

Lordul NEUBERGER

**„Nu judecați, ca să nu fiți judecați”¹:
judecând elaborarea hotărârilor judecătorești***

Prelegerea F.A. Mann 2015²

Lordul Neuberger
Președintele Curții Supreme a Regatului Unit
29 ianuarie 2015

Introducere

1. Într-unul din distihurile sale elegante și spirituale, Alexander Pope constată caracterul omenesc al judecății:

*Căci judecata noastră e precum cea a ceasurilor,
Deși niciunul nu merge la fel, fiecare crede în ceasul propriu³.*

2. Aproape prin definiție, cel puțin atunci când își pronunță hotărârea, fiecare judecător „crede în a lui”. Însă asta nu înseamnă că judecătorii nu au îndoieli atunci când ajung la un rezultat. În mod inevitabil, dimensiunea îndoielilor variază în funcție de temperamentul fiecăruia. Acest fapt este bine ilustrat într-un e-mail pe care l-am primit de la un coleg (al cărui nume nu-l voi dezvălui), după ce-am făcut un schimb de proiecte de hotărâre cu privire la un recurs, care ajungeau la aceeași concluzie. Colegul mi-a scris: „[Hotărârea mea reprezintă] o analiză profundă, în timp ce a ta este una neliniștită (În realitate, eu nu produc neliniște – este unul dintre eșecurile mele)”.

3. Cu toate acestea, îmi imaginez că puțini judecători – nici chiar autorul aceluși e-mail – se consideră infailibili; în orice caz, majoritatea dintre noi privesc, probabil, la unele hotărâri de-ale noastre din trecut și își exprimă îndoiala. Iar îndoiala este insuflată adesea de argumentele care ar putea să apară în cazurile subsecvente, de vreme ce hotărârile noastre din trecut au fost analizate, iar presupusele lor erori scoase la lumină. Experiența sugerează că unii judecători

* Sursa: (www.supremecourt.uk). Traducere de Teodor Papuc. Traducătorul le mulțumește pentru sprijinul acordat în redactarea acesteia domnilor profesori Valentin Constantin și Mircea Mihăieș.

¹ Matei 7:1. Evanghelistul continuă: „Căci cu judecata cu care judecați, veți fi judecați, și cu măsura cu care măsurați, vi se va măsura” (Am preluat aici versiunea profesorilor Vasile Radu și Gala Galaction din *Biblia adică Dumnezeiasca Scriptură*, Fundația pentru Literatură și Artă „Regele Carol II”, București, 1939, p. 1105 – nota traducătorului).

² Îi sunt profund recunoscător lui Hugh Cumber pentru sprijinul său substanțial în pregătirea acestui discurs.

³ *Alexander Pope, An Essay on Criticism.*

preferă să facă trimitere – în cazurile cu care se confruntă – la hotărârile lor anterioare, în timp ce altora nu le place acest lucru. Bănuiesc că atitudinea unui judecător în această privință reflectă măsura în care el crede în propria-i infailibilitate.

4. Mai important chiar este că astăzi, mai mult ca niciodată, munca judecătorilor face obiectul analizei teoreticienilor. Munca noastră este discutată mai des și de către politicieni, jurnaliști și membri ai publicului. Situația se datorează în parte facilităților crescute de comunicare. Dar și faptului că judecătorilor li se cere să se pronunțe, odată cu lărgirea domeniului de control judecătoresc, cu privire la mai multe chestiuni care aparțin politicilor publice, drepturilor omului și jurisprudenței UE. Și cred că toate aceste evoluții pot fi puse pe seama competențelor tot mai mari ale executivului și nevoii firești ale unei puteri judiciare care să protejeze cetățenii de abuzurile administrației și care să mențină preeminența dreptului.

5. Calitatea criticilor motivărilor judiciare nu s-a ridicat niciodată la un nivel mai olimpien decât aceea a regretatului și marelui Francis Mann, care nu a ezitat să scoată la iveală eforturile intelectuale vlăguite ale judecătorilor. Într-un necrolog scris pentru *The Guardian*, dl judecător Hoffmann (pe atunci nu era încă lord) vorbea despre un *Law Lord* care i s-a confesat despre fiii care l-ar fi trecut dacă l-ar fi văzut pe Mann ascultându-i argumentele în Camera de Consiliu, el anticipând că atât hotărârea, cât și lipsurile ei vor fi nemilos disecate în numărul viitor al *the Law Quarterly Review*⁴.

6. O asemenea evaluare a judecătorilor este vitală pentru rolul nostru constituțional și constituie, în același timp, un element necesar al importantului principiu al justiției deschise. Cu mai mult de patru decenii în urmă, Lordul Reid scria – în afara curții – că „trebuie să admitem faptul că, de bine de rău, judecătorii sunt creatori de drept și trebuie să ne ocupăm de problema modului în care își îndeplinesc sarcina și de problema modului în care ar trebui să și-o îndeplinească”⁵.

7. În această seară vreau să reflectez asupra unor întrebări pertinente în acest context. Cum ajung judecătorii să decidă într-un fel sau altul? Cum le influențează calitățile și experiențele personale modul de gândire? Care sunt limitele funcției judiciare? Aceste întrebări ar putea fi considerate mai curând introspective, însă înțelegerea judecătorilor și a procesului de elaborare a hotărârilor lor este importantă, în lumina interacțiunii judiciarului cu celelalte ramuri ale guvernării și a creșterii semnificative a rolului constituțional al judecătorilor în interpretarea, dezvoltarea și invalidarea legilor.

Cum gândesc judecătorii

8. Se spune că trei arbitri de baseball au fost întrebați cum decid dacă este marcat un punct valabil sau nu. Primul a spus: „Decid așa cum este”; al doilea: „Decid așa cum văd”; iar al treilea: „Nu există nimic până nu o spun eu”⁶. Se poate afirma că primul arbitru era un om

⁴ Citat de *Lawrence Collins* în „F.A. Mann (1907-1991)”, în *Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain* (Oxford: OUP, 2004), ed. Beatson și Zimmermann.

⁵ *Lord Reid*, „The judge as law maker”, republicat (1997) *Arbitration* 180.

⁶ Citat în *Peer și Gamliel*, *Heuristics and Biases in Judicial Decisions* (2013) 49 *Court Review* 114.

religios, care credea în adevărul absolut; al doilea era un raționalist clasic sau un om de știință, un adept al lui Isaac Newton sau al lui René Descartes; și al treilea era un student al episcopului George Berkley, un idealist subiectiv, sau poate chiar un student preocupat de fizica cuantică, care se gândea la Erwin Schrödinger și la pisica lui necăjită.

