

REVISTA FORUMUL JUDECĂTORILOR

Revistă semestrială de atitudine și studii juridice

Nr. 1/2018



**EDITURA UNIVERSITARĂ
București**

Tehnoredactare: Ameluța Vișan
Coperta: Ionuț Militaru
Angelica Mălăescu

Copyright © 2018
Editura Universitară
Editor: Vasile Muscalu
B-dul. N. Bălcescu nr. 27-33, Sector 1, București
Tel.: 021 – 315.32.47 / 319.67.27
www.editurauniversitara.ro
e-mail: redactia@editurauniversitara.ro

Editură recunoscută de Consiliul Național al Cercetării Științifice (C.N.C.S.) și inclusă de Consiliul Național de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare (C.N.A.T.D.C.U.) în categoria editurilor de prestigiu recunoscut.

© Toate drepturile asupra acestei lucrări sunt rezervate pentru Editura Universitară și Asociația Forumul Judecătorilor din România

ISSN 2065-8745

DOI: (Digital Object Identifier): 10.5682/20658745



Distribuție: tel.: 021-315.32.47 / 319.67.27 / 0744 EDITOR / 07217 CARTE
comenzi@editurauniversitara.ro
O.P. 15, C.P. 35, București
www.editurauniversitara.ro

IMPORTANT

Revista **Forumul Judecătorilor** apare semestrial și se difuzează numai pe bază de abonament.

Prețul unui exemplar este 50 lei, în acest preț fiind incluse și cheltuielile de difuzare, iar costul unui abonament anual este de 100 lei (2 numere).

Toți cei interesați în a contracta un abonament o pot face prin una din următoarele modalități:

- direct la sediul editurii din Bd. Nicolae Bălcescu nr. 27-33, Bloc Unic, Scara B, Etaj 4, Apartament 38, Sector 1, București
- prin mandat poștal sau ordin de plată în contul Editura Universitară nr. RO58RNCB0285004668690001 deschis la Unicredit Bank: RO47 BACX 0000 0006 4971 1000
- prin telefon/fax la numerele 021-315.32.47, 021-319.67.27
- prin e-mail la adresa secretariat@editurauniversitara.ro.

REVISTA FORUMUL JUDECĂTORILOR

Director:

jud. Dragoș Călin,
Curtea de Apel București

Redactor-șef:

jud. Ionuț Militaru,
Curtea de Apel București

Redactor-șef adjunct:

jud. Roxana Călin,
Tribunalul București

Colegiul de redacție:

jud. Ana-Maria Lucia Zaharia,
Curtea de Apel București

jud. Florin Mihăiță,
Judecătoria Sect. 4, București

jud. dr. Gabriel Caian,
Ministerul Afacerilor Externe

jud. Carla Anghelescu,
Tribunalul București

jud. Victor Constantinescu,
Judecătoria Sect. 6, București

jud. Claudiu Drăgușin, Judecătoria Sect.
4, București

jud. Cristinel Ghigheci, Curtea de Apel
Brașov

jud. Ioana-Maria Cîmpean, Judecătoria
Timișoara

Colegiul științific:

prof. univ. dr. Mihai Șandru,
Academia Română

jur. Mihai Banu,
Revista Română de Drept European

Ruben Murdanaigum,
solicitor, Rubens Solicitors, Notaries
and Estate Agents Lochgilphead,
Marea Britanie

lector univ. dr. Anamaria Groza,
judecător, Tribunalul Olt

prof. univ. dr. Jaime Octávio Cardona
Ferreira, Universitatea Lusíada din
Lisabona, Fost Președinte al Curții
Supreme de Justiție din Portugalia,
Președinte al Consiliului Jude-
cătorilor de Pace din Portugalia

Colaboratori principali:

Judge Alex Kozinski,
United States Court of Appeals for
the Nine Circuit

jud. Mihaela Amoos Piguet,
Tribunal du canton de Vaud,
Lausanne, Elveția

Avv. Monica Adriana Marinescu,
Ordine degli Avvocati di Roma, Italia

jud. Simona Kovács, Tribunalul Covasna
Ion Guzun, coordonator de programe,
Centrul de Resurse Juridice din
Moldova

jud. Ivan Georgiev,
Tribunalul Regional Sofia, Bulgaria

jud. Veronica Gavriș Todinca, Judecătoria
Sighetu Marmației

Lista principalelor abrevieri

C. Ap.	Curtea de Apel
C.E.	Comunitățile Europene
CEDO	Curtea Europeană a Drepturilor Omului
CJCE	Curtea de Justiție a Comunităților Europene
CJUE	Curtea de Justiție a Uniunii Europene
Convenția	Convenția Europeană a Drepturilor Omului
C.S.M.	Consiliul Superior al Magistraturii
Dalloz	Recueil le Dalloz
Dec. civ., pen.	Decizia civilă, penală
D.N.A.	Direcția Națională Anticorupție
D.I.I.C.O.T.	Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism
I.N.M.	Institutul Național al Magistraturii
înch.	încheierea
Î.C.C.J.	Înalta Curte de Casație și Justiție
J.O.U.E.	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene
Jud.	Judecătoria
M.J.L.C.	Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești
M. Of.	Monitorul Oficial al României, Partea I
n.a./ n.n.	nota autorului / nota noastră (urmată de inițialele autorului)
n.t.	nota traducătorului
O.N.U.	Organizația Națiunilor Unite
S. civ., pen., com., cont. adm.	Secția civilă, penală, comercială, de contencios administrativ
sent. civ., pen.	Sentiința civilă, penală
subl. ns.	Sublinierea noastră (a autorului)
TFP	Tribunalul Funcției Publice al Uniunii Europene
TPI	Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene
Trib.	Tribunalul
TUE	Tratatul privind Uniunea Europeană
TCE	Tratatul instituind Comunitatea Europeană
UE	Uniunea Europeană

Cuprins

ÎN LOC DE EDITORIAL

Rezoluția magistraților români pentru apărarea statului de drept, București, Palatul de Justiție, 19 mai 2018 11

ATITUDINI

William Baude – Originalitatea ca o constrângere pentru judecători [articol în lb. engleză] 15

Alec Webley – Judecătorii sunt politicieni (sau nu?): *Williams-Yulee v. Baroul din Florida* și Legea constituțională care reconfigurează districtele pentru alegerile judiciare [articol în lb. engleză] 28

STUDII JURIDICE

Ioana Marinescu – Sunt judecătorii sensibili la condițiile economice? Mărturiile din tribunalele de dreptul muncii din Regatul Unit [articol în lb. engleză] 73

