

REVISTA FORUMUL JUDECĂTORILOR

Revistă trimestrială de atitudine și studii juridice

Nr. 1/2012

www.editurauniversitara.ro



**EDITURA UNIVERSITARĂ
București**

Tehnoredactare: Ameluța Vișan
Coperta: Ionuț Militaru
Angelica Mălăescu

Copyright © 2012
Editura Universitară
Director: 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.)

© 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 trimestrial și se difuzează numai pe bază de abonament.

Prețul unui exemplar este 30 lei, în acest preț fiind incluse și cheltuielile de difuzare, iar costul unui abonament anual este de 100 lei (4 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 Banca Comercială Română – Sucursala Unic
- 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,
Tribunalul București

Redactor-șef adjunct:

jud. Roxana Lăcătușu,
Tribunalul București

Colegiul de redacție:

jud. Paula-Andrada Coțovanu,
Consiliul Superior al Magistraturii –
Inspekția Judiciară

jud. Ana-Maria Lucia Zaharia,
Judecătoria Sect. 5 București

jud. Florin Mihăiță,
Judecătoria Sect. 4 București

jud. dr. Gabriel Caian,
M.A.E. - Direcția Agentul Guver-
namental pentru Curtea Europeană
a Drepturilor Omului

Ilhan Ibram, consultant parlamentar,
Camera Deputaților, Direcția Afaceri
Europene

jud. Petrică Ghergheșanu,
Judecătoria Sect. 4 București

jud. Alexandra Neagu,
M.A.E. - Direcția Agentul Guver-
namental pentru Curtea Europeană
a Drepturilor Omului

auditor de justiție Carla Anghelescu,
Institutul Național al Magistraturii

auditor de justiție Victor Constantinescu,
Institutul Național al Magistraturii

Colegiul științific:

jud. Diana Bulancea,
Curtea de Apel București
prof. univ. dr. Mihai Șandru,
Academia Română

jur. Mihai Banu,
Revista Română de Drept
Comunitar

Ruben Murdanaigum,
solicitor, Rubens Solicitors
Lochgilphead, Marea Britanie

lector univ. dr. Anamaria Groza,
judecător, Judecătoria Strehia

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:

jud. Ciprian Coadă,
Curtea de Apel Craiova

jud. Oana Ignat, Judecătoria Iași

jud. Simona Kovacs, Judecătoria Târgu
Secuiesc

jud. Lucian Cosmin Manoloiu,
Judecătoria Slatina

Gabriela Calbureanu, consilier juridic,
S.C. Romgaz S.A. Mediaș

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

Manjola Bejleri, președintele Asociației
Judecătorilor Albanezi

Ion Guzun, coordonator de programe,
Centrul de Resurse Juridice din
Moldova

Corector:

Cosmina Chevorchian

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.	Sentința 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

EDITORIAL - Punte peste secole	11	referire specială la Regulamentul de la Bruxelles din 2003 și la Convențiile de la Haga din 1980 și 1996	166
Constantin N. Brăiloiu - Circulara domnului ministru al Justiției către procurorii Tribunalului și Curților dincoace de Milcovu și către Președinții Tribunalului și Curților de dincolo de Milcovu [republicare din <i>Gazeta Judiciară</i> nr. 49 din 10 februarie 1862]	11		
ATITUDINI			
Miguel Schor – Despre dialogul constituțional și supremația judiciară	14		
Norman Dorsen – Recrutarea judecătorilor Curții Supreme a SUA justices	28		
Eli Wald – Ar trebui ca judecătorii să-i controleze pe avocați? Should Judges Regulate Lawyers?	39		
Eric Miller – A judeca cu rea-credință ...	63		
Frederick Schauer – Este important să fii important? Evaluarea procesului de selecție a cauzelor Curții Supreme [articol în lb. engleză]	126		
Jaime Octávio Cardona Ferreira – Scurtă reflecție cu privire la Justiția Restorativă 2011 în lumina legislației portugheze	133		
STUDII JURIDICE			
Victor Constantinescu - Regularitatea actului de sesizare și legalitatea sesizării instanței. Distincții. Orientări jurisprudențiale. Noul Cod de procedură penală	139		
Gabriel Caian – Drepturile omului și terorismul	147		
Victor Constantinescu - Citirea declarațiilor date în timpul urmăririi penale și dreptul acuzatului de a interoga martorii acuzării. Cauza <i>Al-Khawaja și Tahery împotriva Regatului Unit</i>	157		
Giovanna Di Bartolo – Rolul medierii familiale în conflictele transfrontaliere cu			
		JURISPRUDENȚĂ	
		Din jurisprudența recentă a Curții Europene a Drepturilor Omului:	173
		1. Cauza <i>Tănăsoaică împotriva României</i> , decizia de inadmisibilitate din 13.12.2011 – Obligația jurnaliștilor în cazul publicării informațiilor obținute de la terțe persoane (cu notă de Carla Anghelescu)	173
		2. Cauza <i>Țehanciu împotriva României</i> – Suspendarea automată din funcție la momentul trimiterii în judecată nu încalcă prezumția de nevinovăție (cu notă de Victor Constantinescu)	176
		3. Reducerea salariilor cu 25% prin Legea nr. 118/2010 este compatibilă cu art. 1 din Protocolul nr. 1 adițional la Convenție - decizia de inadmisibilitate în cauzele <i>Felicia Mihăieș și Adrian Gavril Senteș c. României</i> (cu notă de Dragoș Călin)	180
		Din jurisprudența recentă a Curții de Justiție a Uniunii Europene:	190
		1. Proprietate intelectuală. Societate informațională. Instanțele judecătorești pot obliga furnizorii de servicii online să înceteze, dar și să prevină încălcări ale dreptului de proprietate intelectuală săvârșite prin intermediul pieței gestionate de către aceștia	190
		2. Excluderea răspunderii statului pentru prejudiciile cauzate particularilor ca urmare a încălcării dreptului Uniunii, atunci când această încălcare este consecința interpretării regulilor de drept, aprecierii împrejurărilor de fapt și a probelor de către o instanță de ultim grad de jurisdicție este contrară dreptului Uniunii Europene. Limitarea răspunderii statului pentru prejudiciile cauzate particularilor de instanțele de ultim grad de jurisdicție, în aplicarea dreptului Uniunii, la cazurile de dol și culpă gravă este contrară dreptului Uniunii Europene	194

3. Proprietate intelectuală. Comunicarea publică a unei opere presupune comunicarea către un public care nu este prezent în locul de proveniență a comunicării, cu excluderea oricărei comunicări a unei opere realizate direct, făcută într-un loc deschis publicului, prin orice modalitate publică de execuție ori de prezentare directă a operei 199
4. Transport aerian. Noțiunea de “anulare” a unui zbor se aplică inclusiv în cazul unei aeronave care a decolat, dar care, indiferent de motiv, nu a ajuns la aeroportul de destinație. În situația unui zbor anulat, pasagerii au dreptul la acoperirea prejudiciului moral pe care l-au suferit 203
5. Persoana care se consideră lezată prin publicarea unor informații pe un site internet, accesibil în mai multe state membre, poate sesiza, cu o acțiune în despăgubire, instanțele de la locul de stabilire a editorului informațiilor sau de la centrul intereselor sale, solicitând întregul prejudiciu creat. Totodată, această persoană poate introduce o acțiune în despăgubire în fața instanțelor din statele membre pe teritoriul cărora site-ul internet a fost accesibil, caz în care nu va putea obține decât acoperirea prejudiciului produs în acele state membre [...] 205
6. Politica socială. O diferență de tratament între o persoană care este angajată, inclusiv în cadrul funcției publice, cu contract de muncă pe perioadă determinată și o altă persoană care este angajată cu contract de muncă pe perioadă nedeterminată nu se poate justifica doar prin durata contractului de muncă a celei dintâi persoane. O diferență de tratament între cele două categorii de persoane se poate fundamenta doar pe analiza concretă a atribuțiilor care le-au revenit, în cursul raporturilor de muncă 208
- Din jurisprudența recentă în materia organizării judecătorești și a statutului magistraților: 211**
1. Înscrierea, în vederea participării la un concurs de promovare, cu opțiunea „promovării efective” se poate realiza doar în condițiile în care există, la momentul înscrierii, posturi vacante alocate la instanța, respectiv la parchetul pentru care se optează prin înscrierea la concurs 211
2. Condiții de participare la concurs de promovare. Discriminare inexistentă. Deși judecătorii militari sunt independenți și inamovibili și au drepturile și obligațiile prevăzute de Statutul magistratului, totuși, pentru încadrarea ca judecător militar este necesară dobândirea calității de ofițer activ în cadrul M.Ap.N., iar promovarea se poate face numai în cadrul instanțelor militare .. 214
3. Răspundere disciplinară. Prescripția răspunderii disciplinare împiedică o analiză pe fond, sub aspectul existenței/inexistenței faptelor sesizate, a urmărilor acestora și a altor elemente relevante în stabilirea existenței/inexistenței vinovăției persoanelor cu privire la care s-au desfășurat verificările prealabile/cercetarea disciplinară 218
4. Formator I.N.M. Calitatea de judecător și de procuror, membru ales al C.S.M. este compatibilă cu funcția de formator în cadrul I.N.M., activitate ce poate fi desfășurată fără a fi necesară detașarea 224
5. Indemnizația pentru maternitate se calculează și se plătește de către fiecare angajator pentru persoanele asigurate în sistemul de asigurări de sănătate ce își au domiciliul sau reședința în România, și care desfășoară activitatea la mai mulți angajatori, pe bază de contract individual de muncă sau în baza raportului de serviciu [...] 227

