

Teodor PAPUC*

Cauza *Bărbulescu c. România* sau cât de echitabil mai rămâne echilibrul fără analiza necesității

I. Introducere

Pe 12 ianuarie 2016, o cameră a Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare, „Curtea”) a pronunțat hotărârea *Bărbulescu c. România*¹. Concluziile și posibilele efecte ale hotărârii au fost analizate pe larg în presa internațională și în publicațiile electronice cu tematică juridică². Hotărârea *Bărbulescu c. România* are toate trăsăturile unui eveniment judiciar. Pentru teoreticieni, acest caz prezintă interes din mai multe perspective. Trebuie menționată întâi aplicarea orizontală a drepturilor fundamentale, dată fiind existența la nivel național a unui litigiu între particulari. În al doilea rând, intervine problema obligațiilor pozitive ale statului. Curtea utilizează teoria obligațiilor pozitive atunci când stabilește dacă pasivitatea autorităților statale sau aprobarea unei stări de lucruri de către acestea a condus la violarea unui drept garantat de Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (în continuare, Convenția). În al treilea rând, cazul vizează un aspect sensibil al dreptului la viață privată: corespondența purtată pe internet cu persoanele apropiate, în timpul serviciului. În al patrulea rând, interesează testul de proporționalitate al Curții. Judecătorilor de la Strasbourg li s-a reproșat adesea că nu au o jurisprudență clară, consecventă și transparentă, pentru că uneori parcurg etapa necesității din testul de proporționalitate clasic, alteleori nu³.

Tema de reflecție principală a prezentului articol este modul în care a efectuat Curtea testul de proporționalitate în cauza *Bărbulescu c. România*. Dar înainte de aceasta, voi prezenta circumstanțele de fapt ale cazului, voi analiza dacă a fost respectat principiul clasic al proporționalității pe plan național și voi reda abordarea unei instanțe israelite privind așteptarea reclamantului la respectarea vieții private dintr-o speță similară. În fine, voi susține aplicarea subtestului necesității de către Curte cel puțin în astfel de cazuri, bazându-mă în special pe misiunea ei de garant efectiv al drepturilor omului.

* Curtea Constituțională a Republicii Moldova

E-mail : tudor86us@yahoo.com

Autorul le mulțumește domnilor profesori Valentin Constantin și Gábor Attila Tóth pentru discuțiile și sugestiile legate de acest text.

¹ A se vedea baza de date (<http://hudoc.echr.coe.int/>). Cauza a fost trimisă la Marea Cameră.

² Câteva exemple: (<http://www.telegraph.co.uk/technology/internet/12096847/Bosses-can-snoop-on-workers-private-emails-and-messages-European-court-rules.html>); (<http://edition.cnn.com/2016/01/13/europe/europe-privacy-judgment/>); (<http://eulawanalysis.blogspot.md/2016/01/is-workplace-privacy-dead-comments-on.html>); (<http://ukhumanrightsblog.com/2016/01/14/surveillance-of-internet-usage-in-the-workplace/>).

³ A se vedea *A. Vaughan*, Minimum Interference Versus Rationality. The New Battleground in HRA Proportionality, în *Judicial Review*, vol. 18, nr. 4/2013, p. 418-419; *J. Gerards*, How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights, în *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, nr. 2/2013, p. 466.

II. Circumstanțele de fapt ale cauzei *Bărbulescu c. România*

Reclamantul Bărbulescu fusese angajat, în perioada august 2004 - august 2007, în cadrul unei companii private, în calitate de inginer responsabil de vânzări. La cererea angajatorului, acesta crease un cont de *Yahoo Messenger* pentru a răspunde la solicitările clienților. În iulie 2007, reclamantul a fost anunțat de angajator că i-a fost monitorizată corespondența purtată prin intermediul acestui program timp de 8 zile. Înregistrările arătau că reclamantul utilizase internetul în scopuri personale, contrar regulamentului intern. Reclamantul i-a comunicat în scris angajatorului că a utilizat programul de mesagerie doar în scopuri de serviciu. În replică, angajatorul i-a prezentat o transcriere de 45 de pagini a corespondenței sale. Aceste pagini conțineau corespondența purtată de reclamant cu logodnica și cu fratele său, inclusiv mesaje despre sănătatea și viața sexuală a reclamantului. Transcrierea mai includea cinci mesaje scurte schimbate de reclamant și logodnica sa prin intermediul unui cont propriu de *messenger*. În august 2007, angajatorul l-a concediat pe reclamant pentru încălcarea regulamentului intern al companiei. Regulamentul prevedea că este strict interzisă tulburarea ordinii și disciplinei în incinta companiei și în special utilizarea calculatoarelor, copiatoarelor, telefoanelor, telexului și faxului în scopuri personale.

