 8 de mai sus, la 474.

19 Cei din aripa extrem-radicală a deconstrucționiștilor, așa cum sunt eu, se împiedică și de cuvintele „interpretare”, „text” și „context”, însă asta e o altă poveste.

20 Constituția SUA, art. II, § 1, cl. 5.

21 *Romney Declares He's in '68 Race; Predicts Victory*, N.Y. Times, nov. 19, 1967, la 1, col. 1, la 62, col. 1.

și să conducă la nominalizarea lui Romney de către Partidul Republican. Problema putea fi lăsată apoi în grija universitarilor, a juriștilor și, probabil, a judecătorilor Curții Supreme, pentru a o dezbate.

Ce s-ar fi întâmplat dacă Romney ar fi fost ales Președinte? Probabil că ar fi existat câteva presiuni pentru modificarea Constituției – cu o aplicare retroactivă – eliminându-se condiția „cetățeanului din naștere”. Probabil că republicanii victorioși s-ar fi opus acestei idei, temându-se că majoritățile calificate necesare pentru adoptarea unui amendament constituțional nu ar fi fost întrunite. Mai mult ca sigur, republicanii ar fi adoptat strategia așteptării și a apărării președinției lui Romney în proceduri judiciare.

Să presupunem că cineva ar fi inițiat o acțiune juridică împotriva lui Romney, în vederea constatării faptului că acesta nu poate îndeplini funcția de Președinte. Apărarea imediată pe care echipa lui Romney o putea utiliza era să conteste calitatea procesuală a reclamantului. În baza hotărârii *Frothingham v. Mellon*,²² poziția juridică a reclamantului care contestă respectarea condițiilor impuse de Constituție pentru alegere de către un Președinte ales nu ar putea fi deosebită de cea a oricărui alt cetățean al Statelor Unite și, prin urmare, nu ar putea exista, în mod justificat, nicio calitate procesuală.²³ Ar aștepta în culise, în cazul în care argumentul calității procesuale ar fi insuficient pentru respingerea cererii, teoria chestiunii politice (*political question doctrine*), adică a clauzelor non-justificabile.²⁴

Dacă argumentul lipsei calității procesuale va neutraliza orice contestație formulată în baza clauzei calificărilor conținută de Articolul II, atunci am putea conchide, efectiv, că, calificările pentru ocuparea funcției de Președinte nu sunt justificabile și au, așadar, doar o valoare politică. Această valoare politică nu echivalează cu lipsa unei valori; la urma urmei, în timpul campaniei pentru alegerea din 1968, Romney a fost, de fapt, acuzat de caracterul „neconstituțional” al candidaturii sale, pentru că nu era un cetățean din naștere, ceea ce i-ar fi scăzut din sprijinul electoral. Însă asta ar însemna că „cazul simplu” al profesorului Schauer nu este, de fapt, un caz bine-determinat, și că o condiție „clară” pentru ocuparea funcției de Președinte poate fi depășită de dinamica unei majorități populare care se exprimă în cadrul unei campanii prezidențiale.

Să presupunem, ca să luăm exemplul profesorului Spann, că în funcția de Președinte ar fi fost aleasă o persoană în vârstă de 34 de ani. Presupunând că chestiunea „calității procesuale” ar putea fi depășită, iar un tribunal ar putea considera cazul irelevant, pentru că Președintele a împlinit 35 de ani în timpul inițierii și judecării procesului. O altă variantă ar fi să se susțină că atât timp cât Președintele împlinește vârsta de 35 de ani în timpul mandatului său proiectat, condiția constituțională este îndeplinită. Un tribunal

22 262 U.S. 447 (1923).

23 Candidatulul *perdant* îi va lipsi, de asemenea, calitatea procesuală pentru a-l împiedica pe câștigătorul care nu îndeplinește condiția vârstei să-și ocupe funcția. Pierzând alegerile, poziția sa nu se va diferenția de cea a altui cetățean obișnuit.

24 *Vezi Baker v. Carr*, 369 U.S. 820 (1962) (refuzul de a interpreta semnificația condiției constituționale a unei „forme republicane de guvernare”); *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849) (aceeași). Deși teoria chestiunii politice în sine poate să nu fie altceva decât o tactică a judecătorilor de a evita o problemă, de obicei este justificată, în mod retoric, prin ideea că textul Constituției (semnificația limbajului ei) denotă că Fondatorii nu au avut în vedere posibilitatea exercitării controlului judecătoresc al acestei clauze constituționale.

ar putea extinde chiar această motivare pentru a include un al doilea mandat proiectat – dacă majoritatea judecătorilor consideră că este vital pentru securitatea și pentru „Pacea națională”²⁵ a Statelor Unite ca această persoană să ocupe funcția de Președinte. Astfel, până și candidatul de 29 de ani al profesorului Schauer ar putea ajunge (și rămâne) la Biroul Oval.

Am menționat anterior că exemplul lui Romney este doar un punct de sprijin pentru a putea înțelege caracterul relativ al contextelor la interpretarea textelor. Cu siguranță, profesorii Schauer și Hegland pot afirma că conjectura mea privind lipsa calității procesuale nu este ceea ce au avut ei în vedere atunci când au formulat cazul clar al Președintelui care nu are împlinită vârsta impusă de Constituție, pentru că am evitat, pur și simplu, să elaborez un argument juridic substanțial. Afirmăția lor constă în faptul că nu există un argument valabil sau rezonabil (*i.e.*, un argument care să nu fie excesiv) care ar putea fi prezentat în legătură cu *fondul* problemei și care ar înlătura condiția vârstei de 35 de ani.

Cred că există un „bun” argument constituțional – adică un argument care poate fi formulat în legătură cu *fondul* problemei – în favoarea unui Președinte cu vârsta mai mică de 35 de ani. Dar simpla enunțare a argumentului ar însemna să se cadă în aceeași capcană contextuală a asumării implicite că acest context este cel aplicabil. Într-adevăr, în prezent este greu să se imagineze un partid major²⁶ care înaintează o persoană în vârstă de 18 ani în calitate de candidat prezidențial. Astfel, răspunsul meu pentru profesorii Schauer și Hegland va fi următorul: așa-zisul caz simplu al vostru cu Președintele de 18 ani este excesiv; el nu se va întâmpla – și dacă se va întâmpla, într-un context viitor, atunci nu va mai fi excesiv. Este un răspuns mai *realist* pentru ipoteza profesorului Schauer decât argumentarea pe fond și ciocnirea de după cu răspunsul său anticipat potrivit căruia argumentul *meu* este excesiv!

Cu toate acestea, să ne imaginăm și să alimentăm un context potrivit în care un candidat în vârstă de 18 ani este ales în funcția de Președinte. Doar imaginându-ne un context plauzibil în care are loc cazul prezentat putem evalua caracterul rezonabil al argumentelor de sprijin. Poate fi ceea ce profesorul Mark Tushnet a avut în vedere atunci când ne îndemna să fim atenți cu privire la „argumentele din cazurile bizare”: „Cazurile sunt bizare până în momentul în care cineva hotărăște să se judece. Apoi observăm că ceea ce credeam că sunt constrângeri încorporate în limbaj erau doar constrângeri încorporate în modurile noastre acceptate de a face lucruri”.²⁷

Dacă vrem să alimentăm un context potrivit în care ne putem imagina că o persoană în vârstă de 18 ani va fi nominalizată și va avea o șansă serioasă de a câștiga alegerile, atunci argumentul juridic pe care îl voi prezenta va părea suficient de rezonabil. Putem specula cu ușurință despre contextele viitoare. Probabil că o revoltă condusă de studenți va conduce la solicitarea unui nou *leadership*, iar studenții și susținătorii lor își vor propune liderul în vârstă de 18 ani pentru a înlocui Președintele în exercițiu. Sau, ca într-o operă de

25 Preambulul Constituției SUA.

26 Utilizez calificativul „major” pentru a-i evita pe candidații partidelor nesemnificative care nu pot fi considerați candidați serioși (*e.g.*, nominalizarea unui comediant pentru funcția de Președinte, așa cum s-a întâmplat în anii 1960).

27 Tushnet, *A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory*, 58 S. CAL. L. REV. 683, 688 n. 24 (1985).

science-fiction, un virus de neoprit provoacă moartea tuturor persoanelor cu vârsta peste 20 de ani – cel mai în vârstă candidat disponibil devenind candidatul în vârstă de 18 ani!

Dat fiind *orice* context în care este rezonabil să se imagineze un candidat în vârstă de 18 ani, argumentul meu de ordin constituțional va fi următorul. Calificările pentru ocuparea funcției de Președinte sunt enumerate la Articolul II din Constituție. Fiecare prevedere din Constituție este supusă amendamentului și trebuie să se presupună că este înlocuită sau calificată de orice amendament relevant. În acest caz, amendamentele relevante sunt Al Cincilea Amendament și Al Paisprezecelea Amendament. Discriminarea pe criteriu de vârstă – într-o situație care limitează dreptul poporului de a-și alege Președintele după bunul plac – va încălca în mod clar clauza procesului echitabil a celui de-al Cincilea Amendament și clauzele procesului echitabil și protecției egale din cel de-al Paisprezecelea Amendament.²⁸ Prevederea care îi impune Președintelui vârsta de cel puțin 35 de ani instituie un tratament discriminatoriu neconstituțional în cazul persoanelor mai tinere, pe baza unei limite de vârstă irațională și este, așadar, lovită de nulitate.