PREZENTĂRI

- Quelle justice pour la France? 31 personnalités répondent aux préoccupations des Français, Éditions L'Harmattan, Paris, 2012 233**

GREFA VESELĂ

- Ordonanțele Curții de Justiție a Uniunii Europene (Camera a șasea) din 14 decembrie 2011 în cauzele Victor Cozman (C-462/11), Corpul Național al Polițiștilor (C-434/11) și Boncea și Budan și alții (C-483/11 și C-484/11) 235

Contents

BRIDGE OVER CENTURIES	11	family matters with special reference to the Brussels Regulation of 2003 and the Hague Conventions of 1980 and 1996 ...	166
Constantin N. Brăiloiu - Circular of the Minister of Justice to the prosecutors of Tribunals and Courts close to the river Milcovu and to the Presidents of Tribunals and Courts beyond the river Milcovu [reprint of Judicial Gazette no. 49 of 10 February 1862]	11		
ATTITUDES			
Miguel Schor – Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy	14		
Norman Dorsen - The selection of U.S. Supreme Court justices	28		
Eli Wald - Should Judges Regulate Lawyers?	39		
Eric Miller - Judging in Bad Faith	63		
Frederick Schauer - Is it Important to be Important? Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process	126		
Jaime Octávio Cardona Ferreira – Brief Reflection about Restorative Justice 2011 in Light of the Portuguese Legislation	133		
LEGAL STUDIES			
Victor Constantinescu - The legality of the act to initiate the proceedings before the court. Criteria. Guidelines of the case-law. The New Code of Criminal Procedure.	139		
Gabriel Caian - Human Rights and Terrorism	147		
Victor Constantinescu – Admissibility of statements made during the criminal proceedings and the right of the indicted person to question witnesses against him. Case <i>Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom</i>	157		
Giovanna Di Bartolo - The role of Mediation in Cross-Border disputed in			

family matters with special reference to the Brussels Regulation of 2003 and the Hague Conventions of 1980 and 1996 ... 166

CASE-LAW

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

1. Case of *Tănăsescu v. Romania*, Decision on Admissibility of 13.12.2011 – The Obligation for Journalists Publishing Information Obtained from Third Parties (note by Carla Anghelescu)

2. *Teșcăciuc v. Romania* - Automatic Suspension from the Function of a Person who is Sent before the Court does not Violate the Presumption of Innocence (note by Victor Constantinescu)

3. The 25% salary cut under the Law no. 118/2010 is Compatible with Art. 1 of the First Additional Protocol to the Convention - the Decision on Admissibility in the of Cases *Mihăieș Felicia and Adrian Gabriel Senteș v. Romania* (note by Dragoș Calin)

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

1. Intellectual property. The Information Society. The courts may require online providers to stop and to prevent violations of intellectual property rights committed by the market managed by them

2. Exclusion of State liability for damage caused to individuals in breach of EU law, where that breach is the result of interpreting the rules of law, assessing the facts and evidence by a court of last instance is contrary to EU law. Limitation of Liability for damage caused to individuals by the state courts of last instance, the application of Union law, in cases of willful and serious misconduct is contrary to EU law

3. Intellectual property. Public communication of a work involves communication to an audience that is not present in the place of communication, without any communication of a work made directly, made in a place open to the public, through any form of performance or direct presentation of the work	199	2. Conditions of the contest promotion. Lack of discrimination. Although military judges are independent and irremovable and they have the rights and obligations under the Statute of the magistrate, however, to become a military judge it is required the quality of active officer in the Ministry of Defence and promotion can be done only in military courts	214
4. Aviation. Definition of "cancellation" of a flight including applies to an aircraft that took off, but for whatever reason, did not reach the destination airport. In case of a canceled flight, passengers are entitled to covermoral damages that they suffered.	203	3. Disciplinary. Prescription of the disciplinary liability prevents the analysis in substance, in terms of existence / nonexistence of the facts, in terms of their consequences and other relevant factors in determining the existence / non existence of guilt of the people who were subjects of the prior conduct / disciplinary	218
5. Person who is affected by publication of information on a website accessible in several Member States can act, an action for damages, courts at the place of the publisher or the information center of his, asking all of the damage created. However, this person may bring an action for damages in the courts of Member States in which the website was accessible, in which case he could not obtain only cover damage caused in those Member States. Providers of electronic commerce can not be applied, in principle, when they operate in other Member States than fixing more stringent than those resulting from the substantive law of the State of establishment	205	4. Trainer at The National Institute of Magistracy. The quality of judges and prosecutors, elected as member of the CSM is compatible with the position of trainer for the National Institute of Magistracy. This activity can be performed without the need for deployment	224
6. Social policy. A difference in treatment between a person who is employed, including the civil service, with fixed-term employment contract and another person who is employed on indefinite employment contract can be justified only by the duration of labor first person. A difference in treatment between the two categories of persons can substantiate only specific analysis of the tasks they have returned during the service	208	5. Maternity allowance is calculated and paid by each employer to persons who are included in the health insurance system that domicile or residence in Romania, persons which operates in more than one employer, under individual employment contract or under service report. For non-pecuniary damage suffered by the deed of the employer to not pay maternity allowance, the applicant is held to prove the percentage, according art.1169 of the Civil Code	227
Recent case-law in matters of judicial organization and status of judges:	211	<u>PRESENTATIONS</u>	
1. Registration for participation in a promotional contest, with the option of the "promoting effective" can be achieved only if there is, at the time of registration, vacancies allocated to the court, namely at the public prosecutor which is chosen by entering the contest	211	Quelle justice pour la France? 31 personnalités répondent aux préoccupations des Français, Éditions L'Harmattan, Paris, 2012	
		<u>FUNNY REGISTRY</u>	
		Orders of the Court of Justice of the European Union (Sixth Chamber) of 14 December 2011 Victor Cozman case (C 462/11), the National Police Corps (C 434/11) and Budan Boncea and others (C 483/11 and C 484/11)	

Sommaire

À LA RECHERCHE DU TEMPS PERDU	11	particulière au Règlement n° 2201/2003 et les Conventions de La Haye de 1980 et 1996	166
Constantin N. Brăiloiu - Circulaire du Ministre de la Justice adressée aux procureurs des Tribunaux et des Cours au-delà de la Rivière Milcovu et aux présidents des Tribunaux et des Cours de ce côté de la Rivière Milcovu [réédition de la Gazette de la Magistrature no. 49 du 10 Février 1862]	11		
ATTITUDES		JURISPRUDENCE	
Miguel Schor – Dialogue constitutionnel et la suprématie judiciaire	14	La jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l’Homme: ..	173
Norman Dorsen – La sélection des juges de la Cour Suprême des États-Unis	28	1. L'affaire <i>Tănăsoaică c. Roumanie</i> , décision d'irrecevabilité du 13.12.2011 – Les obligations des journalistes pour la publication des informations obtenues auprès de tierces parties (note par Carla Anghelescu)	173
Eli Wald – Est-ce que les juges devraient réglementer les avocats?	39	2. L'affaire <i>Teșciuc c. Roumanie</i> - La suspension automatique d'un fonctionnaire de ses fonctions quand il est renvoyé en jugement ne viole pas la présomption d'innocence (note par Victor Constantințescu)	176
Eric Miller – Juger de mauvaise foi	63	3. La réduction du salaire de 25% par la Loi no. 118/2010 est compatible avec l'art. 1 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention - la décision d'irrecevabilité dans l'affaire <i>Mihăieș Felicia et Adrian Gabriel Sentes c. Roumanie</i> (note par Dragoș Călin)	180
Frederick Schauer – Est-il important d'être important? Évaluation du processus de sélection des affaires de la Cour Suprême	126	De la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne:	190
Jaime Octávio Cardona Ferreira – Brève réflexion sur la Justice Réparatrice de 2011 au regard de la législation portugaise	133	1. La propriété intellectuelle. Les tribunaux peuvent exiger aux fournisseurs en ligne d'arrêter et de prévenir les violations des droits de propriété intellectuelle commises par le biais du marché géré par eux	190
ETUDES JURIDIQUES		2. L'exclusion de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers en violation de la législation de l'UE, où cette violation est le résultat de l'interprétation des règles de droit, l'appréciation des faits et des preuves par un tribunal de dernière instance est contraire au droit communautaire. La limitation de responsabilité pour les dommages causés aux particuliers par les tribunaux de l'État de dernière instance qui appliquent la législation de l'Union, aux cas de faute intentionnelle et grave, est contraire au droit communautaire	194
Victor Constantinescu - La régularité et la légalité de l'acte de saisie. Distinctions. Directions jurisprudentielles. Le nouveau Code de procédure pénale	139		
Gabriel Caian – Les droits de l'homme et le terrorisme	147		
Victor Constantinescu - La lecture des dépositions faites au cours de l'enquête pénale et le droit de l'accusé d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et à décharge. L'affaire <i>Al-Khawaja et Tahery c Royaume-Uni</i>	157		
Giovanna Di Bartolo - Le rôle de la médiation familiale dans les conflits transfrontaliers, avec une référence			

