

UNIVERSITATEA DE VEST DIN TIMIȘOARA

FACULTATEA DE DREPT

ȘCOALA DOCTORALĂ DE DREPT

**REZUMAT TEZĂ DE
DOCTORAT**

*Principiul proporționalității în dreptul
european al drepturilor omului*

Conducător de doctorat:

PROF. UNIV. DR. VALENTIN CONSTANTIN

Doctorand:

TEODOR PAPUC

Timișoara, 2019

Teza mea debutează prin prezentarea surselor principiului proporționalității în jurisprudența Curții de la Strasbourg. Idealul pe care îl împărtășește Curtea este cel al unei „societăți democratice efective și coerente, guvernate de preeminența dreptului”. Democrația și preeminența dreptului sunt virtuțile de bază ale societății europene.

Principiul proporționalității reprezintă un instrument care contribuie la instaurarea unui „regim politic cu adevărat democratic”, ca să folosesc o expresie a judecătorilor de la Strasbourg. Democrația este singurul sistem politic acceptat de Convenție. Curtea concepe democrația ca pe un parteneriat dintre majoritate și minorități. Ea consideră că, deși interesele individuale trebuie subordonate, cu anumite ocazii, intereselor de grup, democrația nu presupune, pur și simplu, faptul că viziunile majorității trebuie să prevaleze întotdeauna. Trebuie asigurat un echilibru care să ofere un tratament corect și adecvat minorităților și care să evite orice abuz de poziție dominantă. Orice limitare a drepturilor relative garantate de Convenție trebuie să fie necesară într-o societate democratică. Necesitatea într-o societate democratică impune asigurarea unui echilibru corect atunci când este limitat exercițiul drepturilor garantate de Convenție. Societatea pe care o descrie Curtea trebuie să fie produsul unor dezbateri și al unor concesiuni continue. Echilibrul, dialogul, compromisul și cultura justificării sunt mărci ale principiului proporționalității.

Din perspectiva Convenției Europene a Drepturilor Omului, preeminența dreptului și imperativul respectării drepturilor omului sunt strâns legate. Preambulul Convenției subliniază că aceasta a fost concepută din

„dorința statelor membre care, animate de același spirit și având un patrimoniu comun de idealuri și de tradiții politice, de respect al libertății și de preeminență a dreptului, au luat primele măsuri pentru garantarea colectivă a anumitor drepturi enunțate în Declarația Universală a Drepturilor Omului”. Relația dintre proporționalitate și preeminența dreptului este definită de imparțialitate ca stare de spirit obligatorie pentru judecători. Imparțialitatea judiciară reprezintă o condiție esențială a preeminenței dreptului. Imparțialitatea presupune faptul că judecătorii trebuie să manifeste deschidere față de interesele tuturor părților interesate. Modelul proporționalității satisface exigențele imparțialității.

Teza mea continuă cu prezentarea celor două tipuri de norme care pot exprima drepturi ale omului: regulile și principiile. Distincția dintre aceste tipuri de norme este importantă pentru a se putea observa când operează analiza proporționalității. Diferența de ordin logic dintre o regulă și un principiu este că regula impune metoda deducției în interpretarea unei situații juridice în care aceasta este incidentă. Fapte concrete sunt încadrate în ceea ce prescrie regula abstractă. În schimb, pentru principii este caracteristică dimensiunea ponderii. Ideea de pondere presupune punerea în balanță, iar punerea în balanță este o parte integrantă a testului proporționalității.

De obicei, apar conflicte între drepturi și alte drepturi ale omului sau între drepturi ale omului și interese statale sau particulare. Atât drepturile, cât și interesele concurente pot fi exprimate sub forma regulilor sau a

principiilor. În consecință, pot exista conflicte între reguli, conflicte între principii și conflicte între reguli și principii.

Dacă vin în conflict două reguli cu aceeași forță juridică, trebuie aplicată ultima regulă adoptată (*lex posterior*). Dacă vin în conflict două reguli cu o forță juridică diferită, trebuie aplicată regula cu o forță juridică superioară (*lex superior*). În materie de conflicte dintre reguli se pune problema validității uneia din acestea. Dacă o regulă este validă și aplicabilă, ea trebuie pusă în operă. Atunci când aplicăm regula specială (*lex specialis*) în detrimentul regulii generale, în condițiile în care amândouă au o forță juridică egală, suntem în prezența unui conflict aparent, a unui conflict fals. Ambele reguli au un câmp de aplicare prestabilit și amândouă rămân valide pentru domeniul pe care îl reglementează. Niciuna nu pătrunde în câmpul de aplicare al celeilalte, ele rămânând intacte în limitele sistemului juridic.

Principiile, în schimb, nu au ca formă de aplicare metoda deducției. Ele sunt norme care reclamă ca realizarea lor să aibă loc în cea mai mare măsură, date fiind posibilitățile juridice și factuale existente.

Principiile sunt modelate, pe de o parte, de regulile și de principiile cu aceeași forță juridică opuse. Când vin în conflict cu alte principii, trebuie puse în balanță. Principiile nu sunt exprimate în modul în care sunt exprimate regulile. Un exemplu este articolul 11 din Convenție, care garantează libertatea de întrunire și de asociere: orice persoană are dreptul la libertate de

întrunire pașnică și la libertate de asociere, inclusiv de a constitui cu alții sindicate și de a se afilia la sindicate pentru apărarea intereselor sale. De fapt, marea majoritate a drepturilor substanțiale din Convenție sunt exprimate sub forma principiilor. Există o diferență frapantă între formulările „nimeni nu poate să” sau „este interzis să” și „fiecare persoană are dreptul la”. Primele formulări sunt precise, cele din categoria a doua nu.