Argumentul meu de ordin constituțional nu este *dependent* în sine de schimbarea de context pe care am presupus-o. Dar schimbarea contextului *este* importantă pentru a depăși testul „excesivității” care constituie, dincolo de toate, ultimul refugiu al adepților doctrinalismului atunci când caracterizează argumentele deconstrucționiștilor. Dacă afirm în mod categoric că, condițiile privind vârsta echivalează cu un tratament discriminatoriu pe criteriu de vârstă, cu încălcarea celui de-Al Cincilea Amendament și a celui de-Al Paisprezecelea Amendament, un adept al doctrinalismului poate caracteriza, la fel de bine, argumentul meu ca fiind „excesiv”. Însă el va părea cu mult mai puțin excesiv – de fapt, va părea destul de normal și de obișnuit! – dacă ne confruntăm, în realitate, cu un caz serios al unei persoane nominalizate la funcția de Președinte care nu întrunește una din condițiile Articolului II. Într-o oarecare măsură, cazul Romney este la obiect.

Totuși, odată ce trecem de bariera „excesivității” (sau a „caracterului bizar” ori a „caracterului non-standard”), putem constata că și în contextul actual există un argument juridic substanțial rezonabil (aici, discriminarea pe criteriu de vârstă) care ar putea face dintr-odată ca acest caz să nu pară deloc „simplu”. „Excesivitatea” depinde întotdeauna de contextul în care argumentul este prezentat. Dacă nu este prezentat niciun context, contextul actual este presupus – însă acesta este un context *real*. Relativitatea contextelor justifică, pentru deconstrucționiști, relativitatea textelor.

Cred că cea mai dificilă cercetare în legătură cu afirmarea caracterului „simplu” al unui caz este cea în vederea stabilirii dacă este un „caz” cu adevărat. Eșecul de a te axa pe acest cuvânt a condus la afirmarea mai multor ipoteze excesive care sunt absurd de „simplu” de rezolvat. Totuși, niciuna din aceste ipoteze nu dau naștere unui caz, unui litigiu sau unei controverse; dacă o fac, atunci nu mai sunt simple.²⁹ Ca să iau un exemplu din mulțimea de exemple, fac apel la candidatul lui Lawrence Solum pentru cazul decisiv, irefutabil: „[N]u este dificil să imaginezi cazuri simple în care o acțiune nu contravine,

28 Argumentul meu nici măcar nu depinde în mod necesar de existența celui de-Al Cincilea și a celui de-Al Paisprezecelea Amendament. În lipsa lor, un tribunal ar putea considera că principiul nediscriminării în chestiuni legate de vârstă este „implicit în conceptul libertății ordonate”. Vezi *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937) (judecătorul Cardozo).

29 Este deosebit de oportună aici observația lui Michael Moore. Vezi nota 8 de mai sus.

în mod clar, *vreunei* norme juridice. Dacă un proprietar mănâncă înghețată în intimitatea domiciliului său, acest fapt nu va da naștere niciunei acțiuni juridice”.³⁰ Însă aici nu există nicio dispută! Nu susține nimeni că proprietarul a prejudiciat pe cineva prin faptul că a mâncat înghețată și, deci, nu poate fi invocată o normă juridică pe care ar fi încălcat-o. Pe scurt, nu există niciun „caz”. Profesorul Solum trebuie să ne prezinte un prejudiciu afirmat și real pe care l-a suferit cineva din cauza acțiunii proprietarului, pentru a exista o persoană care se poate plânde împotriva proprietarului.

Totuși, dată fiind permisiunea temporară de a fi oribil, deconstrucționistul își poate imagina următorul caz: copilului proprietarului îi este foame (și, într-adevăr, moare de foame), în timp ce proprietarul mănâncă înghețată. Aici, acțiunea proprietarului (sau inacțiunea sa) dă naștere unui caz penal; statul va înainta (sau cel puțin așa ar trebui) învinuiri privind comiterea unui omor din culpă.³¹ Așa cum a menționat Stanley Fish la un simpozion recent, „Fie nu există nicio problemă, fie problema poate fi rezolvată numai în legătură cu ceea ce face obiectul disputei”.³²

30 Solum, nota 8 de mai sus, la 472 (subliniere în original).

31 Dacă schimbăm jurisdicția într-o altă țară – într-una dominată de un fundamentalism religios care interzice mâncatul de produse lactate – atunci se consideră că proprietarul a încălcat normele legale din acea jurisdicție, indiferent dacă s-a aflat în intimitatea domiciliului său sau nu.

32 S. Fish, *The Law Wishes to Have a Formal Existence* (text prezentat la simpozionul „Deconstruction and the Possibility of Justice”, Cardozo Law School, 2 octombrie 1989).

Aspecte ale deconstrucției: eșecul cuvântului „pasăre”*

Frederick Schauer a avansat un enunț de bază în provocatoarea sa apărare a doctrinalismului de asaltul barbar al deconstructiviștilor: „Atunci când spun că pelicanii sunt păsări, adevărul afirmației decurge în mod inexorabil din semnificația cuvântului „pasăre”. Dacă cineva nu este de acord sau arată spre un pelican viu, care respiră și care zboară, și spune că „Acesta nu este o pasăre”, atunci pur și simplu nu știe ce înseamnă cuvântul „pasăre””.³³ Enunțul profesorului Schauer seamănă cu admonestarea unui judecător care arată cu degetul la un avocat și-i spune: „Nu te juca cu mine când trebuie să stabilem dacă, tehnic, a avut loc o spargere sau a fost o intrare obișnuită. Recunosc furtul atunci când îl văd”. Avocații și judecătorii devin adesea nerăbdători cu cei care contestă ceea ce ei consideră drept semnificația clară a cuvintelor. Și Schauer reflectă acest gen de neplăcere în privința „variantelor filosofice”. El adoptă un ton condescendent și neliniștit pentru a putea combate provocările venite din tabăra deconstrucționistă.

Afirmația profesorului Schauer trădează o cunoaștere vagă a argumentelor și a ideilor filosofiei secolului XX, chiar dacă citează această filosofie în sprijinul său.³⁴ Din punct de vedere filosofic, aproape fiecare cuvânt din aserțiunea sa poate fi supus deconstrucției. Primul său enunț este ambiguu: are în vedere adevărul analitic sau adevărul sintetic? Din punct de vedere analitic, pelicanii sunt păsări doar dacă pelicanii sunt definiți ca păsări; însă după aceea, bineînțeles, afirmația constituie doar o tautologie care nu are nicio „valoare de adevăr” în lumea reală.

Pe de altă parte, afirmația poate fi citită ca o formă a celebrei ecuații a lui Alfred Tarski: „„[Z]ăpada este albă” este un enunț adevărat dacă și numai dacă zăpada este albă.”³⁵ Tarski a atins doar semnificația cuvântului „adevărat”. Adevărul analitic al enunțului lui Tarski

33 * This article was first published as Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: The Failure of the Word Bird*, Northwestern University Law Review, vol. 84, no. 2, 1989-1990, pp. 536-541. Translated and reprinted by special permission of Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*. (Acest articol a fost publicat pentru prima dată ca Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: The Failure of the Word Bird*, Northwestern University Law Review, vol. 84, no. 2, 1989-1990, pp. 536-541. Traducerea și republicarea au fost permise de Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*.)

Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509, 512 (1988).

34 De exemplu, Schauer îl citează pe Wittgenstein și are opinii ferme și curajoase despre semnificația operei lui Wittgenstein. Vezi *id.* la 525-27 nn. 56-57. El rezumă corect ideile lui Wittgenstein de la maturitate, atunci când reține că „semnificația unui cuvânt reprezintă o funcție despre modul în care cuvântul este utilizat întâmplător într-o comunitate lingvistică existentă”, *id.* la 526 n. 56, dar pare să nu recunoască importanța propriului său citat. În schimb, profesorul Schauer presupune în continuare că cuvintele au semnificații *definite*, ignorând lecția lui Wittgenstein potrivit căreia cuvintele nu reprezintă decât exprimări convenționale recurente, fără vreun mecanism de siguranță, fără o „semnificație” intrinsecă.