Reclamantul a atacat decizia angajatorului în fața Tribunalului București, invocând nulitatea ei. Decizia i-ar fi încălcat dreptul la corespondență protejat de Constituția României și de Codul penal. Tribunalul i-a respins cererea, reținând că reclamantului îi fuseseră aduse la cunoștință prevederile regulamentului intern al companiei, care interziceau utilizarea resurselor acesteia în scopuri personale. Tribunalul a subliniat că validitatea procedurilor disciplinare din acest caz nu este afectată, indiferent de caracterul ilicit (penal) al acțiunilor angajatorului. Pentru că reclamantul afirmase în timpul procedurilor disciplinare că nu a utilizat programul de mesagerie în scopuri personale, Tribunalul a reținut că citirea conținutului corespondenței dlui Bărbulescu a reprezentat singura metodă prin care angajatorul putea verifica susținerile primului privind utilizarea calculatorului doar în scopuri profesionale. Potrivit aceleiași instanțe, dreptul angajatorului de monitorizare a modului în care sunt utilizate calculatoarele companiei de către angajați se încadrează în câmpul vast al dreptului de a verifica îndeplinirea sarcinilor lor profesionale. Tribunalul a notat că nu cu mult timp înainte de aplicarea sancțiunii disciplinare reclamantului, un coleg de-al său fusese concediat pentru utilizarea internetului în scopuri personale, iar angajații fuseseră atenționați că activitatea lor era sub supraveghere. În acest sens, instanța a subliniat că internetul la locul de muncă trebuie să rămână un instrument la dispoziția angajatorului; utilizarea sa le este permisă angajaților doar în scop profesional și este îndubitabil că angajatorul, în virtutea dreptului de a monitoriza activitățile angajaților, are prerogativa de a supraveghea utilizarea personală a internetului. Un motiv care susține utilitatea verificărilor efectuate de către angajat este că, prin utilizarea internetului, angajații ar putea perturba funcționarea sistemelor IT ale companiei, s-ar putea angaja în activități ilicite în numele acesteia sau ar putea dezvălui secretele ei comerciale.

Reclamantul a atacat hotărârea Tribunalului în fața Curții de Apel București, invocând încălcarea art. 8 din Convenție și faptul că Tribunalul nu a permis ascultarea unor martori pentru a demonstra că angajatul nu a avut de suferit ca urmare a acțiunilor sale. Curtea de Apel a respins cererea și a reținut că angajatorul a avut un comportament rezonabil și că monitorizarea corespondenței reclamantului a fost singura metodă de constatare a încălcării disciplinare. Potrivit acestei instanțe, violarea secretului corespondenței era singura metodă

pentru atingerea scopului legitim al bunei funcționări a companiei; în consecință, a fost asigurat echilibrul adecvat între nevoia de protecție a vieții private a reclamantului și dreptul angajatorului de a supraveghea funcționarea afacerii sale.

III. Reclamantul Bărbulescu în fața instanțelor naționale. Un caz din jurisprudența israelită pentru o aplicare la modul serios a testului de proporționalitate

A. Testul de proporționalitate clasic

Testul de proporționalitate clasic presupune un control al respectării principiilor oportunității, necesității și proporționalității *stricto sensu* (denumit și punerea în balanță). Fiecare principiu cere derularea a trei subteste cu aceleași nume, în această ordine. Dacă rezultatele subtestului oportunității sunt negative, trecerea la subtestul necesității nu este posibilă. Nici trecerea la subtestul punerii în balanță nu este realizabilă, dacă rezultatele subtestului necesității sunt nesatisfăcătoare.

Principiul oportunității impune ca după stabilirea scopului legitim urmărit prin măsura contestată, curțile să verifice dacă aceasta este oportună (adecvată) pentru atingerea lui. Proba constă în efectuarea unui subtest al oportunității sau al legăturii raționale dintre măsură și scopul urmărit⁴. Concluzia subtestului trebuie să răspundă întrebării dacă mijloacele alese prin lege sau prin alte acte normative (în cazul unui conflict dintre un drept al unei persoane și un interes public) ori printr-o acțiune a unui particular (în cazul unui conflict dintre un drept al unei persoane și un drept sau un interes al altei persoane) sunt apte să susțină scopul care stă la baza legii, actelor normative sau acțiunii particularului.