Regulile se aplică de o manieră „totul-sau-nimic”, pe când principiile cer realizarea lor în cea mai mare măsură posibilă, date fiind circumstanțele de fapt și de drept. Maniera în care se manifestă o regulă este predeterminată, pe când cea în care se aplică un principiu nu. Conflictele dintre reguli se soluționează în abstract, prin aplicarea normelor de interpretare logică, pe când principiile se rezolvă la modul concret, în funcție de circumstanțe. Conflictele dintre reguli se administrează la nivelul validității. Pe de altă parte, conflictele dintre principii se administrează în funcție de ponderea lor.

Principiile pot avea o anumită pondere, într-o anumită situație, iar într-o alta, o pondere diferită. Principiile urmăresc să fie optimizate. Interpretul le optimizează prin intermediul punerii în balanță, în funcție de circumstanțele factuale și juridice ale fiecărui caz. Acest fapt este recunoscut de către Curte în *Chassagnou și alții v. Franța*, 29 aprilie 1999, § 113, în materie de conflicte între drepturi: „În special această căutare constantă a echilibrului dintre drepturile fundamentale ale fiecărei persoane constituie fundamentul unei *societăți democratice*” și, în același paragraf, „punerea în balanță

a intereselor individuale se poate dovedi o sarcină dificilă”.

Spre deosebire de reguli, principiile nu pot avea excepții. Principiilor le este caracteristic să aibă în vedere toate circumstanțele în discuție, de fiecare dată când sunt aplicate. Regulile își prestabilesc câmpul de aplicare. Totuși, ele nu sunt redactate în mod ireproșabil sau astfel încât să acopere toate situațiile care pot apărea în legătură cu domeniul pe care îl delimitează. În teză am demonstrat însă că structura semantică le conferă normelor doar un caracter *prima facie* de reguli sau de principii. Uneori, nu este importantă structura ipotetică a normelor, ci utilizarea lor argumentativă. Regulile proiectează anumite așteptări în viitor, însă fără cunoașterea deplină a acestuia. Excepțiile unei reguli nu pot fi enumerate în mod decisiv. Idealul potrivit căruia toate conceptele trebuie să fie apte a fi definite cu ajutorul unui set de condiții necesare și suficiente este unul eronat. Dacă circumstanțele unei cauze impun stabilirea unei excepții de la o regulă de către judecători, regula va fi invalidată, în acel caz. Nicio teorie de interpretare nu oferă perspectiva constrângerii judecătorilor.

Există un fenomen interesant pe care îl comportă regulile, atunci când intervin excepțiile. Atunci când excepția cerută – care reprezintă întotdeauna, într-un conflict veritabil, un principiu – are o pondere mai mare, ea înlătură de la aplicare regula. Cu alte cuvinte, în acel caz, regula este pusă în balanță și apoi înlăturată, nu optimizată. Regula se manifestă, în primă fază, ca un principiu, după care este invalidată. Am scos în

evidență, în teza mea, două situații de acest gen. Prima este cea în care este pus în balanță principiul care a stat la baza adoptării regulii. Cea de-a doua are în vedere regulile care conțin principii, caz în care principiul din interiorul regulii este pus în balanță și, în funcție de ponderea acestuia, regula este invalidată sau nu. Așadar, chiar dacă o normă este redactată ca regulă, aplicabilitatea acesteia va depinde fie de ponderea principiului care stă la baza adoptării ei, fie de ponderea principiului pe care îl conține în formularea sa. Ea va depinde de aspectele de valoare pe care le scot sau nu în evidență interpreții cu argumentarea lor și de scopurile despre care aceștia cred că trebuie realizate.

Concluzia acestei părți a tezei mele este că normele juridice nu înseamnă doar texte. Ele sunt semnificații create din interpretarea acestor texte. Atunci când aplicarea regulilor ar produce consecințe inacceptabile, cu prejudicii serioase ale drepturilor persoanei disproporționate față de beneficiul real, ele trebuie înlăturate de la aplicare prin excepții create de către judecători. Regulile vor fi citite atunci ca principii. Ele nu vor mai fi reguli definitive, ci principii formulate ca reguli, care nu își pot menține caracterul de reguli dacă prevalează în unele cazuri, iar în altele nu.

Teza mea descrie apoi etapa stabilirii câmpului de aplicare al drepturilor de către judecătorii de la Strasbourg. Articolul 35 din Convenție stabilește condițiile de admisibilitate ale unei cereri privind pretinsa încălcare a unui drept din Convenție. De fiecare dată, Curtea trebuie să verifice dacă au fost epuizate căile interne de atac, dacă cererea nu este anonimă, dacă

nu a fost supusă anterior examinării sale sau dacă aceasta nu se regăsește pe rolul altui tribunal internațional, dacă a fost depusă în termenul de șase luni, dacă nu este incompatibilă cu dispozițiile sale sau dacă nu este abuzivă și dacă reclamantul nu a suferit niciun prejudiciu important. În afară de criteriile *ratione materiae* menționate, Curtea mai cercetează dacă problema ridicată de reclamant intră în câmpul de aplicare al unuia dintre drepturile garantate de Convenție și dacă a existat cu adevărat o ingerință în acest drept. Problema câmpului de aplicare al unui drept are o relevanță deosebită pentru analiza proporționalității ingerinței contestate. Unde nu putem vorbi despre existența unui drept, nu putem vorbi despre testul de proporționalitate.

De regulă, stabilirea incidenței unui drept invocat trebuie să se facă la etapa admisibilității, atât timp cât nu există un motiv particular să se reunească problema cu fondul cauzei. Însă jurisprudența Curții este departe de a fi una consecventă, și din acest motiv incidența dreptului este analizată uneori la etapa fondului.

În afară de cazurile în care Curtea argumentează aparte întinderea câmpului de aplicare al unui drept, există alte trei categorii de cazuri în jurisprudența sa relative la structura drepturilor fundamentale. Prima categorie este formată din cazurile în care Curtea pur și simplu ignoră etapa stabilirii câmpului de aplicare. A doua categorie vizează cazurile în care Curtea acordă o atenție sumară etapei stabilirii câmpului de aplicare. A treia – în care Curtea contopește etapa stabilirii câmpului de aplicare cu etapa constatării proporționalității măsurii.