35 A. TARSKI, LOGIC, SEMANTICS AND METAMATHEMATICS 156 (1956).

este realizat dacă substituim peste tot „alb” cu „roșu”. Propozițiile analitice sunt adevărate ca o chestiune de logică formală; ele ar fi adevărate și dacă lumea nu ar exista.³⁶

Dar îl vedem pe profesorul Schauer utilizând ceea ce consideră o noțiune auto-evidentă a adevărului pentru a câștiga o dezbateră. Enunțul său analitic – „pelicanii sunt păsări” – este adevărat doar dacă, ca o chestiune accidentală, pelicanii sunt, de fapt, păsări. Dar nu există nimic *în natură* care să ofere o confirmare.³⁷ Totul depinde de acceptarea taxonomiștilor privind faptul că pelicanii posedă suficiente trăsături ale „păsărilor”, astfel încât să fie *numiți* păsări. Ca să fim siguri, pelicanii au mai multe din aceste trăsături în comparație cu alte animale numite „păsări”; de exemplu, dacă considerăm că zborul este un atribut de bază al păsărilor, ar trebui să eliminăm pinguinii, kiwi și struții din această categorie.³⁸ Am putea găsi un grup de oameni al căror limbaj face deosebirea între animalele zburătoare mici și mari, denumind fluturii „păsări”, dar referindu-se la pelicani cu un alt nume. „Pasărea” reprezintă o funcție a gradului de acceptare în rândul taxonomiștilor a ceea ce ei „consideră” o pasăre.³⁹

Mai mult, cel de-al doilea enunț al profesorului Schauer – care, bineînțeles, nu decurge în mod logic din primul – poate fi cu greu susținut după demonstrația lui W.V. Quine din 1960 privind imposibilitatea traducerii radicale: „Un iepure o zbughește prin preajmă, băștinașul spune „Gavagai”, iar lingvistul notează propoziția „Iepure” (sau „Uite, un iepure”) ca o încercare de traducere, supusă verificării în situații ulterioare”.⁴⁰ Cu aproape un deceniu mai târziu, Quine s-a întors la exemplul lui: „Dacă ne întrebăm cum trebuie tradusă expresia „gavagai” a băștinașului, ca „iepure”, ca „fragmente de iepure nedetașate” sau ca „stadiu de iepure”, nu putem stabili această chestiune pur și simplu

36 Michael S. Moore este afectat de noțiunea adevărului în viziunea lui Tarski; el citează cu aprobare comentariul lui Michael Devitt, potrivit căruia noțiunea în discuție este „anemică”. Moore, *The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?*, 41 STAN. L. REV. 871, 893 n. 75 (1989) (citându-l pe M. DEVITT, REALISM AND TRUTH 29 (1984)). Ceea ce profesorul Moore nu poate admite – deși ajunge aproape în multe din articolele sale – este că *fiecare normă de drept* este analitică și, astfel, „anemică”, în exact sensul pe care îl susțin deconstrucționiștii!

37 Cf. M. TWAIN, EXTRACTS FROM ADAM'S DIARY (1904): „Mă tot uit la cascada... Creatura cea nouă îi zice cascada Niagara. De ce, nu prea știu. Pretinde că *seamănă* cu cascada Niagara, dar asta nu-i un motiv. Mi se pare că bate câmpii. Eu unul n-am apucat încă să dau nume la nimic. În schimb, creatura cea nouă dă nume la tot ce-i iese-n cale. Eu nici n-apuc să protestez. Și găsește mereu același pretext: că *seamănă* cu ceva. Să luăm, de exemplu, pasărea Dodo. Zice că, de cum te uiți la ea, nu se poate să nu vezi că *seamănă* cu pasărea Dodo. ... Auzi colo, Dodo! Seamănă aia cu pasărea Dodo cum seamănă eu”. – în traducerea lui Carmen Pațac – Mark Twain, Jurnalul lui Adam și al Evei, București: Litera, 2016, pp. 13-14.

Id. la 5 (subliniere în original); vezi și M. TWAIN, *Eve's Diary* în 24 THE WRITINGS OF MARK TWAIN 287 (1907): „De vreo două zile m-am apucat să dau nume la toate lucrurile pe care le ia în mână. A fost o mare ușurare pentru el, fiindcă nu-i defel înzestrat în privința asta, și mi-e evident foarte recunoscător pentru tot. Nu-i în stare să găsească un nume rațional să-l scoată din încurcătură, dar eu nu-i arăt defel că i-am observat defectul. Ori de câte ori apare vreo creatură nouă, i-o iau înainte și-i dau un nume, ca să nu fie el pus în situația de-a tăcea stingherit. L-am scutit astfel de multe neplăceri. Când a apărut pasărea Dodo, el a crezut că-i o pisică sălbatică. I-am citit asta-n ochi. Dar l-am salvat Am zis așa, ca-n treacăt, fără să dau impresia că spun un lucru nou: « Ia uite, mă prind că asta-i o pasăre Dodo! »” – în traducerea lui Carmen Pațac – Mark Twain, Jurnalul lui Adam și al Evei, București: Litera, 2016, pp. 33-34. *Id.* la 293-94.

38 Este mai greu să găsești o „pasăre” fără pene, deși „penele” unui kiwi seamănă cu o blană.

39 Chiar și ceea ce pare o deosebire fundamentală între animale și plante decade în cazul virusurilor.

40 W.V. QUINE, WORD AND OBJECT 29 (1960). Vezi și traducerea românească, W.V. Quine, Traducere și înțeles (I), în Sens și adevăr, ed. Marin Țurlea, George Lăzăroiu, Cartea universitară, 2003, p. 141.

prin ostensiune – adică prin simpla clarificare a lucrurilor, supunând expresia „gavagai” aprobării sau dezaprobării băștinașului în prezența unor stimulări potrivite”.⁴¹ Nu putem fi siguri niciodată despre ce e în mintea băștinașului – sau a oricărei alte persoane – atunci când vorbim despre lucruri și arătăm spre acestea.⁴²

Să analizăm o interpretare radical diferită a aserțiunii profesorului Schauer potrivit căruia „[d]acă cineva ... arată spre un pelican viu, care respiră și care zboară și spune că „Acesta nu este o pasăre”, atunci pur și simplu nu știe ce înseamnă cuvântul „pasăre””.⁴³ Enunțul „pur și simplu nu știe” este destul de puternic. Dar putem prezuma că profesorul Schauer nu l-ar fi scris dacă i-ar fi trecut prin minte următoarea posibilitate: cuvântul „acesta” din propoziția vorbitorului se referă la *degetul* lui. Doar prin *interpretare* conchide profesorul Schauer că vorbitorul, care își întinde degetul, „arată” spre un pelican. De fapt, poate că nu avea intenția să arate la ceva; poate că și-ar fi ținut degetul întins cu intenția de a-i arăta profesorului Schauer deosebirea dintre o parte a corpului său și obiectele zburătoare din exterior. „Acesta” este un deget, spune vorbitorul, nu o „pasăre”.

Bineînțeles, profesorul Schauer poate veni cu următoarea replică: el a *urmărit* să excludă „cazurile ipotetice bizare [care] sunt profund contrafacticele”.⁴⁴ Sau, mai interesant: „[C]eva ce nu ne puteam imagina se situează, chiar din acest motiv, în afara domeniului a ceea ce am considerat până acum că reprezintă o definiție precisă și exhaustivă a termenului”.⁴⁵ O dorință remarcabilă: profesorul Schauer vrea să excludă toate interpretările pe care nu și le-a imaginat anterior! Chiar dacă i s-ar împlini dorința, cum s-ar putea ști dacă excluderile stipulate au epuizat câmpul interpretărilor posibile? Probabil că ar prefera o altă formulare: interpretarea unui text trebuie limitată la limitele imaginației profesorului Schauer.

Cu siguranță, interpretările pe care profesorul Schauer „nu și le putea imagina” diferă de cele pe care nu și le putea imagina o altă persoană. Reprezentându-ne mental scena sugerată și excluzând din ea toate asumpțiile îndoielnice despre context, suntem lăsați, pur și simplu, cu un om care își ține degetul întins și un pelican care zboară pe fundal. Dacă omul arăta la pelican sau pur și simplu atrăgea atenția la degetul lui este o chestiune de interpretare. Se poate ca profesorul Schauer să nu-și fi imaginat că omul atrage atenția la degetul lui. Dar ar fi greșit ca el să conchidă că nimeni nu și-a putut imagina acest fapt. La urma urmei, chiar eu mi-am imaginat asta!

Efortul profesorului Schauer de a exclude orice interpretare pe care nu și-o poate imagina este lipsit de conținut din punct de vedere tautologic. Cum poate o interpretare care nu a fost încă imaginată să devină un *motiv* pentru excluderea ei din categoria interpretărilor posibile? O definiție nu poate deveni exhaustivă, susținând că tot ceea ce

41 W.V. QUINE, ONTOLOGICAL RELATIVITY AND OTHER ESSAYS 30-31 (1969). Pentru opiniile de mai târziu care includ răspunsuri adresate criticilor săi, vezi W.V. QUINE, THEORIES AND THINGS (1981); THE PHILOSOPHY OF W.V. QUINE (L. Hahn & P. Schelpp eds. 1986).

42 „Discursul nostru despre lucrurile din exterior, sensul pe care-l avem despre lucruri, reprezintă doar un aparat conceptual care ne ajută să anticipăm și să controlăm declanșarea receptorilor noștri senzoriali în lumina declanșărilor anterioare ale receptorilor senzoriali. În general, declanșarea este singura noastră cale.” W.V. QUINE, THEORIES AND THINGS 1 (1981).

43 Schauer, nota 1 de mai sus, la 512.

44 Schauer, *Easy Cases*, 58 S.CAL. L. REV. 399, 420 (1985).

45 *Id.* la 421-22.

nu era în mintea persoanei care a definit cuvântul⁴⁶ este exclus în mod automat.

Să presupunem că profesorul Schauer spune: „În regulă, în afară de argumentul perfect prostesc că omul putea să atragă atenția la degetul lui, el trebuia să aibă în vedere – din chiar întrebarea care i-a fost adresată – obiectul extern spre care arăta degetul. De vreme ce trebuie să se fi referit la pelican, a comis o eroare privind semnificația cuvântului „pasăre””.

