

# Romantizarea instanței

**Gerald N. Rosenberg,**  
profesor asociat de științe politice  
și lector în drept, Universitatea din Chicago

*Most probable, the Romanian reader of Professor Rosenberg's articole, at first sight, will feel in an unfamiliar place, maybe even unfriendly. In order to ease the readers experience, some short remarks about the context, subject matter, article, and finally about the author, are welcome.*

*The article from the Boston University Law Review speaks about a yet unknown subject for us, namely about the educational power of oral dissents of the Supreme Court Justices, opinions rendered when the Justice disagrees with the majority in solving a particular case.*

*The article is focused on a term, that seems to be an American invention, namely "demosprudence", a vocabulary novelty that means a judicial opinion that creates, intensifies, prompts a certain social movement.*

*In what regards the articles' context, it appears in a discussion relating to the role of the Supreme Court of the United States. The Supreme Court is formed of a Chief Justice, and eight Associate Justices, and represent the highest federal jurisdictional body. Its members are appointed by the President of the United States and confirmed by the Senate. Their appointment is not made for a certain term. Due to the importance of case-law in American law, the Court's activity, the directions followed by the Court, affect decisively the life of the American democracy.*

*Supreme Court decisions are adopted by the vote of majority, and given the maturity of the American democracy, frequently, in certain cases, decision is taken by a fragile majority, and those who vote against the majority, in order to justify their position, enact dissents, or oral dissents, read to the public once with the decision.*

*Professor Rosenberg's article about romancing the Court treats this subject matter of demosprudential oral dissents. The manner by which the subject is treated is very interesting. The article makes recourse to statistical data, quotations, the line of thinking is a logical one, and the clear conclusions appear in a simple manner.*



**F**oarte probabil, cititorul român al articolului profesorului Rosenberg, la o primă apreciere asupra textului, se va simți într-un loc nefamiliar, poate chiar neprietenos. Pentru a ușura experiența cititorului, câteva considerații scurte despre context, subiect, despre articol și, în final, despre autor, ar fi binevenite.

*Articolul apărut în Boston University Law Review, ne vorbește despre un subiect necunoscut nouă, și anume despre forța educatoare a opiniilor separate, citite de către judecătorii Curții Supreme al Statelor Unite (Justices), cu ocazia soluționării unor cauze, atunci când nu sunt de acord cu opinia majoritară care a condus la respectiva soluție.*

*Articolul este circumscris unui termen, care pare a fi o invenție americană, și anume „demosprudence”<sup>1</sup>, noutate de vocabular care înseamnă opinie judiciară care a creat, a intensificat sau a impulsionat o anumită mișcare.*

*În ce privește contextul lucrării, ea apare într-o discuție pe marginea rolului Curții Supreme al Statelor Unite. Curtea Supremă americană, compus dintr-un președinte (Chief Justice) și opt judecători (Associate Justices) se află la ierarhia sistemului jurisdicțional federal. Membrii acestuia sunt numiți de Președintele Statelor Unite și confirmați de către Senat. Numirea lor nu se face pe un anumit*

<sup>1</sup> Tradus de traducător în limba română ca fiind „demosprudență”.

termen. Dat fiind importanța deosebită a jurisprudenței în sistemul de drept american, activitatea Curții, direcțiile însușite de aceasta afectează în mod hotărâtor viața democrației americane. Deoarece hotărârile se iau prin vot, cu majoritate, și având în vedere maturitatea democrației americane, de foarte multe ori se întâmplă ca, în anumite probleme, hotărârile să fie luate printr-o majoritate fragilă, iar cei care votează împotriva majorității, pentru justificarea poziției lor adoptă opinii separate scrise, sau mai nou, și orale, prezentate publicului cu ocazia pronunțării hotărârii.

Articolul profesorului Rosenberg, despre romantizarea Curții, tratează acest subiect al opiniilor separate demosprudențiale orale. Este foarte interesantă abordarea problemei. În articol sunt folosite foarte multe date statistice, citate, linia de gândire este una definită de logică, iar concluziile clare vin într-o manieră simplă.

Ar mai fi de precizat, că acest articol face parte dintr-o dezbatere amplă, care a avut loc în paginile celor mai importante reviste de drept din Statele Unite. Astfel, a fost prima dată subiectul: opiniile separate demosprudențiale. Lani Guinier, cea care a „inițiat” dezbateră, a scris un amplu articol în *Harvard Law Review*<sup>2</sup>, articol la care, ca și răspuns și apreciere critică, vine articolul profesorului Rosenberg, tradus în cele ce urmează. A venit astfel dezbateră. Ea este o dezbatere combativă, dar pașnică, folosind în primul rând puterea argumentelor bazate pe realitate. Cum subiectul a devenit interesant pentru publicul american de specialitate, *Boston University Law Review*, i-a dedicat chiar un capitol dintr-un volum al revistei, apărut în aprilie 2009.<sup>3</sup> Cum „dialogul științific” în doi nu poate dezvălui toate valențele dezbaterii, au venit și alții, cu opinii proprii, la fel de argumentate despre subiect.<sup>4</sup> Cum acest cadru tot nu era suficient, putem observa că au venit alții, care au văzut că este necesar să formuleze poziție nu numai față de subiectul dezbaterii, ci și chiar față de dezbateră în sine.<sup>5</sup>

În final, atât lucrarea, cât și tema abordată, ne permit să învățăm două chestiuni: (1) să observăm modalitatea de funcționare a vieții științifice, a doctrinei dreptului din Statele Unite, a modului de abordare a temelor și a diplomației manifestată în dezbateri și (2) să surprindem un segment mic din funcționarea democrației americane, prin a observa cum anume și cu ce efecte este implicată cea mai înaltă autoritate judiciară dintr-o democrație, în probleme sociale de o importanță majoră.

## Introducere

Potențialul rol al Curții Supreme a Statelor Unite ca agent al schimbării sociale progresive a inspirat generații de doctrinari din domeniul juridic.<sup>6</sup> De la desegregare în școli<sup>7</sup> și de la drepturi civile în sens larg<sup>8</sup> până la avort<sup>9</sup> și drepturile femeilor<sup>10</sup>, precum și până la pedeapsa capitală<sup>11</sup> și drepturile lesbienelor și ale

homosexualilor<sup>12</sup>, Curtea este văzută de mulți ca având un rol important în aducerea schimbării.<sup>13</sup>

În prefața sa maiestuoasă pentru *Harvard Law Review*, Profesorul Lani Guinier propune un mecanism adițional prin care Curtea poate influența schimbarea socială progresivă: dezacordul demosprudențial oral.<sup>14</sup> Susținerea

<sup>2</sup> Lani Guinier, *The Supreme Court 2007 Term, Foreword: Demosprudence Through Dissent*, Harvard Law Review, vol. 122, nr. 1, noiembrie 2008

<sup>3</sup> Part IV. Beyond legislatures: Social movements, social change, and the possibilities of demosprudence.

<sup>4</sup> Frederick C. Harris, *Specifying the Mechanism Leading Dissent to Action*, Boston University Law Review, vol. 89, nr. 2, aprilie 2009, Linda C. McClain, *Supreme Court Justices, Empathy, and Social Change: A comment on Lani Guinier's Demosprudence Thought Dissent*, Boston University Law Review, vol. 89, nr. 2, aprilie 2009

<sup>5</sup> Robert Post, *Law Professors and Political Scientists: Observation on the Law/Politics Distinction in the Guinier/Rosenberg Debate*, Boston University Law Review, vol. 89, nr. 2, aprilie 2009.

<sup>6</sup> Vezi Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 21-28 (2d ed. 2008) (o relatare academică în sprijinul poziției „Instanței dinamice” al puterii judecătorești, poziție care susține că „independența politică, instituțională și economică”

a instanțelor le acordă statutul de cei mai efectivi agenți guvernamentali pentru schimbare socială).

<sup>7</sup> *Vezi Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

<sup>8</sup> *Vezi Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 289-90 (1978) (opine lui Powell, J.).

<sup>9</sup> *Vezi Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 164-66 (1973).

<sup>10</sup> *Vezi United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 534 (1996).

<sup>11</sup> *Vezi Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 239-40 (1972) (per curiam).

<sup>12</sup> *Vezi Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003).

<sup>13</sup> Vezi, în general Rosenberg, *supra* nota 1 (evocând alte cauze importante prin care Curtea Supramă a fost creditată de doctrinari ca producând o schimbare progresivă).