Lipsa unei organizări în acest sens, a unei separații clare dintre etapa stabilirii câmpului de aplicare al dreptului și testul de proporționalitate, i-a făcut pe unii juriști să afirme că, uneori, reclamații poartă o sarcină a probei mult mai grea, în sensul în care nu trebuie să justifice doar existența unei ingerințe, ci și inexistența unei nevoi sociale presante.

Am observat că judecătorii Curții manifestă o abordare generoasă în materie de definire a drepturilor, fenomen catalogat de adversarii acestei teorii ca „inflație a drepturilor”, iar uneori ca „protecție a unor interese triviale”. Această tendință este obișnuită, în prezent, la curțile constituționale europene, mai ales pentru că fiecare acțiune a autorităților trebuie justificată în termeni de rațiune publică, iar apoi pentru că judecătorii au, oricum, garanția concluziilor testului de proporționalitate. Nu există motive îngrijorătoare pentru care câmpul de aplicare al unui drept ar trebui restrâns. De altfel, Curtea a manifestat de-a lungul timpului o viziune extinsă mai ales în cazul dreptului la respectarea vieții private, de exemplu. În *López Ostra v. Spania*, 9 decembrie 1994, § 51, Curtea a identificat în articolul 8 din Convenție un drept la un mediu sănătos. În *Hatton și alții v. Regatul Unit* [MC], 8 iulie 2003, § 103, Curtea a dedus, din același articol, existența unui drept la un somn liniștit. În *Laskey, Jaggard și Brown v. Regatul Unit*, 19 februarie 1997, § 36, ea a reținut că orgiile sexuale sado-masochiste dintre homosexuali intră sub incidența articolului 8.

Beneficiul pe care îl observă însă unii analiști în cazul interpretărilor generoase este transparența. Când Curtea interpretează un drept astfel, ea trebuie să treacă apoi la

testul legalității, iar apoi la testul de proporționalitate, fiind nevoită să explice de ce a fost limitat dreptul. Testul proporționalității reprezintă un exercițiu mai detaliat și preferabil unei negări categorice a protecției unui drept la etapa interpretativă.

Concepția Curții în privința întinderii drepturilor este una în care tot ceea ce sugerează dreptul din Convenție că ar trebui protejat se încadrează în câmpul lui de protecție. Curtea nu are o concepție restrictivă, dar nici una care adoptă principiul libertății generale de acțiune, cum o face Curtea Constituțională Federală germană, care afirmă că fiecare poate să facă ceea ce dorește. Altfel spus, Curtea interpretează generos drepturile, dar nu foarte generos. Ea nu a dedus, de exemplu, din articolul 8 un drept al femeii de a naște la ea acasă sau un drept la avort. Practic, calea pe care a ales-o Curtea este una de mijloc. Ea constă în garantarea unei protecții efective a drepturilor și în schițarea unui standard clar în privința acestora, oferindu-le astfel indiciile necesare statelor membre, fără a proteja toate interesele reclamantilor.

Testul care urmează, de regulă, după etapa stabilirii câmpului de aplicare al unui drept și care precedă analiza proporționalității este testul legalității. Am dedicat acestui test un capitol din teză.

Prima condiție existentă în clauzele limitative din Convenție este ca ingerința sau măsura intruzivă să fie prevăzută de lege. Expresia „prevăzută de lege” pretinde în primul rând ca măsura imputată să aibă o bază în dreptul național. Ea se mai referă la calitatea legii în discuție, în sensul în care legea trebuie să fie accesibilă

destinatarii, care trebuie să poată să prevadă consecințele acțiunilor sau ale inacțiunilor sale în baza acesteia. Legea trebuie să fie compatibilă cu preeminența dreptului.

Curtea a stabilit conținutul testului legalității legii. Ea a scos în evidență patru condiții care trebuie îndeplinite pentru ca testul să poată fi considerat parcurs. Prima condiție privește existența unei baze legale în sistemul național pentru instituirea măsurii intruzive. A doua – accesibilitatea prevederii legale. A treia – caracterul suficient de precis al dispoziției legale pentru a-i permite persoanei să prevadă în mod rezonabil consecințele pe care le presupune o anumită acțiune a sa. Și a patra – existența unor garanții adecvate în lege împotriva ingerințelor arbitrare în drepturile substanțiale respective.

Există cazuri în care Curtea verifică respectarea standardului calității dreptului național doar dacă o cere reclamantul și cazuri în care Curtea lasă nesoluționată problema legalității. Curtea pare să limiteze controlul legalității la argumentele prezentate de către reclamanți.

Următorul capitol din teza mea este dedicat etapei stabilirii scopului legitim al ingerințelor în exercițiul drepturilor omului. Convenția Europeană a Drepturilor Omului nu conține o clauză limitativă generală, ci mai multe clauze limitative scrise, caracterizate de mici diferențe specifice. Acestea se fac remarcate începând cu articolul 8. Spre exemplu, paragraful al doilea al articolului 8 permite ingerințele autorităților publice în exercitarea acestui drept în măsura în care acestea sunt

prevăzute de lege și constituie, într-o societate democratică, măsuri necesare pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora. Totuși, există și clauze limitative nescrise, care pot fi deduse, de exemplu, din natura relativă a drepturilor cărora redactorii Convenției nu le-au rezervat paragrafe speciale în acest sens. Cu alte cuvinte, poziția oficială este că toate drepturile relative pot fi limitate. Este cazul drepturilor garantate de articolele 5, 6 sau 12 din Convenție, ori al drepturilor garantate de articolele 1, 2 și 3 din Protocolul nr. 1 la Convenție.

Scopurile legitime prevăzute de Convenție pot fi clasificate în scopuri în interes public și scopuri în interes privat.