Chiar dacă am încuviința acest argument al profesorului Schauer, a făcut el oare, într-un final, o afirmație determinată despre semnificația cuvintelor? Există vreo interpretare posibilă, alta decât cele două posibilități în care, în prima, vorbitorul arată spre un pelican, sau în a doua, în care nu arată deloc, ci mai curând se referă la degetul lui? Dacă ofer acum o nouă interpretare, o va include profesorul Schauer pur și simplu și va susține că acum există doar *trei* interpretări posibile?

Să analizăm următorul exemplu: vorbitorul își întinde degetul și spune: „Acesta nu este o pasăre. Este un unicorn”. Apoi își strânge degetul, ținând pumnul liber, și spune: „*Aceasta* este o pasăre”. El își utilizează degetele și mâinile pentru a se referi la obiecte externe, dar utilizarea este pictografică, nu directivă. Un asemenea comportament nu este, în mod necesar, „bizar”, ci mai curând este utilizat în multe contexte de mulți oameni pentru a comunica efectiv. Sistemul limbajului semnelor folosit de surzi permite exprimarea nestingerită în lumea lucrurilor și a ideilor. Și scafandrii utilizează semnele mâinii pentru a comunica unii cu alții sub apă, acolo unde încercările de a comunica verbal vor fi inutile. Aborigenii utilizează la vânătoare semne elaborate ale mâinii și gesturi ale degetelor pentru a comunica unii cu alții în liniște. Atunci când o lumină este proiectată pe un zid într-o cameră întunecoasă, pot fi făcute forme de umbre ale animalelor cu ajutorul mâinilor și al degetelor. De fapt, limbajul pictografic al mâinilor și al trupului intervine în orice context, la orice tip de om (e.g., copii, dansatori, membri ai unei frății). Niciunul din aceste moduri de utilizare nu este, în mod necesar, „bizar” sau „contrafactual”. Singurul lucru „bizar” legat de acestea este că ele nu i-au trecut prin minte profesorului Schauer.

Semnificația cuvintelor derivă din contextele în care sunt folosite și nu putem fi siguri de context niciodată, pentru că nu putem intra în mințile altor oameni pentru a vedea contextele cărora mințile lor le dau atenție. Perspectiva ontologică a vorbitorului poate fi radical diferită de cea a profesorului Schauer. Urmându-l pe Quine, vorbitorul putea arăta spre o manifestare spațio-temporală momentană a pelicanismului. Sau putea arăta spre forma unui pelican conturată pe cer. Sau, negând că pelicanul este o pasăre, se putea angaja în umorul incongruenței – un gen de umor cu trecere la copii și la oamenii primitivi.

În unele contexte, ar putea exista un bun motiv retoric să se nege că pelicanul este o pasăre. Să analizăm deconstrucția excelentă făcută de Franklin D. Roosevelt cu privire la calitatea de câine a celebrului său câine scoțian, Fala. Fala avea tendința să se urce atât pe mobilă, cât și pe vizitatorii casei lui Roosevelt din Hyde Park. Un vizitator pe care Fala îl incomodase cu siguranță și care considera că patrupelelor nu ar trebui să li se dea o asemenea libertate era Secretarul de Stat Cordell Hull. Făcând apel la măiestria sa diplomatică, acesta i-a sugerat Președintelui că „Un câine poate sta la fel de bine într-o

⁴⁶ Va încerca un adept al interpretărilor stricte să restricționeze toate cuvintele la limitele „intenției originare” a lui Noah Webster sau Samuel Johnson?

curte”. FDR răspunde fără probleme: „Ah, scumpul meu Hull, asta-i și ideea; Fala nu e un câine”.⁴⁷

Cu siguranță, remarca lui Roosevelt i-ar lăsa perplecși pe pozitiviști și pe cei cu abordări literale. El a făcut cu mult mai mult decât să aleagă, de o manieră Humpty Dumpty, exact ceea ce va semnifica un cuvânt. Atât Hull, cât și FDR împărtășeau, probabil, o *denotare* a unui „câine” ca animal canin cu patru picioare. Dar dacă îl luăm în serios, FDR a comunicat, de fapt, enunțul potrivit căruia, din perspectiva jocului prin living, Fala era mai mult un membru al familiei, decât un câine. De vreme ce FDR știa că Secretarul Hull opera pe baza unei definiții a „câinelui” care includea o *conotație* dominantă a unui animal neascultător, nepotrivit pentru traiul în casă, Președintele a procedat la atacul asupra *acelei* conotații dominante. Din punctul de vedere al lui FDR, termenul „câine” influența prea mult – prejudeca chestiunea, împiedicând mintea lui Hull să reconceptualizeze situația. Astfel, pentru FDR a fost necesar să efectueze o deconstrucție a conotației, profitând de cuvântul obișnuit „câine” – cel mai eficient atac retoric în acele circumstanțe.⁴⁸

Limbajul este minunat de variabil, iar nuanțele sale infinit de bogate, astfel încât ideea de a omite toate interpretările neimaginabile de un profesor de drept este mai mult decât incoerentă și mai mult decât imposibilă – este neinteresantă.

47 Vezi F. SCHULER & R. MOORE, THE PEARL HARBOR COVER-UP 90-91 (1976).

48 Profesorul Phillip Areeda îl folosește pe Hull în cazul unui expert anonim în Areeda, *Always a Borrower: Law and Other Disciplines*, 1988 DUKE L.J. 1029. El oferă un exemplu care, așa cum spune, „are nevoie de un rafinament economic redus pentru a fi ridiculizat”: un martor expert a convins un juriu și pe judecător că un expeditor care s-a obligat să plătească folosirea unei conducte pentru a transporta gaz timp de 20 de ani era „proprietar” al conductei „cu un interes economic mai mare în privința conductei, decât firma care avea conducta în proprietate deplină.” *Id.* la 1034. Noțiunea fixă a proprietății, în viziunea profesorului Areeda, este atât de fermă, încât îl consideră pe martorul expert un șarlatan. *Id.* la 1036. Este exact ca și cum Hull i-ar răspunde Președintelui (omițând totalmente esențialul): „Fala este, mai mult ca sigur, un câine, iar dumneavoastră, domnule, sunteți un șarlatan!” Evident, juriul și tribunalul profesorului Areeda nu doreau ca termenul „proprietar” să blocheze ceea ce ei considerau a fi rezultatul just și corect al cazului, rafinamentul economic în ciuda a ceea ce putea fi afirmat în sens contrar.

Aspecte ale deconstrucției: controlul gândurilor în Xanadu*

Xanadu a adoptat o lege privind controlul gândurilor. Legea prevede, în integralitatea sa, următoarele:

Secțiunea 22: Fapta persoanei de a avea gânduri rele despre Dictatorul Xanadu constituie o infracțiune.

Conversația care urmează a fost înregistrată pe o bandă audio stocată în subsolul Palatului de Gheață.⁴⁹

CLIENTUL: Aș vrea să-ți pun o întrebare despre secțiunea 22.

AVOCATUL: Oricare ar fi întrebarea ta, există un singur răspuns. Este una din cele mai înțelepte și mai inventive legi ale noastre.

CLIENTUL: Să ai gânduri rele despre Dictatorul nostru e într-adevăr o infracțiune?

AVOCATUL: Da. Cu certitudine.

CLIENTUL: De ce ar *dori* Dictatorul nostru o asemenea lege?

AVOCATUL: În literatură au fost avansate mai multe motive, însă cred că motivul cel mai convingător a fost acela că Dictatorul nostru nu vrea ca cineva să aibă gânduri rele în ceea ce-l privește.

CLIENTUL: Dar cum poate legea să-i realizeze scopul?

AVOCATUL: Ei bine, consideră că acționează ca un decret religios. Cum sunt cea de-a Noua și cea de-a Zecea Poruncă. Ele consideră că este un păcat să o dorești pe soția vecinului tău sau averea lui. Comiți, în mod automat, un păcat de fiecare dată când inițiezi procesul mental al dorinței. În consecință, cred că cea de-a Noua și cea de-a Zecea Poruncă sunt mai curând efective pentru reducerea apariției acestui gen de

49 * This article was first published as Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: Thought Control in Xanadu*, Northwestern University Law Review, vol. 84, no. 3 & 4, 1989-1990, pp. 1086-1091. Translated and reprinted by special permission of Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*. Acest articol a fost publicat pentru prima dată ca Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: Thought Control in Xanadu*, Northwestern University Law Review, vol. 84, no. 3 & 4, 1989-1990, pp. 1086-1091. Traducerea și republicarea au fost permise de Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*.

Palatul de Gheață – necunoscut cetățenilor – înregistrează în mod curent fiecare conversație purtată în Xanadu. De vreme ce aceste benzi conțin cantități mari de probe incriminatoare, totalitatea înregistrărilor este atât de mare, încât nu există nici personal, nici timp suficient pentru a asculta benzile – oferindu-le, cel puțin, cetățenilor, din punct de vedere practic, un grad de intimitate. De exemplu, dialogul care urmează în text nu a fost încă descoperit de oficialii din Xanadu.

dorință în societate.