3. La propriété intellectuelle. La communication publique d'une œuvre implique la communication à un public qui n'est pas présent dans le lieu de communication, sans aucune communication d'une œuvre faite directement, dans un lieu ouvert au public, par le biais de toute forme de réalisation ou de présentation directe de l'œuvre	199	2. Conditions du concours de promotion. Manque de discrimination. Bien que les juges militaires sont indépendants et inamovibles et ils ont les droits et obligations en vertu du Statut du magistrat, cependant, pour devenir juge militaire il est nécessaire d'avoir la qualité d'officier actif dans le Ministère de la Défense et la promotion peut se faire seulement dans les tribunaux militaires	214
4. Transport aérien. La définition de "l'annulation" d'un vol s'applique aussi à un aéronef qui a décollé, mais pour une raison quelconque, n'a pas atteint l'aéroport de destination. Dans le cas d'un vol annulé, les passagers ont droit à des dommages-intérêts pour le préjudice moral qu'ils ont subi	203	3. Responsabilité disciplinaire. La prescription de la responsabilité disciplinaire empêche l'analyse en substance, en termes d'existence / inexistence des faits, en termes de leurs conséquences et d'autres facteurs pertinents pour déterminer l'existence / inexistence de la culpabilité des personnes qui étaient les sujets de l'enquête préalable / disciplinaire	218
5. La personne qui est affectée par la publication d'informations sur un site Web accessible dans plusieurs États membres peut intenter une action en dommages-intérêts devant les tribunaux de l'endroit de l'éditeur des informations ou du centre de ses intérêts, en demandant tous les dommages subis. Toutefois, cette personne peut intenter une action en dommages-intérêts devant les tribunaux des États membres dans lesquels le site était accessible, auquel cas elle ne peut obtenir que les dommages causés dans les États membres	205	4. Formateur ENM. La qualité de juge et de procureur, élu membre du C.S.M. est compatible avec la fonction de formateur à l'ENM, l'activité peut être réalisée sans la nécessité du détachement	224
6. La politique sociale. Une différence de traitement entre une personne qui est employée, y compris la fonction publique, avec un contrat de travail à durée déterminée et une autre personne qui est employée à contrat à durée indéterminée ne peut être justifiée que par la durée du contrat de travail de la première personne. Une différence de traitement entre les deux catégories de personnes peut être justifiée seulement par l'analyse spécifique des tâches assignées au service	208	5. L'allocation de maternité est calculée et versée par chaque employeur à des personnes qui sont inclus dans le système d'assurance de santé, qui ont le domicile ou la résidence en Roumanie, qui travaillent pour plusieurs employeurs en vertu de contrat du travail individuel ou du rapport de service	227
De la jurisprudence récente en matière d'organisation judiciaire et le statut des juges:	211	PRÉSENTATIONS	
1. L'inscription pour la participation à un concours de promotion, avec l'option de «promotion effective» peut être admise seulement s'il y a, au moment de l'inscription, des postes vacants affectés aux tribunaux ou aux parquets choisis ...	211	Quelle justice pour la France? 31 personnalités répondent aux préoccupations des Français, Éditions L'Harmattan, Paris, 2012	
		LE GREFFE JOYEUX	
		Ordonnances de la Cour de Justice de l'Union Européenne (sixième chambre) du 14 décembre 2011 dans les affaires <i>Cozman Victor</i> (C 462/11), le <i>Corps National de Police</i> (C 434/11) et <i>Budan Boncea et d'autres</i> (C 483/11 et C 484/11)	

Punte peste secole

Circulara domnului ministru al Justiției către procurorii Tribunalelor și Curților dincoace de Milcovu și către Preșidenții Tribunalelor și Curților de dincolo de Milcovu

[republicare din *Gazeta Judiciară* nr. 49 din 10 februarie 1862]

Domnule!

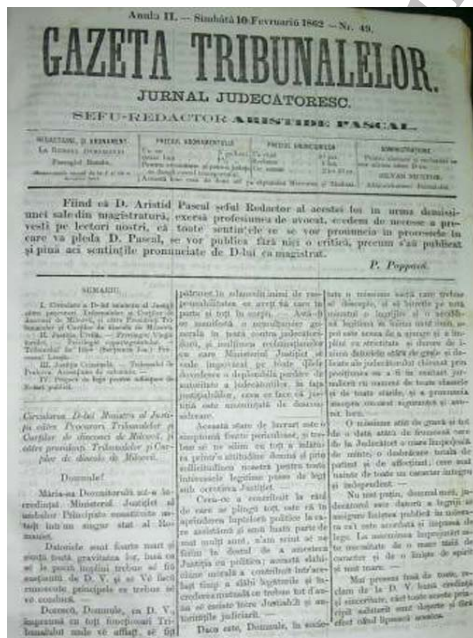
Măria-sa Domnitorulu mi-a încredințat Ministerul Justiției al ambelor Principate constituite astăzi într-un singur stat al Romuniei.

Datoriile sunt foarte mari și simțu toată gravitatea lor, însă ca să le pociu împlini trebuie se fiu susținutu de D.V. și se ve fecu cunoscute principiile ce trebuie se ve conducă.

Dorescu, Domnule, ca D.V. împreună cu toți funcționarii Tribunalului unde vă aflați se fiți pătrunși în adânculu inimii de responsabilitatea ce aveți fiă care în parte

și toți în corpu. Astă-di se manifestă o nemulțumire generală în țeară contra judecătorilor și mulțimea reclamațiunelor cu care Ministeriul Justiției se vede împovărat pe toate dilele dovedesce o deplorabilă pierdere de autoritate a judecătorilor în fața justițiabililor, ceea ce face că justițiă este amenințată de desconsiderare.

- Această stare de lucruri este o simptomă foarte periculoasă și trebuie să ne silim cu toții a înlătura printr-o atitudine demnă și prin sollicitudinea noastră pentru toate interesele legitime pusse de legi sub ocrotirea Justiției.



Ceea-ce a contribuit la răul de care se plângu toți este că în aprinderea luptelor politice la care assistăm și am luat parte de mai mulți ani, n-am știut să ne ferim în destul de a mesteca Justiția cu politica; această slăbiciune morală a contribuit într-aceleși timp să slăbească legăturile și încrederea mutuală ce trebuie totdeauna să existe între Justițiabili și autoritățile Judiciarii.

Dacă este, Domnule, în societate o misiune sacră care trebuie să se desfășoare și să se întrețină pe totu timpul o îngrijire și o neodihnă legitimă în inima unui om, apoi este aceea de a ajunge și a împlini cu strictețe și durere de inimă datorile atât de grele și delicate ale judecătorului chemat prin pozițiunea sa să fie în contact jurnalieru cu oameni de toate clasele și de toate stările și să pronunțe asupra onoarei, siguranței și averii lor.

O misiune atât de gravă și tot de o dată atât de frumoasă cere de la Judecători o mare limpedea de minte, o desbrăcare totală de patimi și de afecțiuni, cere mai-nainte de toate un caracter integru și independent.

Nu mai puțin, domnul meu, judecătorul este dator să îngrijească să asigure liniștea publică în măsura ce-i este acordată și impusă de lege. La asemenea împrejurări este necesară o mare tărie de caracter și de o liniște de spirit și mai mare.

Mai presus însă de toate, reclam de la D.V. bună credință și sinceritate, căci toate aceste principii salutarii sunt deșerte și fără efect când lipsesc acestea.

D.V. în particularu sunteți însărcinați mai cu ossebire să păziți legile și să asigurați liniștea publică și spre acestu sfârșit este neapărat ca pe lângă calitățile de mai sus să desfășurați o activitate și o energie pe totu timpul.

Acestea sunt, Domnule, principiile care doresc să se conducă în exercițiul funcțiunii ce veți fi încredințați și sunt siguru că veți vedea foarte curând

efectele salutarii ce ele sunt menite să producă, căci v-o declarăm acum, că veți fi sever și implacabil și că veți cere îndată de la Măria-sa depărtarea din funcțiune a ori căruia funcționar ce s-ar încerca să pășească pe o cale rătăcită; tot d-odată veți crede de a mea datorie de a deosebi și de a recomanda spre înaintare pe toți aceia cari, pătrunși de datorile lor, s-ar face demni de asemenea resplăță.

Veți invita, Domnule, să comunice această circulară complectului în audiența publică.

Priimiți Domnule încredințarea și considerațiile mele.