Scopurile în interes public sunt securitatea națională (articolele 8, 10, 11 din Convenție și articolul 2 din Protocolul nr. 4), siguranța publică (articolele 8, 9, 10, 11 din Convenție și articolul 2 din Protocolul nr. 4), bunăstarea economică a țării (articolul 8 din Convenție), apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor (articolele 8, 10, 11 din Convenție și articolul 2 din Protocolul nr. 4) sau numai apărarea ordinii (articolul 9 din Convenție), protecția sănătății (articolele 8, 9, 10, 11 din Convenție și articolul 2 din Protocolul nr. 4), protecția moralei (articolele 8, 10, 11 din Convenție și articolul 2 din Protocolul nr. 4) sau a moralei publice (articolul 9 din Convenție), integritatea teritorială (articolul 10 din

Convenție) și garantarea autorității și a imparțialității puterii judecătorești (articolul 10 din Convenție).

Scopurile în interes privat sunt protecția drepturilor și a libertăților altora (articolele 8, 10, 11 din Convenție și articolul 2 din Protocolul nr. 4), protecția reputației altora (articolul 10 din Convenție) și protecția informațiilor confidențiale (articolul 10 din Convenție).

Am observat că etapa scopului legitim este, de obicei, laconică. De multe ori, Curtea nu verifică sinceritatea explicațiilor Guvernului. Uneori, deși își manifestă dubiile cu privire la existența unui scop legitim în cazul unei anumite ingerințe, Curtea nu-și încheie analiza aici, ci trece mai departe.

Următorul capitol al tezei mele descrie etapa necesității într-o societate democratică și prezintă similitudinile dintre aceasta și testul clasic al proporționalității.

Atunci când analizează proporționalitatea unei ingerințe, Curtea nu urmează întotdeauna etapele testului clasic de proporționalitate, în legătură cu care se prezumă că reprezintă modelul optim și care conservă cât mai mult din principiile concurente. Testul clasic presupune ca, după confirmarea existenței unui scop legitim, tribunalele să verifice dacă măsura care stă la baza ingerinței într-un drept este oportună (adică dacă are o legătură rațională cu acest scop), dacă această măsură este necesară (adică dacă este cea mai puțin intruzivă dintre măsurile care pot realiza scopul legitim) și dacă este proporțională *stricto sensu* (adică dacă există un

raport de proporționalitate între ingerința în dreptul fundamental și realizarea scopului urmărit).

Testul clasic sugerează ideea de parcurgere a unor trepte, ideea de verticalitate. Dacă nu este parcursă prima etapă, nu se poate ajunge la a doua ș.a.m.d. Testul Curții de la Strasbourg este însă unul orizontal, flexibil, și nu impune neapărat parcurgerea tuturor etapelor anterioare etapei proporționalității *stricto sensu*. Curtea are un test propriu, care poate îngloba etapele anterioare în discuție sau nu.

„Necesitatea într-o societate democratică” este etapa principală a analizei Curții privind caracterul justificat al limitării unui drept (relativ) din Convenție. Curtea amintește că ingerințele într-un drept garantat de Convenție sunt „necesare într-o societate democratică” pentru realizarea unui scop legitim dacă acestea răspund unei „nevoi sociale presante” și, în particular, dacă sunt proporționale cu scopul legitim urmărit, precum și dacă motivele prezentate de către autoritățile naționale pentru justificarea lor sunt „pertinente și suficiente”. Am dedus două standarde de bază aferente clauzei „necesității într-o societate democratică”, *nevoia socială presantă* și *motivele pertinente și suficiente*.

Noțiunea de „necesitate” este o noțiune autonomă pentru Curtea de la Strasbourg. Ea nu se suprapune pe noțiunea de „necesitate”, aferentă penultimei etape a testului clasic de proporționalitate, care stabilește existența unor măsuri mai puțin intruzive pentru dreptul fundamental în discuție. Ea este mai cuprinzătoare, în sensul în care

poate include testul oportunității, testul necesității și testul proporționalității *stricto sensu*.

Analiza necesității din testul clasic al proporționalității verifică existența altor măsuri oportune (adecvate), mai puțin intruzive pentru dreptul protejat decât măsura contestată și apte să realizeze scopul legitim urmărit la același nivel, din punct de vedere calitativ, cantitativ și al previziunii.

Potrivit teoriei testului clasic de proporționalitate, dacă după efectuarea testului necesității se constată existența unor măsuri mai puțin intruzive, la fel de eficiente și care nu reclamă costuri suplimentare, măsura aleasă nu este necesară, iar Curtea nu ar trebui să treacă, mai ales din considerente pragmatice (*e.g.* de economie a timpului și a resurselor analitice), la etapa punerii în balanță.

Studiind jurisprudența Curții, am observat că stabilirea măsurilor mai puțin restrictive la Strasbourg are, deocamdată, un caracter de excepție, în ciuda unor tendințe clare în rândul curților constituționale de a evita punerile în balanță, din rațiuni politice, și de a adopta alte metode care să le scutească de criticile referitoare la activismul lor judiciar.

Curtea rezolvă de cele mai multe ori cazurile din fața sa cu ajutorul unui exercițiu relaxat de punere în balanță, fapt care constituie un motiv de critică din partea specialiștilor.

Unii cercetători susțin că în domeniul drepturilor omului, aderența la condiția măsurii mai puțin restrictive ar trebui să le fie pretinsă doar statelor, nu și persoanelor în cazul protecției orizontale. Nu subscriu opiniilor potrivit cărora aderența la exigența măsurii mai puțin restrictive trebuie să le fie impusă doar statelor, nu și deținătorilor de drepturi. Este o concluzie generalizatoare care omite, de exemplu, faptul că și corporațiile pot fi deținători de drepturi. Uneori, resursele lor sunt la fel de bogate ca cele ale unui stat. Un alt argument ar fi că nimeni, nici măcar persoanele private, nu trebuie să afecteze drepturile altora mai mult decât este necesar pentru a(-și) realiza un scop legitim. Teoria optimizării sau a realizării maxime a principiilor nu permite o diferențiere între autorități publice și persoane private. Ea militează pentru realizarea efectivă cât mai amplă a principiilor concurente.