Wojciech Sadurski – Cum este înfrântă democrația (în Polonia): Studiu de caz cu privire la regresul populist anti-constituțional [articol în lb. engleză] 104

Voicu Pușcașu - Câteva considerații critice referitoare la Legea privind măsurile alternative de executare a pedepselor privative de libertate 179

JURISPRUDENȚĂ

Din jurisprudența recentă a Curții Europene a Drepturilor Omului 192

Cauza *Baydar c. Olandei*. Limitele obligației instanței de a-și motiva refuzul de a efectua o trimitere preliminară la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Neîncălcarea art. 6 par. 1 din Convenție (prezentare de Dragoș Călin) 192

Din jurisprudența recentă a Curții de Justiție a Uniunii Europene 197

1. Dialogul jurisdicțional dintre instanțele române și Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Raport privind anul 2017 (prezentare de Daniel-Mihail Șandru) 197

2. Noțiunea de „consumator” în dreptul Uniunii Europene și aportul hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza *Schrems împotriva Facebook Ireland Limited* (cauza C-498/16, hotărârea din 25 ianuarie 2018) 205

3. Interzicerea discriminării pe motiv de religie sau convingeri, în domeniul încadrării în muncă și ocupării forței de muncă. Activități profesionale ale bisericilor sau ale altor organizații a căror etică este bazată pe religie sau convingeri. Impunerea cerințelor legate de religie sau convingeri, la încadrarea în muncă. Cerință profesională esențială, legitimă și justificată în privința eticii organizației. Criteriile de aplicare. Control jurisdicțional efectiv (Hotărârea CJUE – Marea Cameră din 17 aprilie 2018, în cauza *Egenberger*). 213

4. Valențe ale dreptului la liberă circulație și ședere: dreptul la o viață de familie normală (hotărârea *Coman*) și protecția sporită împotriva expulzării (hotărârea *B și Secretary of State for the Home Department*) (selecții și comentarii de Anamaria Groza) 217

Din jurisprudența recentă în materia organizării judecătorești și a statutului magistraților 230

1. Hotărârea Plenului CSM prin care s-a propus eliberarea din funcție a contesta-toarei judecător pentru incapacitate profesională nu putea fi emisă în mod legal anterior definitivării hotărârii aceleiași autorități privind aprobarea cursurilor ce se finalizează cu susținerea examenului a cărui nepromovare atrage eliberarea din funcție pentru incapacitate profesională . 230

2. Concursul de promovare al judecătorilor în funcții de execuție. Comisia de soluționare a contestațiilor are un drept de

apreciere discreționară în domeniul sau pe disciplina sa de specialitate, astfel încât instanța de control judiciar nu poate interveni în activitatea sa, pentru a stabili răspunsul corect, dispozițiile Regulamentului conferind această prerogativă exclusiv comisiei/comisiilor de soluționare a contestațiilor la baremele de evaluare și notare	240	fiind consemnate abaterile de la Codul deontologic al judecătorilor și procurorilor la momentul constatării acestora prin hotărârea secției corespunzătoare a Consiliului Superior al Magistraturii adoptată potrivit art. 36 indice 2 alin.(4) din Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Superior al Magistraturii.	255
3. Suspendarea soluționării cererii de acordare a pensiei de serviciu operează în cazul punerii în mișcare a acțiunii penale pentru una dintre infracțiunile menționate la alin. 1 al art. 83 ² alin. 2 din Legea nr.303/2004. Dacă în situația săvârșirii unei infracțiuni suspendarea soluționării cererii magistratului de acordare a pensiei de serviciu se produce doar în ipoteza punerii în mișcare a acțiunii penale, nu există nicio rațiune pentru care o simplă sesizare cu privire la săvârșirea unei abateri disciplinare să aibă în mod automat același efect suspensiv	242	6. Atitudinea amuzantă, precum și susținerea unui dialog judecător - avocat - părți civile, fără relevanță juridică, ci doar cu intenția de a șicana și de a evidenția eventualele greșeli de drept material sau procesual ale acestora, făcând aprecieri nepotrivite cu privire la calitatea și conținutul memoriilor depuse la acel termen de părți, sunt de natură să atragă răspunderea disciplinară a unui judecător pentru fapta prevăzută de dispozițiile art. 99 lit. c) din Legea nr. 303/2004. (selecții de Dragoș Călin).....	266
4. Regulamentul privind evaluarea activității profesionale a judecătorilor și procurorilor. Experiența profesională superioară a membrilor comisiei de evaluare de la parchetul ierarhic superior și principiul subordonării ierarhice nu au relevanță, atât timp cât voința legiuitorului a fost ca, în componența comisiei de evaluare, să se regăsească și conducătorul parchetului în care funcționează persoana evaluată, acesta fiind în măsură să cunoască cel mai bine eficiența și calitatea activității acesteia.	250	PREZENTĂRI	
5. Înregistrările în baza de date a Inspecției Judiciare au doar un caracter provizoriu,		Asociația Forumul Judecătorilor din România - White Paper – Modificările aduse „Legilor justiției” din România – Potențial colaps al magistraturii române [articol în lb. engleză]	273
		GREFA VESELĂ	
		Curtea de Apel a Circuitului al Șaptelea din Statele Unite ale Americii - <i>CHARLENE EIKE și alții vs. ALLERGAN, INC. și alții – Acțiunea împotriva a șase companii farmaceutice din cauza faptului că picăturile pentru ochi pe care le produc sunt inutile de mari</i>	281

Contents

INSTEAD OF AN EDITORIAL

The Resolution of Romanian Judges and Prosecutors for Upholding the Rule of Law, Bucharest, Palace of Justice, 19th May 2018 11

ATTITUDES

William Baude – Originalism as a Constraint on Judges [article in English]. 15

Alec Webley – Judges are (not?) Politicians: *Williams-Yulee v. The Florida Bar* and the Constitutional Law of Redistricting of Judicial Election Districts [article in English] 28

LEGAL STUDIES

Ioana Marinescu – Are Judges Sensitive to Economic Conditions? Evidence from UK Employment Tribunals [article in English] 73

Wojciech Sadurski – How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding [article in English] 104

Voicu Pușcașu - Some critical considerations related to the Law on alternative measures of execution of sentence in detention 179

JURISPRUDENCE

Recent case-law of the European Court of Human Rights 192

Case *Baydar c. Netherlands*. Limits of the court obligation to give arguments for refusing to make a reference to the European Union Court of Justice. Non-infringement of art. 6 par. 1 of the Convention (presentation by Dragoș Călin) 192