CLIENTUL: Dar nu există nicio sancțiune pentru aceste încălcări.

AVOCATUL: Tu nu consideri *condamnarea eternă* o sancțiune?

CLIENTUL: Bine, chiar dacă este așa, pot dori ce vreau și voi avea probleme doar dacă vreau să consider acest fapt un păcat – ceea ce nu fac.

AVOCATUL: Nu văd care-i diferența.

CLIENTUL: Uite, să presupunem că chiar aici, în Xanadu, gândesc rău despre Dictator –

AVOCATUL: Să nu o faci! Nici măcar să nu-ți închipui că gândești rău despre Dictator!

Cu siguranță, este ilegal să faci asta.

CLIENTUL: În regulă, să presupunem că un criminal ar avea gânduri rele despre Dictator.

Cum ar putea afla statul acest lucru?

AVOCATUL: Admiți că ceea ce a făcut criminalul este contrar legii?

CLIENTUL: Da.

AVOCATUL: Și admiți că dacă statul a „aflat”, așa cum spui, criminalul va fi trimis la închisoare?

CLIENTUL: Da.

AVOCATUL: Atunci nu există nicio diferență față de cea de-a Noua Poruncă. Unul încalcă legea Dictatorului, celălalt încalcă legea lui Dumnezeu.

CLIENTUL: Dar statul nu poate ști niciodată dacă o persoană a avut gânduri rele despre Dictator.

AVOCATUL: Ai mutat ștacheta. Tu te referi la fapte; eu vorbeam până acum strict de adevăruri deductibile.

CLIENTUL: Nu sunt faptele cel mai important lucru?

AVOCATUL: Să presupunem că sunt. Cu siguranță că admiți că indiferent dacă statul știe sau nu că cineva care a avut gânduri rele despre Dictatorul nostru, acest fapt ține de probe și de dovezi și nu constituie o problemă care ține de conținutul legii?

CLIENTUL: Admit asta. Dar nu este imposibil să știi la ce se gândește o altă persoană?

AVOCATUL: Din perspectiva tehnologiei actuale, cred că este imposibil.

CLIENTUL: Și-atunci, dacă cineva are gânduri rele despre Dictatorul nostru, cum o va ști statul?

AVOCATUL: Poliția te arestează, pur și simplu, pe baza *suspiciunii* că ai avut gânduri rele. Marele juriu te pune apoi sub acuzare pentru că *consideră* că ai avut asemenea gânduri rele. Dacă juriul *crede* că ai avut gânduri rele, vei fi condamnat.

CLIENTUL: Dar dacă n-am avut niciun gând rău despre Dictatorul nostru, cum poate spune juriul că am avut?

AVOCATUL: Tot așa cum juriul spune orice, în orice caz, despre oricine, cu privire la orice subiect. O spune, pur și simplu.

CLIENTUL: Și dacă nu are dreptate –

AVOCATUL: Dar nu se poate să *nu* aibă dreptate! Este o chestiune de fapt. Juriul constată care sunt faptele. Și acele fapte, în măsura în care este vizată legea, sunt singurele fapte.

CLIENTUL: Ai în vedere că dacă juriul spune că eu – adică acel criminal – am gânduri rele despre Dictatorul nostru, dar în realitate persoana are numai gânduri bune despre el, juriul are dreptate și persoana nu?

AVOCATUL: Nu, nu am spus asta. Vorbim despre două lucruri diferite. Juriul are dreptate că persoana a avut gânduri rele încălcând legea. Și tu ai putea avea, tehnic, dreptate că persoana nu a avut, în realitate, acele gânduri rele.

CLIENTUL: Prin urmare, este un exemplu în care pot fi găsit vinovat chiar dacă nu am comis infracțiunea?

AVOCATUL: Bineînțeles. Se întâmplă adesea. Așa cum ai spus, juriul nu are nicio idee despre gândurile pe care le-ai avut, de fapt. Dacă Xanadu avea tehnologia despre care m-ai întrebat, atunci ar fi fost mai bine; ai fi fost eliberat, pentru că nu ar exista nicio dovadă a undelor cerebrale de tipul celor care dezvăluie gândurile rele despre dictator. Nu... îmi retrag cuvintele. În cazul tău, juriul trebuie doar să *interpreteze greșit* modelele de unde cerebrale.

CLIENTUL: Să lăsăm modelele de unde cerebrale. Cum stă situația aici și acum?

AVOCATUL: Aici și acum, dacă i-ai fi spus juriului că nu ai decât gânduri bune despre Dictatorul nostru, iar juriul nu te crede pe cuvânt din varii motive, atunci, potrivit legii, ai avut gânduri rele despre dictator. Dacă juriul constată că ai avut gânduri rele – chiar dacă nu le-ai avut – atunci ai încălcat secțiunea 22.

CLIENTUL: Cum deduci acest rezultat din lege?

AVOCATUL: Ar fi util dacă ți-ai imagina că secțiunea 22 prevede următoarele: „Persoana despre care un juriu a decis că a avut gânduri rele despre Dictatorul Xanadu a încălcat legea”.

CLIENTUL: Dar spun adevărul și sunt o persoană credibilă. Juriul nu va considera că mint.

AVOCATUL: Nu aș fi atât de sigur că oamenii au capacitatea să spună dacă cineva minte. Majoritatea oamenilor cred că au această capacitate. Dar dă-mi voie să-ți citesc ce a spus un judecător cu experiență din Statele Unite în acest sens: „[D]upă unsprezece ani de activitate ca judecător, sunt mai convins ca niciodată că cei mai abili și mai deștepti mincinoși par adesea martorii cei mai buni și mai credibili, pe când, odată veniți la boxa martorilor, cei mai umili și mai onești semenii ai noștri se descurcă cel mai prost”.⁵⁰

CLIENTUL: E puțin înspăimântător ceea ce-mi spui.

AVOCATUL: Ar trebui să te înspăimânte; este o emoție foarte puternică pentru cei care o au. Mulți oameni care au fost arestați pentru încălcarea secțiunii 22 nu erau speriați pentru că știau în mintea lor că nu au avut gânduri rele despre Dictatorul nostru. Dar aproape toți acești oameni au fost condamnați! Poate că-și cunoșteau mințile, dar nu cunoșteau legea!

CLIENTUL: Sau avocații lor nu o cunoșteau.

AVOCATUL: Corect! Să spunem că ești acuzat de încălcarea secțiunii 22 și că te afli în fața unui juriu. Dacă ești speriat și angajezi un avocat bun, atunci ai luat decizia cea mai bună pe care o puteai lua în acele circumstanțe. Cea mai mare greșeală pe care ai putea-o face este să crezi că juriul te va achita. Cazul tău nu va fi afectat câtuși de puțin de ceea ce ai *gândit, de fapt*, despre Dictator.

CLIENTUL: Am știut dintotdeauna că trăim într-un sistem intolerabil.

50 Hutcheson, *The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, 14 CORNELL L.Q. 274, 282 (1929). Judecătorul Joseph C. Hutcheson Jr. a fost un judecător de district din Districtul Sud al Texasului și un teoretician de vârf al realismului judiciar.

AVOCATUL: Ca toate celelalte sisteme.

CLIENTUL: Ce ai în vedere?

AVOCATUL: Aproape fiecare caz din aproape fiecare sistem juridic este un caz în care cel care constată faptele – adică judecătorul sau juriul – trebuie să decidă ce a avut loc în mintea litiganților. De exemplu, fiecare caz penal se referă la *mens rea* – apreciindu-se dacă acuzatul a nutrit gânduri echivalente cu intenția criminală. Cazurile din materia răspunderii civile delictuale vizează intenția reclamatului sau cel puțin indiferența sa din imprudență față de producerea riscului. Cazurile privind moștenirea pretind ca instanța competentă să aprecieze intenția testatorului. În cazurile antitrust se analizează dacă a existat intenția unei înțelegeri pentru limitarea comerțului. Bineînțeles, par să existe unele cazuri în care intenția nu este importantă – de exemplu, un caz de dreptul contractelor, unde totul este precizat într-un instrument scris. Dar și într-un asemenea caz una dintre părți poate susține că cealaltă parte nu a acționat cu *bună-credință* – iar bună-credința, după cum știi, e un secret profund al minții. De fapt, atunci când am spus „aproape fiecare caz”, am fost prea conservator. La drept vorbind, nu-mi pot imagina un caz în care procesul mental al uneia sau al ambelor părți litigante – oricum ar spune juriul că sunt aceste procese – să nu joace un rol decisiv pentru soluția cauzei.

CLIENTUL: Diferența este că aici, în Xanadu, juriul pare să poată condamna pe oricine, chiar dacă persoana nu a făcut nimic.

AVOCATUL: Nu-i așa că nu negi *realitatea* gândurilor? Nu spui că o persoană nu face *nimic* atunci când chiar nutrește gânduri rele despre Dictator?

CLIENTUL: Nu. Dar spun că trebuie să existe *câteva* probe evidente.

AVOCATUL: Întotdeauna există. O manifestare a expresiei faciale; o privire; o aprobare; limbajul corpului. Toate acestea trebuie interpretate – de către juriu. Întotdeauna există probe.

CLIENTUL: Să presupunem că nu există niciuna din acestea.

AVOCATUL: Cum vei pleda?