**Ministrul Justiției,
Constantin N. Brăiloiu**

Nota redacției:

Constantin N. Brăiloiu (născut la 3 octombrie 1809, Craiova, decedat la 19 iunie 1889, București) a fost un jurist și om politic conservator, președinte al Adunării Deputaților (18 februarie-3 mai 1876). Descendent al unei vechi familii din Oltenia, începe școala la Sibiu și continuă cu studii de litere și drept la Geneva și Paris. Intră în magistratură, fiind procuror (1834), apoi profesor de drept penal (1837) și procuror pe lângă Tribunalul comercial (1840). Își începe activitatea politică în perioada prepașoptistă, fiind membru al Adunării Obștești a Țării Românești în timpul domniei lui Gheorghe F. Bibescu (1842—1848). După Revoluție ocupă diferite funcții: director al Eforiei Scalelor sub căimăcămia lui C. Cantacuzino (1848), membru în comisia pentru dezrobirea țiganilor în timpul domniei lui Barbu Știrbei (1849-1856) și în comisia care prezintă Domnului proiectul de reorganizare a învățământului 1851. Din 1859, în timpul domniei lui A.I. Cuza, este președinte al Curții de Comerț (1859), membru în Comisia Centrală de la Focșani și ministru al Justiției în guvernul Țării Românești (30 aprilie-12 mai 1861), păstrând portofoliul și în primul guvern unic al României (22 ianuarie-7 iunie 1862). Trece în tabăra susținătorilor principelui străin, semnând un act prin care se obliga "să susțină prin toate mijloacele alegerea unui principe străin" în caz

de vacanță a tronului. După alegerea lui Carol I și instaurarea monarhiei constituționale, este ales succesiv deputat și senator. Primar al Capitalei în iunie-august 1873. Desfășoară o bogată activitate publicistică, fiind redactor la "Album științific și literar" (București), „Conservatorul progresist” (București), unde a fost și director, „Revista Dunării” (București). A lăsat câteva lucrări, între care "Pravilni-

ceasca condică a domnului Alecsandru Ioan Ipsilante V.V." (1841), "Legiurile civile ale Țării Românești cuprinzând legiuirea domnului I.G. Caragea coordonată cu dispozițiile civile ale Regulamentului Organic, adnotate și clasificate" (1854), "Condica de Comerț a Țării Românești" (1858), "Revizuirea Constituției" (1879). A se vedea, pentru detalii, http://biografii.famouswhy.ro/constantin_brailoiu/ .

www.editurauniversitara.ro

ATITUDINI

Dialogul constituțional și supremația judiciară

*Miguel Schor**

Rezumat:

Lucrarea autorului prezintă un subiect juridic universal, respectiv modul în care instanțele constituționale își exercită jurisdicția și interacționează cu puterea legislativă. Prezentând în antiteză sistemul nord-american și cel canadian, autorul analizează cum instanțele supreme din cele două țări invalidează legile și care sunt mecanismele prin care puterea legislativă poate răspunde acestor invalidări.

Abstract:

The paper elaborates on a universal legal topic, namely, the way constitutional courts exercise their jurisdiction and interact with the legislative branch. In the antithesis of the north-American and Canadian legal system, the author analyses the methods used by Supreme Courts in both states to invalidate statutes and legislative's branch mechanisms that can be used to respond to the invalidations.

Keywords: constitutionality of laws, constitutional control authority, the legislative role of Constitutional Courts, the declaration of unconstitutionality

1. Introducere

Geneza acestei lucrări rezidă într-o observație și, în același timp, într-un puzzle. Observația este că teoreticienii cu o gândire empirică din Statele Unite și Canada subliniază că ideea controlului judiciar este cel mai bine înțeleasă atunci când exemplifică dialogul constituțional, nu supremația judiciară. Ideea dialogului corespunde unei îngrijorări recurente, conform căreia, controlul judiciar este o

instituție deviantă a democrației. Dacă actorii politici ar purta un dialog cu instanțele asupra sensului constituției, atunci argumentul conform căruia controlul judiciar este anti-democratic își pierde din forță.

Puzzle-ul este că dialogul ar trebui să funcționeze diferit în Canada față de



* Miguel Schor, Profesor invitat și Director al Centrului de Drept Constituțional, Drake University School of Law, 2010 – 2011 și profesor de drept, Suffolk University Law School. Aș vrea să le mulțumesc lui Barry Friedman, Stephen Garbaum, Mark Kende, David Law și Mark Tushnet pentru

comentariile lor pe marginea unei versiune anterioare a acestei lucrări. Creată pentru Princeton Constitutional Law Schmooze, 3 – 4 Decembrie 2010. Draft-ul datează din 23 Decembrie 2010. Comentariile sunt bine venite la miguel.schor@drake.edu.

Statele Unite. Limbajul folosit în Carta de drepturi și libertăți a Canadei demonstrează o teamă față de puterea exercitată de Curtea Supremă a Statelor Unite având în vedere că unele dispoziții fundamentale ale Cartei caută să păstreze puterea legislativă ca interpretator al constituției. Deși deciziile judiciare pot fi obiect al contestării sau dialogului politic atât în Canada cât și în Statele Unite, politicienii din Canada au o paletă mai întinsă de mecanisme pe care le pot folosi, spre deosebire de Statele Unite.

Dacă doctrinarii doresc să înțeleagă experiența constituțională Americană, trebuie să observe atent Canada. În nici un sistem politic din lume nu au intervenit schimbări constituționale cu o asemenea înțelegere a sistemului din Statelor Unite ca în Canada¹. Această țară reprezintă un exemplu rar de știință constituțională susținută. În particular, discuția care a condus la adoptarea Cartei, arată că actori importanți au învățat din experiența Americii din era *Lochner* (*n.n. autorul se referă la cauza Lochner c. Statului New York soluționată de Curtea Supremă de Justiție a Statelor Unite în 1905 prin care s-a statuat că libertatea contractuală este o garanție implicită a dreptului la un proces echitabil conținută în Amendamentul al 14-lea din Constituția Statelor Unite*) în care s-a dovedit că instanțele prea puternice pot submina democrația². Deși Canada și Statele Unite au ambele legi scrise cu privire la drepturile fundamentale și controlului juridicțional, cele două state sunt diferite prin puterile formale deținute de către Curțile Supreme pentru a face ca deciziile lor să fie hotărâtoare. Dacă am face o înșiruire a tuturor curților constituționale din lume având ca spectru posibilitatea actorilor politici de a contesta

controlul juridicțional, Curtea Supremă a Statelor Unite apare ca fiind mai insensibilă la dialog decât Curtea Supremă a Canadei. Această lucrare analizează dacă aceste diferențe formale sunt concretizate în realitatea politică și dacă există un beneficiu al democrației pentru slăbirea controlului juridicțional.

Această lucrare analizează dialogul constituțional prin compararea unui sistem constituțional care (aproape) consolidează supremația juridicțională – Statele Unite – cu un sistem constituțional care încearcă să concilieze rolul puterii judiciare și a celei legislative în interpretarea constituțională – Canada. Argumentația este împărțită în trei părți.

A doua parte realizează un examen critic al teoriei dialogului constituțional în Canada și în Statele Unite. Teoria dialogului în Statele Unite se concentrează asupra reacțiilor actorilor societății la deciziile judiciare, în timp ce dialogul canadian subliniază reacțiile legislativului față de controlul judiciar. Întrebarea este de ce dialogul a urmat o cale diferită în Canada decât în Statele Unite.

Cea de a treia parte analizează această întrebare. Curtea Supremă a Statelor Unite se bucură de o autonomie mai mare în interpretarea Constituției decât Curtea Supremă a Canadei. Politica constituțională, nu textul constituțional, a conturat în mod decisiv mecanismele disponibile actorilor politici pentru a răspunde deciziilor judiciare atât în Canada cât și în Statele Unite.

A patra parte argumentează că slăbirea supremației judiciare, cum s-a întâmplat în Canada, este un beneficiu pentru democrație. Sisteme constituționale care împuternicesc puterea legiuitoare de a participa la controlul juridic-

¹ Partea a II-a *infra*. A se vedea Peter H. Russel, *Constitutional Odyssey: Can Canadians become a sovereign people?* (ed. a III-a 2004).

² Canada nu este singurul sistem politic care a

luat ca exemplu negativ cauza *Lochner*. A se vedea Miguel Schor, *The strange case of Marbury and Lochner in the Constitutional imagination*, 87 Tex. L. Rev. 1463 (2009)

Slăbirea supremației judiciare, cum s-a întâmplat în Canada, este un beneficiu pentru democrație. Sisteme constituționale care împuternicesc puterea legiuitoare de a participa la controlul jurisdicțional favorizează încrederea între partidele politice adverse; pe de altă parte, supremația judiciară favorizează o polarizare politică.

țional favorizează încrederea între partidele politice adverse; pe de altă parte, supremația judiciară favorizează o polarizare politică.

2. Teoria dialogului constituțional

Doctrina dialogului se întemeiază pe o definiție comun acceptată, dar mai puțin obișnuită a dialogului. Dialogul nu este definit ca fiind o conversație între instanțe, cetățeni și demnitarii aleși³. În schimb, dialogul este conceptualizat prin modul în care actorii sociali și politici răspund exercițiului puterii judiciare. Din moment ce doctrina dialogului pleacă de la prezumția că instanțele stabilesc agenda constituțională, nu caută să detroneze instanțele din centrul interpretativ al universului constituțional. Întrebarea pusă de doctrina dialogului este cum pot instanțele și partenerii politici juniori să se confrunte în interpretarea constituțională.

Doctrina dialogului în Statele Unite este în mod special minoritară și critică,

din moment ce încrederea în doctrina supremației judiciare este adânc împământenită în constituționalismul american⁴. Doctrina dialogului în Statele Unite are două abordări în stabilirea empirică a modalităților democratice de îmbunătățire deciziilor Curții: una subliniază importanța mecanismelor *ex ante*, cum ar fi numirile în funcțiile judiciare și cealaltă reliefează factorii *ex post*, cum ar fi răspunsurile politice date deciziilor judiciare. Cei care se bazează pe numiri pretind că opiniile Curții nu pot devia prea mult de la obiectivele strategice ale elitei dominante politic⁵. Cei care se bazează pe explicațiile *ex post* susțin că în rolul său de actor strategic, Curtea Supremă trebuie să țină cont de preferințele celorlalți actori dacă dorește să obțină cooperarea lor în implementarea deciziilor⁶ sau dacă vrea ca mișcările sociale să formeze prezumțiile implicite care inspiră deciziile judiciare⁷.