Recent case-law of the Court of Justice of the European Union 197

1. Jurisdictional dialogue between Romanian Courts and the European Union Court of Justice. Report on 2017 (presentation by Daniel-Mihail Șandru) .. 107

2. The notion of “consumer” in European Union law and the contribution of the European Union Court decision in Case *Schrems against Facebook Ireland Limited* (case C-498/16, Decision, January 25, 2018) 205

3. Prohibition of discrimination on grounds of religion or belief in the field of employment and labour force. Professional activities of churches or other entities whose ethos is based on religion or belief. Imposing requirements of religion or belief for being employed. Occupational requirement, legitimate and justified on the organization’s ethos. Application criteria. Effective judicial review (EUCJ Decision – Grand Chamber, April 17, 2018, case Egenberger). 213

4. Facets of the right to free movement and residence, the right to a family life (*Coman* Decision) and enhanced protection against expulsion (case *B și Secretary of State for the Home Department*). Selections and comments by Anamaria Groza 217

Recent case law on judicial organization and status of magistrates 230

1. SCM Plenum Decision which proposed the dismissal of a judge for professional incapacity could not legally be issued prior to finalizing the same authority decision approving courses that end with passing an exam whose failure draws dismissal for professional incapacity. 230

2. Contest for judges’ promotion in execution office. Commission for examining the candidate’s objections has an absolute right to assess them in its field or in special area of competence, so the court for judicial review cannot interfere in its work to

establish the correct answer, the provisions of the Regulation conferring this power exclusively to the committee/committees that are competent to solve the objections to the scales of assessment and scoring.	240	Code of Ethics for judges and prosecutors at the time of their establishment by the judgment of the Superior Council of Magistracy adopted according to art. 36 index 2 para. (4) of the Regulation of organization and functioning of the Superior Council of Magistracy	255
3. Suspension of settlement of the application for the pension service operates in the case of formal criminal action for one of the offences mentioned in paragraph 1 of art. 83 ² of law No. 303/2004. If in case of committing an offence suspension of the application for granting the service pension occurs only in the hypothesis of the formal criminal action, there is no reason for which a simple referral with respect to committing a disciplinary act to have automatically the same suspensive effect	242	6. A funny attitude, as well as supporting a dialogue lawyer-judge -civil parties without legal relevance, but only with the intention of teasing and highlighting any errors of substantive or procedural law, making inappropriate observations on the quality and content of the petitions submitted by the parties to that term, are likely to attract disciplinary liability of a judge for the deed provided by the article. 99 lit. c) of law no. 303/2004. (selections by Dragoş Călin) ..	266
4. The regulation on the evaluation of professional activity of judges and prosecutors. Superior professional expertise of the members of the Evaluation Committee from the hierarchically superior prosecutor Office and hierarchical subordination principle are irrelevant, so long as the will of the legislature was that in the Evaluation Commission to be the Chief prosecutor of the prosecutor's office where the person assessed is working, which is in a position to know best the efficiency and quality of his/her activity ...	250	<u>PRESENTATIONS</u>	
5. The recordings in the database of the Judicial Inspection are only temporary and they state about the deviations from the		Romanian Judges' Forum Association - White Paper – Changes to the Romanian „Justice Legislation” – Potential collapse of Romanian Magistracy [article in English]	273
		<u>HAPPY REGISTRY</u>	
		United States Court of Appeals for the Seventh Circuit - CHARLENE EIKE and others vs. ALLERGAN, INC., and others - The claim against six pharmaceutical companies because the size of an eye drops they produce is unnecessarily large	281

Sommaire

AU LIEU DE L'EDITORIAL

La Résolution des magistrats roumains pour la défense de l'état de droit, Bucarest, Palais de justice, 19 mai 2018 11

ATTITUDES

William Baude - L'originalité comme contrainte sur les juges [article en Anglais] 15

Alec Webley - Les juges (ne) sont (pas?) des politiciens: Williams-Yulee v. Le Barreau de la Floride et la Loi constitutionnelle de reconfiguration des circonscriptions électorales des districts judiciaires [article en Anglais] 28

ETUDES JURIDIQUES

Ioana Marinescu - Les juges sont-ils sensibles aux conditions économiques? Témoignages provenant des tribunaux du travail britanniques [article en Anglais] ... 73

Wojciech Sadurski - Vers le décès de la démocratie (en Pologne): étude de cas de la régression populiste anti-constitutionnelle [article en Anglais] 104

Voicu Pușcașu - Quelques considérations critiques concernant la Loi sur les mesures de substitution à l'exécution des peines privatives de liberté 179

JURISPRUDENCE

La jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: 192

L'affaire *Baydar c. Pays-Bas*. Les limites de l'obligation des tribunaux de motiver le refus de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne pour prononcer une décision préjudicielle. Aucune violation de l'art. 6 par. 1 de la Convention (présentation par Dragoș Călin) 192

La jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union Européenne: 197

1. Le dialogue judiciaire entre les juridictions roumaines et la Cour de Justice de l'Union Européenne. Rapport sur 2017 (présentation par Daniel-Mihail Șandru) . 197

2. La notion de „consommateur” dans le droit de l'Union Européenne et la contribution de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire *Schrems c. Facebook Ireland Limited* (no. C-498/16, arrêt du 25 janvier 2018) 205

3. Interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions dans le domaine de l'emploi et de la profession. Activités professionnelles d'églises ou d'autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou des convictions. Imposition dans l'emploi d'exigences religieuses ou des convictions. Exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée pour l'éthique de l'organisation. Critères d'application. Contrôle juridictionnel effectif (CJUE - Grande Chambre, 17 avril 2018, affaire *Egenberger*). 213

4. Valences du droit à la libre circulation et à la résidence: droit à une vie familiale normale (arrêt *Coman*) et protection accrue contre l'expulsion (arrêt *B. et Secrétaire d'État au Ministère de l'Intérieur*) (sélections et commentaires par Anamaria Groza) 217

La jurisprudence récente en matière d'organisation judiciaire et le statut des juges: 230

1. La décision du Plénum du CSM qui proposait la révocation du juge pour incapacité professionnelle ne pouvait être légalement prononcée avant la décision de la même autorité approuvant les cours qui se finissent avec l'examen sur la capacité professionnelle 230