9. În abordarea de către judecători a hotărârilor lor, poate fi identificată o diferență de tratament epistemologic oarecum asemănătoare. Juristul francez Saleilles scria: „cineva urmărește de la început un rezultat; altcineva identifică după aceea principiul; asta este geneza tuturor construcțiilor juridice”⁷ – și a abordării „Decid așa cum văd”. În schimb, compatriotul său Montesquieu își imaginează niște automate judiciare: „judecătorii ... nu sunt decât gura care rostește cuvintele legii, niște ființe neînsuflețite ca nu-i pot modera nici forța, nici severitatea”⁸ – o abordare de tipul „decid așa cum este”. Din experiența mea, procesul de adoptare a hotărârii judecătorești este, în mod esențial, un proces repetabil, care presupune o combinație a celor două abordări, cu toate că proporțiile pot varia de la caz la caz. Și trebuie să admitem, de la judecător la judecător, că unii dintre noi sunt mai *salleillisti*, iar alții mai *montesquieni*.

10. Tensiunea dintre cele două abordări reflectă, în termeni filosofici, familiarul conflict dintre atingerea rezultatului corect într-un caz particular și salvarea ideii că legea este clară, certă și coerentă. Și după cum nimic nu este în neregulă cu judecătorii care au încercat să ajungă la un răspuns prin intermediul mai multor norme juridice, iar apoi au verificat răspunsul comparându-l cu concepția lor privind noțiunile de echitate și bun simț, nimic nu e în neregulă cu judecătorii care pornesc de la un răspuns în acord cu echitatea și bunul simț și încearcă să vadă dacă pot ajunge la acesta – presupunând că sunt onești din punct de vedere intelectual și atașați normelor juridice.

11. Unii dintre voi și-ar putea aminti, din copilărie, *puzzle*-ul care reprezenta un labirint cu șase intrări diferite, dintre care numai una duce spre centru și trebuie găsită. Calea firească și instinctivă a rezolvării este să începi cu una dintre intrări și, dacă nu este cea potrivită, să treci la următoarea și așa mai departe, până o găsești pe cea bună. Însă mulți copii realizează, exersând (sau dacă le-o spun alți copii deștepți), că cea mai rapidă cale de rezolvare a problemei este să începi de la centru și să mergi spre exterior, până când ajungi la intrarea potrivită. Și totuși, în cazul unei hotărâri lucrurile nu stau la fel de ușor. Spre deosebire de labirintul copiilor, pot exista mai multe răspunsuri corecte care pot fi demonstrate, și dat fiind că ceea ce gândești reprezintă rezultatul intelectual cel mai satisfăcător, ai putea să te întrebi dacă este unul de bun simț, practic și acceptabil din punct de vedere moral – adică procesul iterativ în acțiune.

12. Este aproape inevitabil că judecătorul își va forma un punct de vedere inițial, fie datorită opiniei sale cu privire la normele juridice, fie datorită viziunii sale cu privire la rezultat, din perspectiva echității și a bunului simț – sau în baza amândurora. Cu toate acestea, formându-și opinia, judecătorul va analiza diferitele argumente juridice și de politici publice aduse, iar opinia sa inițială va fi pusă adesea la îndoială de unele dintre ele. Motivele de distanțare de la opinia

⁷ Saleilles, De la Personnalité Juridique.

⁸ Montesquieu, *Espirit des Lois*, LIV, XI, cap. VI (Am folosit aici traducerea lui A. Roșu din *Despre spiritul legilor*, vol. I, ed. Științifică, București, 1964, p. 203, nota traducătorului)

inițială pot fi suficient de elocvente încât să justifice o schimbare a modului de a privi lucrurile, însă pot să indice, la fel de bine, faptul că analizarea altor argumente poate provoca o modificare a perspectivei schimbate sau chiar o revenire la opinia inițială.

13. Aș spune că această capacitate a auto-evaluării este una dintre cele mai puternice caracteristici pe care le pot avea judecătorii și care pot contribui la atingerea unui rezultat corect. Realitatea este că, în multe dintre cazuri, e posibil să ajungi la mai multe concluzii diferite în legătură cu situația de fapt, ceea ce naște întrebarea: ce avem în vedere prin „răspunsul corect”. Cu cât mai dificil este cazul, cu atât mai adevărat este – deloc surprinzător – că pot fi văzute adesea mari diferențe de opinie între judecătorii de la curțile de apel.

14. Ideea de hotărâre „corectă” depinde de obiectivul procesului judiciar și, așa cum am mai menționat, poate exista o tensiune între decizia echitabilă dintr-un caz particular și decizia corectă în termeni de analiză juridică, o tensiune pe care o redă, prin observația sa, marele jurist american Oliver Wendell Holmes: „Chiar veritabilele motive pe care judecătorii nu le menționează decât foarte rar, și întotdeauna însoțite de o scuză, constituie sursa secretă din care își trage dreptul sevele vieții. Firește, am avut în vedere motivele legate de ceea ce este avantajos pentru comunitatea vizată”⁹.

15. Însă, în orice caz astăzi, cei mai mulți judecători sunt destul de deschiși la o astfel de abordare. Așadar, este neobișnuit ca hotărârile să analizeze argumentele prin trimiterea la regulile juridice pure și, când ajung la o opinie, să investigheze apoi dacă aceasta are un caracter practic și este conformă cu dreptatea în acel caz. De vreme ce asemenea hotărâri oglindesc întotdeauna ordinea (sau, de fapt, respectarea legilor) anterioară, procesul judiciar de gândire intracraniană este o chestiune de conjunctură, dar mă îndoiesc că este chiar așa în majoritatea cazurilor. Unii judecători sunt reconfortant de direcți. În timp ce se susținea un argument în fața curții, și chiar în unele dintre hotărârile sale de la Înalta Curte și Curtea de Apel, Sir Nicolas Browne-Wilkinson spunea ce rezultat i se părea corect și întreba apoi dacă există vreun motiv juridic care să nu-i permită să ajungă la acea concluzie – o întrebare la care arareori răspundea pozitiv¹⁰.

16. Unul dintre colegii mei, Lordul Carnwath, vorbea cu un an în urmă, într-un discurs ținut în afara curții¹¹, despre tensiunea dintre principiile conceptuale largi aflate în dezvoltare și administrarea justiției în cazurile particulare, în următorii termeni: „Probabil că noi, judecătorii, ar trebui să eliminăm teoretizările și să ne concentrăm asupra necesității de a face dreptate în cazurile reale. Unde a face dreptate ne solicită dezvoltarea și rafinarea unor reguli noi, mai specifice, pe care ar trebui să le folosim. În general, ar trebui să contăm pe universitari în ceea ce ține de teorie și să plasăm eforturile noastre într-un context mai larg. În acest fel, putem hotărî cu privire la cazurile cu care ne confruntăm, iar aceștia ne pot spune apoi ce am avut de fapt în vedere, astfel încât hotărârile noastre să sune mai bine data viitoare”.

⁹ *Oliver Wendell Holmes*, *The Common Law* (Boston: Little Brown, 1881).

¹⁰ A se vedea *Kumar v. Dunning* [1989] QB 193, paragraf 21 (răspuns negativ) și *In re Collens*, decedat [1986] Ch 505,511C (răspuns pozitiv).

¹¹ *Lord Carnwath*, *From judicial outrage to sliding scales – where next for Wednesbury?*, 12 noiembrie 2013, (<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131112-lord-carnwath.pdf>).