În esență, numirile și contestarea standardelor sunt două dintre opțiunile pe care actorii politici le au la dispoziție pentru influențarea Curții. Din moment ce numirile pentru Curtea Supremă au devenit câmpul de luptă al grupurilor de interese⁸, doctrina dialogului se bazează în mare parte pe mecanisme conflictuale pentru a submina supremația judiciară. Întrebarea este dacă dialogul poate fi structurat în așa manieră încât să poată favoriza cooperarea în locul conflictului. Canada poate fi privită ca un scenariu. Canada, scrie Mark Tushnet, prezintă

³ Sanford Levinson, *Courts as participants in „Dialogue”: A view from American States* (2010)

⁴ Larry D. Kramer, *The people Themselves: Popular constitutionalism and judicial review* 227-248 (2004); Lou Fisher, *Judicial Supremacy: How did this far-fetched claim originate?* (SSRN Aug 11, 2010)

⁵ Robert A. Dahl, *Decision-making in a Democracy: The supreme Court as a National Policy-Maker*, publicat în *Judicial Review and the Supreme Court* 105 (Leonard W. Levy ed., 1967)

⁶ Lee Epstein & Jack Knight, *The Choices Justices Make* (1988).

⁷ Barry Friedman, *The will of the People: How public Opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution* (2009); Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism Backlash*, 42 Harv. C.R. – C.L. L. Rev. 373 (2007).

⁸ Miguel Schor, *Judicial Review and American Constitutionalism Exceptionalism*, 46 Osgoode Hall L.J. 535, 549 – 50 (2008).

unul dintre exemplele „rare” de „inovație” constituțională⁹. A constituționalizat drepturi în 1982 dar a căutat să evite pericolele supremației judiciare exemplificate de Curtea Supremă a Statelor Unite.

Carta a căutat să atenueze puterea Curții Supreme Canadiene prin două inovații care au rezultat din cunoașterea constituțională.

Prima inovație este art. 1 al Cartei care prevede că drepturile pot fi limitate prin lege¹⁰. Premierii provinciali care s-au opus Cartei au refuzat o redactare în stilul american al „Bill of Rights” căreia îi lipseau limitările explicite. Ei susțineau că un control judiciar ar fi fost „nedemocratic” și „influențat de valori personale” ale judecătorilor¹¹. Articolul 1 a fost adoptat și pus la începutul Cartei pentru a domoli aceste critici.

A doua inovație este articolul 33 „Clauza *cu toate acestea*”, care permite puterii legislative să încalce temporar anumite drepturi din Cartă¹². Premierii care s-au opus Cartei au insistat asupra păstrării „clauzei *cu toate acestea*” pentru a sprijini adoptarea Clauzei. Allan Blakeney, unul dintre premierii provinciali care a jucat un rol esențial în crearea clauzei, a fost „în mod determinant influențat de încercarea lui Franklin Roosevelt de a promulga pachetul legislativ New

Deal și controlul judiciar în Statele Unite”¹³. El era de părere că realizarea compromisului în favoarea puterii legislative în ceea ce privește drepturile reprezenta o virtute și că această clauză era, prin urmare, o bună guvernare.

Având în vedere această istorie, nu este surprinzător că doctrina constituțională în Canada s-a preocupat cu întrebarea în ce măsură Carta a „americanizat” Constituția Canadei¹⁴. Susținătorii doctrinei dialogului au argumentat că în Canada controlul judiciar funcționează diferit față de Statele Unite pentru că puterea legislativă poate să adopte legi care să răspundă deciziilor constituționale¹⁵. Criticii doctrinei dialogului, pe de altă parte, susțin că atât Curtea Supremă a Statelor Unite cât și Curtea Supremă a Canadei se bucură de supremație judiciară, din moment ce „clauza *cu toate acestea*” a devenit politic și normativ dificil de aplicat. Din punct de vedere politic, problema este că instanța supremă Canadiană și-a făcut aliați politici puternici care, bineînțeles, militează împotriva anulării legislative a victoriilor judiciare. Normativ, apărătorii Curții Supreme Canadiene consideră că este o tensiune ireconciliabilă între supremația legislativă și cea judiciară.

În timp ce doctrina dialogului ne oferă o imagine destul de fidelă despre cum

⁹ Mark Tushnet, *Dialogic Judicial Review*, 61 Ark. L. Rev. 205 (2009)

¹⁰ Articolul 1 statuează: „Carta Canadiană de Drepturi și Libertăți garantează drepturile și libertățile fundamentale, care pot fi limitate numai în limitele rezonabile care pot fi justificate într-o societate democratică”.

¹¹ Janet Hiebert, *The evolution of the Limitation Clause*, 28 Osgood Hall L.J. 103, 109 n. 22 (1990).

¹² Art. 33 alin. 1 prevede că „Parlamentul sau puterea legislativă a unei provincii poate declara într-un Act al Parlamentului sau a legislativului, după caz, că o dispoziție sau întreg actul poate intra în vigoare fără a ține seama de o dispoziție inclusă în art. 2, 7 sau 15 din această Cartă”. O astfel de declarație este valabilă 5 ani (cu excepția

cazului când un termen mai scurt este precizat) și poate fi reînnoită.

¹³ Janet L. Hiebert, *Compromise and the Notwithstanding Clause: Why the Dominant Narrative Distorts our Understanding*, publicată în *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 107, 112 (James B. Kelly & Christopher Manfredi eds., 2009).

¹⁴ A se vedea *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 107, 112 (James B. Kelly & Christopher Manfredi eds., 2009); Symposium, *Charter Dialogue: Ten Years Later*, 45 Osgoode Hall L.L. 1 (2007).

¹⁵ Peter W. Hoog et al., *Charter Dialogue Revisited – Or „Much Ado about Metaphors”*, 45 Osgoode Hall L.J. 1 (2007).

actorii din mediul social și politic contestă deciziile judiciare, ea se sprijină pe fundamente teoretice discutabile. Norme cum ar fi dialogul constituțional și supremația judiciară nu sunt înscrise într-o constituție formală. Mai degrabă, ele impregnează așteptările și cunoștințele nescrise ale societății. Constituția nescrisă reprezintă un exemplu pentru executiv și asigură contextul necesar contestării politice¹⁶. Aceste norme sunt la fel de invizibile pe cât sunt de necontestate¹⁷, dar ele nu au format dintotdeauna o parte din ordinea constituțională a unei națiuni. Întrebările cheie sunt, prin urmare, cum au apărut asemenea norme¹⁸ și de ce doctrina dialogului a urmat o cale diferită în Canada decât în Statele Unite. Partea a III-a ne oferă o trecere în revistă a modului în care politica constituțională în Statele Unite și Canada a modelat crearea dialogului constituțional. Dialogul funcționează diferit în Canada față de Statele Unite dar nici o prevedere scrisă în niciuna dintre constituții nu ar putea credita acest rezultat. Statele Unite ar fi putut avea o Curte Supremă mai slabă decât cea pe care o au acum; Curtea Supremă a Canadei ar fi putut deveni la fel de puternică ca instanța supremă americană.

3. Politica constituțională și apariția doctrinei dialogului

Această lucrare problematizează ceea ce apare ca fiind de domeniul evidenței

în privința motivului pentru care dialogul funcționează diferit în Canada față de Statele Unite.” Carta a împrumutat ideea drepturilor constituționalizate de la Statele Unite și a căutat să stabilească un alt echilibru între demnitarii aleși și judecători în interpretarea drepturilor. Prin urmare, textul constituției Canadei și Statelor Unite construiesc în mod diferit conflictul între instanțe, cetățenii și demnitarii aleși. Doctrinarii dispută în mod aprins dacă aceste diferențe contează¹⁹. Această lucrare susține că politica constituțională, nu arhitectura constituțională, a marcat în mod fundamental controlul jurisdicțional atât în Canada cât și în Statele Unite.

Instituțiile sunt terenul unde au loc luptele politice pentru determinarea formei constituției. Supremația judiciară este un contingent al ordinii constituționale americane, nu un element necesar. Încercările de a suprima puterile Curții au fost curmate definitiv în anii 1930. Controlul jurisdicțional din Canada ar fi putut evolua într-o supremație judiciară, chiar dacă puterea politică are mecanisme relativ mai puternice pentru a contesta deciziile judiciare. Convenția politică care a fost realizată împotriva utilizării art. 33 reprezintă un pas în sensul supremației judiciare. Totuși, relația dintre instanței și demnitarii aleși este mai puțin conflictuală în Canada decât în Statele Unite datorită adaptărilor politice care au avut loc în urma Cartei. Puterea legislativă a răspuns apariției controlului jurisdicțional prin instituționalizarea verificării legilor

¹⁶ Karl N. Llewellyn, *The Constitution as an Institution*, 34 Colum. L. Rev. 1 (1934)

¹⁷ Kim Lane Scheppelle, *When Invisible Constitutions Become Visible: A Meditation on Unconstitutional Constitution Amendments (with Urgent Reference to Hungary)* (2010).

¹⁸ Hernando de Soto, *El Otro Sendero* (1989) despre apariția normelor informale. A se vedea Jean McLean, *Constitutional Conventions* (2010) (care argumentează că o convenție constituțională apare în momente de criză).