2. Concours pour la promotion des juges dans les postes d'exécution. La Commission de règlement des différends sur le barème jouit d'un pouvoir

discrétionnaire dans son domaine ou dans sa discipline spécialisée, de sorte que le tribunal de contrôle judiciaire ne peut pas intervenir dans ses travaux pour établir la réponse correcte, car les dispositions du Règlement confèrent cette prérogative uniquement aux commissions de règlement des contestations aux échelles d'évaluation et de notation	240	les violations du Code de déontologie des juges et des procureurs au moment de leur constatation par la décision de la section correspondante du Conseil Supérieur de la Magistrature adoptée conformément à l'art. 36 ² par. (4) du Règlement sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature	255
3. La suspension du règlement de la demande d'octroi de la pension de service est effectuée en cas d'ouverture de l'action pénale pour l'une des infractions visées au paragraphe 1 de l'art. 83 ² de la Loi n° 303/2004. Si, en cas de délit, la suspension de la demande du magistrat pour l'indemnité de service intervient uniquement lorsque l'action pénale est engagée, il n'ya aucune raison pour qu'une simple saisine d'une infraction disciplinaire ait automatiquement le même effet suspensif	242	6. L'attitude drôle et le soutien d'un dialogue judiciaire - avocat - parties civiles, sans pertinence juridique, mais uniquement dans le but de stigmatiser et de mettre en évidence leur fautes de droit matériel ou procédural, en faisant des jugements inappropriés sur la qualité et le contenu des actes de procédure déposés à ce moment par les parties est de nature à engager la responsabilité disciplinaire d'un juge pour la violation des dispositions de l'art. 99 lit. c) de la Loi no. 303/2004 (sélections par Dragoș Călin)	266
4. Le Règlement sur l'évaluation de l'activité professionnelle des juges et des procureurs. L'expérience professionnelle supérieure des membres de la commission d'évaluation du parquet supérieur hiérarchique et le principe de subordination hiérarchique sont sans importance, tant que l'intention du législateur était que, dans la composition de la commission d'évaluation se trouve le chef du parquet dans lequel fonctionne la personne évaluée, qui est capable de mieux connaître l'efficacité et la qualité de son travail	250	<u>PRÉSENTATIONS</u>	
5. Les enregistrements dans la base de données de l'inspection judiciaire ne sont que provisoires et ne sont consignées que		L'Association le Forum des Juges de Roumanie - Livre blanc - La modification de la législation roumaine - Potentiel effondrement de la magistrature roumaine	273
		<u>LE GREFFE JOYEUX</u>	
		La Cour d'Appel des États-Unis pour le Septième Circuit - <i>CHARLENE EIKE et al. vs. ALLERGAN, INC., et al.</i> - L'action en justice contre six sociétés pharmaceutiques parce que la taille d'une goutte pour les yeux qu'elles produisent est inutilement large	281

ÎN LOC DE EDITORIAL

Rezoluția magistraților români pentru apărarea statului de drept, București, Palatul de Justiție, 19 mai 2018

Subsemnații, judecători și procurori, magistrați asistenți și auditori de justiție, având în vedere:

- evoluțiile publice recente cu privire la modificarea „legilor justiției”, care pun în grav pericol independența justiției și parcursul Statului Român în cadrul Uniunii Europene și al Consiliului Europei, așa cum au constatat Comisia Europeană și GRECO;

- faptul că majoritatea covârșitoare a judecătorilor și a procurorilor români nu a acceptat proiectele de lege vizând activitatea sistemului judiciar, voința magistraților nefiind luată în considerare, evitându-se orice dialog cu aceștia în cadrul unui veritabil „experiment judiciar”, în lipsa oricărui studii de impact și prognoze;

- declarațiile Ministrului Justiției și ale reprezentanților puterii legislative prin care, contrar art. 11 din Constituție, se minimizează Raportul GRECO, prin care s-a cerut ca România să se abțină de la adoptarea unor amendamente la legislația penală care să contravină angajamentelor sale internaționale și să-i submineze capacitățile interne în materia luptei împotriva corupției și se nesocotește necesitatea sesizării Comisiei de la Veneția (președintele Comisiei speciale

comune pentru modificarea legilor justiției a afirmat că nici Curtea Constituțională nu va aștepta avizul Comisiei de la Veneția, aceasta fixând deja un termen pentru soluționarea obiecțiilor de neconstituționalitate la 30 mai 2018; în calitate sa de membru al Comisiei de la Veneția, Ministrul Justiției trebuia să solicite public luarea în considerare a avizului Comisiei de la Veneția, iar nu subminarea activității sale);

- propunerile legislative aflate în dezbatere publică reprezintă o involuție în crearea unui sistem de justiție penală modern și adaptat noilor realități sociale, precum și o denaturare a scopului procesului penal și a politicii penale a statului, fiind evidentă schimbarea de paradigmă de la o justiție penală care protejează victimele infracțiunii la un nou concept care plasează înculpatorul într-o poziție privilegiată;

- desfășurarea procesului de legiferare în materia Codului penal, a Codului de procedură penală și a Codului de procedură civilă, cu o procedură netransparentă și neprevizibilă, fără a putea aprecia în ce modalitate vor fi folosite observațiile formulate de sistemul judiciar, a cărui prezență pare doar a fi necesară pentru legitimarea modificărilor propuse, mimându-se un dialog;

- nesocotirea principiilor statului de drept, statutului magistratului și regulilor de transparență ce trebuie să caracterizeze procesul de consultare publică și încercarea de a intimida judecătorii și procurorii din România, prin transformarea unor abateri disciplinare cu grad de pericol social redus în infracțiuni cu pedepse având limite apropiate de cele prevăzute pentru infracțiunea de omor (spre exemplu, infracțiunile prevăzute la *art.280¹ - Reaua credință* și *art.280² - Grava neglijență*);

- ura viscerală împotriva autorității judecătorești prin plasarea judecătorilor și a procurorilor români în compania clanurilor infracționale, pe același nivel cu proxeneții și traficanții de carne vie, cu cămătarii și contrabandiștii, fiind imaginat infracțiuni pentru „*contracarea clanurilor, precum și a procurorilor și judecătorilor, în comiterea infracțiunilor specifice*”;

- escaladarea fenomenului corupției, care reprezintă o amenințare serioasă pentru dezvoltare și stabilitate, cu consecințe negative la toate nivelurile de guvernare, și încercările repetate, pe multiple planuri, de anulare a eforturilor magistratilor români de combatere a infracțiunilor de corupție;

- acțiunile de manipulare a opiniei publice și atacurile fără precedent la adresa a numeroși judecători și procurori care instrumentează inclusiv cauze de mare corupție, dar și a celor mai importante instituții ale statului, cu rol de apărare și siguranță publică, inclusiv Direcția Națională Anticorupție, ori a autorităților statului menite să-l reprezinte în fața partenerilor din Uniunea Europeană (a se vedea schimbarea arbitrară a Agentului pentru CJUE pentru refuzul de a aviza proiectele de acte normative în disprețul dreptului Uniunii Europene);