CLIENTUL: Nevinovat.

AVOCATUL: Aha! Ai rostit un cuvânt. Juriul ar putea crede că ai mințit atunci când ai spus că ești nevinovat. Adu-ți aminte de procesele vrăjitoarelor din secolul XVII. Lumea spunea: „Știm că e o vrăjitoare, pentru că *neagă* acest fapt! E șmecheră, ca o vrăjitoare!”.

CLIENTUL: Îl voi ruga pe avocatul meu să pledeze pentru nevinovăția mea, astfel încât nu va trebui să declar nimic.

AVOCATUL: Dar dacă ești judecat, e clar că ai fost arestat mai întâi. Știi câțiva jurați care au afirmat ulterior că au votat pentru condamnarea acuzatului din cauza că fusese arestat – pentru că poliția nu arestează persoane inocente. Știu un jurat care a perfecționat această motivare. Spunea că a votat pentru condamnarea acuzatului pentru că a crezut că statul nu ar cheltui bani cu procesul dacă persoana era inocentă.

CLIENTUL: Mai pot adăuga un motiv la lista ta. Juriul votează pentru vinovăția persoanei acuzate dat fiind refuzul ei de a face declarații, refuz care se întoarce împotriva sa.

AVOCATUL: Sau ai putea da declarații, spunând prea multe. Îți este cunoscut cazul *People v. Coleridge*?

CLIENTUL: Nu.

AVOCATUL: Coleridge a dat declarații, avocatul cerându-i să repete procesele sale de gândire exact așa cum s-au succedat în mintea sa. Acuzatul s-a bucurat să facă asta, în măsura în care își va aminti cu exactitate la ce s-a gândit. A spus următoarele:

Ceea ce mi-a trecut prin minte a constat într-o serie de întrebări și de răspunsuri, după cum urmează. Este adevărat că Dictatorul nostru este rău și malefic? Absolut deloc. Aprobă Dictatorul nostru tortura? Nu. Este adevărat că Dictatorul nostru a trimis la închisoare oameni nevinovați? Nu, este o afirmație absolut falsă. Este Dictatorul nostru rău și corupt? În mod clar, nu; orice sugestie privind contrariul este o minciună și o calomnie. Este Dictatorul nostru diabolic? Nu, Dictatorul nostru întruchiează bunătatea absolută și puritatea spiritului.

Bineînțeles, pe baza acestor probe, juriul a dat un verdict de vinovat. Ce zici?

CLIENTUL: Și tu susții că dreptul este o știință exactă?

AVOCATUL: Bineînțeles că este. Cine poate susține opusul? Am în vedere că toți acuzații despre care am vorbit *puteau* fi vinovați – știința nu poate spune că nu erau. Atunci când știința nu știe, intervine dreptul. Dreptul știe. Dreptul este infailibil.

CLIENTUL: Ce pot face pentru a mă proteja de arest pentru încălcarea secțiunii 22?

AVOCATUL: Ah, acum trebuie să pornesc aparatul de taxare. Până acum, mi-a plăcut să discut filosofie cu tine. Dar dacă vrei o consultație juridică, trebuie să înțelegi că am învățat trei ani la facultatea de drept, iar taxele de studii erau foarte mari. Pentru a deveni versat în drept, am studiat ore întregi, pe când alții pierdeau timpul. Singurul mod în care-mi pot recupera costurile este să-mi vând înțelepciunea, puțin câte puțin, unor clienți ca tine.

CLIENTUL: Îți voi plăti tariful obișnuit.

AVOCATUL: Uite care e sfatul meu. În primul rând, nu spune nimănui că ai avut gânduri rele despre Dictatorul nostru. Nici măcar dacă ai avut numai gânduri bune, dar vrei să faci o glumă. În al doilea rând, dacă acest subiect devine tema unei conversații – chiar dacă porți o conversație cu iubita ta în intimitatea dormitorului – nu cumva să spui că nutrești numai gânduri bune despre Dictatorul nostru. În al treilea rând, ai grijă la expresiile feței tale și la limbajul corpului. Trebuie să te asiguri că expresiile feței tale nu presupun aprobarea atunci când alții de lângă tine dezvăluie faptul că au avut gânduri rele despre Dictator. Dacă cineva spune asta – iar acest cineva, după cum bine îți dai seama, poate fi un agent sub acoperire al poliției –, manifestă-ți dezacordul prin expresiile feței, prin limbajul corpului și prin obiecții verbale ferme. În al patrulea rând, nu discuta despre secțiunea 22 cu nimeni după ce părăsești acest birou, pentru că dacă vei discuta vreodată secțiunea 22, există șanse ca cineva să susțină că discuți așa ceva pentru că ai muștrări de conștiință – pentru că ai avut gânduri rele despre Dictatorul nostru. Și în al cincilea rând, dacă te pomenești arestat, ține minte numărul meu de telefon.

CLIENTUL: Sunt sfaturi valoroase. Pot să te întreb, domnule avocat, dacă tu însuși ții cont de aceste sfaturi?

AVOCATUL: Care este primul lucru pe care ți l-am spus atunci când am început conversația noastră?

Aspecte ale deconstrucției: respingând indeterminarea printr-o singură mișcare curajoasă*

Dacă dreptul este indeterminat, atunci *trebuie* să fie mereu așa? Joseph Singer spune că nu. Poate exista un sistem juridic, susține el, în care dreptul este complet determinat. Prin urmare, afirmă el, și sistemul nostru juridic ar putea fi determinat.⁵¹

Care este exemplul de sistem juridic complet determinat al profesorului Singer? Este următorul: imaginați-vă un sistem juridic condus după regula „reclamantul pierde întotdeauna”.⁵² Potrivit profesorului Singer, *acest* fapt implică o determinare totală. Kenneth Kress consideră enunțul lui Singer de necontestat, astfel încât îl folosește ca pe un considerent secundar:

Deși determinarea completă este realizabilă într-un sistem juridic (Singer are în vedere regula: Reclamantul pierde întotdeauna), orice sistem complet determinat ...⁵³
Este genul unui „deși” secundar cam pripit.

Profesorii Singer și Kress ar vrea să credem că putem avea un sistem juridic în care soluția fiecărui caz este total determinată, pentru că fiecare soluție este aceeași și este cunoscută în prealabil – și anume că reclamatul câștigă și reclamantul pierde. Ideea are o importanță enormă pentru acești profesori și pentru teoreticienii care gândesc la fel. Ei *trebuie* să facă trimitere la cel puțin un sistem juridic ipotetic care este determinat în mod clar, altfel riscând să-i permită cămillei să-și bage nasul indeterminării în cortul lor.

Și totuși, profesorii Singer și Kress nu au analizat ce semnificație coerentă sau chiar plauzibilă pot să-i ofere sintagmei „sistem juridic”, atunci când sistemul în discuție conține regula unică a „reclamantului care pierde întotdeauna”. Susțin că un asemenea „sistem” nu este și nu poate fi un „sistem juridic”.

Pentru a demonstra acest fapt, să acceptăm pentru o clipă „sistemul lor juridic” și să-i cercetăm consecințele. Dacă reclamantul pierde întotdeauna, în practică nimeni nu va dori să aibă calitatea de reclamant. Astfel, dacă-mi furi 1000 \$, nu voi dori să fiu

51 * This article was first published as Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: Refuting Indeterminacy with One Bold Thought*. (Northwestern University Law Review, vol. 85, no. 1, 1990-1991, p. 113-118. Translated and reprinted by special permission of Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*. (Acest articol a fost publicat pentru prima dată ca Anthony D'Amato, *Aspects of Deconstruction: Refuting Indeterminacy with One Bold Thought*. (Northwestern University Law Review, vol. 85, no. 1, 1990-1991, p. 113-118. Traducerea și republicarea au fost permise de Northwestern University Pritzker School of Law, *Northwestern University Law Review*.)

Singer, *The Player and the Cards. Nihilism and Legal Theory*, 94 YALE L.J. 1, 11 (1984).

52 *Id.*

53 Kress, *Legal Indeterminacy*, 77 CALIF. L. REV. 283, 286 (1989).

reclamant împotriva ta în fața tribunalului, pentru că reclamantii pierd întotdeauna. În schimb, îmi voi cumpăra o armă și te voi amenința că te împușc, până îmi vei restitui banii. Să presupunem că vei cere în instanță un ordin de restricție în ceea ce mă privește; nicio șansă, pentru că vei avea calitatea de reclamant, iar reclamantii pierd întotdeauna. Să presupunem, însă, că vei convinge statul să ceară pedepsirea mea pentru amenințarea cu o armă. Atât mai rău; statul va fi reclamant și astfel va pierde și el.

Acum, să presupunem că, încurajat de atacul meu fizic asupra ta, încerc o carieră de jefuitor de bănci. Îmi angajez complici, pătrundem în bănci, furăm bani; statul nu poate cere pedepsirea vreunui dintre noi, pentru că reclamantii pierd întotdeauna. În curând, toată lumea începe să comită atacuri și să participe la jafuri. Poliția trage intenționând săucidă, pentru că nu are niciun interes să aresteze pe cineva; toate cazurile din instanță împotriva persoanelor arestate sunt cazuri pierdute, pentru că reclamantii câștigă întotdeauna. Scenariul poate fi extins, însă tabloul ar trebui să fie clar. Într-un cuvânt, e anarhie. Este absența deplină a dreptului și a ordinii; într-adevăr, este absența a orice ar putea fi numit „sistem juridic”.