<sup>14</sup> Lani Guinier, *The Supreme Court, 2007 Term – Foreword: Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4, 47 (2008) (demosprudența este definită ca fiind „o practică de legiferare sau o practică legală care se constituie pe înțelepciunea colectivă a oamenilor” prin valorificarea „puterii mișcărilor sociale ori a entităților mobilizate de a face, de a interpreta și de a schimba legea”).

ei principală este că dezacordurile (opinii separate, n.t.) citite oral din scaunul judecătorului pot avea o putere de sugestie de care este lipsită opinia separată scrisă.<sup>15</sup> Autoarea dă drept exemplu pentru un asemenea dezacord demosprudențial oral,<sup>16</sup> opinia separată orală a Judecătorului Breyer în cauza *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*.<sup>17</sup> Opinia separată a Judecătorului Breyer, scrie Guinier, „a făcut apel la valori comune și emoționale, nu doar la o logică imbatabilă și la o motivare clară”.<sup>18</sup> Opinia „a adunat memorii, valori și practici care ar fi putut... avea o rezonanță pentru o audiență mai puțin educată...care a văzut dovada celor descrise, în propria viață.”<sup>19</sup> Pentru Guinier, o opinie separată demosprudențială, precum cea rostită de Judecătorul Breyer, oferă o „un spațiu pedagogic nou și cu un potențial de interactivitate, unul care, alături de tehnologia potrivită și o agendă a democratizării, poate aprinde scânteia unei discuții potrivite, printre și cu un public non-profesional și non-elitist dedicat.”<sup>20</sup> În perioada conservatoarei Curții Roberts, Guinier se aștepta ca opinia separată demosprudențială să „educe, să inspire și să mobilizeze cetățenii pentru a servi țelurile prezente și viitoare ale democrației noastre”.<sup>21</sup>

Guinier a scris un articol fascinant, profund, bogat și bine gândit. Acesta este, de asemenea, lung, acoperind 135 de pagini și incluzând 619 note de subsol. Acest răspuns succint nu poate pretinde a se ridica la un asemenea nivel. Ce pot să fac eu, sper, este să formulez întrebări despre eficacitatea opiniei separate demosprudențiale. În paginile care vor urma, voi trata trei aspecte principale. În primul rând, timp de decenii, cercetătorii științelor sociale în mod repetat au ajuns la concluzia că opiniile judiciare nu au un rol educativ și instructiv. Oamenii obișnuiți nu cunosc existența lor, este puțin probabil să afle despre acestea și nici nu au vreun interes în acest sens. În al doilea rând, elitele

rareori, sau poate chiar niciodată, au motivația sau inspirația să acționeze prin intermediul opiniilor judiciare. Mai degrabă ei sunt motivați de implicațiile de fond ale cauzelor. În alte cuvinte, opiniile separate demosprudențiale nu sunt nici necesare și nici suficiente pentru o deliberare democratică. În alt treilea rând, analiza lui Guinier, se concentrează într-o manieră exagerată asupra Curții. Aceasta supralicitează contribuția la promovarea deliberării democratice. Este clar că o asemenea deliberare se ivește și fără opinii separate demosprudențiale. Dacă doctrinarii vor să înțeleagă capacitatea Judecătorilor (de la Curtea Supremă al Statelor Unite, n.t.), de a influența deliberarea democratică, ei trebuie să urmărească acea deliberare și mișcările sociale, iar nu Curtea. O concentrare doar asupra Curții, va exagera rolul acesteia. În final, pe baza acestor coordonate, voi concluziona, prin a întreba de ce, în fața unor decenii de cercetări sociale, doctrinarii dreptului continuă cursa lor fără sfârșit pentru a demonstra influența judiciară, pentru a romantiza Curtea?

### I. Opiniile judiciare nu au un rol educativ și instructiv

Guinier începe prefața cu un epigraf, prin citarea răspunsului Judecătorului Anthony Kennedy la o întrebare a unui student de la Facultatea de Drept al Universității Harvard, despre destinatarii opiniilor separate; la sfârșitul răspunsului său, Judecătorul Kennedy spune că „judecătorii sunt învățători. Prin opinia noastră noi învățăm pe alții”.<sup>22</sup> Abilitatea opiniilor separate de a instrui este o cheie pentru argumentele lui Guinier.<sup>23</sup> Autoarea extinde acest argument, susținând că „Judecătorii cu opinii separate pot instrui, inspira și mobiliza cetățenii.”<sup>24</sup> Într-adevăr, ea folosește argumente despre instruire în aproape 12 locuri în decursul articolului ei.<sup>25</sup> De două ori ea citează celebra declarație a lui Eugene Rostow din 1952 conform căreia Judecătorii sunt „învățători într-un seminar vital național”.<sup>26</sup>

<sup>15</sup> *Id.* at 17.

<sup>16</sup> Guinier, *supra* note 9, at 8-13.

<sup>17</sup> 127 S. Ct. 2738, 2746 (2007).

<sup>18</sup> *Id.* at 11.

<sup>19</sup> *Id.* at 10.

<sup>20</sup> *Id.* at 12.

<sup>21</sup> *Id.* at 14-15 (susținând că faptul că Președintele Curții Supreme, Judecătorul Roberts a militat pentru o unanimitate în formularea opiniilor Curții, cu intenția de a acorda în aceste fel Curții o voce mai autoritară, a intensificat importanța opiniilor separate orale).

<sup>22</sup> *Id.* at 7 (citând pe Judecătorul Kennedy).

<sup>23</sup> *Vezi Id.* at 7

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.* at 14, 17, 31, 47, 50, 51, 58, 112, 115, 132, 137.

<sup>26</sup> *Id.* at 51, 132 (citând pe Eugene V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 HARV. L. REV. 193, 208 (1952) (declarând că “Printre altele, Curtea Supremă este un corp educativ” și că ea contribuie la formarea opiniei publice americane și la formarea politicii publice)).

Problema cu acest argument este că dacă Judecătorii sunt învățători atunci cursurile lor sunt foarte slab frecventate. Iar cei prezenți nu iau notițe! Decenii de cercetări din cadrul științelor sociale arată că publicul american nu este convins de opiniile Curții.<sup>27</sup> Analizând datele dintr-o compilație din 2008 despre influența hotărârilor Curții Supreme asupra viziunilor americanilor în paisprezece domenii fundamentale, precum desegregarea, drepturile acuzaților, religia practică în școli, avortul, drepturile homosexualilor, războiul împotriva terorismului și drepturile civile, profesorii Nathan Persily, Jack Citrin și Patrick Egan au remarcat efecte reduse.<sup>28</sup> În introducerea lucrării, Persily rezumă concluziile lor: „În majoritatea cauzelor analizate aici, hotărârile Curții Supreme nu au avut efect asupra distribuției generale a opiniei publice.”<sup>29</sup> Această lipsă de eficacitate se datorează, parțial, faptului că americanii nu sunt conștienți de poziția Curții Supreme, nici măcar pe probleme importante.<sup>30</sup> Aș putea dedica un număr considerabil de pagini trecerii în revistă a literaturii care în mod uniform consideră că majoritatea americanilor nu au habar despre ce anume face sau ce anume a făcut Curtea Supremă.<sup>31</sup> Ca exemplu, menționez hotărârea Curții despre avort, *Roe v. Wade*, din anul 1973. Chiar dacă *Roe v. Wade* în mod cert este foarte bine cunoscută de către cititorii acestui eseu, situația în ce privește americanii de rând este

alta.<sup>32</sup> În martie 1982, CBS News/New York Times, a pus următoarea întrebare într-un sondaj realizat la nivel național: „Permite sau nu Curtea Supremă ca femeile să apeleze la avort în primele trei luni ale sarcinii, sau nu ați urmărit acest subiect îndeajuns de aproape încât să oferiți un răspuns?”<sup>33</sup> Cu toate că această întrebare a fost adresată la aproape un deceniu după *Roe v. Wade*, și după doi ani de la asumarea de către Administrația Reagan a angajamentului său zgomotos în favoarea răsturnării hotărârii *Roe v. Wade*,<sup>34</sup> aproape jumătate (49%) dintre cei intervievați nu avut nicio idee despre subiect.<sup>35</sup> Alții au avut cunoștințe greșite asupra problemei, 10% dintre cei intervievați susținând că prin hotărârea menționată Curtea Supremă a interzis avortul.<sup>36</sup> În anul 1986, un alt sondaj național a încercat să verifice cât de cunoscut este numele cauzei, întrebând dacă „*Roe vs. Wade*” a fost o cauză-reper a Curții Supreme care a avut ca obiect...?”<sup>37</sup> Doar 30% dintre respondenți au știut că obiectul cauzei *Roe v. Wade* l-a constituit avortul.<sup>38</sup> Șaisprezece procente din respondenți au afirmat că în cauză era vorba despre „drepturile persoanelor acuzate de o infracțiune” și 9% au susținut că speța s-a referit la „segregare rasială în școli”.<sup>39</sup> Deși până în 1998 a existat o îmbunătățire modestă în privința acestor răspunsuri,<sup>40</sup> cititorul își poate aminti că în campania prezidențială din 2008, Sarah Palin,