- lipsa unor proiecte concrete de efectuare a unei hărți judiciare și a asigu-

rării unei infrastructuri corespunzătoare necesităților actuale de desfășurare a activității instanțelor și parchetelor, lipsa stabilirii volumului optim de activitate al magistratilor români pe criterii obiective, lucrându-se constant intelectual 10-12 ore zilnic, lipsa oricăror preocupări a autorităților pentru funcționarea cât mai eficientă a Institutului Național al Magistraturii și a Școlii Naționale de Grefieri;

- concentrarea modificărilor legislative asupra bulversării sistemului de acces și promovare în profesie, fără studii de impact, încurajarea sau determinarea ieșirii definitive sau temporare din sistem a unor magistrați, reprimirea în profesie fără niciun fel de testare a foștilor magistrați cu 10 ani vechime, introducerea unui sistem de atragere a răspunderii materiale care ar târî magistrații în mod automat în procese pentru a dovedi că nu este vorba despre o eroare judiciară (de cele mai multe ori, legislație deficitară, neconformitatea legislației naționale cu dreptul european etc.), aspecte care nu par a avea ca scop creșterea calității actului de justiție, evoluția sistemului judiciar, ci „falimentarea” acestuia;

- multe dintre modificările preconizate nu au nicio legătură cu scopul enunțat de legiuitor și se îndepărtează de la obiectivele avute în vedere, întrucât expunerile de motive și intervențiile legislative propuse conțin soluții inadecvate realităților juridice din România și standardelor de protecție a unor valori fundamentale de la nivel european și internațional, de natură să compromită înfăptuirea actului de justiție;

- faptul că Ministrul Justiției își permite să atace public pe toți procurorii din cadrul Direcției Naționale Anticorupție, speculând faptul că aceștia administrează probe cu încălcarea legii, apreciind asupra întrunirii elementelor constitutive ale unor infracțiuni, stabilirii vinovăției sau nevinovăției unor persoane, solicitând liste cu soluțiile de achitare pronunțate de

instanțele judecătorești (numai în Uzbekistan numărul de achitări este zero,¹ în statele democratice achitarea reprezentând expresia unui sistem judiciar sănătos);

- faptul că Rapoartele MCV subliniază constant că ar trebui să se întreprindă măsuri suplimentare pentru a furniza un sprijin adecvat magistraților împotriva cărora sunt îndreptate critici ce subminează independența justiției, aspecte ignorate cu obstinație de Statul român;

- prin faptul că are calitatea de membru al Uniunii Europene, Statului român îi revine obligația de a aplica Mecanismul de cooperare și verificare și a da curs recomandărilor stabilite în acest cadru, în conformitate cu dispozițiile art. 148 alin.(4) din Constituție;

- faptul că, atunci când democrația și libertățile fundamentale sunt în pericol, obligația de rezervă a judecătorului devine subsidiară obligației de indignare,²

ADOPTĂM URMĂTOAREA REZOLUȚIE:

1. Solicităm insistent factorilor politici încetarea imediată a atacurilor la adresa statului de drept și a judecătorilor și procurorilor din România. România este și trebuie să rămână stat membru al Uniunii Europene și al Consiliului Europei, iar nu un teritoriu al corupției și fărâdelegii. Jos mâinile de pe justiție!

2. Solicităm Președintelui României, Președintelui Senatului și Președintelui Camerei Deputaților consultarea urgentă a *Comisiei Europene pentru Democrație prin Drept a Consiliului Europei (Comisia de la Veneția)* asupra unor aspecte

curente vizând modificarea în România a Codului penal, Codului de procedură penală și Codului de procedură civilă, precum și unele aspecte conexe, fiind necesară suspendarea imediată a dezbaterilor Comisiei speciale comune până la data primirii Avizului Comisiei de la Veneția.

3. Solicităm amânarea luării oricăror decizii, din partea tuturor autorităților competente, în privința „legilor justiției”, până la data primirii Avizului Comisiei de la Veneția și până la punerea de acord a textelor de lege cu solicitările Comisiei Europene și ale GRECO. Puterea judecătorească trebuie să fie independentă, ceea ce implică existența unor anumite garanții față de celelalte puteri ale statului, pentru a consolida independența și imparțialitatea magistratului.

4. Solicităm consultarea reală a corpului magistraților cu privire la pachetele legislative care vizează activitatea lor, prin Adunările Generale din cadrul instanțelor și parchetelor. Consiliul Superior al Magistraturii nu reprezintă magistratura dacă ignoră punctul de vedere al miilor de magistrați români. Propunerile legislative ale Consiliului Superior al Magistraturii nu pot fi promovate netransparent și nu pot reprezenta voința a 5-6 membri. Solicităm consultarea reală a societății civile, ale cărei reacții trebuie să fie avute în vedere în cadrul dezbaterilor legislative.

5. Solicităm condiții demne de muncă. Realizarea unui act de justiție de calitate presupune alocarea timpului minim necesar studierii cauzelor, analizării problemelor de drept și a legislației în continuă modificare, iar

¹ A se vedea pagina web <https://www.rferl.org/a/guilty-no-matter-what/29206669.html> [consultată ultima dată la 19 mai 2018].

² A se vedea *Declarația privind etica judiciară*,

adoptată de Adunarea Generală a Rețelei Europene a Consiliilor Judiciare, desfășurată la Londra în perioada 2-4 iunie 2010.

nu pronunțarea unor soluții ce pot fi afectate de inadecvarea condițiilor de lucru, de lipsa de timp și supra-încărcare.

6. Solicităm Ministrului Justiției să se abțină de la acțiunile care intimidează procurorii și afectează statul de drept și independența justiției.

7. Solicităm Ratificarea Protocolului nr.16 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, al cărui text a fost adoptat de Comitetul Miniștrilor la data de 10 iulie 2013 și care a fost deschis spre semnare la 2 octombrie 2013, la Strasbourg. Protocolul nr. 16 prevede posibilitatea pentru cele mai înalte jurisdicții ale părților contractante de a solicita un aviz consultativ Curții Europene a Drepturilor Omului, atunci când apreciază că o anumită cauză aflată pe rolul lor ridică o problemă gravă privind interpretarea sau aplicarea Convenției sau a protocoalelor sale.

8. Solicităm membrilor Consiliului Superior al Magistraturii să condamne imediat și cu fermitate atacurile la adresa statului de drept și a judecătorilor și procurorilor din România.