17. Aici, răspunsul universitarilor a fost, probabil, mai mult predictibil decât entuziast. Autorii unui manual de marcă au scris următoarele: „chiar dacă corect ca mod de analiză, acest pragmatism consideră analiza doctrinară inutilă”¹². Un alt comentator din mediul științific a atras atenția că această abordare „consideră nesigură integritatea doctrinară a [în acest caz] dreptului administrativ”¹³. Cred că judecătorii ar putea merge chiar mai departe decât a sugerat-o Lordul, pronunțându-și hotărârile fără vreo motivare și lăsând doctrinei sarcina de a explica motivele care au stat la baza lor sau care trebuiau să stea la baza lor, o practică întâlnită la Curtea de Casație franceză, care oferă arareori vreo motivare – probabil o abordare de tipul „Nu există nimic până nu o spun eu”.

18. Firește, un avantaj al lipsei motivării a fost redat pe scurt în cunoscutul îndemn al Lordului Mansfield adresat unui ofițer de armată care nu avea cunoștințe juridice și nici experiență, și căruia i s-a ordonat să soluționeze conflictele de natură juridică în Indiile de Vest – „Asta-i bună, omule, decide repede, dar nu argumenta deloc. Deciziile tale pot fi corecte, însă motivele sunt, cu siguranță, greșite”¹⁴. Așa cum știe orice judecător cu hotărâri recenzate în *the Law Quarterly Review* sau *the Cambridge Law Journal*, este incontestabil faptul că motivării judiciare i se poate găsi aproape întotdeauna un cusur și că se întâmplă să câștigi mai multă satisfacție și mai mult prestigiu din criticile nefavorabile ale motivărilor judiciare, decât prin elogi.

19. Judecătorii sunt oameni (de fapt, majoritatea dintre noi sunt). Așadar, puțini gustă criticile nefavorabile, iar unii se simt chiar ofențați. Una din tacticile judiciare de prevenire a criticilor este să te ascunzi după lege. Cu treizeci și cinci de ani în urmă, profesorul Atiyah remarca faptul că judecătorii englezi „ar prefera să-și găsească un adăpost în teoria declarativă a funcției judiciare în public și să limiteze discuția despre natura și utilizarea funcției judiciare creative pentru cunoscători”¹⁵. Cu alte cuvinte, pretindem că suntem *montesquienii* puri, întotdeauna legați de hotărârile juridice anterioare, ca să ajungem la concluzia pe care o pronunțăm. Profesorul a sugerat că judecătorii erau îngrijorați de perspectiva că dacă ar fi optat pentru extinderea marjei de creativitate lăsate la dispoziția judiciarului, competențele lor ar urma să fie oarecum reduse de către guvern.

20. Dacă era sau nu adevărat atunci, cu siguranță că nu mai este adevărat astăzi. Judecătorii sunt, în general, pregătiți să explice relativ rezonabil ceea ce fac și de ce o fac. Acest fapt se datorează unui număr de factori. Aș spune că aceștia includ (i) sensibilitatea modernă legată de necesitatea unei justiții deschise, (ii) rolul crescut al judiciarului în soluționarea problemelor ce țin de politicile publice, (iii) creșterea comunicării publice în general și (iv) schimbările din discursul social și politic. Așa cum am mai spus într-o prelegere de anul trecut¹⁶, „o lume în

¹² *HWR Wade, CF Forsyth, Administrative Law* (ed. a 11-a), 304.

¹³ *M. Elliott, Where next for the Wednesbury principle?*, în *Public Law for Everyone*, 19 noiembrie 2013, (<http://publiclawforeveryone.com/2013/11/19/where-next-for-the-wednesbury-principle-a-brief-response-to-lordcarnwath/>).

¹⁴ *J.C. Jeaffreson, A Book About Lawyers, Volume 1* (1867).

¹⁵ *P.S. Atiyah, Judges and Policy* (1980) 15 *Isr. L. Rev.* 346, 360.

¹⁶ „Sausages and the Judicial Process: the limits of transparency” (<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140801.pdf>).

care este recunoscut faptul că judecătorii fac mai mult decât să scoată la lumină dreptul preexistent este una în care aceștia sunt supuși, pe bună dreptate, unei evaluări minuțioase”. Aș putea adăuga că este o lume în care judecătorii trebuie să fie mai deschiși în legătură cu ceea ce fac și cu motivele pentru care o fac.

21. Amplificarea fenomenului deschiderii judiciare este corect și oportun, însă conduce la creșterea concomitentă a riscului unor atacuri nejustificate la adresa judecătorilor. Criticile publice la adresa judecătorilor și a hotărârilor judecătorești sunt o consecință inevitabilă a justiției deschise și constituie un ingredient esențial pentru o societate deschisă și pentru libera exprimare. Cu toate acestea, judiciarul reprezintă cea mai slabă ramură a statului (care nu are vreo „influență asupra sabiei sau a finanțelor ... [și] nici FORȚA sau VOINȚA, ci doar decizia”, cum spune Alexander Hamilton¹⁷), iar judecătorii nu pot și nici nu ar trebui să fie obligați să-și apere hotărârile, odată ce le-au pronunțat. În consecință, atacurile la adresa judiciarului venite din partea miniștrilor și a membrilor Parlamentului, în general, și la adresa unor anumiți judecători, în particular, sunt nejustificate din punct de vedere constituțional. Așadar, ar fi corect doar să adaug că, în această țară, suntem niște norocoși, de vreme ce s-au înregistrat puține asemenea atacuri pe față, iar când au existat, au fost de scurtă durată.

22. Înainte de a trece la o altă temă, aș vrea să subliniez o ultimă idee care aparține acestei părți, și anume convorbirea mea cu Lordul McCluskey, fost Avocat General pentru Scoția și Senator al *Inner House*, care a ținut prelegerile Reith din 1986. În una dintre acestea, Lordul a rostit expresia „Așadar, judecătorii gândesc” (și nu cred că a spus „Așadar judecători, gândiți”). El a mai afirmat, când a fost rugat să soluționeze o problemă juridică, că judecătorii „studiază soluțiile cazurilor anterioare și motivele oferite de către judecători pentru a atinge acele soluții ... Însă ei nu se angajează în exerciții inexorabile în care fiecare alegere este determinată de dreptul existent. Adeseori, alegerea nu trebuie să se facă între răspunsul corect și răspunsul greșit. ... Între acestea, dreptul, rațiunea și puterea discreționară le permit judecătorilor să declare rezultatele care decurg, cel puțin în parte, din filosofii, atitudini și influențe care nu constituie în sine reguli de drept”¹⁸.