<sup>27</sup> Walter F. Murphy ș.a., *Public Evaluations of Constitutional Courts: Alternative Explanations* 53 (1973) (lucrarea raportează că în 1966, în ciuda unor hotărâri dramatice ale Curții Supreme, doar patruzeci și șapte dintre cei intervievați „a reușit să amintească orice ce a făcut recent Curtea”); Gerald N. Rosenberg, *The Irrelevant Court: The Supreme Court's Inability to Influence Popular Beliefs About Equality (or Anything Else)*, in *Redefining Equality* 172, 187 (Neal Devins & Davison M. Douglas eds., 1998) (articolul nu a găsit nici o dovadă din rezultatele sondajului care să susțină ideea că opinia publică privind egalitatea rasială sau între sexe a fost influențată de Curtea Supremă). Vezi în general Nathaniel Persily, Jack Citrin & Patrick J. Egan, *Public Opinion and Constitutional Controversy* (2008) (examinând efectele Curții Supreme asupra opiniei publice).

<sup>28</sup> Vezi în general Persily, Citrin & Egan, *op. cit.*, nota 22.

<sup>29</sup> Nathaniel Persily, *Introduction to Persily, Citrin & Egan, supra* note 22, at 8.

<sup>30</sup> *Id.* at 9.

<sup>31</sup> Vezi în general Persily, Citrin & Egan, *supra* note 22.

<sup>32</sup> CBS News/New York Times Poll (Mar. 1982), *available at* iPOLL Databank, The Roper Center for Public

Opinion Research, University of Connecticut, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> Vezi Charles Fried, *Order and Law: Arguing the Reagan Revolution – A Firsthand Account* 72 (1991) („Administrația Reagan a făcut din *Roe v. Wide* un simbol a faptului că în drept totul a mers greșit, în mod special în dreptul constituțional.”).

<sup>35</sup> CBS News/New York Times Poll, *supra* note 27.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Survey by Research & Forecasts, Inc., Knowledge of the U.S. Constitution (Oct.-Nov.1986), *disponibil la* iPOLL Databank, The Roper Center for Public Opinion Research, University of Connecticut, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>.

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> Un Sondaj CBS News/New York Times a aflat că 55% din intervievați a spus că avortul a fost permis de Curte. CBS News/New York Times Poll (Jan. 1998), *disponibil la* iPOLL Databank, The Roper Center for Public Opinion Research, University of Connecticut, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>. Acest fapt înseamnă că 45% dintre cei intervievați nu au cunoscut ce anume a permis sau a interzis cauza *Roe v. Wade*.

governatorul statului Alaska și candidata Partidului Republican pentru funcția de Vicepreședinte al Statelor Unite, în afara *Roe v. Wade* nu a reușit să numească o altă cauză cu care nu este de acord.<sup>41</sup> Acest lucru este frapant, dat fiind faptul că Guinier tratează mai multe opinii separate orale ale Judecătorului Scalia la care Guvernatorul Palin ar fi putut face referire.<sup>42</sup> La începutul articolului, Guinier scrie: „Întrebarea este dacă Judecătorii Curții Supreme cu opinii separate pot antrena publicul [larg] într-un fel de deliberare, care își are originea în practici democratice înrădăcinate ale instituțiilor guvernamentale constituționale.”<sup>43</sup> Cunoaștem răspunsul la această întrebare, iar răspunsul este nu.

Dacă o parte însemnată a publicului american nu are cunoștință despre hotărâri majore, precum *Roe v. Wade*, a crede că americanii obișnuiți vor cunoaște însemnătatea opiniilor separate orale este o fantezie. În primul rând, acestea sunt foarte puține. Guinier relatează într-o notă de subsol că, din 1994 au existat „aproximativ” patruzeci și șapte de opinii separate orale.<sup>44</sup> Acest lucru înseamnă 3,4 opinii separate orale pe an. Pentru a înrăutăți starea lucrurilor, însăși Guinier notează că „opiniile separate orale nu sunt chiar disponibile.”<sup>45</sup> Aceste opinii nu sunt imprimate sau date publicității de către Curte.<sup>46</sup> Uneori acestea sunt descrise în articole de ziar,<sup>47</sup> dar Guinier a subliniat în mod repetat importanța emiterii acestora pe cale orală.<sup>48</sup> Ideea principală este că foarte puține persoane *audiază* opinii separate orale.

Guinier sugerează că tehnologia ar putea îmbunătăți această situație.<sup>49</sup> Datorită eforturilor

extraordinare ale Profesorului Jerry Goldman, un savant al științelor politice de la Universitatea Northwestern, site-ul The Oyez Project postează fișiere audio conținând opinii separate orale.<sup>50</sup> În orice caz, poate exista o întârziere lungă între apariția unei opinii separate orale și postarea fișierelor audio.<sup>51</sup> De exemplu, Guinier a acordat o atenție specială opiniei separate orale a Judecătorului Breyer în cauza *Parents Involved*.<sup>52</sup> Chiar dacă speța a fost soluționată la 28 iunie 2007, Guinier afirmă că fișierul audio conținând opinia separată ar fi disponibilă doar un an mai târziu.<sup>53</sup> În plus, accesarea unei opinii separate orale pe pagina Oyer necesită parcurgerea mai multor pași. De exemplu, pentru a găsi opinia separată orală a Judecătorului Breyer în *Parents Involved*, în primul rând trebuie găsit site-ul Oyez.<sup>54</sup> După aceea trebuie găsită cauza. Dar chiar și după ce cauza este găsită, nu există nicio indicație explicită în sensul că acea cauză ar conține o opinie separată orală. Pentru a accesa opinia separată, trebuie accesată opțiunea „Opinion Announcement” și trebuie ascultat un fișier audio lung de peste patruzeci de minute.<sup>55</sup>

Numărul scăzut de opinii separate orale și dificultățile legate de cunoașterea și ascultarea acestora înseamnă că foarte puține persoane au cunoștință despre existența lor. Cel mai probabil, singurele persoane care sunt conștiente de existența acestora sunt persoanele prezente fizic la Curte și activiștii. Însă, este posibil ca până și cei mai mulți activiști să nu știe despre existența lor, dat fiind faptul că, așa cum notează Guinier, „este puțin probabil ca mișcările sociale să folosească o opinie orală, întrucât este puțin

<sup>41</sup> Katie Couric, *Palin, Biden Trade Views On Abortion*, CBS NEWS, Oct. 1, 2008, <http://www.cbsnews.com/stories/2008/10/01/eveningnews/main4493062.shtml>.

<sup>42</sup> Guinier afirmă că Judecătorul Scalia a fost „un separatist permanent, folosind des opinii separate orale pentru a transforma o speță într-o cauză.” Guinier, *supra* note 9, at 46 & n.206.

<sup>43</sup> *Id.* at 15.

<sup>44</sup> *Id.* at 23 n.94 (numărând pe Judecătorul Scalia ca fiind Judecătorul cu cele mai multe opinii separate orale, cu unsprezece opinii separate orale în această perioadă, urmat de Judecătorul Stevens cu zece opinii).

<sup>45</sup> *Id.* at 120 n.549.

<sup>46</sup> *Vezi id.* At 24.

<sup>47</sup> *Id.* at 53 (observând că jurnaliști prezenți la o opinie separată orală, inițial sunt responsabili pentru diseminarea opiniei prin folosirea notelor lor verbale).

<sup>48</sup> *Vezi id.* at 10, 25-28.

<sup>49</sup> *Vezi id.* At 54 (dând vina asupra „rezistenței Curții față

de tehnologia secolului douăzeci și unu” pentru eșecul opiniilor separate orale de a „realiza potențialul lor demosprudențial”).