Implementarea unor criterii interactive de evaluare anuală, de către corpul magistraților, a activității curente desfășurate de membrii CSM, precum și revizuirea procedurii de revocare a acestora sunt imediat necesare.

9. Solicităm puterii legislative și Consiliului Superior al Magistraturii să adopte măsuri imediate pentru a furniza un sprijin adecvat magistraților împotriva cărora sunt îndreptate critici care subminează independența justiției.

10. Adresăm un îndemn către toate adunările generale ale instanțelor și parchetelor să se întrunească imediat și să hotărască formele de protest pe care le consideră necesare.

11. Invităm pe toți cetățenii României să se alăture acestei Rezoluții, în calitate lor de purtători ai unor speranțe și aspirații de însănătoșire morală a țării și de menținere a ei pe coordonatele Europei civilizate.

Rezoluția a fost semnată de 1911 magistrați, lista completă fiind publicată pe site-ul Revistei Forumul Judecătorilor.³

³ A se vedea pagina web <http://www.forumuljudecatorilor.ro/index.php/archives/3240> [consultată ultima dată la 16 iunie 2018].

ATITUDINI

Originalism as a Constraint on Judges

William Baude*

Abstract: *One of Justice Antonin Scalia's greatest legacies was his promotion of constitutional originalism. One important feature of Scalia's particular arguments for originalism was constraint – the idea that originalism was centrally a way, the best way, to constrain judicial decision-making, whereas nonoriginalist theories would essentially license judges to make up constitutional law as they went along.*

In this short essay, I honor Justice Scalia with two observations about originalism and constraint. The first is that originalist scholars today are much more equivocal about the importance and nature of constraining judges. This is a point that may be obvious to those steeped in the latest originalist theory, but apparently cannot be stated often enough or clearly enough to those who are not.

The second observation, which relates to the first, is that the concept of constraint is ambiguous in several respects and that originalism may be better at some kinds of constraint than others. In particular, I emphasize the difference between external constraints, which help others to judge the interpreter, and internal constraints, which focus on allowing the interpreter to constrain him- or herself. As reflected and refined in modern scholarship, originalism may not be terribly good at the former, but it may be much better at the latter. In other words, originalism can still have constraining power, but mostly for those who seek to be bound.



Rezumat: *Una dintre cele mai importante moșteniri lăsate de Antonin Scalia, judecător din cadrul Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii, a fost promovarea originalismului constituțional. O importantă trăsătură a argumentelor sale specifice pentru originalism a fost limitarea – ideea că originalismul era, în esență, o cale, cea mai bună cale, pentru a limita luarea deciziilor judiciare, în timp ce teoriile nonoriginaliste, în esență, ar legitima judecătorii să creeze legi constituționale.*

* Neubauer Family Assistant Professor of Law, The University of Chicago Law School. I appreciate helpful and timely comments from Samuel Bray, Jud Campbell, Jonathan Mitchell, Richard Primus, Richard Re, Stephen Sachs, Lawrence Solum, and

the editors of *The University of Chicago Law Review*, as well as research support from the SNR Denton Fund and the Alumni Faculty Fund. E-mail profesional: william.baude@gmail.com.

În acest scurt eseu, onorez judecătorul Scalia cu două observații despre originalism și limitare. Prima este aceea că doctrinarii originaliști contemporani sunt mult mai echivoci cu privire la importanța și natura limitării judecătorilor. Această chestiune poate fi evidentă celor inițiați în cea mai nouă teorie originalistă, dar, în fapt, nu poate fi exprimată de suficient ori sau suficient de clar celor care nu sunt.

Keywords: constraint, restraint, originalism, original meaning, judges, Scalia, Justice, constitution, constitutional law, wayward, willful, puzzled

One of Justice Antonin Scalia's greatest legacies is his promotion of constitutional originalism. He employed the interpretive philosophy on the bench and argued for it in print⁴ and in speeches around the country. (Indeed, one of Scalia's speeches about originalism at the University of Chicago in 2003⁵ was formative in provoking my own thinking on the subject.)

One important feature of Scalia's particular arguments for originalism was constraint – the idea that originalism was centrally a way, the best way, to constrain judicial decision-making, whereas nonoriginalist theories would essentially license judges to make up constitutional law as they went along. This motif appeared in various passages of his writing. For instance, he de-scribed as one of the chief virtues of originalism that it was “more compatible with the nature and purpose of a Constitution in a democratic system,” because:

The purpose of constitutional guarantees – and in particular those constitutional guarantees of individual rights that are at the center of this controversy – is precisely to prevent the law from reflecting certain changes in original values that the society adopting the Constitution thinks fundamentally

undesirable. Or, more precisely, to require the society to de-vote to the subject the long and hard consideration required for a constitutional amendment before those particular values can be cast aside.⁶

On the other hand, he argued, “the central practical defect of nonoriginalism is fundamental and irreparable: the impossibility of achieving any consensus on what, precisely, is to replace original meaning, once that is abandoned.”⁷ He elaborated:

If the law is to make any attempt at consistency and predictability, surely there must be general agreement not only that judges reject one exegetical approach (originalism), but that they adopt another. And it is hard to discern any emerging consensus among the nonoriginalists as to what this might be.⁸

The central theme here is that originalism constrains judges from simply following popular pressures and, conversely, that nonoriginalists will not be able to produce a consistent and predictable system. Originalism may not be perfect on this score, but it is, Scalia said, the lesser evil.

In later work with Professor Bryan Garner, Scalia more explicitly emphasized the constraint of his methods of interpretation. “[S]ound interpretive

⁴ See generally, for example, Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U Cin L Rev 849 (1989); Antonin Scalia and Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (Thomson/West 2012); Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton 1997) (Amy Gutmann, ed).

⁵ See Andrew Moesel, *Justice Scalia Speaks at Law School* (Chicago Maroon, May 9, 2003), archived at <http://perma.cc/WQ3K-SZYP>.

⁶ Scalia, 57 U Cin L Rev at 862 (cited in note 1) (emphasis omitted).

⁷ Id at 862–63.

⁸ Id at 855.

conventions,” they wrote, “will narrow the range of acceptable judicial decision-making and acceptable argumentation” and “will curb – even reverse – the tendency of judges to imbue authoritative texts with their own policy preferences.”⁹

But time comes for both men and theoretical arguments. In this short essay, I honor Justice Scalia with two observations about originalism and constraint. The first is that originalist scholars today are much more equivocal about the importance and nature of constraining judges. This is a point that may be obvious to those steeped in the latest originalist theory, but apparently cannot be stated often enough or clearly enough to those who are not.