Respectarea principiului necesității implică inexistența altor măsuri oportune (adecvate), mai puțin restrictive pentru dreptul protejat decât măsura contestată și apte să realizeze scopul urmărit la același nivel, din punct de vedere calitativ, cantitativ și al previziunii⁵. Denumit și „principiul ingerinței minime”, acesta este exprimat prin dictonul englez „*Don't use a sledgehammer to crack a nut!*”⁶, care sugerează că nucile pot fi sparte și cu un ciocan, nu neapărat cu un baros. Așadar, dacă după efectuarea subtestului necesității se constată existența unor mijloace mai puțin restrictive, la fel de eficiente și care nu necesită costuri suplimentare, măsura aleasă nu este necesară.

Principiul proporționalității *stricto sensu* verifică dacă măsura oportună și necesară nu deranjează echilibrul echitabil dintre un drept și un interes sau dintre un drept și un alt drept. Spre exemplu, în cazul unui conflict dintre două drepturi, subtestul punerii în balanță compară (1) importanța socială a evitării vătămării dreptului reclamantului cu (2) importanța socială a beneficiului câștigat prin îndeplinirea scopului legitim al dreptului reclamatului⁷. Aceste valori trebuie optimizate⁸, fără să li se afecteze esența. Condiția optimizării, care exprimă

⁴ A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 305.

⁵ A. Barak, op. cit., p. 321, 323.

⁶ J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, p. 111.

⁷ A. Barak, op. cit., p. 350.

⁸ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 47.

ideea de echilibru, poate fi imaginată ca o reconciliere a drepturilor concurente⁹. În acest sens, este utilă metoda germană a „concordanței practice”. Ea preferă soluțiile care nu subordonează un drept altuia și urmărește identificarea unui compromis, cu concesiile de ambele părți, pentru protejarea maximă a ambelor drepturi, cu distincțiile care se impun¹⁰. Curțile trebuie să determine dacă aspectul dreptului afectat aparține de nucleul sau de penumbra dreptului fundamental, dacă acesta este important pentru demnitatea umană, libertatea și autonomia persoanei, pentru democrație și alte valori fundamentale, sau nu¹¹. Cu cât mai importantă este latura dreptului afectat pentru valorile menționate, cu atât mai meticuloase vor fi curțile când vor evalua ingerința cauzată de celălalt drept și când vor pronunța soluția cauzei.

B. Soluționarea conflictului dintre dreptul la viață privată al reclamantului Bărbulescu, pe de o parte, și dreptul de proprietate și interesele angajatorului reclamat, pe de altă parte, de către instanțele naționale

Din circumstanțele de fapt prezentate în hotărârea Curții putem observa că Tribunalul București nu a efectuat un test de proporționalitate cu precizia impusă de testul clasic. Tribunalul a identificat două drepturi aflate în conflict: dreptul la respectarea vieții private a reclamantului și „dreptul la monitorizarea calculatoarelor companiei de către angajator, ca parte a dreptului de a verifica maniera în care sunt îndeplinite sarcinile profesionale”. În realitate, coliziunea a avut loc între dreptul reclamantului la respectarea vieții private și dreptul de proprietate al angajatorului (sau al persoanei căreia îi aparține compania), însoțit de câteva interese. Monitorizarea calculatoarelor companiei reprezintă o măsură pentru exercitarea dreptului de proprietate și a unor interese. Angajatorul a urmărit realizarea intereselor creșterii performanțelor economice ale companiei, buneii îndepliniri a sarcinilor profesionale ale angajaților și menajării sistemului IT al companiei, interese susținute de dreptul său de proprietate. Prin urmare, exercitarea dreptului de proprietate și realizarea acestor interese constituie scopul legitim al măsurii monitorizării utilizării calculatorului de către reclamant. Deși nu foarte elaborat, subtestul oportunității din considerentele Tribunalului constată respectarea principiului oportunității, dată fiind existența legăturii raționale dintre monitorizarea utilizării calculatorului de către reclamant și scopul legitim menționat.

În opinia Tribunalului, „verificarea conținutului corespondenței reclamantului de către angajator a reprezentat singurul mod de verificare a susținerilor reclamantului”, întrucât reclamantul susținuse că nu ar fi utilizat calculatorul în scopuri personale. Acest considerent reprezintă de fapt o abordare a necesității măsurii monitorizării. Însă concluzia lui nu este fundamentată. Existau cel puțin două direcții de analiză:

⁹ *O. De Schutter, F. Tulken*, Rights in conflict: the European Court of Human Rights as a pragmatic institution, în *E. Brems* (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2008, p. 204.