<sup>50</sup> *Vezi* The Oyez Project, About Oyez, <http://us.oyez.org/about> (vizitat ultima dată la 12 februarie 2009).

<sup>51</sup> *Vezi* Guinier, *supra* note 9, at 53-54 n.234 (raportând o întârziere de „de câteva luni” în procesarea materialelor audio ale Curții de către Arhivele Naționale).

<sup>52</sup> *Id.* at 7-18.

<sup>53</sup> *Id.* at 17 n.50 (notând că fișierele ar trebui să fie disponibile în Oyez „începând cu octombrie 2008”).

<sup>54</sup> The Oyez Project, <http://us.oyez.org/> The Oyez Project, <http://us.oyez.org/> (vizitat ultima dată la 12 februarie 2009).

<sup>55</sup> The Oyez Project, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1 – Opinion Announcement*, [http://us.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006\\_05\\_908/opinion](http://us.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006_05_908/opinion) (vizitat ultima dată la 12 februarie 2009).

probabil ca ei să fie prezenți la Curte în ziua când o asemenea opinie este citită.”<sup>56</sup>

Recunoscând aceste provocări, Guinier imaginează apoi ce alternative ar exista pentru ca aceste opinii separate orale să ajungă la public. Autoarea notează că „oralitatea unei opinii separate, pronunțată din scaunul judecătorului, opinie care ulterior este disponibilă unui public mai larg, pare să fie o „tehnologie” de comunicare revoluționară”.<sup>57</sup> Punând deoparte problema accesului precar la opinii separate orale, această supoziție confundă forma cu conținutul, presupunând că publicului larg chiar îi pasă de aceste opinii. Publicul nu este interesat de dezbateri juridice, fie ele orale sau nu. Imaginați-vă, de exemplu, o emisiune de televiziune cum ar fi *The Supreme Court This Week*, cu prezentatorul intonând următoarele: „Să urăm un bun venit călduros gazdei noastre din această săptămână, efervescentul David Souter!”, nu mi-ar plăcea să mă hazardez într-o previziune a rating-ului, chiar pe C-SPAN.

Guinier merge chiar mai departe, sugerând că prin intermediul internetului, „în secolul XII opiniile separate orale ar putea permite Curții să înceapă să ajungă la o audiență și mai largă, formată din actori non-judiciari, nelimitată doar la doctrinari sau avocați, ci formată din poporul obișnuit, elite cu educație, activiști [și] cetățeni interesați.”<sup>58</sup> Dar, încă o dată, această supoziție confundă forma cu substanța. Neabătută, Guinier continuă prin a sugera că „în epoca internetului, aceste povești s-ar propaga prin YouTube sau prin e-mail trimise la prieteni cu percepții similare.”<sup>59</sup> De asemenea, ea mai susține că „tematica, ritmul și alegerea cuvintelor opiniilor separate orale ar putea să fie înregistrate și încorporate în vorbire de artiști, născându-se astfel o narațiune alternativă.”<sup>60</sup> Din păcate, chiar

dacă pare creativ, asemenea susțineri sunt pur utopice. Deși tână generație este conectată la astfel de tehnologii, ei nu ascultă opinii separate orale. Ar putea fi altceva decât o pură fantezie să ne așteptăm ca „artiști vorbitori” să preia opinii separate orale din cauzele Curții Supreme? Chiar dacă ar exista asemenea compoziții, am dubii că ele ar fi ascultate măcar cu ocazia unor „happy hours” la facultățile de drept.

Cercetătorii științelor sociale au studiat mecanismul prin care publicul află despre opiniile Curții Supreme.<sup>61</sup> În general, doctrina a ajuns la concluzia că majoritatea hotărârilor se bucură de o acoperire destul de restrânsă.<sup>62</sup> Charles Franklin și Liane Kosaki au ajuns la concluzia că „până și deciziile controversate și nepopulare” „dispar repede din presă”.<sup>63</sup> Totuși, ei sunt de acord că acțiunile elitelor pot schimba acest model.<sup>64</sup> Când hotărârile Curții Supreme provoacă o „reacție susținută a elitelor”, presa tratează aceste reacții.<sup>65</sup> Trecând în revistă influența Curții asupra opiniei publice, Persily este de acord cu cele arătate.<sup>66</sup> El notează că „natura efectelor hotărârilor Curții asupra opiniei publice, este de obicei rezultatul modului prin care elitele reacționează la asemenea hotărâri.”<sup>67</sup> Aceste poziții doctrinare sugerează că publicul este interesat de reacția elitelor politice la opiniile Curții Supreme, iar nu de opinii în sine. Fără această reacție, tehnologia nu va mări audiența opiniilor Curții Supreme, cu atât mai puțin aceea a opiniilor separate orale.

Ideea este că practic nimănui nu-i pasă ce anume ar putea susține un Judecător într-o opinie separată orală. Este posibil ca Guinier să aibă dreptate atunci când susține că opiniile separate orale „reprezintă un spațiu nou care combină tradițiile teatrale și subversive ale artei reprezentării cu dialogul și cu tradiția democratizantă a dreptului.”<sup>68</sup> De asemenea,

<sup>56</sup> Guinier, *supra* note 9, at 120 n.549.

<sup>57</sup> *Id.* at 28.

<sup>58</sup> *Id.* at 30 n.133.

<sup>59</sup> *Id.* at 29.

<sup>60</sup> *Id.* at 28.

<sup>61</sup> *Vezi de e.g.*, Kevin M. Scott & Kyle L. Saunders, *Supreme Court Influence and the Awareness of Court Decisions 2* (Aug. 31, 2006) (manuscris nepublicat, disponibil la [http://www.allacademic.com/meta/p152007\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p152007_index.html)) (susținând că „instituția Curții, presa și alte grupuri împărțite, toate joacă un rol variabil în modul de receptare a problemelor tratate de Curte și a hotărârilor Curții”).

<sup>62</sup> *Vezi id.* At 6-7 (concluzionând că „acoperirea acordată de presă Curții Supreme...este sporadică,

inconsistentă și nu reflectă diversitatea jurisprudenței Curții”).

<sup>63</sup> Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court*, in *Contemplating Courts* 352, 360 (Lee Epstein ed., 1995).

<sup>64</sup> *Vezi id.* (observând o creștere în interesul presei, chiar și după o săptămână după ce opinia este pronunțată, care se ivește atunci când elitele politice reacționează la hotărârile Curții Supreme).

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> Persily, *supra* note 24, at 9.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> Guinier, *supra* note 9, at 24.

bănuiesc că autoarea are dreptate când susține că narațiunea vie, clară și prinsă în realitate este o cale efectivă de comunicare, în comparație cu scrisul juridic emfatic.<sup>69</sup> Dar toate acestea înseamnă doar că opiniile separate orale sunt un obiect extraordinar de studiu ca și forme literare, iar nu ca agenți cauzali ai democrației deliberative. Argumentele lui Guinier iau prea puțin în considerare structurile, cunoștințele și cultura care limitează penetrarea opiniilor judiciare în conștiința publică.

## II. Este puțin probabil ca opiniile separate să motiveze sau să inspire elitele

Guinier este conștientă de faptul că opiniile separate orale sunt greu de găsit.<sup>70</sup> Ea sugerează despre opinia separată orală că „rolul educațional al acesteia nu trebuie să depindă de preluarea acesteia de către presă. Rolul educațional poate funcționa și indirect prin entități organizate care fac publicitate despre existența și conținutul opiniilor separate.”<sup>71</sup> Autoarea sugerează că rolul educațional se poate desfășura prin două modalități. În primul rând, într-o opinie separată orală, un „Judecător poate ajunge la mișcările sociale rudimentare, ajutându-le să înțeleagă motivul excluderii lor sistemice.”<sup>72</sup> În al doilea rând, activiștii care se confruntă cu subiecte judecate de către Curtea Supremă ar putea să fie tentați să acționeze, folosind opinii separate orale.<sup>73</sup> Guinier scrie pe larg despre Pad Todd, un administrator educațional în Louisville, Kentucky și o activistă locală pentru desegregare în școli. Referindu-se la opinia separată a Judecătorului Breyer în cauza *Parents Involved*, Guinier afirmă că, deși „puține persoane pot să aibă cunoștință despre această opinie separată, le revine persoanelor precum Todd datoria să pornească o responsabilizare democratică”.<sup>74</sup> Prin urmare, Guinier susține că opiniile separate orale pot determina și inspira activiștii din domeniul social.