The second observation, which relates to the first, is that the concept of constraint is ambiguous in several respects and that originalism may be better at some kinds of constraint than others. In particular, I emphasize the difference between external constraints, which help others to judge the interpreter, and internal constraints, which focus on allowing the interpreter to constrain him- or herself. As reflected and refined in modern scholarship, originalism may not be terribly good at the former, but it may be much better at the latter. In other words, originalism can still have constraining power, but mostly for those who seek to be bound.

If a method of interpretation provided very little constraint in any sense, we might worry that was a clue that our method of interpretation was not a very accurate picture of the meaning it was trying to capture.

I. The death of constraint?

Critics of originalism have leveled sustained, and sometimes persuasive, arguments against the justification of originalism as a constraint on judges. For instance, in a book-length treatment and critique of originalism, *The Failed Promise of Originalism*, Professor Frank Cross attempts to empirically study “[a] key argument for originalism,” namely, “its ability to restrain willful judging.”¹⁰ He concludes that “reliance on originalist sources is not [] particularly constraining, so justices exercise their ideological preferences in cases using originalism as much as in other decisions.”¹¹

But the target of these critiques is most readily found in the work of older originalists, like Professor Raoul Berger, Judge Robert Bork, and Justice Scalia.¹² With Scalia’s passing, these versions of the constraint argument no longer have a clear champion.¹³

⁹ Scalia and Garner, *Reading Law* at xxviii (cited in note 1).

¹⁰ Frank B. Cross, *The Failed Promise of Originalism* 170 (Stanford Law 2013).

¹¹ *Id.* at 189.

¹² See *id.* at 11–12, 15–16, 19–20. See also, for example, Peter J. Smith, *The Marshall Court and the Originalist’s Dilemma*, 90 *Minn L Rev* 612, 621 (2006) (discussing works by Scalia, Berger’s book *Federalism: The Founders’ Design*, Bork’s book *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* and Professor John Hart Ely’s book *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*).

¹³ See Gary Lawson, *Reflections of an Empirical Reader (or: Could Fleming Be Right This Time?)*, 96 *BU L Rev* 1457, 1472 (2016) (“Old originalists, such as Raoul Berger and Robert Bork (at least before 1990), did not talk as I do. They did not discuss epistemology, concepts, communication, and the philosophy of language. They discussed such things as judges, democracy, constraint, and authority.”) (citation omitted). Note that, in light of the importance of this temporal change, my citations in this piece largely focus on originalist work published in the last decade or so.

By contrast, many modern originalists have tended to de-emphasize the importance of constraining judges, relying instead on other arguments – that originalism is normatively desirable for other reasons,¹⁴ that it is an account of the true meaning of the constitutional text,¹⁵ or that it is required by our law.¹⁶

For instance, originalist Professors John McGinnis and Michael Rappaport write that while “the argument that originalism offers clearer rules to constrain judges than other interpretive approaches contains some truth”, it “may not be enough to sustain the case for originalism.”¹⁷ Rather, “if constraint is the overriding objective, non-originalist doctrine may sometimes provide more constrained rules than the original meaning.”¹⁸

Professor Gary Lawson, also an originalist, writes more skeptically: “If constraint and certainty are the goals, originalism is a relatively poor way to achieve it compared to numerous other methodologies.”¹⁹ Professor John Harrison, an originalist, concurs that he is “deeply skeptical of the capacity of any methodology,” originalism included, “to constrain any interpreter,” but adds that

he “do[es] not think it is very important” whether originalism constrains or not.²⁰

Another originalist, Professor Christopher Green, rejects the importance of constraint even more profoundly, arguing that originalism is not undermined even if the original meaning is “difficult to unearth,” “enigmatic,”²¹ and fails “to produce unique and indisputable answers to legal questions.”²² As Green puts it: “The purpose of *my* originalism, at any rate, is simply to get the constitutional truthmaker right, whatever dispute that might engender.”²³ Similarly, originalist Professor Randy Barnett states that “the new originalism that is widely accepted by most originalists today is not an enterprise in constraining judges, but an enterprise in determining what the writing really means.”²⁴

Thus, it may seem as if the argument that originalism is justified because it will eliminate judicial discretion has been refuted by originalism’s critics and abandoned by its defenders. The most explicit recognition of this shift comes from Professor Thomas Colby, who writes that while “[j]udicial constraint” was once the “heart and soul” of originalism, the theory has since “sold its soul to gain respect

¹⁴ See, for example, John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution* 19–21 (Harvard 2013); Lawrence B. Solum, *The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice* *58–83 (unpublished manuscript, Mar 24, 2017), archived at <http://perma.cc/KN5Y-NDC8>.

¹⁵ Lawson, 96 BU L Rev at 1458–64 (cited in note 10).

¹⁶ See generally, for example, William Baude, *Is Originalism Our Law?*, 115 Colum L Rev 2349 (2015); Stephen E. Sachs, *Originalism as a Theory of Legal Change*, 38 Harv J L & Pub Pol 817 (2015); William Baude and Stephen E. Sachs, *The Law of Interpretation*, 130 Harv L Rev 1079 (2017); Jeffrey A. Pojanowski and Kevin C. Walsh, *Enduring Originalism*, 105 Georgetown L J 97 (2016).

¹⁷ John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, *A Pragmatic Defense of Originalism*, 101 Nw U L Rev 383, 383 (2007).

¹⁸ *Id* at 384.

¹⁹ Gary Lawson, *No History, No Certainty, No Legitimacy ... No Problem: Originalism and the Limits of Legal Theory*, 64 Fla L Rev 1551, 1554 (2012).

²⁰ John Harrison, *On the Hypotheses That Lie at the Foundations of Originalism*, 31 Harv J L & Pub Pol 473, 473–74 (2008).

²¹ Christopher R. Green, *Constitutional Truthmakers* *17 (unpublished manuscript, 2017), archived at <http://perma.cc/HXQ6-ST4N>.

²² *Id* at *18, quoting Andrew Koppelman, *Originalism, Abortion, and the Thirteenth Amendment*, 112 Colum L Rev 1917, 1919 (2012).

²³ Green, *Constitutional Truthmakers* at *18 (cited in note 18).

²⁴ Randy E. Barnett, *The Golden Mean between Kurt & Dan: A Moderate Reading of the Ninth Amendment*, 56 Drake L Rev 897, 909 (2008).

and adherents.”²⁵ The new incarnation of originalism, Colby writes, has “left behind more than just the theoretical flaws of its predecessor. It has also effectively sacrificed the Old Originalism’s promise of judicial constraint. The very changes that make the New Originalism theoretically defensible also strip it of any pretense of a power to constrain judges to a meaningful degree.”²⁶ Scalia’s constraint argument, it may seem, is dead.