¹⁰ *E. Brems*, *Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, în *Human Rights Quarterly*, vol. 27, nr. 1/2005, p. 303.

¹¹ *J.H. Gerards*, *Fundamental Rights and Other Interests: Should It Really Make a Difference?*, în *E. Brems* (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 688. „Rezolvarea unui conflict dintre drepturi depinde de modul în care le concepem”, a se vedea *J. Waldron*, *Rights in conflict in Liberal rights – Collected papers 1981-1991*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 203.

(i) necesitatea monitorizării și înregistrării conținutului corespondenței reclamantului, din moment ce pot fi utilizate programe informatice¹² care stabilesc IP-ul sau ID-ul destinatarului mesajelor („Andra te iubește” – §19 din opinia separată la *Bărbulescu c. România* a judecătorului Paulo Pinto de Albuquerque) și, eventual, numărul de mesaje trimise sau care blochează contactarea unui anumit ID, aceste informații putând sta la baza inițierii unei anchete și aplicării unei măsuri disciplinare; și

(ii) necesitatea monitorizării unui număr atât de mare de mesaje trimise și primite de către reclamant (inclusiv a celor de pe contul personal), de vreme ce este suficientă monitorizarea unui singur mesaj pentru constatarea utilizării calculatorului companiei în scopuri personale.

Tribunalul nu a ales prima direcție, deși putea constata existența unor programe informatice de monitorizare a traficului informațiilor (de exemplu, identitatea destinatarilor), pentru a se evita citirea conținutului acestor informații. Tribunalul a trecut cu vederea realitatea *soft-urilor* care blochează contactarea anumitor IP-uri sau ID-uri și cu ajutorul cărora angajatorul poate afla oricând ocupațiile angajatului pe internet, fără a-i încălca dreptul la respectarea vieții private¹³. Tribunalul a ignorat și cea de-a doua direcție, făcând abstracție de faptul că citirea unui mesaj de câteva rânduri adresat de angajat logodnicei nu echivalează cu citirea a patruzeci și cinci de pagini de corespondență electronică a angajatului, inclusiv a corespondenței de pe contul personal de *messenger*. Demnitatea reclamantului putea fi afectată mai puțin sau deloc dacă se pune astfel problema, iar comportamentul lui neregulamentar – inhibat. Însă Tribunalul nu a aprofundat existența măsurilor mai puțin restrictive, iar acest lucru constituie o încălcare a principiului necesității de către judecători, deci o încălcare a principiului proporționalității *lato sensu*.

În fine, în etapa punerii în balanță, Tribunalul a absolutizat „dreptul angajatorului de a monitoriza activitățile angajaților”: „[angajatorul] are prerogativa de a monitoriza utilizarea personală a internetului”.

Și Curtea de Apel București a confirmat faptul că monitorizarea corespondenței reclamantului a constituit singura metodă de asigurare a echilibrului echitabil dintre dreptul la viață privată al reclamantului și „dreptul angajatorului de a supraveghea funcționarea afacerii sale”.

C. Așteptarea la respectarea vieții private. O hotărâre a Curții naționale pentru litigii de muncă din Israel

Din circumstanțele de fapt ale cauzei rezultă că regulamentul intern al companiei le interzicea în mod strict angajaților să utilizeze în scopuri personale calculatoarele care le-au fost puse la dispoziție. Din considerentele Tribunalului, prezentate și ele la secțiunea circumstanțelor de fapt, reiese că reclamantul a fost prevenit de către angajator cu privire la

¹² A se vedea, pentru aceeași concluzie într-un caz asemănător din jurisprudența canadiană, *P. Alon-Shenker, G. Davidov, Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts*, în *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 59, nr. 2/2013, p. 390 – Re Parkland Regional Library (24 iunie 2005), Ordinul F2005-003 al Comisarului pentru apărarea vieții private (www.oipc.ab.ca).