În măsura în care Guinier argumentează că ceea ce definește modul de abordare a activiștilor este conținutul opiniilor, aceasta are dreptate. Autoarea notează că „Todd a folosit opinia separată fermă a Judecătorului Breyer...pentru a propune un plan de acțiune alternativ, care totuși să fie legal.”<sup>75</sup> Nu este nimic neobișnuit în acest fapt. Dacă hotărârile Curții Supreme sunt legea pământului și vor fi aplicate de către instanțele federale inferioare, atunci Todd și colegii acesteia trebuie să le ia în considerare atunci când construiesc un plan de desegregare care să supraviețuiască provocărilor instanței. Nu este destul de clar cum anume opiniile separate orale aduc un adaos la acest calcul. Este dificil de imaginat că Todd sau orice alt activist ar fi procedat altfel în absența existenței opiniilor separate orale. Pe de altă parte, se pare că Todd nu a fost prezentă în sala de judecată când Judecătorul Breyer și-a rostit opinia separată, nu este clar cum anume a auzit ea despre opinie și cum anume a fost inspirată de ea.<sup>76</sup>

Guinier merge chiar mai departe. Autoarea susține că Todd a folosit și opinia separată scrisă a Judecătorului Breyer, pentru „a aduna trupele” și că ea și „echipa de administratori și cercetători inițial au folosit opinia separată a lui Breyer ca un semnal de reunire”.<sup>77</sup> Într-adevăr, Guinier se lasă ușor purtată de vânt, susținând că „Todd s-a înarmat cu opinia separată a Judecătorului Breyer, pe care a citit-o cu voce tare la începutul tuturor întâlnirilor comunitare, la care a participat.”<sup>78</sup> Dat fiind faptul că opinia separată scrisă avea „șaptezeci și șapte de pagini presărate cu multe note de subsol”<sup>79</sup> această afirmație este improbabilă. De fapt, Emily Bazelon, sursa susținerii lui Guinier, notează doar că „Todd obisnuia să își înceapă prezentarea prin citate din opiniile separate ale Judecătorilor Kennedy și Breyer.”<sup>80</sup> Mai mult, Bazelon clarifică faptul că Todd folosea ideile

<sup>69</sup> *Id.* at 25-28.

<sup>70</sup> *Id.* at 53-54.

<sup>71</sup> *Id.* at 49-50.

<sup>72</sup> *Id.* at 52.

<sup>73</sup> *Vezi id.* At 55.

<sup>74</sup> *Id.* at 13.

<sup>75</sup> *Id.* at 39.

<sup>76</sup> Ziarul *Daily Independent* din Ashland, Kentucky, a publicat o poză, arătând pe „Pat Todd, Directorul executiv pentru studenți la Jefferson County Public School, vorbind la data de 28 iunie 2007 la o conferință

de presă la Van Hoose Education Center în Louisville, Ky.” Mark Sherman, *Court Rejects Louisville Schools' Diversity Plans*, *Daily Independent* (Ashland, Ky.), June 28, 2007, [http://www.dailyindependent.com/schools/local\\_story\\_179110650.html](http://www.dailyindependent.com/schools/local_story_179110650.html). Articolul a apărut în ziua în care opinia a fost citită.

<sup>77</sup> Guinier, *supra* note 9, at 39.

<sup>78</sup> *Id.* at 12, 39.

<sup>79</sup> *Id.* at 9.

<sup>80</sup> Emily Bazelon, *The Next Kind of Integration*, *N.Y. Times Mag.*, July 20, 2008, at 38,43.

Judecătorilor pentru a arăta frustrările sale față de opinia Curții, iar nu pentru a aduna susținători.<sup>81</sup> Odată ce a descoperit prin sondaje faptul că cetățenii din Louisville susțin planul de desegregare, ea a încetat să mai folosească opinia separată a Judecătorului Breyer în prezentare.<sup>82</sup> Todd i-a spus lui Bazelon că „ea a înlăturat opinia separată a lui Breyer în *cauza Meredith* din prezentare; ea nu mai avea frustrări față de Curte.”<sup>83</sup> Dacă Todd ar fi folosit opinia Judecătorului Breyer ca un argument central, este probabil că ea ar fi continuat să facă referiri la opinie.

Argumentul central al lui Guinier este că opiniile separate orale pot mobiliza mișcările sociale.<sup>84</sup> Există o literatură științifică examinând raportul dintre opiniile Curții Supreme și mișcările sociale. Un studiu clasic este cel al lui Michael McCann, intitulat *Rights at Work*, care examinează impactul opiniilor judiciare asupra echității salarizării.<sup>85</sup> Călătorind prin țară și realizând sondaje având ca subiect femei implicate în lupta pentru echitate în salarizare, McCann concluzionează că opiniile judiciare pot mobiliza și inspira ceea ce Guinier numește o „responsabilizare democratică”, doar când „[1] oportunitățile politice tot mai favorabile... converg cu [2] resurse organizaționale preexistente pentru a le furniza potențialilor activiști [3] un context propice acțiunilor colective efective. În acest caz, acțiunile juridice *pot* conduce la o insurgența reală... aparținând [4] mișcărilor entităților identificate.”<sup>86</sup>

Cu alte cuvinte, pentru ca opiniile judiciare să declanșeze responsabilizarea democratică, trebuie să existe un suport al elitelor și al publicului, grupuri și resurse preexistente și dedicate cauzei, o conducere dedicată și destinatari predispuși. Când toate aceste condiții sunt îndeplinite, dreptul *poate*, dar nu va face în mod necesar o diferență. McCann pune problema în felul următor: „Chiar și în condițiile cele mai potrivite... contribuția manevrelor legale

pentru a cataliza acțiuni colective provocatoare, va fi una parțială, condiționată și schimbătoare în timp.”<sup>87</sup>

Analiza lui McCann sugera că opiniile separate demosprudențiale nu sunt nici necesare și nici suficiente pentru a mobiliza mișcările sociale. Ele nu sunt necesare pentru că dacă există deja o mișcare socială activă în derulare, atunci nu este nevoie de ajutor din partea opiniilor judiciare. Ele sunt și insuficiente, pentru că fără o mișcare preexistentă și fără celelalte condiții identificate de McCann, asemenea opinii separate nu vor realiza nimic. Într-adevăr, Guinier furnizează două exemple de mobilizare cu succes, fără o opinie separată demosprudențială. Autoarea descrie o mișcare extrem de bine organizată și de succes, care milita pentru restaurarea dreptului la vot al foștilor infractori din Rhode Island.<sup>88</sup> Aceasta afirmă că „[o] opinie separată din partea Curții Supreme ar putea ajuta într-un asemenea efort,”<sup>89</sup> însă activiștii din Rhode Island nu au avut nevoie de ea. De asemenea, aceasta relatează modalitatea în care mișcările sociale din Missouri au învins o tentativă de a emite o lege foarte strictă privind identificarea alegătorilor,<sup>90</sup> însă și aceasta, fără ajutorul unor opinii separate.

Însă Guinier pare să aibă dreptate atunci când acceptă ideile lui McCann: „Adevărata putere a opiniilor separate demosprudențiale vine atunci când cel care emite opinia este aliniat cu mișcările sociale ori cu responsabilizarea comunitară care mobilizează pentru schimbarea înțeleșului Constituției în decursul timpului.”<sup>91</sup> Opera lui McCann sugerează că acest argument ar putea fi adevărat, dar acesta este un argument foarte diferit de cel făcut de Guinier în opera acesteia. Guinier are nevoie de mai multe calificări de genul acesta pentru a construi un argument persuasiv.

La capătul tuturor demersurilor, activiștilor sociali le pasă de încărcătura de fond a opiniilor

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Vezi id.*

<sup>83</sup> *Id. Meredith v. Jefferson County Board of Education*, 127 S. Ct. 2738 (2007), cauza implica un plan de împărțire al studenților în Louisville, Kentucky, cauză care a acompaniat cauza *Parents Involved*.

<sup>84</sup> *Vezi Guinier, supra note 9*, at 52.

<sup>85</sup> *Vezi în general Michael W. McCann, Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization* (1994).

<sup>86</sup> *Id.* at 136-37 (enumeră condițiile necesare pentru „construirea mișcărilor”).