Profesorii Singer și Kress au creat o anarhie totală. Într-adevăr, ea este *determinată*, în sensul în care este o anarhie *totală*. Nu există niciun dubiu că acțiunile la tribunale sunt inutile. Însă într-o asemenea situație de haos, nu ar *exista* „tribunale”. Termenul „tribunal” va fi arhaic, pentru că este parte a semnificației convenționale (deși nesubliniată) a „tribunalelor”, semnificație care presupune că, în unele cazuri, reclamantii au câștig de cauză.

Astfel, regula „reclamantul pierde întotdeauna” reprezintă un strigăt îndepărtat față de ideea secundară care respinge teza indeterminării juridice. În schimb, regula creează un dezastru.

O încercare similară de a respinge indeterminarea printr-o singură mișcare curajoasă, de data aceasta cu utilizarea statisticii, este demonstrarea unei rate mici de opinii disidente la hotărârile judecătorești din prezent. De exemplu, doi judecători federali au examinat, în calitate de cercetători, o serie de hotărâri judecătorești pronunțate de tribunalele federale și au constatat că opiniile disidente erau formulate în mai puțin de patru la sută din cazuri.⁵⁴ Ei au conchis că dreptul nu este, la urma urmei, chiar atât de indeterminat. Profesorul Ken Kress reformulează concluzia lor: dreptul nu poate fi indeterminat în mod radical în lumina unei asemenea certitudini privind soluția corectă.⁵⁵ Pentru a aduce ideea acasă, el mai ține predica standard despre universitarii care se axează prea mult pe cazurile indeterminate în sălile de curs și în scrierile științifice și ignoră cantitatea mare de cazuri de rutină. „Credința în indeterminare”, scrie acesta, „este, în parte, o consecință a unei diete proaste.”⁵⁶

54 Newman, Between Legal Realism and Neutral Principle The Legitimacy of Institutional Values, 72 CALIF. L. REV. 200, 204 (1984) (toate tribunalele federale pentru anul încheiat la 30 iunie 1983); Rubin, Doctrine in Decision-Making: Rationale or Rationalization, 1987 UTAH L. REV. 357, 367 (Curtea de Apel al celui de-al Cincilea Circuit din 1981 până în 1985).

55 Kress, nota 3 de mai sus, la 324.

56 *Id.* Obiecția standard la revelația statistică este că judecătorii federali supraîncărcați au puțin timp la dispoziție pentru a scrie opinii disidente; amplexarea proceselor și nu determinarea conduce la o rată redusă a opiniilor disidente. Deși agendele încărcate coboară rata previzibilă a opiniilor disidente, rata poate rămâne suficient de

Profesorul Kress nu înțelege indeterminarea juridică; dacă ar fi făcut-o, ar fi observat că *indeterminarea* dreptului – nu dreptul determinat – este cea care conduce la o rată redusă a opiniilor disidente! Dată fiind opinia deconstrucționistului că dreptul nu constrânge hotărârea judecătorului în cazurile pe care le soluționează, nu prea are sens disidența. În fiecare caz, deciziile se iau prin forța brută a regulii majorității. Majoritatea nu a fost constrânsă de lege să ajungă la hotărârea la care a ajuns, iar minoritatea o știe. Prin urmare, nu-i nimic de câștigat prin formularea unei opinii disidente.

Nu doar că nu-i nimic de câștigat, dar o opinie disidentă poate fi percepută ca subminând, câte puțin, legitimitatea curții. Eventualii judecători disidenți sunt supuși, probabil, presiunii colegiale de a-și schimba votul negativ pe care vor să și-l manifeste cu un vot pozitiv oficial, astfel încât opinia curții va părea mai puțin controversată, cu mai multă autoritate, mai constrânsă de lege. Sugerez că această dinamică operează în toate tribunalele, din toate timpurile și din toate locurile. Un judecător care formulează prea des opinii disidente este considerat un nonconformist, un jucător din afara echipei, o persoană care, din motive egoiste, ar eroda autoritatea curții prin solicitarea lipsită de necesitate a înțelepciunii sale la redactarea opiniilor disidente.

De vreme ce recunoașterea faptului că dreptul este indeterminat dezvăluie inutilitatea elaborării unei opinii disidente, teza indeterminării ar prezice o eventuală dispariție a opiniilor disidente. Chestiunea statistică din prezent nu este de ce gradul ratei de opinii disidente este redus, de patru la sută, ci mai curând de ce gradul de opinii disidente este atât de ridicat! Un posibil răspuns a fost sugerat de profesorul Robert Benson: unii judecători s-au înșelat pe ei înșiși crezând că dreptul este determinat și, prin urmare, scriu opinii disidente nu doar animați de convingerea eronată că ceea ce scriu ar putea face o diferență (probabil că pentru Curtea Supremă sau pentru o viitoare curte de apel într-un caz similar).⁵⁷ Dacă profesorul Benson are dreptate, ar trebui să vedem cum scade rata de patru procente, odată ce judecătorii își risipesc iluziile prin îmbogățirea cunoștințelor de teoria deconstrucției. Declinul numărului opiniilor disidente poate fi și mai rapid din cauza unui efect intelectual clandestin. Pentru că, cu cât mai mulți juriști universitari vorbesc despre deconstrucție, cu atât mai mulți judecători – care simt o amenințare la adresa legitimității lor publice – vor încerca să producă aparența certitudinii. Judecătorii se pot uni pentru a descuraja opiniile disidente.

S-ar putea obiecta că teza mea nu explică de ce există atât de multe opinii disidente în cadrul Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii. Obiecția este, oarecum, ironică, pentru că până acum, susținătorii indeterminării juridice au făcut trimitere la clivajele de la Curtea Supremă ca dovadă a indeterminării, pe când doctrinaliștii au urmărit să explice fenomenul evidențiind că doar cele mai indeterminate cazuri ajung la Curtea Supremă. Resping ambele argumente și susțin, în schimb, faptul că indeterminarea prezice din ce în ce mai puține opinii disidente; în consecință, accept sarcina explicării. De vreme ce o explicație deplină, completată cu citări ale „cazurilor de autoritate”, ar avea nevoie de un

jos pentru a pretinde o explicație suplimentară.

57 Benson, How Judges Fool Themselves: The Semiotics of the Easy Case, in 2 LAW AND SEMIOTICS 31 (R. Kevelson ed. 1988).

articol întreg, las moștenire această sarcină oricui dorește să o preia și aici doar voi schița argumentele mele.

Susțin că, Curtea Supremă nu mai este o curte care decide cazuri. În ultimii aproximativ cincizeci de ani ea a devenit un corp legislativ care utilizează cazurile, pur și simplu, ca vehicule de ocazie pentru adoptarea legislației sociale. Acest secol a fost martorul emasculării jurisdicției inițiale a Curții și eliminarea efectivă a jurisdicției sale de curte de recurs. În schimb, Curtea a devenit o Curte *a certiorari*⁵⁸. Ca idee generală, Curtea dispune *certiorari* în cazurile despre care patru judecători din cei nouă consideră că sunt „importante” într-un sens sau altul (probabil că „interesante” ar putea fi un cuvânt mai concludent). Nu trebuie să fii deconstrucționist ca să accepți ideea că standardele *certiorari* vagi nu constrâng judecătorii să decidă care sunt cazurile pe care le vor judeca.⁵⁹

Cu toate acestea, Curtea își petrece o mare parte din timp dezbătând petițiile cărora ar trebui să li se acorde *certiorari*. De vreme ce sunt atât de multe petiții și doar câteva pot fi acceptate, practica generală a evoluat, astfel încât *dreptatea pentru litiganții individuali nu poate constitui un factor semnificativ la acordarea certiorari*. Curtea este „prea ocupată”, pur și simplu, pentru a corecta erorile din cazurile individuale. Indiferent de cât de nedrept a fost tratat un litigant de tribunalele inferioare, Curtea Supremă consideră că petentul a avut, cel puțin, beneficiul controlului judecătoresc și, prin urmare, Curtea Supremă nu-și poate irosi timpul dând curs altui proces de control. În schimb, Curtea trebuie să-și administreze resursele insuficiente în beneficiul întregii societăți.

Abandonând orice simț al datoriei judiciare față de litiganții particulari, „faptele” unui caz din fața Curții Supreme devin extrem de neimportante. Curtea nu are timp să verifice faptele în profunzime. Deși o examinare atentă a faptelor ar fi esențială pentru orice tribunal care vrea să facă dreptate părților, lipsa de interes a Curții pentru faptele unui caz este însoțită de lipsa ei de dorință de a-și irosi timpul corectând nedreptățile particulare.