¹³ *H. Oliver, Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting-Out*, în *Industrial Law Journal*, vol. 31, nr. 4/2002, p. 328. A se vedea §§19, 20 și 21 din cauza *Bărbulescu c. România*: „Pot fi dobândite rapid informații cu ajutorul unor programe soft precum ferestrele de alarmă, care atenționează angajatul că sistemul a identificat și/sau a împiedicat utilizarea neautorizată a rețelei”.

monitorizarea activității sale, după concedierea unui coleg care a utilizat internetul în scop personal. Reclamantul a semnat chiar o notificare a angajatorului în acest sens, fapt care i-a permis Tribunalului să conchidă că angajatorul a dat dovadă de transparență cu referire la monitorizarea modului în care sunt utilizate calculatoarele. Această situație a stat la baza unei constatări la nivel național a neîncălțării dreptului la respectarea vieții private a reclamantului. Constatarea s-a bazat, cu toate că nu se menționează expres acest lucru, pe inexistența unei așteptări a reclamantului la respectarea vieții sale private.

Relevante pentru concluzia prezentului subcapitol sunt considerentele Curții naționale pentru litigii de muncă din Israel dintr-un caz asemănător: *Issakov v. Israel*¹⁴. O doamnă a fost concediată pentru că și-a căutat un alt loc de muncă prin trimiterea de e-mailuri de pe un cont pus la dispoziție de angajatorul său. Angajatorul a prezentat ca probă în instanță corespondența reclamantei. Instanța și-a bazat decizia pe rezultatele testului de proporționalitate. Judecătorii au efectuat inclusiv testul ingerinței minime și au constatat eșecul angajatorului de a evalua alternativele mai puțin restrictive pentru monitorizarea angajatului. Ei au ținut cont de existența programelor de monitorizare și de blocare automată care constituie o ingerință mai mică decât monitorizarea e-mailurilor de către om. Judecătorii au subliniat importanța vieții private și modul în care poate fi exercitat acest drept la locul de muncă. Potrivit acestora, spațiul virtual al utilizatorului calculatorului se bucură de o protecție similară cu cea a spațiului său fizic personal. O ingerință neautorizată în acesta este echivalentă cu cercetarea zonelor intime ale persoanei și constituie, așadar, o violare a dreptului său la viața privată. Însă instanța nu a absolutizat dreptul la respectarea vieții private, ci a menționat că acesta poate fi limitat, în anumite circumstanțe. Circumstanțele cazului impuneau adoptarea unei politici prin care angajatorul să le atragă atenția angajaților că e-mailurile lor vor fi monitorizate și informația de pe acestea înregistrată. Angajatorul trebuia să le prezinte situațiile în care pot avea loc aceste lucruri și să examineze existența măsurilor alternative mai puțin restrictive pentru atingerea scopurilor sale.

Voi reda considerentele relevante ale instanței din Israel pentru problema așteptării la respectarea vieții private a reclamantei, după cum au fost prezentate acestea în raportul celei de-a XX-a reuniuni a judecătorilor europeni specializați în litigii de muncă (Dublin, Irlanda, 15-16 septembrie 2014, „Impactul tehnologiilor informaționale asupra relațiilor industriale și de muncă”). Instanța din Israel a reținut că:

(...) dreptul de proprietate al angajatorului și prerogativele sale manageriale (referitoare la modul de utilizare a calculatoarelor companiei) trebuiau exercitate cu bună-credință, așa cum o impun valorile loialității și decenței în cazul relațiilor de muncă. Angajatorul trebuia să respecte principiile transparenței și proporționalității. Angajatorul trebuia să stabilească o politică clară cu privire la ceea ce este permis și interzis când sunt utilizate calculatoarele companiei. Claritatea politicii trebuia să vizeze (a) utilizarea în scop profesional și personal a calculatoarelor; (b) menționarea activităților pe care le va înregistra și monitoriza angajatorul; (c) tehnica utilizată pentru înregistrare și monitorizare; (d) situațiile în care are loc înregistrarea și monitorizarea informațiilor personale ale angajatului. Aceste măsuri trebuiau prevăzute în contractul individual de muncă și consimțite de către reclamantă. În cazul în care nu ar fi fost specificate în contract, reclamanta beneficia de prezumția respectării vieții sale private, drept exercitat prin utilizarea

¹⁴ LA 90/08 *Issakov v. Israel*, hotărârea din 8 februarie 2011, în *G. Davidov*, *The Principle of Proportionality in Labor Law and Its Impact on Precarious Workers*, în *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 34, nr. 1/2012, p. 68. A se vedea și (<http://meitar.com/177013>).