În testul clasic de proporționalitate, testul subordonat al oportunității verifică dacă măsurile restrictive ale unui drept au o legătură rațională cu scopul legitim urmărit. Acest test nu impune ca măsurile alese să fie singurele apte să realizeze scopul sau să-l realizeze pe deplin, ci să-l poată susține, fie și parțial. Este un test relativ ușor de efectuat. El face apel la bunul-simț și constată dacă o anumită măsură este sau nu efectivă, dacă aceasta este sau nu este arbitrară și dacă măsura este „demnă” de scopul pe care îl urmărește.

Din optica testului clasic al proporționalității, Curtea de la Strasbourg analizează uneori condiția oportunității în strânsă legătură cu cea a proporționalității *stricto sensu*. De exemplu, standardul motivelor pertinente și

suficiente la care am făcut trimitere mai sus presupune inclusiv o analiză din perspectiva oportunității măsurii intruzive. Pentru ca un motiv să fie pertinent, el trebuie să aibă legătură cu scopul legitim. Pentru a vedea dacă acesta este suficient, trebuie efectuată o punere în balanță.

Și aplicarea standardului „nevoii sociale presante” presupune o verificare a oportunității măsurii limitative.

Am remarcat, de asemenea, faptul că judecătorii Curții nu aplică în mod sistematic standardul motivelor pertinente și suficiente sau standardul nevoii sociale presante pentru a vedea dacă o anumită măsură este oportună cu ocazia testului necesității într-o societate democratică. Există hotărâri pronunțate în cazuri de discriminare pe criterii etnice în care Curtea verifică oportunitatea măsurii prin intermediul unui standard diferit, cel puțin având în vedere denumirea sa: „motivele convingătoare sau foarte serioase”.

O altă categorie de cazuri sunt cele care implică o ingerință în drepturile garantate de articolul 3 al Protocolului nr. 1 la Convenție: dreptul la alegeri libere. În aceste situații, standardul analizei diferă. În *Ždanoka v. Letonia* [MC], 16 martie 2006, § 115, Curtea a subliniat că acest articol se deosebește de alte prevederi ale Convenției care protejează forme ale drepturilor civile și politice, cum ar fi articolul 10, care garantează libertatea de exprimare, sau articolul 11, care garantează dreptul la libertatea de asociere, inclusiv dreptul persoanei la asocierea politică împreună cu alte persoane, prin statutul ei de membru al unui partid. Cu siguranță, există o

legătură între toate aceste prevederi, și anume nevoia de a garanta respectarea pluralismului de opinie într-o societate democratică prin exercițiul libertăților civile și politice. Mai mult, Convenția și Protocoalele sale trebuie privite ca un întreg. Totuși, atunci când are loc o ingerință în dreptul protejat de articolul 3 din Protocolul nr. 1, Curtea nu aderă în mod automat la aceleași criterii ca cele aplicate cu privire la ingerințele permise de paragrafele secundare ale articolelor 8-11 din Convenție, și nu își bazează concluziile legate de articolul 3 din Protocolul nr. 1 pe principiile derivate din aplicarea articolelor 8-11 din Convenție. Dată fiind relevanța articolului 3 din Protocolul nr. 1 pentru ordinea instituțională a statului, această prevedere este redactată în termeni diferiți, în comparație cu articolele 8-11 din Convenție. Articolul 3 din Protocolul nr. 1 este formulat în termeni colectivi și generali, deși a fost interpretat de către Curte ca implicând drepturi individuale precise. Standardele aplicabile pentru stabilirea conformității cu articolul 3 din Protocolul nr. 1 trebuie să fie considerate mai puțin stringente decât cele aplicabile în cazul articolelor 8-11 din Convenție. Articolul 3 din Protocolul nr. 1 nu conține o listă precisă a scopurilor legitime pentru care poate fi limitat exercițiul drepturilor pe care le protejează. Curtea stabilește doar condiția ca scopul invocat de către autoritățile statale să fie compatibil cu principiul preeminenței dreptului și cu obiectivele generale ale Convenției, în circumstanțele particulare ale cazului. Acest concept al limitărilor implicite presupune faptul că judecătorii de la Strasbourg nu aplică testele tradiționale ale „necesității” sau „nevoii sociale presante”, utilizate în contextul în care sunt incidente articolele 8-11 din

Convenție. Curtea se axează pe doar două criterii: existența arbitrariului sau lipsa proporționalității și existența unei ingerințe în libera exprimare a opiniei poporului. Cele două criterii alcătuiesc un al patrulea standard.

Curtea mai subliniază că ingerința în exercițiul unui drept sau a unei libertăți garantate de Convenție, care urmărește protejarea unor drepturi și a unor libertăți ce nu se regăsesc în aceasta, poate fi justificată doar de „imperative incontestabile”. Acesta ar fi cel de-al cincilea standard prin intermediul căruia poate fi efectuat testul oportunității, un standard utilizat doar în hotărârea *Chassagnou și alții v. Franța* [MC], 24 aprilie 1999, § 113.

Cazurile în care Curtea constată existența unei ingerințe într-un drept protejat de Convenție prezintă o tensiune între nevoia realizării unor scopuri legitime și nevoia garantării dreptului. Sarcina Curții constă în a se asigura de existența unei „relații rezonabile de proporționalitate între măsurile utilizate și scopul urmărit” care să justifice limitarea dreptului în discuție. Această ecuație poate fi înțeleasă și ca o nevoie de stabilire a unei relații de proporționalitate între scopurile urmărite prin ingerință și dreptul din Convenție, adică a unui echilibru corect între cerințele interesului general al comunității și exigențele protecției drepturilor fundamentale ale persoanei. Dar drepturile garantate de Convenție pot veni în conflict cu „drepturile și libertățile altora”, care pot fi și ele garantate de Convenție și de Protocoalele la aceasta. Potrivit Curții, în asemenea cazuri, „căutarea constantă a echilibrului dintre drepturile fundamentale ale fiecărei persoane

constituie fundamentul unei societăți democratice”. Am observat că limbajul echilibrului corect și cel al proporționalității sunt utilizate în mod interșanjabil de către Curte, expresiile fiind sinonime. Ele pretind aplicarea tehnicii judiciare a punerii în balanță a motivelor în favoarea drepturilor și/sau intereselor concurente, pentru a se stabili care dintre acestea prevalează.