23. Este bine de menționat, probabil, printr-o scurtă divagație, că imediat după acel pasaj, Lordul McCluskey a spus următoarele: „Nu este obligatoriu pentru mine să evaluez argumentul avansat de alții potrivit căruia judiciarul este influențat în alegerile sale și prejudiciat în hotărârile lui de *background*-ul social, educațional și profesional de care beneficiază majoritatea judecătorilor. Este suficient să recunoaștem faptul că nimeni nu poate fi liber în totalitate de perspectivele și prejudecățile care derivă din formația sa”. Această observație subliniază beneficiile unui judiciar pluralist. După cum sper că această discuție a demonstrat-o, este de dorit să existe un judiciar diversificat în mod veritabil, întrucât acesta va conduce la apariția unui spectru mai mare de experiențe și de perspective judiciare, care vor îmbogăți dreptul. Distinct de faptul că diversitatea judiciară crescută este necesară pentru îndeplinirea cerințelor dreptății sociale, există nevoia de judecători de o mai mare calitate, dar și

¹⁷ *Federalist Paper* nr. 78, 28 mai 1788.

¹⁸ Prelegerea a 2-a: *The Clanking of Medieval Chains* 12 noiembrie 1986; Prelegerile Reith 1986: *Law, Justice and Democracy* sunt disponibile pe (<http://www.bbc.co.uk/radio4/features/the-reith-lectures/transcripts/1980/#y1986>).

necesitatea unui judiciar credibil, ca posibile puncte ineluctabile pentru o diversitate reală la masa judecătorilor. Făcând un scurt ocol despre pluralism, vreau să mă întorc la tema mea de bază. Dacă judecătorii gândesc, atunci „cum gândesc”?, și dacă cercetăm cum gândesc judecătorii, ce forme ar putea lua această cercetare?

Influența cognitivă a judiciarului

24. Juriștii în general și judecătorii în particular sunt considerați cititori abili ai naturii umane și motivațiilor omenești. Dacă avem această facultate critică specială – fapt pe care nici nu îl confirm, nici nu îl contest – ea este, cred, folosită prea rar în cazul judecătorilor înșiși. Probabil că ne este teamă, pe bună dreptate, de ceea ce vom vedea. Însă motivele intensității crescute a interesului opiniei publice, despre care discutăm, justifică și ele nevoia unei auto-evaluări mai intense. Ca și Alexander Pope (din nou), voi spune că urmăm celebra maximă inscripționată pe templul lui Apollo din Delphi – „Cunoaște-te pe tine însuși”¹⁹. Este un fapt notoriu că, în cele mai urâte zile ale curții echității, calitatea actului de justiție a fost variabilă, în funcție de mărimea piciorului Cancelarului²⁰. Versiunea modernă a acestui sentiment este reprezentată de ideea că soluția unui caz va depinde de ceea ce a mâncat judecătorul la micul-dejun. Această idee – realismul judiciar la cota sa cea mai cinică – nu este tocmai nouă; a spus-o Alexander Pope (iarăși el), în *Tăierea șuviței*:

*Judecătorii înfometați se grăbesc să dea sentința
Și să-i spânzure pe ticăloși astfel ca jurații să poată cina*²¹.

25. Cu aproape trei secole după ce a fost pus pe hârtie, cupletul satiric al lui Pope a fost confirmat în mod alarmant de un studiu privind modul de elaborare a hotărârilor judecătorești. Shai Danziger a urmărit împreună cu colegii săi opt judecători din Israel, vreme de zece luni, și a studiat cum s-au pronunțat aceștia în privința a mai mult de 1.000 de cereri formulate de către deținuți, adresate comisiilor de eliberare condiționată. Au constatat²² că, la începutul zilei, judecătorii admiteau în jur de două treimi din cererile pe care le aveau în față, însă, odată cu trecerea orelor, numărul scădea brusc, ajungând uneori la zero. Însă indulgența reapărea după fiecare din cele două pauze zilnice, în timpul cărora judecătorii luau masa. Așadar, hrana judecătorului contribuie la hrănirea minții.

26. Studiul științific al comportamentului judiciar este un domeniu în dezvoltare, explorat în mod diferit de către economiști, juriștii din universități, psihologi și specialiștii în științe politice²³. Cititorii lucrării lui Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow* nu vor fi surprinși să afle că teoriile privind euristica cognitivă și influențele judecătorului, pe care acesta le-a

¹⁹ An Essay on Man, 1734.

²⁰ *Gee v. Pritchard* (1818) 2 Swanst. 414, per Lord Seldon.

²¹ The Rape of the Lock, 1712/1714 Canto 3.

²² *Danziger et al*, Extraneous Factors in Judicial Decisions, Proceedings of the National Academy of Sciences 26 aprilie 2011, vol. 108, nr. 17 6889-6892.

²³ Numeroase asemenea exemple sunt prezentate de Epstein și Knight „Reconsidering Judicial Preferences” Annu. Rev., Polit. Sci. 2013. 16:11-31, 13.

dezvoltat împreună cu Amos Tversky²⁴, au fost aplicate în cazul motivării juraților, avocaților și, desigur, judecătorilor. Ca să dau doar un singur exemplu, s-a demonstrat prin experimente că teoria lor privind ancorarea și punerea la punct (ceea ce înseamnă că cei care adoptă hotărârea încep cu o „ancoră” recomandată și fac apoi rectificări pentru atingerea unui rezultat) este aplicabilă atât judecătorilor novici, cât și celor experimentați care se pronunță cu privire la un caz ipotetic de viol²⁵. Un alt studiu sugerează faptul că judecătorii foarte specializați sunt la fel de sensibili în fața unor asemenea influențe precum semenii lor generaliști²⁶.

27. Relevant este și un studiu foarte recent de la Universitatea Duke, care descrie un fenomen pe care autorii îl numesc „Anticiparea soluției”, și care ar trebui să fie de un interes deosebit pentru judecători²⁷. Autorii demonstrează că atracția instinctivă, subiectivă față de o soluție afectează gradul de încredere din problema anterioară. Participanților li s-a vorbit despre o predicție științifică cu privire la nivelul încălzirii globale. Unor participanți li s-a spus că soluția de politică publică propusă putea fi atinsă prin intermediul asigurării unei piețe libere. Altora li s-a spus că ar putea fi atinsă grație unei creșteri a intervenției a statului. Mai mult de două treimi din participanții republicani cărora li s-a vorbit despre soluția pieței libere erau predispuși să accepte afirmația științifică *in sine*, spre deosebire de cei cărora li s-a vorbit despre soluția intervenționistă. Aceste rezultate au fost repetate și în cazul participanților democrați, pe tema controlului armelor de foc. Dacă înclinația noastră naturală de a accepta ca adevărată o informație depinde în parte de preferința pentru anumite consecințe, trebuie să fim atenți. La urma urmelor, sarcina de zi cu zi a judecătorilor de primă instanță presupune evaluarea unei astfel de informații în condițiile în care aceștia știu prea bine care vor fi consecințele unei anumite constatări.

28. Un studiu își rezumă concluziile după cum urmează: „Se pare că judecătorii sunt oameni. Ei cad pradă acelorași iluzii cognitive pe care psihologii le-au identificat în cazul oamenilor simpli și în cazul persoanelor din alte profesii... Chiar dacă judecătorii nu răspund în fața justițiabililor pentru soluția dată, chiar dacă cunosc întreg dreptul relevant, știu care sunt toate faptele relevante și pot face abstracție de opiniile politice pe care le împărtășesc, ei ar putea totuși să adopte sistematic hotărâri eronate din cauza modului în care – asemenea tuturor ființelor umane – gândesc”²⁸.