<sup>87</sup> *Id.* at 137. „Mobilizarea legală efectivă” susține McCann, „depinde de o combinație rară de oportunități și resurse favorabile, care de obicei se găsesc în cantități mici în rândul grupurilor subordonate.” *Id.* at 305.

<sup>88</sup> Guinier, *supra note 9*, at 103-04.

<sup>89</sup> *Id.* at 104.

<sup>90</sup> *Id.* at 105.

<sup>91</sup> *Id.* at 114.



Curții, iar nu de existența sau limbajul opiniilor separate orale. Cele mai multe exemple cunoscute de mobilizare, ca răspuns la hotărârile Curții Supreme apar în cauze în care nu există opinii separate orale. Din această categorie fac parte cauze precum *Brown v. Board of Education*,<sup>92</sup> care a mobilizat grupurile care luptau pentru desegregare, *Roe v. Wade*,<sup>93</sup> care a mobilizat grupurile anti-avort, și *Goodridge v. Department of Public Health*,<sup>94</sup> care a mobilizat oponenții căsătoriei între persoane de același sex.<sup>95</sup> Elitele sunt rareori sau chiar niciodată motivate sau inspirate în acțiunea lor de către limbajul opiniilor separate judiciare. Când elitele au o poziționare favorabilă, așa cum susține și McCann, este posibil ca acestea să folosească opiniile, dar este puțin probabil ca opiniile, luate în mod individual, să conteze.

### III. O abordare concentrată asupra Curții exagerează importanța opiniilor judiciare demosprudențiale

Analiza lui Guinier este concentrată într-o măsură exagerată asupra Curții. În argumentarea în favoarea influenței opiniilor separate demosprudențiale asupra determinării deliberării democratice, Guinier exagerează contribuția Curții. În descrierea rolului opiniilor separate demosprudențiale, Guinier folosește cuvântul „autorizează”, precum și diferitele forme ale acestuia, de mai multe ori.<sup>96</sup> De exemplu, autoarea scrie că „Opinia separată a Judecătorului Breyer [în *Parents Involved*] a autorizat și inspirat pe Pat Todd și pe alții să exploateze noi căi de realizare a țelurilor lor comune.”<sup>97</sup> Aceasta face o afirmație similară în legătură cu efectele opiniei separate orale a Judecătorului Ginsburg în *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*<sup>98</sup> În *Ledbetter*, Curtea a reținut că Lilly Ledbetter nu a avut posibilitatea să recupereze salarii reținute de la ea, din cauza sexului, pentru că nu a înaintat o plângere atunci

când discriminarea a început pentru prima dată, chiar dacă ea nu a fost conștientă de această discriminare.<sup>99</sup> Guinier susține că opinia separată orală a Judecătorului Ginsburg, „a autorizat într-un fel femeile să reacționeze”.<sup>100</sup>

Această viziune este prea concentrată asupra Curții. De ce crede Guinier că Pat Todd și Lilly Ledbetter au avut nevoie de autorizarea și permisiunea Curții să lupte pentru ceva în care acestea au crezut? Ce dovezi oferă autoarea pentru a arăta că fără opiniile concurente și separate ale Judecătorilor, acestea ar fi procedat altfel decât au făcut? Dat fiind angajamentul acestor două femei față de cauzele lor, pare aproape insultător a sugera că în cele din urmă, ele au depins de Curte. Într-adevăr, este posibil, și chiar probabil, că opiniile separate ale Judecătorilor Breyer și Ginsburg le-au ajutat pe Todd și pe Ledbetter să aibă o siguranță mai mare în ceea ce privește cauza lor, dar acest fapt nu are nimic de a face cu acordarea permisiunii de a acționa. De asemenea, Guinier își imaginează că o opinie separată demosprudențială în cauza *Crawford v. Marion County Election Board*,<sup>101</sup> privind identificarea alegătorilor în Indiana, ar fi „permis...oamenilor să se simtă scandalizați și să acționeze prin generarea unor schimbări constructive.”<sup>102</sup> Dar din nou trebuie amintit că oamenii nu au nevoie de permisiunea Judecătorilor Curții Supreme ca să se simtă scandalizați sau să genereze schimbări, constructive sau de altă natură. Prin concentrarea mai degrabă asupra Curții, decât asupra activiștilor sociali, Guinier exagerează influența Curții și subapreciază determinarea și dedicația activiștilor sociali.

Un bun exemplu pentru înțelegerea acestei abordări eronate despre rolul Curții, implică pedeapsa cu moartea. Guinier arată spre opinia concurentă a Judecătorului Stevens în *Baze v. Rees*,<sup>103</sup> care tratează provocarea constituțională a folosirii injecției tri-chimicale ca metodă

<sup>92</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>93</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>94</sup> 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

<sup>95</sup> Vezi Rosenberg, *supra* note 1, at 355.

<sup>96</sup> Guinier, *supra* note 9, at 32, 39, 42, 58, 90, 114, 118 (susținând că opiniile Curții autorizează indivizii și grupurile să acționeze).

<sup>97</sup> *Id.* at 39.

<sup>98</sup> 127 S. Ct. 2162 (2007), *superseded by statute*, Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009, Pub. L. No. 111-2, 123 Stat. 5; Guinier, *supra* note 9, at 42 (susținând că Lilly Ledbetter a fost „în rolul criticului social, ... inspirat, în

parte, de opinia separată puternică a Judecătorului Ginsburg”).

<sup>99</sup> Vezi *Ledbetter*, 127 S. Ct. at 2169.

<sup>100</sup> Guinier, *supra* note 9, at 42.

<sup>101</sup> 128 S. Ct. 1610 (2008) (menținând un statut din Indiana care pretindea alegătorilor să prezinte un act de identificare cu fotografie emis de autorități).

<sup>102</sup> Guinier, *supra* note 9, at 107.

<sup>103</sup> 128 S. Ct. 1520 (2008) (prin această hotărâre s-a stabilit că procedura injecției letale folosită în Kentucky nu încalcă Amendamentul al Optulea despre prohibiția pedepselor crude și neobișnuite).

de execuție.<sup>104</sup> Guinier descrie opinia concurentă ca „profund demosprudențială,” o opinie care țintește spre a „genera o dezbatere despre fondul pedepsei capitale.”<sup>105</sup> Dar americanii au dezbătut deja subiectul pedepsei capitale, iar sondaje au măsurat popularitatea acesteia de-a lungul deceniilor.<sup>106</sup> Aproape întotdeauna, majoritatea a susținut pedeapsa cu moartea, acest suport urcând aproape la optzeci de procente în septembrie 1994.<sup>107</sup> Această stare a existat în pofida opiniilor separate puternice ale Judecătorilor Brennan și Marshall.<sup>108</sup> În anii 1970, când Curtea a intervenit prin invalidarea pedepsei cu moartea așa cum era practică atunci<sup>109</sup>, a existat o reacție care a intensificat susținerea publică pentru pedeapsa cu moartea.<sup>110</sup> Începând cu noiembrie 2008, Gallup arată că aproape două treimi dintre americani susțin pedeapsa cu moartea, în timp ce mai puțin de o treime se opune.<sup>111</sup> Pe lângă acesta, „aproape jumătate (48%) cred că pedeapsa cu moartea nu este destul de des folosită. Doar 21% din americani spun ca ea este prea des folosită.”<sup>112</sup> În final, peste jumătate dintre americani cred că pedeapsa cu moartea este corect aplicată.<sup>113</sup> Dată fiind dezbaterea care s-a prelungit pe parcursul mai multor decenii despre pedeapsa cu moartea, și suportul constant exprimat de americani față de acesta, este de domeniul fantasticului a se pretinde de la o opinie concurentă, chiar demosprudențială, să genereze o dezbatere care să nu fi existat deja.