Curtea face apel la metoda punerii în balanță fie atunci când verifică rezultatele testului de proporționalitate aplicat la nivel național, fie când își efectuează propria analiză, identificând motive în circumstanțele factuale și juridice ale cauzei. Astfel, ea le reproșează autorităților că nu au cântărit interesele concurente de o manieră mai detaliată, afirmă că trebuie puse în balanță toate interesele care sunt în joc, recunoaște că tribunalele naționale au analizat cu atenție probele din fața lor și au efectuat un exercițiu de punere în balanță, constată lipsa vreunei dovezi potrivit căreia autoritățile naționale au efectuat un exercițiu de punere în balanță a intereselor care au venit în conflict, confirmă că tribunalele naționale au efectuat un exercițiu satisfăcător de punere în balanță a drepturilor în discuție, în conformitate cu criteriile stabilite în jurisprudența Curții și că au stabilit în mod convingător nevoia de a situa dreptul petentului la protecția reputației sale deasupra dreptului reclamantului la libertatea de exprimare, scoate la suprafață existența unor planuri de acțiune ale autorităților care împiedică în mod efectiv existența oricărei puneri în balanță a drepturilor concurente, observă că tribunalele naționale și-au limitat analiza la conformitatea formală cu legile relevante și, în

consecință, că nu au pus în balanță dreptul reclamantului cu interesele publice concurente ș.a. Curtea condamnă lipsa efectivă a motivării din partea autorităților naționale, care să facă posibilă înțelegerea rațiunii din spatele ingerinței, și își declară uneori lipsa de convingere că tribunalele naționale au aplicat standarde conforme cu principiile care decurg din articole garantate de Convenție. Ea afirmă, în jurisprudența sa, că asigurarea echilibrului corect depinde de circumstanțele și de factorii particulari ai fiecărui caz. Curtea nu ezită să sublinieze nevoia autorităților de a privi dincolo de aparențe și de limbajul utilizat și de a se concentra pe realitățile situației.

Referințele la cântărirea intereselor sau la punerea în balanță a considerentelor concurente pot fi catalogate truisme în dreptul constituțional. Ce presupune, totuși, acest test al echilibrului corect? El presupune mai ales o cântărire a drepturilor/intereselor concurente în circumstanțele concrete ale cazului. Cântărireaare loc, potrivit unor cercetători, pe baza unor criterii ca cel al nucleului sau al periferiei dreptului, cel al gravității prejudiciului adus dreptului/drepturilor în discuție, cel al afectării unor alte drepturi sau cel al afectării unor interese generale importante. Ele pot fi denumite „criterii ale prioritizării”. Spre exemplu, dacă un reporter al unei publicații de cancan fotografiază o vedetă aflată în dormitor, în ipostaze intime care nu prezintă un interes public legitim, se poate susține că acesta îi afectează un aspect central al vieții sale private. În schimb, dacă același reporter ar fotografia vedeta din profil, în timp ce merge, pur și simplu, pe stradă, în acest caz ar fi afectat

un aspect marginal al dreptului la respectarea vieții private al vedetei. Pieter van Dijk afirmă că limitarea unui drept la respectarea domiciliului sub forma îngrădirii priveliștii, produsă de construirea unui spital, poate fi considerată mai justificată decât distrugerea unei case pentru amplasarea unei alei în loc. Toate detaliile cauzei dau o pondere corespunzătoare drepturilor și/sau intereselor care vin în conflict.

Am remarcat faptul că judecătorii de la Strasbourg nu utilizează în mod constant aceleași criterii. Unii cercetători susțin că este imposibil, adesea, să deduci în mod direct concluzia Curții din premisele pe care le oferă, pentru că ea nu explică de ce a inclus anumiți factori în exercițiul ei de punere în balanță și i-a exclus pe alții. Rezultatul testului de proporționalitate al Curții ar fi greu de prezis, din cauza multitudinii de factori care afectează ecuația finală. Acest fenomen este denumit de către Sébastien Van Drooghenbroeck „hipercontextualizare”.

Într-un alt capitol al tezei mele am descris cum se manifestă deferența Curții față de deciziile autorităților naționale. Deferența Curții are la bază consensul existent între statele-părți la Convenție, legitimitatea democratică și expertiza autorităților naționale.

Factorul consensului european, exprimat prin legislația convergentă a statelor-membre, prin tratatele internaționale la care acestea sunt parte sau chiar prin *soft-law*-ul internațional, influențează în mod direct deferența manifestată de către Curte. Cu cât mai redus este consensul cu privire la caracterul ilicit al unei

ingerințe, cu atât mai mare este marja de apreciere acordată de către Curte autorităților naționale. Cu cât mai mult se opune practica statală curentă argumentelor statului reclamat, cu atât mai strict este controlul Curții.

Factorul legitimității democratice este reflectat de jurisprudența în care Curtea le acordă statelor o marjă largă de apreciere pentru că acestea se află într-o poziție mai bună pentru abordarea oportunității, a necesității și a proporționalității *stricto sensu* a unei limitări, rezervându-și, în același timp, evaluarea finală a compatibilității măsurii contestate cu Convenția.

Factorul expertizei autorităților naționale este invocat adesea atunci când Curtea își manifestă deferența în cazurile referitoare la securitatea națională, la protecția copilului, la politicile din sistemul de sănătate și din sistemul educațional, la organizarea instituțiilor administrative și la problemele economice.