29. Asemenea concluzii sunt într-un totuși lipsite de surprize și ar trebui să provoace îngrijorări, dacă nu să tragă un semnal de alarmă. Cum am mai spus, judecătorii sunt oameni

²⁴ K. Tversky, Judgment under uncertainty: heuristics and biases, Science, nr. 185, 1974, p. 41570, 1124-1131.

²⁵ M. Enough, Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the Courtroom, în Journal of Applied Social Psychology, 31(7), 2001, p. 1535-1551.

²⁶ Rachlinski et al, Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges, în Journal of Institutional and Theoretical Economics, vol. 163, nr. 1, martie 2007, p. 167-186.

²⁷ Concluzii publicate în Campbell et al, „Solution aversion: On the relation between ideology and motivated disbelief”, în Journal of Personality and Social Psychology, vol. 107(5), noiembrie 2014, 809-824.

²⁸ Guthrie et al, Judging by heuristic: cognitive illusions in judicial decision making, (2002), 86 Judicature 1, 44, 50, rezumând articolul autorilor *Inside the Judicial Mind*, 86 Cornell L Rev 777 (2001).

și, prin urmare, este inevitabil să fie sensibili la influențe cognitive. Noi toți, și în special judecătorii, ar trebui să fim conștienți de acest lucru, ceea ce presupune să fim conștienți de posibilitatea existenței unor asemenea erori, care pot fi evitate sau atenuate.

30. Atât pentru începători, cât și pentru judecătorii experimentați, educația judiciară s-a dezvoltat semnificativ în Regatul Unit, de-a lungul ultimilor patruzeci de ani. Departamentul de Studii Judiciare, acum Colegiul Judiciar, a fost înființat în 1979, iar influența și importanța i-au crescut sub mandatele unor președinți inspirați. Irlanda de Nord a urmat exemplul cu Departamentul de Studii Judiciare (1994), așa cum a făcut-o și Scoția cu Institutul Judiciar (2013).

31. Cred că cel mai important aspect al educației de acolo este predarea meseriei de judecător, dacă o pot numi astfel. Bineînțeles, dreptul substanțial și procedural sunt de o importanță deosebită, însă aceste materii sunt parte a întregii experiențe a judecătorilor din carierele lor anterioare, pot fi consultate ușor în cărți și în bibliotecile *on-line*, și vor face obiectul argumentării specifice din fiecare caz. În schimb, să înțelegi cum să gândești și să procedezi ca un judecător de primă clasă nu este un aspect al experienței sau educației juridice obișnuite a unui jurist, exceptând juriștii care îi văd pe judecători la muncă. Colegiul a făcut o treabă excelentă cu predarea meseriei de judecător, cu modul de conducere a unei instanțe, cu modalitatea de a aborda justițiabilii și cererile care ridică probleme juridice complicate, cu modul de redactare a unei hotărâri și alte asemenea. Aș spune că tema influenței subconștientului, cu toate că se află într-un stadiu incipient, ar trebui să ocupe un loc mai important. Ca o consecință a studiilor recente și a comunicărilor pe care le-am prezentat, mi se pare că a sosit timpul să analizez această chestiune spinoasă ca parte a educației judecătorilor.

Influența aparentă

32. Faptul că studiile științifice ne pot oferi informații importante cu privire la modul în care gândesc astăzi judecătorii, nu alterează felul în care aceștia sunt învățați să gândească. Ceea ce mă conduce de la influența cognitivă la influența aparentă. Ar fi bine, probabil, să ne reamintim chiar jurământul judiciar, prin care fiecare judecător nou se obligă să „le facă dreptate tuturor oamenilor, în baza legilor și a uzanțelor din această țară, fără teamă sau părtinire, fără afecțiune sau rea-voință”²⁹. În interiorul sistemului juridic, normele care se referă la prejudecăți și partii-pris-uri reprezintă o sursă clară a auto-controlului judiciar, protejând justițiabilii de teamă, părtinire, afecțiune sau rea-voință³⁰.

33. Așa cum se știe deja, *justice must not just be done, but must be seen to be done* [nu este suficient să se facă dreptate, trebuie să se vadă că se face dreptate]. În consecință, acolo unde judecătorii au vreun interes financiar care depinde de soluția dată cazului, dreptul este relativ strict, cum o confirmă Curtea de Apel în 1999 într-un caz³¹ decis de Lordul Bingham, Lordul Woolf și Sir Richard Scott – Tom, Dick și Harry, le-ați putea spune. În zilele acestea ale democrației capitaliste, ale societăților de investiții și așa mai departe, este oarecum

²⁹ (<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/oaths/>)

³⁰ Cel puțin, nu din cauza că judecătorii se pronunță cu privire la propriile cereri de recuzare, în privința cărora a se vedea *infra*.

³¹ *Locabail(UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd* [2000] QB 451.

incomod și puțin ridicol ca să te aștepți de la judecători, în majoritatea situațiilor, să declare că dețin câteva acțiuni la o companie cotate la bursă sau că plătesc impozite într-o localitate care este parte în proces. Discutând această chestiune, Curtea Supremă va adopta un scurt punct de vedere potrivit căruia de regulă, judecătorii nu vor comunica asemenea informații părților, însă, în cazurile speciale, atunci când părțile consideră că asemenea informații sunt utile, acestea vor fi îndreptățite să le ceară.

34. De o manieră mai generală, dreptul modern al importanței aparențelor își are sursa în discursul Lordului Hope din *Porter v Magill*³². Întrebarea la care trebuie să se răspundă e dacă situația este de o asemenea natură încât ar face un „observator onest și informat” să creadă că a existat o „posibilitate reală” ca instanța să fi fost influențată. Din toată menajeria poveștii juridice cu bilete la Omnibusul Clapham pentru tot sezonul (cum amuzant o descrie Lordul Reed în hotărârea sa din cazul *Healthcare at Home*)³³, observatorul onest și informat este, poate, și cel mai capabil să emită opinii. I-a fost atribuit un catalog de caracteristici în creștere³⁴. „Nici nu se complăce și nici nu este sensibil sau suspicios fără motiv”³⁵, niciodată „nu își exprimă părerea asupra fiecărui punct până nu vede și nu înțelege pe deplin ambele părți ale argumentului”³⁶, și „face efortul să citească textul unui articol, nu doar titlul acestuia. Este capabil să coreleze tot ceea ce a citit sau a văzut cu contextul social, politic sau geografic general”³⁷.

35. Fapt important pentru scopurile noastre este că acest personaj „știe că judecătorii, ca oricare alții, își au propriile slăbiciuni”³⁸, dar și că judecătorii „sunt învățați să aibă o minte deschisă”. El va „conștientiza tradițiile integrității judiciare și ale jurământului judiciar” și le va „acorda o importanță deosebită”.³⁹ I se atribuie cunoașterea faptului că relațiile, care în mod neîndoielnic sunt apropiate, dintre membrii corpului judiciar și ceilalți membri ai profesiei juridice (nu mai puțin în *Inns of Court* [cele patru școli de drept din Londra în care se pregătesc avocați, *n.tr.*]) „propagă o atmosferă total opusă existenței unor influențe”⁴⁰, în timp ce nu este „deplin lipsită de critică” în privința culturii juridice⁴¹. Așa încât, observatorul onest și informat este sceptic cu privire la afirmația că un judecător ar putea fi influențat.