¹⁹ A se compara Gardbaum, *New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 8 I.J. Const. L. 167 (2010) cu Tushnet, *supra nota nr. 11*

²⁰ James B. Kelly, *Governing With the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent* (2005). Semințele acestei practici au fost plantate atunci când Canada a adoptat o lege a drepturilor în 1960. A se vedea Janet L. Hiebert, *New Constitutional Ideas: Can Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, 82 Tex L. Rev. 1963, 1969 – 70 (2004)

pentru compatibilitatea cu Carta²⁰, măsură care a facilitat o relație de cooperare între instanțe și reprezentanți.

Pentru a determina dacă instanțele se bucură de supremație judiciară, va trebui să cercetăm curentul principal al politicii constituționale care inspiră izvorul constituțional nescris. Când instanțele încep exercitarea controlului jurisdicțional, deplasează relațiile de putere existente. Cum reținea și Keith Whittington, „Puterea de a spune ceea ce înseamnă Constituția – nu cea de a refuza aplicarea legilor aflate în conflict cu Constituția – a fost istoric pusă la grea încercare și a ridicat cele mai interesante întrebări despre teoria și practica dreptului constituțional”²¹. Problemele fundamentale sunt (a) cum răspund actorii politici creșterii puterii judiciare și (b) cum schimbă aceste bătălii cunoașterea noastră asupra puterii judiciare.

În timp ce controlul judiciar a fost exercitat în Statele Unite încă din primele zile ale Republicii, puterea Curții Supreme a crescut dramatic după adoptarea celui de-al Paisprezecelea Amendament. Un grup de lobby pentru sistemul legal este un factor determinat pentru puterea de care se bucură instanțele de a păstra neschimbate²² deciziile judiciare și poate că nici o democrație nu a mai avut o curte care să se bucure de aliați așa de influenți precum a avut Curtea Supremă a Statelor Unite între anii 1870 și 1930. Societățile au trecut prin transformări fundamentale în ultima parte a secolului 19. Organizații

dezvoltate, „birocratice și având un management profesional” au devenit regula²³. Noii manageri profesionali au format rețele și au condus o campanie de litigii strategice pentru a obstrucționa reglementări nedorite. Curtea a răspuns prin invalidarea a numeroase proiecte de lege.²⁴

Strategia Curții favorabilă mediului de afaceri a generat reacții din partea Progresiștilor²⁵. Politicieni importanți ai curentului progresiv, cum ar Theodore Roosevelt și Robert La Follette, au susținut că deciziile Curții Supreme ar trebui să fie cenzurate de către puteri populare²⁶. Această era a condus la „schimbarea modului de gândire al teoreticienilor în legătură cu instanțele” prin încercarea doctrinarilor realiști „de a schimba concepția societății despre jurisprudență”²⁷. Critica realistă a ajutat la crearea criticii publice la adresa Curții, din moment ce aceasta din urmă nu mai era văzută ca o instituție lipsită de ideologii.

Bătălia dintre Curtea Supremă și criticii progresiști a atins punctul culminant în timpul președinției lui Franklin Roosevelt. În primele luni ale anului 1936, Washington a devenit un „mare și grăbit congres constituțional” având în vedere „că legiuitorii au creat un val de proiecte de lege – adunate, mai mult de o sută – având ca scop fie să mărească puterile Congresului fie să limiteze pe cele ale Curții, sau chiar amândouă”²⁸. În timp ce această dezbatere publică avea loc, planul de remaniere al Curții Supreme se

²¹ Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, The Supreme Court, and Constitutional Leadership in the United States* 7 (2007)

²² Jennifer Widner, *Buildin the Rule of Law: Francis Nyalali and the Road to Judicial Independence in Africa* (2001)

²³ Charles R. Epp, *The Rights Revolution* 45 – 47 (1998)

²⁴ Friedman, *supra* nota nr. 7 la 173; Whittington, *supra* nota 21, la 257, 265

²⁵ William G. Ross, *A Muted Fury: Populists, Progressives, And Labour Unions Confront the Courts, 1890 – 1937* (1994); Charles Groves Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* 314 – 44 (1914)

²⁶ Whittington, *supra* nota 21, la 258 – 265.

²⁷ Howard Gillman, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence* 195 (1993).

²⁸ Jeff Shesol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court* 203 (2010).

cristaliza în secret. Puterea executivă avea în vedere mai multe amendamente, incluzând și acordarea Congresului a puterii de veto legislativ. Dificultățile create de modificarea Constituției au forțat puterea executivă condusă de Roosevelt să realizeze reforma Curții atât cât putea fi făcută la nivel de lege²⁹. Reforma nu era un simplu rezultat al calculelor politice; ea se unea cu modul nou, realist de percepție a instanțelor și a Constituției. Constituția era un document viu care putea să evolueze pentru a face față problemelor create societății de Marea Depresie. Problema, concluzia Roosevelt, era că judecătorii Curții Supreme refuzau să interpreteze constituția la lumina circumstanțelor modificate³⁰.

Planul de reformă al Curții Supreme este o perioadă critică în bătălia dintre instanțe și demnitarii aleși asupra puterii absolute de a interpreta Constituția. Perioadele critice sunt momente istorice când instituțiile devin maleabile și există potențialul de a trasa noi căi în desișul instituțiilor existente³¹. Alegerile făcute în timpul perioadei critice conduc la „consolidarea instituției care va genera mecanisme de autoconsolidare și care vor păstra calea aleasă”³². Putem să înțelegem mai bine planul de reformă punând întrebarea ce s-ar fi întâmplat dacă ar fi fost adoptat. Roosevelt ar fi putut să câștige bătălia dacă ar fi discutat sincer cu publicul american despre nevoia de

reducere a supremației judiciare. Poziția de putere a Curții s-ar fi atenuat și ideea dialogului ar fi câștigat teren în politica constituțională americană. În schimb, Roosevelt a căutat să-și „vândă” planul de reformă ca o modalitate de a combate problema vârstei judecătorilor numiți la Curtea Supremă. Motivele ascunse ale reformei au subminat eforturile de mobilizare a sprijinului pentru realizarea reformei³³. Insuccesul reformei a semnat că supremația judiciară se află numai temporar în retragere. Era jurisprudenței *Lochner* fusese zdrențuită dar puterea din acele timpuri va reveni, la fel cum se va întâmpla și cu ideea supremației judiciare. Tiparul era deja stabilit. Opinia publică reprezintă limita externă a posibilității de manevră a Curții Supreme, dar în cadrul acestei limite, Curtea se bucură de supremație judiciară.

Experiența americană demonstrează importanța examinării reacțiilor politice față de expansiunea puterii judiciare. Adoptarea Cartei în anul 1982 a dat posibilitatea pentru prima oară Curții Supreme din Canada să impună respectarea unor drepturi fundamentale constituționalizate³⁴. Deși apariția Cartei nu a dus la un conflict atât de amplu precum cel în care Curtea Supremă a Statelor Unite a impus respectarea drepturilor fundamentale în era *Lochner*, constituționalizarea drepturilor fundamentale a dus la schimbări politice importante și în Canada³⁵. Conflictul

²⁹ William Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* 109 – 111 (1995).

³⁰ Franklin D. Roosevelt, *Fireside Chat of March 9, 1937*, înregistrarea audio disponibilă la <http://www.presidency.ucsb.edu/medialist.php?presid=32>.

³¹ Pentru o discuție pertinentă și influentă asupra perioadelor critice a se vedea Ruth Berins Collier & David Collier, *Shaping the Political Arena: Critical Junctures, The Labor Movement and Regime Dynamics in Latin America* (1991). Pentru o discuție asupra anilor 1930 ca fiind un moment critic constituțional, a se vedea Bruce Ackerman, *We The People: Foundations* (1991).

³² Giovanni Capoccia & R. Daniel Kelemen, *The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism*, 59 *World Politics* 341, 341 (2007).

³³ Shesol, *supra* nota 28.

³⁴ Curtea proteja de mult granița dintre guvernul federal și provincii, întemeindu-se pe British North America Act din 1867. Jennifer Smith, *The Origins of Judicial Review in Canada*, 16 *Can. J. Pol. Sci.* 115 (1983). Pe de altă parte, drepturile erau protejate de către Parlament până la adoptarea Cartei în 1982.

³⁵ Pentru o privire generală a se vedea *Contested Constitutionalism*, *supra* nota 14.

a fost mai redus întrucât exista o nevoie apreciabilă pentru constituționalizarea drepturilor³⁶. Opinia majoritară, în sensul că mecanismele politice au eșuat în apărarea drepturilor fundamentale, a avut un rol fundamental în adoptarea Cartei³⁷ și a atenuat criticile aduse noului rol al Curții Supreme din Canada. Constituționalizarea drepturilor a dus la două dezvoltări care se consolidau reciproc: o creștere a puterii judiciare, pe măsură ce Curtea începea să completeze omisiunile constituției³⁸ și de asemenea, apariția grupurilor de interes care căutau să agraveze politicile agreate în Constituție³⁹. Instanțele au nevoie de aliați politici dacă doresc să exercite o putere însemnată iar grupurile de interes care se ocupă cu mobilizarea legată de probleme juridice favorizează, în mod evident, supremația judiciară.