Următorul capitol al tezei mele prezintă pe larg hotărâri ale Curții Constituționale Federale germane, Curții Supreme a Canadei și alte tribunale supreme sau constituționale care pun în operă principiul proporționalității. În acest capitol observ că „noul constituționalism”, efect al revoluției drepturilor omului de după cel de-al Doilea Război Mondial, a îmbrățișat analiza proporționalității ca metodă adecvată pentru administrarea conflictelor dintre drepturi și/sau interese. În prezent, analiza proporționalității domină agenda curților constituționale și a curților supreme din întreaga lume. Începând cu anii '90, aproape fiecare sistem de justiție constituțională din lume care protejează drepturi

efective, cu excepția Statelor Unite ale Americii, face apel la testul de proporționalitate. Acesta reprezintă o caracteristică definitorie a constituționalismului global.

În ultimul capitol al tezei mele pun în discuție criticile la adresa analizei proporționalității. Sunt contestate, de obicei, rolul etapei punerii în balanță a testului de proporționalitate. Criticii reproșează, în linii generale, (1) că tribunalele care au adoptat metoda proporționalității facilitează așa-numita „inflație a drepturilor”, (2) că marele defect al punerii în balanță este incomensurabilitatea, adică lipsa unei scale comune de măsurare a principiilor care vin în conflict și (3) că metoda proporționalității constituie un pericol la adresa preeminenței dreptului.

Criticii contestă faptul că, în analiza adeptilor proporționalității, drepturile omului nu sunt ajustate în mod adecvat la cerințele care reclamă o prioritate accentuată. Potrivit acestora, nu s-ar pune accentul pe tratamentul juridic special pe care l-ar merita drepturile omului. Problema de bază este, așadar, că nu ar fi afectată doar întinderea dreptului în general, ci și forța sa. Tribunalele nu-și asumă sarcina definirii exacte a drepturilor, putând ajunge la cântărirea unor interese ilicite cu alte drepturi și/sau interese concurente, în loc să le elimine de la bun început. În cazul în care câmpul lor de aplicare ar fi redus în mod substanțial, posibilitatea existenței unor conflicte cu interesele publice ar fi diminuată în mod considerabil. Definițiile largi ar fi, potrivit criticilor, principala cauză a existenței conflictelor. De altfel, problema există și în cazul interpretării vaste a intereselor publice. Atât drepturile

omului, cât și interesele publice ar trebui să fie ajustate în mod adecvat pe cerințele care merită să beneficieze de calitățile juridice ale acestui tip de norme, astfel încât să nu se extindă protecția lor fără justificare și să nu fie afectate pe nedrept alte cerințe relevante ale binelui comun. Dacă drepturile ar fi specificate sau definite cu atenție, conflictele nu ar trebui să se producă în mod frecvent. Prin urmare, dacă nu ar exista conflicte, ar trebui să nu existe nici cereri de chemare în judecată, iar activitatea tribunalelor ar fi descongestionată.

Privită din perspectiva drepturilor omului, controversa opune un model-prag al incidenței unui drept într-un anumit caz, unui model comprehensiv. Primul model elimină din câmpul de aplicare al unui drept interesele triviale, blocând protecția specială acordată de constituție sau de listele de drepturi. Al doilea motiv protejează orice interes care decurge din principiul autonomiei umane sau al demnității persoanei, chiar dacă acesta este unul trivial.

Argumentul principal împotriva modelului-prag constă în faptul că, definind dreptul, în fiecare caz, cu exactitate, efectuezi o punere în balanță ascunsă și definitivă. Atunci când definești un drept, identifici motivele în favoarea sau în defavoarea întinderii sale și le pui în balanță. Însă orice punere în balanță trebuie tratată în mod separat și transparent.

Am arătat în teză că generozitatea în definiții contribuie la abolirea unuia dintre exercițiile inutile de delimitare între câmpurile de aplicare ale două drepturi învecinate, cum ar fi dreptul la respectarea vieții private și dreptul de a nu fi supus relexelor tratamente, dreptul la viață și dreptul

la respectarea vieții private, dreptul la libertatea de exprimare și dreptul la libertatea de religie, dreptul la respectarea vieții private și dreptul la căsătorie ș.a. Tot ce contează este ponderea sau importanța acestor interese și justificarea priorității lor.

Cea mai frecvent întâlnită critică la adresa punerii în balanță și, deci, a testului de proporționalitate, este incomensurabilitatea. Incomensurabilitatea există în cazurile în care ne aflăm în prezența unui conflict între principii și în prezența a două soluții: o alternativă realizează într-o mai mare măsură primul principiu și într-o mai mică măsură al doilea principiu, spre deosebire de cea de-a doua, care îl realizează mai puțin pe primul și mai mult pe al doilea. Pentru a simplifica explicația, voi prelua o formulare a judecătorului Antonin Scalia care a susținut, într-o opinie concurentă la hotărârea *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises* a Curții Supreme a Statelor Unite, că punerea în balanță a intereselor constituționale concurente presupune să stabilești „dacă o anumită linie este mai lungă, comparând-o cu greutatea unei pietre”. Sau formularea scepticului Jürgen Habermas, potrivit căruia nu există standarde raționale pentru punerea în balanță: „Aceasta are loc fie în mod arbitrar, fie în absența unei reflecții serioase, potrivit standardelor și ierarhiilor uzuale”.