36. Ideea că, cultura juridică engleză în sine nu ar putea fi favorabilă existenței influențelor le poate părea unora o admirabilă încredere în sine, iar altora – mai degrabă un discurs auto-

³² [2001] UKHL 67.

³³ [2014] UKSC 49: „Omnibusul Clapham are mulți pasageri. Cel mai în vârstă este un domn rezonabil, care s-a născut în timpul domniei reginei Victoria, și care mai este încă viguros. Dintre ceilalți pasageri – un membru așezat al societății, un intim al legii defăimării, băgărețul, părintele rezonabil, proprietarul rezonabil și observatorul corect și informat, toți având bilete pentru tot sezonul, mai mulți ani la rând”.

³⁴ Cum a catalogat-o cu pricepere *Olowofoyeku* în „Bias and the informed observer” (2009) CLJ 338, 393-396.

³⁵ Comentarii admise de către Lordul Steyn în *Lawal*.

³⁶ *Helow*, [2].

³⁷ *Helow*, [3].

³⁸ *Helow*, [2].

³⁹ *Robertson v. HM Advocate* 2007 SLT 1153 per Lord Justice-Clerk (Gill) at [63].

⁴⁰ *Taylor v. Lawrence* [2002] EWCA Civ 90, subliniere adăugată.

⁴¹ *Lawal*, [22].

laudativ. Cu toate acestea, poziția obișnuită este pe cât de principială, pe atât de pragmatică. Totul e foarte simplu pentru un justițiabil care nu vrea să-i fie judecat cazul de către judecătorul desemnat sau care vrea să amâne o ședință, pregătind repede obiecțiile la adresa judecătorului. Este contrar ideii de justiție ca o parte să poată să-și aleagă judecătorul care îi va judeca cauza. În jurisdicțiile mai mici sau în ariile specializate de judecată, nu este întotdeauna ușor să găsești judecătorul potrivit, iar atunci când obiecția este admisă – cum se întâmplă, în mod frecvent, în ultima clipă – ea va conduce adesea la o amânare și la costuri suplimentare pentru părți și pentru instanță.

37. Oricare ar fi abordarea corectă, problema influenței se bazează pe experiența sistemului englez, unde judecătorii se pronunță cu privire la cererile legate de propria lor recuzare. Este o formă de auto-evaluare judiciară care prezintă probleme practice. Unii judecători sunt prea ostili ideii de auto-recuzare, de vreme ce consideră greu de conceput că ar putea fi supuși unor influențe, deoarece chiar sunt de părerea că nu sunt influențați. Alți judecători sunt gata să „jocore corect” și să se auto-recuze, pentru că nu vor să riște să instrumenteze un caz în care una dintre părți crede că procedura este inechitabilă.

38. Într-un articol convingător scris în 2011, Lord Justice Sedley⁴² a explicat, în termenii eleganți care-i sunt caracteristici, de ce judecătorul în discuție nu ar trebui să fie cel care decide chestiunea: „[C]eea ce este important este că sistemul nu ar trebui să prezinte următorul paradox – existența unui judecător neinfluențat și despre care se poate crede că nu este influențat – însoțit de un alt paradox: faptul că cel care decide dacă rămâne judecător în propria lui cauză este chiar judecătorul în discuție”.

39. Ar putea fi spuse multe în favoarea cererilor de recuzare făcute unui judecător diferit, în special atunci când cineva consideră că scopul din spatele abordării stricte a problemei aparențelor în materie de imparțialitate este menținerea încrederii publice în calitatea actului de justiție și în calitatea judecătorilor, în această țară⁴³.

40. Atât, așadar, despre felul în care gândesc judecătorii. Mă întorc la ceea ce fac ei.

Judecătorii – creatori de drept

41. În 1980, Lordul Diplock spunea că „Parlamentul adoptă legi, iar judiciarul le interpretează”⁴⁴. Prin aceasta a avut în vedere că, acolo unde a legiferat Parlamentul, curților nu le rămâne decât să interpreteze legislația, iar nu să o rescrie. Însă afirmația este uneori invocată în sprijinul ideii că judecătorii nu au nicio treabă cu crearea dreptului. Această viziune omite să înțeleagă natura sarcinii pe care o are un judecător de *common law* în dezvoltarea dreptului. Judecătorii sunt și au fost întotdeauna creatori de drept; este un fapt inerent rolului lor constituțional în sistemele de *common law*. Într-adevăr, de acum 150 de ani sau poate de mai

⁴² Lord Justice Sedley, „When should a judge not be a judge?: Recuse yourself!”, în LRB Vol. 33 nr. 1 (6 ianuarie 2011).

⁴³ Cum a spus-o clar Lord Steyn în discursul său din *Lawal v Northern Spirit* [2003] UKHL 35.

⁴⁴ *Duport Ltd v. Sirs* [1980] 1 WLR 142, 157 per Lord Diplock. A se vedea și Lord Mustill, în *Ex p Fire Bridges Union* [1995] 2 AC 513 la 597.

recent, judecătorii au creat mai multe legi engleze decât legislatorii. Echilibrul funcțiilor – chestiune practică – se poate să se fi schimbat, însă natura lor – o chestiune de principiu fundamental – nu.

42. Ideea că Parlamentul este singurul corp angajat în crearea dreptului, în sens larg, este dovedită ca fiind neadevărată și nu presupune o așa-numită „supremație judiciară”, concept creat pentru a induce altceva. Un articol de anul trecut a identificat „grupuri de o relativă invizibilitate”, de vreme ce funcția de creare a dreptului este împărțită de-a lungul unui spectru de „creatori de drept intermediari”, precum *lobby*-știi, corpurile legiferante și judecătorii⁴⁵. Judecătorii sunt adesea chemați să creeze legi noi, fie prin dezvoltarea regulilor existente pentru a soluționa situațiile noi sau lacunele, prin interpretarea și reinterpretarea legislației și a reglementărilor normative, fie, mai complicat chiar, prin revizuirea regulilor stabilite în lumina schimbării sociale.

43. În 1970, Lordul Reid a identificat cu eleganță dilema pe care o întâmpină judecătorii în acest context: „Oamenii vor două lucruri care se bat cap în cap; ca legea să fie certă și ca aceasta să fie dreaptă și în pas cu vremurile. Ține de datoria noastră să avem în vedere ambele obiective. Atașamentul rigid față de precedente nu o va face. Iar recunoașterea de formă a precedentului, în timp ce se admit distincții subtile, ne plasează în cea mai rea dintre aceste două lumi. Pe de altă parte, o prea mare flexibilitate conduce la o incertitudine intolerabilă”⁴⁶.