Întrebarea este în ce măsură Canada se înscrie în tendința numită de către doctrinari „judicializarea politicii”⁴⁰. Doctrinarii susțin că mărirea globalizată a puterii judiciare a erodat autoguvernarea democratică⁴¹. Cu toate acestea cel mai important efect al adoptării Cartei nu a fost acela al retragerii puterii politice din ariile care au devenit constituționalizate. În locul judicializării politicii, în Canada are loc politizarea constituționalismului. Carta a transformat, dar nu a înlocuit Westminster

(adică, ideea conform căreia constituțiile trebuie să fie amendabile de orientările politice). Politicienii nu au acceptat în mod pasiv puterea judiciară asupra drepturilor fundamentale, ci au „instituționalizat verificarea minuțioasă pentru conformitate cu Carta sub controlul Departamentului de Justiție”⁴². Birocrația, care avea rolul de a „proteja guvernul canadian pierderea cauzelor privind drepturile fundamentale” și-a schimbat optica și „și-a extins mandatul pentru a promova protecția drepturilor omului din faza redactării actelor legislative în așa fel încât să protejeze rolul principal al cabinetului în politicile publice”⁴³. Controlul înaintea promulgării a prevenit apariția supremației judiciare⁴⁴. Dialogul funcționează pentru că puterea legislativă concepe legile având în vedere ceea ce ar putea răspunde instanțele⁴⁵ iar acestea din urmă iau rolul de control constituțional în serios⁴⁶. O relație de cooperare a apărut între puterea legislativă și Curtea Supremă a Canadei din moment ce ambele puteri împart slujba de control al drepturilor fundamentale și fiecare dintre ele ia în serios munca celeilalte⁴⁷.

4. Este dialogul oportun?

Supremația judiciară este mai adânc înrădăcinată în Statele Unite decât în

³⁶ Christopher MacLennan, *Towards the Charter: Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1929 – 1960* (2003).

³⁷ David Oliver Erdos, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World* (2011).

³⁸ David Robertson, *The Judge as a Political Terrorist: Contemporary Constitutional Review* (2010).

³⁹ F. L. Morton & Rainer Knopf, *The Charter Revolution and the Court Party* (2000); a se vedea și EPP, *supra* nota 23.

⁴⁰ Miguel Schor, *Mapping Comparative Judicial Review*, 7 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 257 (2008)

⁴¹ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism* (2004)

⁴² Kelly, *supra* nota 20, la 3 (2005)

⁴³ *Id.* la 9

⁴⁴ *Id.* la 5

⁴⁵ Kent Roach, *The Uses and Audiences of Preambles in Legislation*, 47 McGill L.J. 129 (2001)(care observă utilizarea preambulurilor legislative adresate către instanțe)

⁴⁶ Christopher P. Manfredi, *The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998 – 2003*, publicat în *Constitutionalism in the Charter Era* 105 (Grant Huscroft & Ian Brodie eds., 2004)

⁴⁷ Spre deosebire de Congresul Statelor Unite, care are în vedere opiniile judiciare numai atunci când există un pericol real de invalidare judiciară. A se vedea J. Mitchell Pickerill, *Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System* (2004)

Canada, dar există limite democratice a puterii instanțelor în ambele țări. Teoreticienii doctrinei dialogului susțin pe bună dreptate că este o exagerare argumentul empiric potrivit căruia supremația judiciară ar fi o instituție democratică deviantă, dar că dificultățile privind distrugerea unilaterală a teoriilor contrare a dus la doctrina dialogului pe un drum greșit. Dialogul și supremația judiciară au o coexistență tumultoasă în toate democrațiile constituționale. Problema este dacă slăbirea puterii instanțelor și împuternicirea puterii legislative sunt oportune. Această lucrare susține consolidarea dialogului pentru atenuarea conflictului social.

Totuși, apărătorii supremației judiciare susțin că exclusivitatea privind interpretarea judiciară este cheia armoniei sociale. De exemplu, Alexander și Schauer susțin că „în cele mai multe cauze este mai importantă stabilirea unei reguli de drept decât soluționarea corectă a cauzei”⁴⁸. Ei recunosc că deși dispozițiile echivoce ale Constituției sunt susceptibile de interpretări diferite, este imperios necesar ca ceilalți actori să respecte deciziile Curții Supreme ca fiind autoritare pentru că aceasta contribuie la stabilitate și la armonia socială⁴⁹. Rolul instanțelor este de a soluționa în mod definitiv cauzele și de a stabili precedente și trebuie așadar, tratat în același mod ca textul constituțional. Alternativa, se tem Alexander și Schauer, este anarhia instituțională.

Exclusivitatea interpretării juridice se află în fața unui blocaj empiric profund. În mod empiric, atitudinea reprezentanților statului și a cetățenilor a

stabilit că ei nu consideră deciziile Curții Supreme ca fiind autoritare. Multe, poate majoritatea, deciziilor Curții Supreme sunt considerate ca fiind autoritare de actorii relevanți datorită faptului că aceștia sunt de acord cu soluția sau nu o dezaproabă prea mult. Unde există o dezaprobare profundă, actorii relevanți nu consideră deciziile Curții Supreme ca fiind autoritare.

Interpretarea exclusiv juridică ridică o problemă teoretică importantă, respectiv dacă sensul noțiunii supremației judiciare ar trebui interpretat prin filtrul constituției scrise sau al cutumei constituționale. Susținătorii doctrinei supremației judiciare prețuiesc stabilitatea, pentru că privesc țărâmul constituțional prin filtrul constituției scrise. Acești susținători se tem că dialogul subminează stabilitatea necesară pentru ca o constituție scrisă reziste în timp. Lucrurile sunt mult schimbate dacă realizăm o examinare contextuală a constituțiilor. Durata de existență a constituțiilor scrise de la 1789 până în zilele noastre a fost în medie de 19 ani⁵⁰. Constituțiile nu rezistă mult întrucât „devin din ce în ce mai arbitrare din punct de vedere politic și desuete din punct de vedere funcțional, din moment ce politica și societatea se transformă fără să țină cont de ele”⁵¹. Constituția scrisă a Statelor Unite a supraviețuit pentru mai mult de 200 de ani datorită faptului că a fost păstrată de actualitate de către instanțe, de către reprezentanții aleși și de către cetățeni. Există, bineînțeles, destule motive democratice pentru care cetățenii respectă legile cu care nu sunt de acord dar puține motive atunci când instanțele actualizează Constituția⁵². Legitimitatea

⁴⁸ Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: a Reply*, 17 Const. Comm. 455 (2002)

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Zachery Elkins et al., *The Endurance of National Constitutions* (2009)

⁵¹ Daryl Levinson, *Parchent and Politics: The positive puzzle of Constitutional Commitment*, la _ (SSRN 2010)

⁵² Jeremy Waldron, *The core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale L. J. 1346 (2006)

constituției nescrise izvorăște din consimțământ⁵³. Dialogul sau dezacordul cu privire la unele interpretări este, așadar, liantul necesar pentru mecanismul constituției nescrise.

Mai mult, supremația judiciară accentuează conflictul politic pentru că exclude compromisul. O analogie cu modul de a lua deciziile politice este revelatoare. Dictatura este definită ca puterea exercitată de o singură persoană, iar democrația ca puterea exercitată de mai mulți. Realitatea empirică este mult mai încurcată decât ar reieși din teorie. Anumite dictaturi au numeroase căi prin care diferiți actori au intervenit în conducerea statului, în timp ce democrațiile mimizează elementele esențiale ale dictaturilor în timpul situațiilor de urgență⁵⁴. Dictaturile care rezistă în timp adoptă, în general, elemente esențiale ale democrației pentru a face posibil compromisul⁵⁵. Pe de altă parte, partidele politice devin extrem de instabile atunci când excepția devine regulă⁵⁶. Când puterea președinților aleși nu este împiedicată de constrângerile instituționale și disputele asupra politicilor reprezintă o scuză pentru exercitarea puterilor în situații de urgență,

democrația funcționează în mare măsură ca dictatura⁵⁷. Democrațiile, unde relativ puțini factori de decizie hotărăsc asupra schimbărilor politice importante, tind să aibă „politici exclusiviste, competitive și contradictorii”⁵⁸. „Incluziunea, negocierea și compromisul”, pe de altă parte, caracterizează democrațiile care se întemeiază pe un grad mare de înțelegere⁵⁹. În esență, democrațiile sănătoase se fundamentează pe instituții care favorizează compromisul.

Instanțele pot să infirme legi statuând că scopul urmărit nu este permis sau că mijlocul ales pentru a ajunge la obiectivul legislativ este neconstituțional. Instanțele supreme naționale acționează într-un mod dictatorial și facilitează un dialog constituțional polarizat atunci când invalidează legislația din cauză că scopul urmărit este nepermis, însă favorizează un dialog constituțional constructiv atunci când invalidează mijloacele alese de oficialii aleși pentru a ajunge la un anumit obiectiv⁶⁰. În timp ce importanța crescută a instanțelor supreme naționale poate juca un rol important pentru încurajarea încrederii printre elitele politice și în consecință consolidarea democrației⁶¹,

⁵³ Constituția nescrisă are, în mod surprinzător, trăsături similare cu modul de funcționare al constituțiilor de dinainte de Revoluție. Constituțiile vechi erau întemeiate pe consimțământ și tradiții străvechi. Kramer *supra* nota 4. Puteau fi schimbate printr-o „exprimare clară și puternică a voinței populare” și prescripție. *Id.* la 15 – 16.

⁵⁴ Sanford Levinson & Jack Balkin, *Constitutional Dictatorship: Its dangers and its Design*, Minn. L. Rev. (2010).