Fără îndoială, există opinii ocazionale ale Curții Supreme care cercetează în mod amănunțit faptele unui caz. Însă, la o lectură atentă, acestea vor fi considerate ca încercări ale autorului unei opinii de a încadra cazul în categoria celor care ar trebui „limitate la faptele lor”. Bineînțeles, atunci când cazul trebuie limitat la faptele sale cu adevărat, *certiorari* nu va fi acordat niciodată; analiza unui asemenea caz ar presupune, într-adevăr, o utilizare ineficientă a resurselor Curții. În schimb, „limitarea unui caz la faptele sale” reprezintă, pur și simplu, o tactică de a limita întinderea pronunțării legislative care emană din cazul în discuție. Sau, mai exact, reprezintă o tactică de tăiere pe dedesubt a autorității pronunțărilor legislative a judecătorilor care nu sunt de acord cu autorul opiniei și care

58 *Certiorari* reprezintă o ordonanță cu caracter extraordinar, dispusă de o instanță de recurs, prin care se cere de la instanța inferioară trimiterea dosarului cauzei. Ordonanța își are originea în una din prerogativele *English Court of King's Bench*, iar în Statele Unite ale Americii a devenit un remediu general în procedura recursului. Curtea Supremă a Statelor Unite utilizează *certiorari* pentru a judeca majoritatea cazurilor pe care le declară admisibile (Black's Law Dictionary, Bryan A. Garner (ed.), ediția a 10-a, Thomson Reuters, p. 275) [n.tr.].

59 Cred că asistenții judiciari de la Curtea Supremă îi informează pe judecători despre „chestiunile” din petițiile *certiorari*, iar judecătorii votează inițial cu privire la „chestiunile” pe care ar dori să le analizeze. Doar dacă lupta *certiorari* din interiorul Curții devine una aprigă, judecătorii vor privi dincolo de partea „Chestiunilor prezentate” a petițiilor *certiorari*, la circumstanțele cazului.

consideră că acest caz nu ar trebui limitat la faptele sale.⁶⁰

Decuplându-se, cu timpul, de la sarcina instituțională de a face dreptate pentru litiganți pe baza faptelor unui caz, Curtea Supremă a devenit un corp legislativ care își derivă autoritatea din simpla aparență a soluționării cazurilor particulare. Cred că fiecare judecător este foarte conștient de toate acestea, chiar dacă este un subiect interzis pentru public. Dacă un judecător ar admite că faptele unui caz și că drepturile părților sunt neimportante, s-ar submina încrederea publicului în Curte, pentru că publicul încă o consideră o „curte”, nu un legislativ. Dacă, totuși, publicul realizează ce face, de fapt, Curtea, opinia publică poate forța o reducere a acțiunii sale la limitatul rol judiciar imaginat de fondatori.

Simplu spus, ceea ce contează astăzi nu este ceea ce fac judecătorii, ci mai curând ceea ce spun judecătorii. Lor înșiși nu le pasă foarte mult de ceea ce fac pentru litiganții din fața lor; justiția individuală a devenit irelevantă.⁶¹ Însă ceea ce *spun* ei are consecințe legislative vaste. Ei pot extinde sau reduce Titlul al Șaptea; ei pot extinde sau reduce, la discreție, Legile *Sherman* și *Clayton*; ei pot „interpreta” așa cum vor ceea ce spune Congresul; și, în anumite cazuri, pot declara legile neconstituționale.⁶² „Cazurile” sunt simple vehicule de ocazie prin intermediul cărora este justificat acest tip de legislație socială care se abate de la normă. Competența Curții⁶³ și acceptarea ei publică reprezintă, în mare parte, metode abile de etichetare a actelor de legiferare cu numele de „hotărâri judecătorești”.⁶⁴

Dată fiind realitatea noului rol instituțional de legislator al Curții Supreme, mai curând, decât de judecător, urmează că judecătorii vor utiliza o panoplie de opinii individuale, concurente și disidente, pentru a-și face cunoscute preferințele legislative proprii. Dată

60 Mai precis, o opinie bogată în idei poate reflecta un pas spre o minimă posibilitate de acceptare a faptului că judecătorii legitimează atunci când semnează opinia.

61 Există o altă cale de a verifica modul în care Curtea a tratat diferiții justițiabili în hotărârea *Miranda*? (Ea a ales câțiva acuzați dintr-un număr de 70 de reclamanți și a făcut ca noua regulă *Miranda* să li se aplice; ceilalți au fost trimiși, fără menajamente, înapoi la închisoare.)

62 Dar deconstrucționiștii vor susține că nu este necesar niciodată ca Curtea Supremă să declare neconstituțională o lege. Procesul de „interpretare” poate eviscera orice lege. Într-adevăr, așa cum am susținut în 1978, constatarea din *Brown v. Board of Education* potrivit căreia sintagma „separați, dar egali” era neconstituțională nu era doar lipsită de necesitate, ci, de fapt, împingea în urmă mișcarea pentru drepturile civile cu cel puțin o generație. Vezi S. WASBY, A. D'AMATO & R. METRAILER, *DESEGREGATION FROM BROWN TO ALEXANDER: AN EXPLORATION OF SUPREME COURT STRATEGIES* (1978).

63 Această competență nu este iluzorie, chiar dacă se bazează pe limbajul opiniilor judecătorești. Teza indeterminării nu spune că limbajul nu afectează comportamentul uman, ea susține doar că limbajul dreptului nu indică în mod cert o anumită decizie în favoarea uneia dintre părți, într-un caz concret. Într-adevăr, cuvintele unei legi afectează comportamentul social colectiv. Nouăzeci la sută din public își poate schimba conduita ca urmare a adoptării unei legi (dar nu putem spune dinainte care persoane se vor încadra în acel 90%). Nu există niciun dubiu că deciziile Curții Supreme vor afecta comportamentul social colectiv. Dar atunci când acest fapt are loc în detrimentul dreptății în cazurile particulare, este mai rău decât o parazitare a rolului judiciar al Curții – este o uzurpare a rolului constituțional delegat legislatorilor alesi.

64 Abilitatea poate avea mai mult un caracter instituțional, decât unul individual. Nu sunt sigur că judecătorii au urmărit, în mod conștient, ca Curtea să devină un corp legislativ. Mai curând, acest rezultat pare să fi fost provocat de evoluția instituțională. Presiunea numărului mare de cazuri a erodat agenda inițială de tribunal de recurs, iar competiția mare pentru fantele *certiorari* i-a forțat pe judecători să abandoneze preocuparea de a face dreptate părților. Ca rezultat, probabil că în mod implicit, judecătorii s-au transformat în legislatori. Din păcate, noua vizibilitate a rolului lor – exagerat de media – a făcut Curtea mai bine-cunoscută și mai bine-acceptată de către public, mai mult ca niciodată. Acest simț nou al puterii consolidează tendințele legislative pe care le-am sugerat, iar orice judecător nou observă că legislația este ceea ce spune Curtea Supremă că este.

fiind realitatea adițională că ceea ce contează astăzi nu este ceea ce face Curtea, ci mai curând ceea ce spune, rezultă că judecătorii vor încerca să spună cât de mult posibil.⁶⁵ Proliferarea opiniilor individuale reprezintă o funcție a nouă legislatori în mantii negre care se întrec pentru atenție legislativă. Nu are nimic de-a face cu schimbarea opiniei cuiva cu privire la fondul pozițiilor litiganților într-un caz concret.

Pe scurt, deconstrucția a avut loc deja la Curtea Supremă – și cu o răzbunare! Nu doar că niciun membru al Curții nu poate crede cu adevărat că „dreptul” (auto-inventat de însăși Curtea despre care se presupune că l-ar governa!) poate impune rezultatul în orice caz particular, dar membrii săi s-au mai convins că nu au timp pentru a se preocupa cu împărțirea dreptății. Limbajul juridic justificator utilizat în opiniile judiciare nu este ceea ce ne spuneau profesorii noștri de drept că era. Limbajul juridic justificator nu este oferit pentru a explica – o preocupare mult mai mică – rezultatul cazului. Mai curând, este un mod de exprimare a preferințelor legislative personale ale unor judecători care nu au fost aleși, prin intermediul limbajului venerat de către public al unui decret judiciar.⁶⁶

65 Eseurile extinse ale judecătorului Fortas, scrise în timpul scurtei sale șederi la Curte, mi-au părut atunci (ca profesor de Drept constituțional) o aberație. Îmi amintesc că le spuneam studenților că judecătorul Fortas a utilizat eronat un caz ca pe un vehicul – uneori chiar ca pe un vehicul nepotrivit – pentru înscrierea propriei sale filosofii în memoria publică. Ceea ce nu știam era că abordarea lui Fortas constituia doar o exagerare a ceea ce făceau alți judecători. Din perspectiva actuală, opiniile judecătorului Fortas au un ecou foarte „modern”! Curtea Supremă de Justiție actuală este un filosof aflat în misiune.

66 După ce au citit acest articol, redactorii *Northwestern's Law Review* m-au întrebat dacă mă opun activismului judiciar din motive ideologice sau politice. De fapt, mai curând îmi place o mare parte din legislația socială a Curții. Mai ales, din perspectiva libertății de exprimare, Curtea a condus și a educat țara. Am simpla convingere că dacă Curtea ar fi motivată în primul rând de dorința de a se asigura că se face dreptate pentru părți, calitatea hotărârilor sale ar crește. Multe din hotărârile sale vor avea, în orice caz, ramificații sociale vaste. Dar cred că impactul social al unei hotărâri trebuie să fie produsul său secundar, nu motivul pentru care Curtea a luat o decizie.