44. Cam tot pe atunci, însă într-o hotărâre, Lordul a spus că „este recunoscut astăzi pe larg faptul că e oportun ca instanțele ... să dezvolte sau să adapteze regulile existente ale *common law*-ului la noile condiții”⁴⁷. Cu toate acestea, a continuat afirmând că în cazul „problemelor care fac obiectul controverselor publice și cu privire la care profanii pot decide la fel de bine ca juriștii”, „instanțele nu trebuie să le rezolve conform viziunii lor referitoare la politicile publice, întrucât ar intra în domeniul Parlamentului”⁴⁸.

45. Cel mai frecvent citat text judiciar despre rolul creator de drept al judecătorului este, probabil, hotărârea Lordului Browne-Wilkinson din 1993, în celebrul caz *Bland*, care a vizat întreruperea tratamentului unui pacient aflat într-o stare vegetativă continuă, în urma tragediei de pe Hillsborough⁴⁹: „Acolo unde cazul din fața curții ridică probleme morale și sociale cu totul noi, în opinia mea judecătorii nu trebuie să dezvolte reguli de drept noi, atocuprinzătoare, de o manieră care să reflecte poziția lor morală individuală, când societatea ca întreg este realmente divizată cu privire la acele chestiuni morale. ... Funcția judecătorilor într-o asemenea zonă ... ar trebui să fie aceea de a aplica regulile pe care le adoptă societatea, și nu să impună standarde societății, prin intermediul procesului democratic. Dacă Parlamentul

⁴⁵ *Jonathan Montgomery et al*, Hidden Law-Making in the Province of Medical Jurisprudence (2014) 77(3) MLR 343.

⁴⁶ *Idem*, 183.

⁴⁷ *Pettitt v. Pettitt* [1970] AC 777, 794.

⁴⁸ *Idem*, 794-5.

⁴⁹ [1993] A.C. 789, 879. [Tragedia a avut loc pe 15 aprilie 1989 pe stadionul Hillsborough din Sheffield, Anglia, la un meci dintre FC Liverpool și Nottingham Forest. În urma unei busculade, au murit 96 de persoane, iar alte 766 au fost rănite. *N. tr.*].

omite să acționeze, atunci judecătorul care creează dreptul în stare de necesitate, printr-un proces gradual și nesigur, oferă un răspuns juridic pentru fiecare dintre noile chestiuni apărute. După mine însă, nu este soluția cea mai bună.

46. Totuși, așa cum a punctat Lady Hale în afara Curții, Parlamentul, spre deosebire de instanțe, are opțiunea inacțiunii. Din contra, „Dacă [judecătorii] se confruntă cu un caz care ține de competența lor, ei nu pot refuza să decidă, oricât de mult ar dori ca Parlamentul să le spună ce să facă”⁵⁰. Mai mult, Lordul Reid și Lordul Browne-Wilkinson au făcut observațiile sus-citate înainte de a fi adoptată *Human Rights Act* din 1998, al cărei efect a fost, în mod inevitabil, să intensifice aceste tensiuni din cadrul procesului de adoptare a hotărârilor judecătorești. Legea din 1998 nu este atât o autorizație, cât o invitație, chiar o stipulație a Parlamentului pentru judiciar „să creeze drept” în domeniul față de care judiciarul a fost, în mod tradițional, reticent sau în domeniul în care i s-a interzis chiar să pătrundă.

47. Efectul revoluționar al Legii din 1998 comportă, pe scurt, trei aspecte. În primul rând, judecătorii sunt chemați acum să statueze mult mai mult în privința chestiunilor morale și politice, dat fiind că asta presupune materia drepturilor omului. Ceea ce înseamnă că trebuie să efectuăm un control al fondului oricărei hotărâri sau acțiuni care afectează drepturile fundamentale ale persoanei. Înainte de Legea din 1998, rolul nostru legat de actele guvernamentale era mai limitat. În al doilea rând, judecătorii trebuie să îndeplinească o funcție quasi-legală, de vreme ce secțiunea a 3-a a Legii din 1998 le cere judecătorilor să citească și să dea efect legislației „[î]n măsura în care o pot face ... de o manieră compatibilă cu drepturile garantate de Convenție”. Dacă legislația pare să nu fie compatibilă, trebuie să o modificăm, dacă putem, astfel încât să îndeplinească condiția. În al treilea rând, în baza secțiunii a 4-a din această Lege, judecătorii trebuie să-i semnaleze Parlamentului situațiile în care legislația nu poate fi armonizată și, cu o singură excepție (votul deținuților), ei au procedat întocmai.

48. Deși aceste competențe judiciare sunt noi în peisajul juridic al Regatului Unit, trebuie spuse trei lucruri. Primul este că ele au fost acordate de către Parlament, și nu au fost înhățate de către judecători. Al doilea – într-o țară cu o constituție scrisă (*i.e.* aproape fiecare stat democratic din lume) aceste competențe nu ar surprinde pe nimeni. Al treilea – cel puțin în opinia a numeroși gânditori politici și juriști, aceste competențe sunt necesare dacă vrem să triumfe preeminența dreptului, în special când avem în vedere competențele tot mai extinse ale ramurii executive a guvernării.

49. Motivarea hotărârilor Curții Supreme din cazul *Nicklinson* din 2014⁵¹, cu privire la legalitatea incriminării generale a asistării suicidului, este în contradicție cu abnegația exprimată de către Lordul Browne Wilkinson în cazul *Bland* din 1993, legat de protecția vieții. Compararea abordărilor judiciare din cele două cazuri oferă un fel de indiciu despre cum au evoluat lucrurile în ultimii aproximativ douăzeci de ani. În cazul *Nicklinson*, doi membri ai completului de nouă judecători erau gata să meargă atât de departe încât să rețină că interdicția generală este incompatibilă cu Convenția; trei admiteau această posibilitate,

⁵⁰ *Lady Hale*, Law maker or law reformer: what is a law lady for?, *Irish Jurist* nr. 1/2005, p. 14.

⁵¹ *R. (Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38.

dacă Parlamentul nu ar fi soluționat pe deplin și în mod adecvat această chestiune; iar patru au fost mai rezervați, însă nu au exclus pe de-a-ntregul posibilitatea declarării interdicției generale ca incompatibilă. Lordul Reed – unul din cei patru judecători ceva mai rezervați – a precizat foarte convingător: „[T]he *Human Rights Act* aduce un element nou în dreptul nostru constituțional și presupune o anumită reajustare a rolurilor constituționale ale instanțelor, executivului și, respectiv, legistaturii. Cu toate acestea, Legea nu elimină diferențele dintre instituții: de exemplu, diferențele legate de alcătuirea, expertiza, procedurile, răspunderea și legitimitatea lor”.