Este posibil ca analiza lui Guinier să fie prea concentrată asupra Curții, datorită faptului că

percepția acesteia despre Curte este romantizată. De exemplu, ea descrie opinia separată orală a Judecătorului Breyer în *Parents Involved* ca un pas către „un nou for de democrație deliberativă, care este sculptată având ca bază autoritatea formală și respectul cu care este venerată și cu care este asociată Curtea Supremă a Statelor Unite.”<sup>114</sup> Aceasta este o susținere care ar putea fi îmbrățișată numai de către un profesor de drept. Ce fel de „respect cu care este venerată”? Deși se întâmplă adesea, așa cum Robert McCloskey a arătat, ca aceia care câștigă în fața Curții să atribuie o mare înțelepciune acesteia, astfel cum a menționat și McCloskey, ei își schimbă repede convingerea, atunci când pierd.<sup>115</sup> De asemenea, sondajele de opinie publică nu susțin argumentul lui Guinier. În iunie 2008, Gallup a raportat că puțin peste jumătate din americani aprobau modul în care Curtea Supremă își face treaba.<sup>116</sup> Când răspunsurile sunt analizate în funcție de apartenența politică, observațiile usturătoare ale lui McCloskey par a fi corecte; doar aproximativ patruzeci de procente dintre democrați și independenți aprobă modul în care Curtea Supremă își desfășoară activitatea, comparat cu aproximativ șaiszeci de procente dintre republicani.<sup>117</sup> „Respectul cu care este venerată” Curtea pare a fi o descriere inexactă a instituției care se bucură de susținerea a mai puțin de jumătate din publicul american.

Este interesant de observat că opiniile judiciare care sunt cele mai efective în mobi-

<sup>104</sup> Vezi *id.* at 1525-27, 1538.

<sup>105</sup> Guinier, *supra* note 9, at 65.

<sup>106</sup> Lydia Saad, *Americans Hold Firm to Support for Death Penalty*, GALLUP, Nov. 17, 2008, <http://www.gallup.com/poll/111931/Americans-Hold-Firm-Support-Death-Penalty.aspx> (lucrarea a descoperit că în 1937, cincizeci și nouă de procente dintre americani au fost pentru folosirea pedepsei cu moartea în cazul celor condamnați pentru omor).

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> Vezi *e.g.*, *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 320 (1987) (Brennan, J., dissenting); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 231 (1976) (Marshall, J., dissenting). Începând cu 1976, Judecătorii Marshall și Brennan au avut opinii separate la fiecare hotărâre care a menținut o pedeapsă cu moartea. Michael Mello, *Against the Death Penalty: The Relentless Dissents of Justices Brennan and Marshall* 4 (1996). Melo notează că între 1976 și 1991, Marshall și Brennan au avut opinii separate în peseta 2500 de cauze privind pedeapsa cu moartea. *Id.*

<sup>109</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

<sup>110</sup> Saad, *supra* note 101 („Se pare că hotărârile Curții Supreme privind aplicarea pedepsei cu moartea în anii 1970, au stârnit o susținere publică crescută față de această pedeapsă, începând cu anul 1976.”).

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> *Id.* Defalcat pe apartenență politică, suportul republicanilor este peste patru la unu, cel al independenților peste doi la unu și suportul democraților este de peste jumătate. *Id.*

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> Guinier, *supra* note 9, at 12.

<sup>115</sup> Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* 244 (4th ed. 2005).

<sup>116</sup> Jeffrey M. Jones, *Bush, Congress, Supreme Court Near Historical Low Approval*, GALLUP, June 16, 2008, <http://www.gallup.com/poll/108010/Bush-Congress-Supreme-Court-Near-Historical-Low-Approval.aspx> (raportând o rată de susținere de patruzeci și opt de procente pentru Curte).

<sup>117</sup> *Id.*

**Doctrina juridică pare a fi și mai reticentă în a accepta decenii de date care tratează problemele ridicate de Guinier, cum ar fi efectul Curții asupra opiniei publice și asupra mișcărilor sociale. Până când aceste date vor fi acceptate, doctrina juridică va conține mai multă retorică și romantism decât realitate.**

lizarea cetățenilor sunt cele care supără și scandalizează segmente din populație care se mobilizează pentru a preveni implementarea lor și pentru a le răsturna.<sup>118</sup> *Brown, Roe v. Wade*, și *Goodridge* au generat afront și au energizat mișcările sociale, chiar dacă nu au generat și schimbările pe care Guinier sau eu le-

am numi constructive. Acesta nu a fost un rezultat al faptului că au existat opinii separate demosprudențiale orale care să fi dat permisiunea pentru opunere, ci a avut loc pentru că oponentii nu s-au înțeles asupra rezultatelor de fond ale problemei.

Problema principală legată de această parte a analizei lui Guinier este că autoarea plasează Curtea, fără nici o abordare critică, în centrul mișcărilor sociale. Dacă doctrinarii vor să înțeleagă capacitatea Judecătorilor de a influența deliberarea democratică, ei trebuie să se concentreze asupra deliberării și asupra mișcărilor sociale, iar nu asupra Curții. Concentrarea lui Guinier asupra Curții în mod inevitabil exagerează rolul Curții. De exemplu, autoarea consideră opinia separată orală a Judecătorului Ginsburg în *Ledbetter* ca fiind inspirația datorită căreia Lilly Ledbetter a participat în procesul politic,<sup>119</sup> dar nu ia în considerare contextul politic mai larg. La sfârșitul articolului, Guinier face afirmația remarcabilă potrivit căreia „validarea de către Judecătorul Ginsburg a plângerii lui Ledbetter a permis altor elite să audă despre critica bogată, radicală și

concretă, integrată în simplul apel al lui Ledbetter pentru justiție.”<sup>120</sup> Totuși, conjunctura politică a fost de așa natură încât probabil că atât Ledbetter cât și Congresul ar fi acționat. Voința lui Ledbetter de a aduce cauza în fața instanței și apelul ei împotriva pierderii procesului în Eleventh Circuit, sugerează că ea a fost dedicată cauzei. De asemenea, Congresul a acționat fiind conștient de alegerile iminente, unde o femeie avea să fie candidatul principal pentru nominalizarea Partidului Democrat la președinție, iar voturile femeilor erau percepute ca o țintă cheie de către Partidul Democrat. În aceste condiții, este foarte probabil că în acest caz Camera controlată de democrați ar fi adoptat legea care a schimbat hotărârea *Ledbetter*, chiar dacă opinia separată demosprudențială a Judecătorului Ginsburg nu ar fi existat. În mod similar, faptul că Lilly Ledbetter a fost invitată la Convenția Națională Democratică subliniază o corectă rațiune politică, chiar și independent de cele spuse de Judecătorul Ginsburg.<sup>121</sup> În timp ce, desigur, este posibil ca opinia separată orală a Judecătorului Ginsburg să fi contribuit și susținut acțiunile lui Ledbetter și ale Congresului,<sup>122</sup> contextul mai larg sugerează, că de fapt, în cel mai bun caz, aceasta a jucat un rol minor.

Încercarea Congresului de a răsturna hotărârea *Ledbetter* în perioada pre-2008, ridică o întrebare interesantă despre condițiile în care Congresul acționează pentru a răsturna hotărârile Curții. Este greu de imaginat că acțiunea Congresului în răsturnarea hotărârii Curții, în mod normal este produsul unei opinii separate demosprudențiale orale. Cel puțin literatura care examinează asemenea intervenții ale Congresului, nu identifică opiniile separate orale ca fiind importante. În schimb, literatura subliniază considerentele electorale și amenințările percepute la adresa puterii Congresului, ca fiind factori cheie în asemenea demersuri exagerate.<sup>123</sup> Ca exemplu, poate fi

<sup>118</sup> Persily, *supra* note 24, at 12.

<sup>119</sup> Guinier, *supra* note 9, at 40-41 (explicând cum anume opinia separată orală a Judecătorului Ginsburg a ajutat în pornirea unei „cruciade legislative” despre discriminarea angajaților pe bază de sex).

<sup>120</sup> *Id.* at 137.

<sup>121</sup> Lilly Ledbetter, *Address at the Democratic National Convention* (Aug. 26, 2008), <http://www.demconvention.com/lily-ledbetter/>.

<sup>122</sup> Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009, Pub. L. No. 111-2, 123 Stat. 5.

<sup>123</sup> *Vezi, e.g.*, William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE L.J. 331, 334 (1991) („Răsturnările Congresului sunt cel mai

probabile atunci când o interpretare a Curții Supreme relevă o Curte fragmentată ideologic, când această interpretare se bazează pe înțelesul textelor și ignoră semnalele legislative și/sau respinge pozițiile autorităților federale, statele sau locale.”); Joseph Ignagni & James Meernik, *Explaining Congressional Attempts to Reverse Supreme Court Decisions*, 47 POL. RES. Q. 353, 353 (1994) (ajungând la concluzia că „considerentele electorale despre opinia publică și presiunea grupurilor de interese sunt apte să conducă la un răspuns din partea Congresului”); James Meernik & Joseph Ignagni, *Congressional Attacks on Supreme Court Rulings Involving Unconstitutional State Laws*, 48 POL. RES. Q. 43, 43 (1995).

menționat Pregnancy Discrimination Act din 1978, care a răsturnat hotărârea *General Electric Co. v. Gilbert*.<sup>124</sup> Dacă a existat o opinie separată demosprudențială orală în aceea cauză, atunci ea nu este foarte bine cunoscută. În mod similar, Civil Right Act din 1991 a răsturnat hotărârea *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*,<sup>125</sup> precum și multe alte cauze,<sup>126</sup> aparent fără ajutorul unei opinii separate orale bine-cunoscute. Concentrându-se asupra opiniilor separate orale și asupra Curții, Guinier exagerează importanța acestora.