⁵⁵ Liderii regimurilor autoritare cu planuri pe termen lung transmit deseori puteri substanțiale către instanțe pentru a rezolva disfuncționalitățile care macină astfel de regimuri. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Tom Ginsbrug & Tamir Moustafa eds., 2008). Cea mai de succes și trainică dictatură a secolului 20 a fost în Mexic sub conducerea Partido Revolucionario Institucional. Potrivit spuselor romancierului Mario Vargas Llosas, Mexicul era „dictatura perfectă”. Cheia succesului era combinarea dictaturii cu o schimbare regulată a președintelui. Stephen D.

Morris, *Political Reformism in Mexico: An overview of Contemporary Mexican Politics* (1995).

⁵⁶ Miguel Schor, *Constitutionalism through the Looking Glass of Latin America*, 41 Tex. Int'l L. J. 1 (2006)

⁵⁷ Guillermo O'Donnel, *Delegative Democracy*, 5 J. Dem. 56 (1994).

⁵⁸ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* 2 (1999).

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Curtea Supremă a Statelor Unite, *Railway Express Agency Inc. contra New York*, 336 U.S. 106, 112 (1949) (J. Jackson, opinie concordantă) (argumentând că instanțele ar trebui să se întemeieze mai degrabă pe dreptul de egală protecție în fața legii pentru a invalida legi decât pe procesul echitabil substanțial având în vedere că „astfel nu se împiedică puterea executivă de a se mai ocupa de subiectul aflat în litigiu”).

⁶¹ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (2006)

poate de asemenea să adâncească conflictele dintre elite. Neînțelegerile între elite și polarizarea a jucat un rol crucial în crizele democratice care au avut loc în Europa și America de Sud în secolul al XX-lea⁶². Chiar dacă polarizarea elitelor nu duce la o criză democratică, favorizează apariția unei patologii democratice.

Nici o decizie din istoria modernă a Curții Supreme nu ilustrează mai bine pericolele interpretării exclusiv judiciare ca *Roe c. Wade*.⁶³ A favorizat dezvoltarea unei politici competitive și contradictorii care a subminat abilitatea sistemului politic de a ajunge la un compromis⁶⁴. Statuarea esențială din cauză este că dreptul constituțional la viață privată se opune unei legi care interzice avortul chiar din fazele inițiale ale sarcinii.

Dreptul la viață privată este un temei problematic al deciziei pentru că lasă foarte puțin loc de manevră pentru puterea legislativă de a contesta caracterul normativ al dreptului la avort ca fiind un drept constituțional⁶⁵. Un temei alternativ pentru invalidarea legii contestată în *Roe* ar fi fost protecția egală în fața legii sau ambiguitatea, temeuri care ar fi lăsat problema morală netranșată și ar fi dus la o contestare asupra statutului constituțional al dreptului la avort mai puțin polarizantă și la un posibil compromis⁶⁶. Nu este o întâmplare că politicile privind avorturile erau mult mai puțin polarizate în 1973⁶⁷ decât astăzi, după trei decenii

de interpretare exclusiv jurisdicțională asupra acestei probleme.

Canada ne arată virtuțile căii care nu a fost urmată în Statele Unite prin două modalități. Primul este legat de modul în care instanțele invalidează legi. Curtea Supremă a Canadei declară neconstituționale legile prin invalidarea mijlocului ales pentru a atinge un anumit scop legislativ și a fost „extrem de reticentă în a declara chiar acele scopuri ca fiind neconstituționale”⁶⁸ atunci când a exercitat puterea de control jurisdicțional. Decizia Curții Supreme Canadiene privind dreptul la avort, *R. c. Morgentaler*⁶⁹, este grăitoare în acest sens. Apărarea și-a întemeiat argumentul „în mare parte pe teoriile constituționale americane” pentru a susține „un drept atotcuprinzător de a fi stăpân pe propria viață și de a promova autonomia individuală”⁷⁰. Curtea a evitat argumentele de fond pentru a declara că legea privind incriminarea penală a avortului este neconstituțională și s-a întemeiat în schimb pe argumente procedurale. Decizia a statuat că legea în cauză, care permitea avortul atunci când un certificat era obținut de la o comisie privind avortul terapeutic, era aplicată într-un mod inechitabil și arbitrar din punct de vedere constituțional. Decizia a făcut ca avortul să nu fie prevăzut de legea penală dar a lansat o invitație puterii legislative de a răspunde⁷¹. Nici un răspuns nu a venit însă, pentru că scena

⁶² Nancy Bermeo, *Ordinary People in Extraordinary Times: The Citizen and the Breakdown of Democracy* (2003).

⁶³ 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁴ N.E.H. Hull & Peter Charles Hoffer, *Roe v. Wade: The Abortion Rights Controversy in American History* (2001).

⁶⁵ Gordon Silverstein, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kill Politics* 119 (2009)

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Gerald Rosenberg, *The Real World of Constitutional Rights: The Supreme Court and the Implementation of Abortion Decisions*, publicat în *Contemplating Courts* 390 (Lee Epstein rd., 1995).

⁶⁸ Janet L. Hiebert, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, publicat în *The Oxford Handbook of Canadian Politics* 54, 60 (John C. Courtney & David E. Smith eds. 2010).

⁶⁹ [1998] 1 S.C.R. 30.

⁷⁰ *Id.* la par. 8

⁷¹ Alister Browne & Bill Sullivan, *Abortion in Canada*, 14 *Cambridge J. Healthcare Ethics* 287 (2005)

⁷² Thomas Flanagan, *The Staying Power of the Legislative Status Quo: Collective Choice in Canada's Parliament after Morgentaler*, 30 *Can. J. Pol. Sci.* 31 (1997); Leslie F. Goldstein, *Constitutionalism and policies towards women: Canada and the United States*, 4 *Int'l J. Con. L.* 294, 299 (2006)

politică a fost nefavorabilă unei noi restricții cu privire la avort.⁷²

Al doilea motiv este referitor la mecanismele pe care le au actorii politici pentru a răspunde deciziilor judiciare cu care sunt puternic în contradicție. Într-un sistem constituțional în care supremația judiciară este adânc înrădăcinată, cei care se opun avortului nu au altceva de făcut decât să încerce să schimbe compunerea Curții, aspect care subminează imaginea acesteia ca fiind un for decizional neutru⁷³. În timp ce *Roe* nu a subminat legitimitatea Curții printre cetățenii de rând⁷⁴, părerile elitelor sunt cele care contează atunci când se analizează sănătatea unei democrații, iar elitele din Statele Unite sunt polarizate din punct de vedere politic⁷⁵. *Roe* a jucat în mod categoric un rol în a facilita o mobilizare socială divizată care a erodat puterea elitelor de a ajunge la un compromis asupra multor probleme. Supremația judiciară favorizează polarizarea pentru că subminează puterea cetățenilor și a demnitarilor aleși de a răspunde deciziilor judiciare cu care nu sunt de acord. Pe de altă parte, mecanisme care transferă autoritatea de a lua decizia finală în privința constituționalității către puterea legislativă, ajută la ameliorarea conflictului politic. Dacă, spre exemplu, Franklin Roosevelt ar fi promulgat cu succes un amendament care să permită Congresului de a trece peste deciziile Curții, scena politică americană ar fi mult schimbată, pentru că acele puteri politice înfuriate de *Roe* și-ar fi îndreptat atenția mai degrabă asupra Congresului decât asupra Curții Supreme. Dacă poziția politică opusă avortului ar fost așa de puternică în Canada ca în Statele

Unite, provinciile mai conservatoare ar fi lustruit „clauza *cu toate acestea*” pentru a ajunge la un compromis politic pe care nici o instanță nu poate să-l creeze singură. Pe scurt, democrația nu funcționează bine atunci când instituțiile își pot impune punctele de vedere neverificate.

5. Concluzii

Constituțiile Statelor Unite și a Canadei vorbesc despre supremația constituțională, dar nu prevăd cine este interpretul suprem. Nici dialogul constituțional sau supremația judiciară nu sunt prevăzute expres în textul constituțional. Cu toate acestea, Curțile au o serie de avantaje în fața puterii legislative pentru a complini această lacună constituțională. Grupurile de interes care se mobilizează referitor la probleme constituționale, precum și elitele lumii juridice, preferă, în general, supremația judiciară. Mai mult, instanțele sunt instituții specializate cu o durată mare de viață. Curțile, spre deosebire de puterea legislativă, au puține alte lucruri de făcut decât să-și exercite autoritatea asupra înțeleșului constituției și își pot permite să piardă un număr de bătălii, pentru a rămâne concentrate asupra scopului de a exercita autoritatea asupra interpretărilor constituționale. Totuși, în ciuda acestor avantaje, exercitarea supremației judiciare este contestată de cetățenii obișnuiți și de demnitarii aleși. Slujba de a completa lipsurile constituției este mult prea importantă pentru a fi lăsată înclinațiilor unui grup aleatoriu de funcționari care nu au fost aleși prin vot⁷⁶. Dialogul constituțional și supremația judiciară sunt contrare din punct de

⁷³ Schor, *Judicial Review and American Constitutional Exceptionalism*, supra nota 8

⁷⁴ Samantha Luks & Michael Salomone, *Abortion*, publicat în *Public Opinion and Constitutional Controversy* (Nathaniel Persily et al. eds., 2008)

⁷⁵ *Is there a Culture War? A Dialogue on Values and American Public Life* (E.J. Dionne Jr. & Michael Cromarté eds., 2006)

⁷⁶ Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, 44 *Revue du Droit Publique* 197 (1928)