But perhaps things are not so simple. One of the most important modern theorists of originalism, Professor Lawrence Solum, emphasizes the “Constraint Principle.”²⁷ This is the normative argument that original meaning *ought* to constrain constitutional practice, for reasons derived from legitimacy and the rule of law.²⁸ Solum’s picture of constraint is nuanced, perhaps more so than Scalia’s. He need not and does not assume that originalism eliminates all judicial construction.²⁹ But if originalism could not constrain judges at all, these normative arguments would not work. So the question remains – does originalism impose a meaningful constraint on judges?³⁰

II. It depends on what you mean by constraint

It is not entirely clear what it means to ask whether originalism, or any methodology, “constrains” judicial decision-making. It is therefore not clear whether originalism accomplishes it, or whether it would be a good thing if it did. So before interring the importance of originalism as a constraint, one should pause to see what that might mean. (Before going any further, though, it is worth one terminological clarification – I follow Professor Colby and others in using “judicial *constraint*” to refer to “promising to narrow the discretion of judges” while reserving “judicial *restraint*” to refer to “deference to legislative majorities.”)³¹

First of all, there is the question whether any methodology at all can constrain decision-making, or whether methodologies and constraint are simply inapt, like asking whether grocery stores help one lose weight. There are at least two reasons to think they might be so inapt. One is that methodologies are not self-applying or self-enforcing. So no methodology is constraining in the sense that it can leap out of the law reviews and force judges to use it or even keep them from deviating from it once they have started.³²

²⁵ Thomas B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, 99 *Georgetown L J* 713, 714–15 (2011). For a sample denial that originalism has sold its soul, see Stephen E. Sachs, *Saving Originalism’s Soul* (Library of Law and Liberty, Dec 17, 2014), archived at <http://perma.cc/RJ6E-CRU8> (“The soul of originalism is a method, not a collection of results.”).

²⁶ Colby, 99 *Georgetown L J* at 714 (cited in note 22). See also Jeremy K. Kessler and David E. Pozen, *Working Themselves Impure: A Life Cycle Theory of Legal Theories*, 83 *U Chi L Rev* 1819, 1846–47 (2016).

²⁷ See generally Solum, *The Constraint Principle* (cited in note 11).

²⁸ *Id.* at *58–83.

²⁹ *Id.* at *24–28. For Solum’s disagreement with Scalia on this point, compare Scalia and Garner, *Reading Law* at 13–15 (cited in note 1), with Lawrence B. Solum, *Original-ism and*

Constitutional Construction, 82 *Fordham L Rev* 453, 483–88 (2013).

³⁰ See Colby, 99 *Georgetown L J* at 751 (cited in note 22) (“New Originalists tend to argue that, although their theory does not completely eliminate judicial subjectivity and the potential for judicial mischief, it is still meaningfully constraining, at least in comparison to the alternatives.”).

³¹ *Id.* See also Solum, 82 *Fordham L Rev* at 524–25 (cited in note 26); Randy J. Kozel, *Original Meaning and the Precedent Fallback*, 68 *Vand L Rev* 105, 112 n 26 (2015).

³² See Anthony D’Amato, *Can Any Legal Theory Constrain Any Judicial Decision?*, 43 *U Miami L Rev* 513, 522–23 (1989) (“The reason theories work is that we expect them to work. But the subtlety here is that we can at best expect them to ‘work’ as *theories*; it is irrational for us to expect them to work in the sense of constraining practice.”).

The other is that the performance of an interpretive methodology might be related to the materials it interprets. If the Constitution itself results in a lot of judicial discretion, then the methodology that truthfully enforces the Constitution will result in a lot of judicial discretion. But it is not clear whether that fault (if it is a fault) should be laid at the feet of the methodology or the Constitution.³³ Methodologies don't constrain, one might say; constitutions constrain.

But let us put these aside for a moment. Even so, there are further ambiguities: There is a question of how *forceful* of a constraint a methodology imposes. Does it impose a single right answer to the legal question at hand? Does it narrow down the range of right answers, but not necessarily to one? Does it provide a process or set of considerations for giving the right answer, even if different people applying the method might legitimately come to different conclusions? And there is the question of the *range* of cases in which the constraint operates. In particular, does it apply in all constitutional cases, or only a subset of them?

These different axes suggest that constraint is not a single, scalar variable. One methodology might produce unique right answers in a range of cases and no guidance in another range of cases. Is it less constraining than a methodology that produces a limited range of right answers, but in every single case? We could stipulate either type of constraint to be greater than the other, but ultimately these points suggest that we must define constraint more precisely before joining issue on how much a methodology does it, or whether it is a good thing.

I mention all of these points as a preliminary matter to one more distinction, one that may be the most under-appreciated distinction between different types of constraint: *how* the constraint operates.

Consider two types of constraint: external and internal. An external constraint helps those who wish to judge the judge. If the judge misapplies (or ignores) the constraint, other people will be able to tell. Perhaps they will shame him, punish him, or even defy him. As Judge Frank Easterbrook puts it (in the preface to Scalia and Garner's book):

Interpretation is a human enterprise, which cannot be carried out algorithmically by an expert system on a computer. But discretion can be hedged in by rules, such as those that this book covers in detail, and misuse of these rules by a crafty or willful judge then can be exposed as an abuse of power. A more latitudinarian approach to interpretation, by contrast, makes it hard to see when the judge has succumbed to the Dark Side of Tenure – which, like the Dark Side of The Force in *Star Wars*, is marked by self-indulgence.³⁴

But that is not the only mechanism by which a constraint might operate. A constraint might also operate as an internal constraint, one which helps the willing judge. If the judge faithfully applies the constraint, it will help him to decide the case by telling how to get to the answer.

In principle, a constraint could operate in both respects, but some constraints will be more effective internally than externally. If a legal methodology is complicated or turns on questions of judgment, it may be hard for others to

³³ See Green, *Constitutional Truthmakers* at *17–20 (cited in note 19); Steven G. Calabresi and Gary Lawson, *The Rule of Law as a Law of Law*, 90 Notre Dame L. Rev. 483, 487, 504 (2014). To

be sure, others might respond that a Constitution doesn't do anything until it is interpreted.

³⁴ Frank H. Easterbrook, *Foreword*, in Scalia and Garner, *Reading Law* xxi, xxiii (cited in note 1).