În concluzie, accentul pus de către Guinier asupra importanței limbajului judiciar este prea apolitic și concentrat asupra Curții. Aceasta sugerează că fără opinii judiciare demosprudențiale, liderii politici nu vor avea viziunea sau abilitatea de a acționa. Mai departe, Guinier presupune că folosirea limbajului opiniilor separate demosprudențiale indica influența lor causală.<sup>127</sup> Poate că domnia sa are dreptate, dar aceasta este o ipoteză care necesită verificare, iar nu un adevăr evident.

#### IV. Romantizarea Curții: Căutarea infinită pentru demonstrarea influenței judiciare

În ultimă instanță, Guinier a mai produs un articol juridic care, deși creativ, face parte dintr-un lung șir de încercări, care par a fi fără sfârșit, și care încercă să descrie Curtea ca fiind un agent de schimbare efectiv și puternic și un apărător al minorităților. Dar această analiză nu poate fi conciliată cu decenii de cercetări sociale, care pun la îndoială și califică argumentele despre eficacitate judiciară. Ignorarea datelor

oferite de științele sociale nu reprezintă nimic nou pentru doctrina juridică. De exemplu, a fost nevoie de decenii pentru ca modelul de atitudine reprezentat de jurisprudența Curții Supreme să se impună ca o linie de apărare comună printre doctrinari.<sup>128</sup> În pofida faptului că un volum de muncă important asupra modelului de atitudine în ani 1980<sup>129</sup> și 1990,<sup>130</sup> doar în 2004 un mare doctrinar a adaptat și cultivat acest model.<sup>131</sup> Doctrina juridică pare a fi și mai reticentă în a accepta decenii de date care tratează problemele ridicate de Guinier, cum ar fi efectul Curții asupra opiniei publice și asupra mișcărilor sociale. Până când aceste date vor fi acceptate, doctrina juridică va conține mai multă retorică și romantism decât realitate.

Această lipsă de preocupare față de cercetările sociale este izbitoare în special pentru cei care pretind că fac parte din stânga politică. În privilegierea rolului Curții, ei arată o viziune de schimbare elitistă, orientată din sus spre jos, care nu prețuiește inițiativa și dedicația activiștilor reformelor sociale, a căror cauză o susține. Argumentul lui Guinier ridică în slăvi abilitatea oamenilor de rând să delibereze asupra valorilor constituționale – „înțelepciunea poporului”<sup>132</sup> – însă autoarea sugerează că această deliberare nu va avea loc fără autorizarea și permisiunea Curții.<sup>133</sup> Acest fapt ignoră aspectul că marile mișcări pentru schimbare socială în America, de la abolirea limitărilor dreptului la vot până la justiția economică, nu au depins de o autorizare judiciară.<sup>134</sup> În raportarea față de Curte, cei din stânga politică au uitat de asemenea rolul istoric al puterii judecătorești de apărător al status

<sup>124</sup> 429 U.S. 125 (1976) (a stabilit că un plan pentru acoperirea dizabilităților unui angajat care nu acoperă dizabilitatea relativă la sarcină nu încalcă Titlul VII al Civil Rights Act din 1964, înlocuită în prezent cu Pregnancy Discrimination Act din 1978, 42 U.S.C. § 2000e(k) (2000).

<sup>125</sup> 490 U.S. 642 (1989)

<sup>126</sup> *Vezi, e.g.*, *W. Va. Univ. Hosp., Inc. v. Casey*, 499 U.S. 83 (1991); *Lorance v. AT&T Techs., Inc.*, 490 U.S. 900 (1989); *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755 (1989); *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164 (1989); *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

<sup>127</sup> *Vezi* Guinier, *supra* note 9, at 121.

<sup>128</sup> Un model de atitudine „presupune ca judecătorii să ia deciziile în considerarea faptelor cauzei și în lumina atitudinilor și valorilor ideologice ale ficăruia.” *Vezi* Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* 73 (1993).

<sup>129</sup> Jeffrey A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, 83 Am.

Pol. Sci. Rev. 557, 561 (1989) (susține modelul de atitudine cu o corelație între voturile judecătorilor și cu o cântărire independentă a valorilor lor ideologice).

<sup>130</sup> Segal & Spaeth, *supra* note 123, at 69 (sugerând că hotărârile Curții Supreme sunt luate pe baza unor preferințe ideologice din cauza lipsei de responsabilizare din partea electoratului și a lipsei puterii de a controla activitatea Curții).

<sup>131</sup> Cass R. Sunstein, David Schkade, & Lisa Michelle Ellman, *Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, 90 VA. L. REV. 301, 352 (2004).

<sup>132</sup> Guinier, *supra* note 9, at 16, 47.

<sup>133</sup> *Vezi id.* at 40, 107.

<sup>134</sup> *Vezi* Rosenberg, *supra* note 1, at 156, 265 (argumentând că dovezile empirice arată că instanțele nu au jucat un rol semnificativ în ivirea mișcării pentru apărarea drepturilor civile și a mișcării privind apărarea drepturilor femeilor).

quo-ului și al distribuției inegale a puterii, bogăției și a privilegiilor.<sup>135</sup> Probabil cel mai important aspect este acela că prin concentrarea asupra Curții, stânga presupune în mod tacit că drepturile păcălesc politicul și că judecarea unor cauze este la fel de efectivă ca și construirea și susținerea mișcărilor politice. Nici istoria și nici informațiile deținute nu furnizează o susținere pentru o asemenea supoziție.

Nu este clar de ce doctrinarii dreptului au fost, în majoritatea lor, atât de refractari în a accepta cercetările sociale.<sup>136</sup> O parte din această reticență se datorează lipsei de instruire în metodele empirice. Dar este mai probabil că reticența derivă din izolarea doctrinarilor dreptului și din preocuparea lor față de statutul lor.<sup>137</sup> Dacă doctrinarii dreptului nu mai dețin un monopol asupra doctrinei juridice și dacă instanțele sunt mai puțin importante în producerea schimbărilor sociale, decât fuseseră obișnuiți să creadă doctrinarii, atunci respectul cu care s-au obișnuit este greșit îndreptat.

În același timp, susținerile despre importanța opiniilor separate demosprudențiale spun mai multe despre punctele forte și slăbiciunile celei mai bune doctrine juridice moderne decât despre abilitatea Curții să contribuie la deliberarea democratică. Atât timp cât cei mai interesanți, preocupați și creativi doctrinari romantizează Curtea, atât opera lor cât și instruirea noastră vor avea de suferit.

#### **Cuvânt înainte, traducere și adaptare realizate de Attila Kis**

**Nota redacției:** Versiunea originală a fost publicată în *Boston University Law Review*, Volumul 88 Numărul 2 - Aprilie 2009, p. 563-579, *Revista Forumul Judecătorilor* primind acceptul autorului și al revistei americane, în vederea traducerii și republicării exclusive a studiului în România.

---

<sup>135</sup> Vezi Gerald N. Rosenberg, *Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places*, 54 *DRAKE L. REV.* 795, 796 (2006).

<sup>136</sup> Există totuși o mișcare în cadrul doctrinei juridice pentru a aduce uneltele științelor sociale în cercetarea juridică. Mișcarea include înființarea *Empirical Legal Studies Blog* ([www.elsblog.org](http://www.elsblog.org)), *Journal of Empirical Legal Studies*, și organizarea Conferinței anuale despre Studiile Juridice Empirice, ținut prima dată în 2006.

<sup>137</sup> Pentru un atac polemic asupra izolării doctrinarilor dreptului, vezi Gerald N. Rosenberg, *Across the Great Divide (Between Law and Political Science)*, 3 *GREEN BAG 2D* 267, 272 (2000) (susținând că doctrinarii dreptului sunt izolați intelectual de la domeniul științelor politice, fapt care este în detrimentul lor).