Principalele contraargumente pe care le-am identificat la obiecția incomensurabilității principiilor și la abandonul metodei punerii în balanță scot în evidență o eroare terminologică. În acest sens, incomensurabilitatea nu este echivalentă cu imposibilitatea de a compara două lucruri, iar prima nu o presupune pe ultima. Dacă suntem în

prezența unor valori incomensurabile, cântărirea sau punerea în balanță a principiilor nu este imposibilă. Profesorul da Silva oferă un exemplu simplu: deși nu este posibil să măsoare calitatea muzicii scrise de Bach, care face parte din genul clasic, pentru a o putea declara superioară celei a Madonnei, care face parte din genul pop, noi îi putem compara pe acești compozitori. Putem spune că muzica lui Bach este mai bună decât cea a Madonnei, chiar dacă unii consideră contrariul. Este un exemplu suficient pentru a se demonstra lipsa de sinonimie dintre incomensurabilitate și imposibilitatea de comparare. Acest gen de comparații se fac în situații concrete, ele trebuind justificate. Astfel, afirmația potrivit căreia o anumită ingerință într-un drept este neînsemnată nu este scutită de judecări de valoare, tot așa cum nu este justificarea alegerii premiselor unui silogism juridic. Punerea în balanță oferă un răspuns convingător care derivă din premisele acceptate. Vor exista și aici dezacorduri, tot așa cum există pretutindeni în argumentarea juridică.

Un alt reproș la adresa metodei punerii în balanță este faptul că, deși aceasta urmărește eliminarea oricărei judecări arbitrare în procesul de soluționare a unor litigii care implică drepturi ale omului, nimic nu-i împiedică pe judecători să decidă într-un fel sau altul, ei înșiși constituind surse ale arbitrariului. Această metodă ar fixa, de fapt, devierea de la preeminența dreptului.

În scopul unei dezbateri utile, atunci când se aduc acuze de acest tip, emitentul ar trebui să prezinte o alternativă convingătoare. Principala alternativă la această metodă ar fi ordonarea după categorii a drepturilor omului, situație

în care drepturile ar fi interpretate ca reguli, nu ca principii. Câmpul lor de aplicare ar trebui stabilit clar în Constituție, ca și „linia fluorescentă a limitărilor lor”.

Soluția ar fi, spun criticii, o mai mare reducere a marjei judecătorilor prin instituirea legală a categoriilor juridice detaliate și diferențiate, fapt care ar consolida certitudinea și predictibilitatea.

Însă multe din alternativele propuse în schimbul testului de proporționalitate, inclusiv tehnica ordonării în categorii, sunt mai puțin convingătoare decât acesta și reprezintă, adesea, forme deghizate și transformate ale sale.

Ordonarea în categorii nu ar fi altceva decât o punere în balanță definițională. Întinderea unui drept ar fi stabilită prin lege, iar judecătorii unei cauze nu ar mai putea efectua o altă punere în balanță, adică o punere în balanță *ad hoc*; rezultatul unei puneri în balanță definiționale trebuie aplicat fără o altă punere în balanță.

Am subliniat în teză faptul că ideea care stă la baza declarațiilor de drepturi ale omului este, în mod special, protecția drepturilor minorităților. Adesea, acestea sunt neglijate în procesul politic. Istoric vorbind, majoritățile politice au urmărit întotdeauna limitarea grupurilor minoritare din societate. A lăsa ordonarea în categorii a drepturilor – deci stabilirea câmpului lor de aplicare și stabilirea ierarhiilor definitive dintre acestea – în sarcina legislatorului constituant sau a celui organic, presupune să-i acorzi posibilitatea acestuia să fie judecător în propria cauză.

Abandonul punerii în balanță *ad hoc* ar reclama existența unor mijloace de control al limitărilor de drepturi ale omului la fel de efective. Dar acestea nu există. Nu au fost inventate încă. Abandonul punerii în balanță *ad hoc* ar echivala, cel puțin în prezent, cu o involuție. Doar circumstanțele unui caz le conferă principiilor, în realitate, culoarea lor distinctivă și efectele pe care le produc. Decizia cea mai potrivită într-un caz particular presupune să ții cont de circumstanțele cazului, iar pentru a evalua circumstanțele cazului, nu există un instrument mai potrivit decât punerea în balanță. Dacă însă vrei ca soluțiile să fie predictibile, cu riscul că nu ții cont de circumstanțele cazului, sunt preferabile formele categorice de argumentare, adică apelul la categoriile prestabilite. Totuși, dacă accepți ideea că rolul tribunalelor este să protejeze interesele părților subreprezentate în procesul politic, atunci acestea trebuie dotate cu mijloace efective de control al deciziilor de politică publică.

Punerea în balanță *ad hoc* poate da naștere și ea la predictibilitate. Fiecare asemenea exercițiu are ca rezultat o regulă. Acest standard prevede că, dacă în anumite circumstanțe, dreptul X are prioritate față de interesul Y, este creată o relație preferențială *prima facie*, pentru cazurile cu circumstanțe asemănătoare. În acest mod, reclamantii care susțin existența unor încălcări de drepturi în situații similare pot anticipa rezultatul. Dacă cazul este atipic, prezumția pe care o naște relația preferențială poate fi răsturnată. Mai mult, Curtea de la Strasbourg își manifestă rolul de dezvoltator al standardelor rezonabile ale protecției drepturilor omului prin crearea de seturi de

criterii cu caracter general. Ea creează, de fapt, categorii. Această abordare poartă numele de gradualism și îi permite Curții să combine sarcinile de curte constituțională europeană în materia drepturilor fundamentale cu cele de curte de ultim resort pentru reclamanți.

Prin urmare, am demonstrat în teză efectul proporționalității de standardizare a culturilor constituționale europene, dar și caracterul său de standard pe care îl împart acestea. Statele membre la Convenție sunt obligate să respecte „princiipiile generale” pe care le-a adoptat Curtea prin puneri în balanță *ad hoc* și, totodată, statele membre trebuie să aplice analiza proporționalității oricând este vorba despre limitarea drepturilor omului.

În fine, teza conține optsprezece concluzii relative la modul în care aplică Curtea de la Strasbourg testul proporționalității.

Principiul proporționalității a influențat cel mai mult evoluția dreptului public în Europa, inclusiv datorită jurisprudenței bogate a Curții Europene a Drepturilor Omului, iar nerecunoașterea acestei realități ar fi, așa cum afirmă Alison L. Young și Gráinne de Búrca, un act disproporționat în mod manifest.