50. Însă Legea din 1998 nu constituie un substitut pentru *common law* și nu ar trebui să conducă la marginalizarea acestuia. *Common law*-ul trebuie consolidat, iar nu subminat prin implementarea drepturilor omului. Ideea a fost accentuată în două dintre recursurile recente din fața Curții Supreme, și anume *Osborn v Parole Board*⁵² și *Kennedy v Charity Commissioners*⁵³. În fiecare din aceste recursuri, recurenții au invocat încălcarea drepturilor omului, însă cererile lor au avut succes datorită *common law*-ului, iar în *Kennedy*, cererea bazată pe violarea drepturilor omului a eșuat. În acest din urmă caz, repetând ceea ce a spus Lordul Reed în primul dintre ele, Lordul Toulson a remarcat faptul că: „Evoluția statului a adus instanțele în fața unor noi provocări, la care acestea au răspuns printr-un proces de adaptare graduală și de dezvoltare a *common law*-ului, pentru a răspunde nevoilor curente. Aceasta a fost dintotdeauna calea *common law*-ului și nu s-a oprit odată cu adoptarea *Human Rights Act* din 1998, deși a existat uneori, de atunci, o tendință negativă și inutilă de a ignora *common law*-ul. Trebuie subliniat că scopul *Human Rights Act* nu a fost transformarea *common law*-ului într-un osuar”. Și, așa cum a spus-o savuros Lady Hale, „ar putea exista jucării noi în camera copiilor, însă judecătorii se joacă cu acestea în același fel în care s-au jucat cu cele vechi”⁵⁴.

51. Legat de faptul că judecătorii dezvoltă dreptul în temeiul competențelor lor tradiționale de *common law* sau în baza celor nou-acordate în virtutea protejării drepturilor omului, s-a spus în mod convingător că acest rol constituțional al judiciarului nu trebuie să fie unul de temut, ci unul care trebuie îmbrățișat: „Instanțele împart sarcina de stabilire a limitelor unei democrații fundamentate pe drepturi împreună cu legislatura și cu executivul; rolul lor este complementar celui al Parlamentului și celui al Executivului. Să minimalizezi funcțiile quasi-constituționale ale instanțelor spunând că ne îndreptăm spre supremația judiciară înseamnă să negi funcțiile specifice ale ramurilor legislativului și judiciarului. Se neagă, de asemenea, rolul constituțional crucial al instanțelor în recunoașterea obișnuită de către acestea a suveranității parlamentare. Așadar, funcțiile constituționale și autoritatea instanțelor reprezintă întruchiparea constituției echilibrate în încarnarea sa modernă”⁵⁵.

⁵² *Osborn v. Parole Board* [2013] UKSC 61.

⁵³ *Kennedy v. The Charity Commission* [2014] UKSC 20.

⁵⁴ *Lady Hale*, Law make or law reformer: what is a law lady for?, în *Irish Jurist* nr. 1/2005, p. 14.

⁵⁵ *J. Murkens, R. Masterman*, The New Constitutional Role of the Judiciary, LSE Policy Briefing 2 (2014).

52. Problema relației judiciarului cu Parlamentul și Executivul ne apare în minte cel mai clar atunci când ne întrebăm ce semnifică așa-numita, uzual și neelegant, „deferență”⁵⁶. După cum a explicat recent Lordul Sumption, „deferența” este alcătuită din două principii distincte, dar suprapuse, și anume ceea ce ar putea fi numit „deferență constituțională”, bazată pe principiul constituțional al separației puterilor, și „deferență instituțională”, care reprezintă o recunoaștere pragmatică a valorii evidente a anumitor hotărâri ale Executivului sau ale Parlamentului, în baza competenței lor instituționale specializate.

53. Dificultatea aplicării unui principiu fundamentat pe separația puterilor și a funcțiilor constă în faptul că trebuie să existe mai întâi o înțelegere clară a locului exact în care sunt trasate liniile în constituția noastră nescrisă. Există o diferență de viziune clară în cazul *Carlile*⁵⁷, soluționat recent. Acesta viza o decizie a lui *Home Secretary* de interdicere a accesului unui politician iranian în țară, el primind o invitație din partea unui număr de membri ai Camerei Lorzilor. Lordul Sumption (din majoritatea care a confirmat decizia luată de *Home Secretary*) a considerat că „*Human Rights Act* din 1998 nu a abrogat repartizarea constituțională a competențelor între organele statului, competențe pe care instanțele le-au recunoscut cu mulți ani înainte ca Legea să fie adoptată”⁵⁸, în timp ce Lordul Kerr pare să fi crezut, în opinia sa disidentă, că această distribuție de competențe a fost alterată de *Human Rights Act*⁵⁹. Vă semnalez această deosebire de atitudine deoarece fixarea rolului constituțional al judecătorului poate fi determinantă pentru chestiunile pe care trebuie să le soluționeze judecătorii, așa cum s-a întâmplat în *Carlile*.

Concluzie

54. Francis Mann era în sinea lui un jurist realist; el a recunoscut faptul că, „în general, în ciuda subtilităților juridice, justițiabilii diligenți câștigă cazurile, iar cei lipsiți de diligență le pierd”⁶⁰. Cu cât conștientizăm și recunoaștem felul în care își exercită rolul judecătorii când elaborează hotărâri, cu atâta mai mare va fi capacitatea noastră de a evita erorile și influențele. Idealurile platonice legate de modul de elaborare a hotărârilor judecătorești, care nu recunosc realitatea caracterului omenesc al judecătorilor, sunt menite să eșueze. Automatele judiciare nu sunt doar o opțiune neinteresantă; ele nici nu pot exista. În schimb, trebuie să abordăm sarcina judecății de o manieră care cuprinde umanitatea și nu o ocolește. Trebuie s-o facem mai deschis și mai sincer.

55. Alături de mai buna înțelegere a judecătorilor, trebuie să ne străduim să înțelegem așa cum se cuvine rolul lor constituțional; și o putem face doar prin recunoașterea faptului că

⁵⁶ *R. (Prolife Alliance) v. BBC* [2003] UKHL 23 at [75] per Lord Hoffmann. Lordul Sumption critică și el noțiunea într-o hotărâre recentă a Curții Supreme în cazul *Carlile*, despre care a se vedea mai multe *infra*.

⁵⁷ *R (on the application of Lord Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60.

⁵⁸ *Idem*, [28].

⁵⁹ *Idem*, în special [159] și [175].

⁶⁰ *Lawrence Collins*, op. cit., p. 436.

judecătorii sunt creatori de drept și că sunt transparenți în relația lor cu celelalte ramuri ale guvernării.

56. Judecătorii trebuie să-și asume astăzi sarcina dublă a funcționării în limitele rolului lor constituțional, pe de o parte, precum și sarcina stabilirii limitelor acestui rol, pe de altă parte. Este o consecință de neevitat a poziției noastre constituționale din prezent. Am făcut trimitere de mai multe ori în această seară la evoluția recentă din domeniul competențelor judiciare. Această evoluție a competențelor judiciare nu presupune doar o creștere a responsabilității judiciare, ci și o modificare în ceea ce ține de conștiința de sine și de auto-limitările judecătorilor. Am început cu un cuplet din poetul augustin de secol XVIII Alexander Pope, dar în ceea ce unii ar putea vedea o încercare, mai degrabă jalnică, de a ilustra felul în care judecătorii încearcă să mențină legătura, voi încheia cu un motto din seria de filme Spiderman: „O putere mare e însoțită de o răspundere pe măsură”.