calculatoarelor și a e-mailului companiei în scop personal. Altfel, înregistrarea și monitorizarea informațiilor din e-mailul reclamantei de către angajator ar fi fost interzise, ca și accesarea acestora. În orice caz, posibilitatea angajatorului de a monitoriza și accesa e-mailul angajaților trebuie să se limiteze la scopurile legitime; mijloacele utilizate trebuie să fie proporționale; informația dobândită trebuie utilizată pentru scopurile urmărite. Judecătorii au notat că necesitatea existenței consimțământului angajatului manifestă două laturi: (1) trebuie să existe un consimțământ general referitor la procedurile înregistrării și monitorizării; (2) reclamanta trebuie să consimtă în mod special fiecare înregistrare și accesare pe care dorește să o efectueze angajatorul. Consimțământul acesteia trebuie să fie explicit, liber și dat numai după ce a fost informată pe deplin cu privire la intenția angajatorului de a-i încălca viața privată.

Instanța a deosebit apoi trei tipuri de e-mailuri:

a) e-mailurile în scop de serviciu, a căror utilizare în scop personal poate fi interzisă de către angajator. Angajatorul poate monitoriza și înregistra informațiile rezultate din utilizarea acestor e-mailuri, inclusiv accesarea conținutului lor legat de treburile de serviciu, atât timp cât angajatul a fost notificat despre aceasta în prealabil. Dacă angajatul utilizează un asemenea e-mail în scopuri personale, în ciuda instrucțiunilor specifice ale angajatorului, angajatorul nu poate accesa conținutul personal și nu poate încălca dreptul la viață privată al angajatului;

b) e-mailurile personale utilizate în scopuri personale și de serviciu sau e-mailurile personale utilizate doar în scopuri personale. În aceste cazuri, angajatul trebuie să-și dea consimțământul general pentru măsurile angajatorului. Angajatorului îi este interzis să monitorizeze, înregistreze sau să acceseze conținutul personal al e-mailului angajatului, și trebuie să respecte următoarele reguli: în cazul unui e-mail mixt, angajatorul trebuie să aibă consimțământul angajatului pentru a putea monitoriza sau accesa conținutul personal; în cazul unui e-mail personal, angajatul trebuie să-și dea consimțământul special pentru fiecare acțiune a angajatorului care urmărește monitorizarea, înregistrarea sau accesarea e-mailului;

c) e-mailurile străine, gestionate de către angajat. Angajatorului îi este interzisă înregistrarea și accesarea informațiilor de pe acesta, chiar dacă angajatul îl accesează de la calculatorul de serviciu.

Judecătorii israelieni au reținut că, în afară de situațiile stabilite clar în contractul de muncă, monitorizarea și înregistrarea informațiilor din poșta electronică pot fi desfășurate doar în baza unui ordin judiciar. Mai mult, chiar dacă angajatul și-a dat consimțământul la monitorizare și înregistrare, instanța nu îl va recunoaște decât după ce angajatorul va dovedi că acesta a fost exprimat în mod liber.

În schimb, Tribunalul București și Curtea de Apel București au considerat că simpla prevedere din regulamentul intern care interzicea utilizarea bunurilor companiei în scopuri personale era suficient de detaliată încât să elimine așteptarea rezonabilă la respectarea vieții private. Tot astfel, o notificare de monitorizare semnată de către angajat când monitorizarea era inițiată deja, fără a fi menționate condițiile desfășurării ei, a reprezentat pentru aceste instanțe un motiv satisfăcător de negare a acestei așteptări.

Aplicarea la modul serios a testului proporționalității presupune o „cultură a justificării”¹⁵. În general, cultura justificării atrage supremația motivului, a argumentelor convingătoare în

¹⁵ Expresia a fost consacrată de Ettiene Mureinik. A se vedea *E. Mureinik, A Bridge To Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, în *South African Journal on Human Rights* nr. 10/1994, p. 31-48.

baza circumstanțelor speței¹⁶. La judecători, cultura justificării poate implica o predispoziție către proporționalitatea clasică, considerată astăzi metoda cea mai răspândită și mai eficientă de soluționare a conflictelor dintre drepturile susceptibile de limitări¹⁷. Am redat aici un rezumat al analizei judecătorilor din Israel care demonstrează că, cu cât mai mare este ingerința într-un drept fundamental exercitat în cele mai intime și sensibile aspecte ale sale, cu atât mai fidel trebuie efectuat testul de proporționalitate și cu atât mai consistentă trebuie să fie justificarea instanței.

IV. Testul Curții în cauza *Bărbulescu c. România*

A. Testul de proporționalitate al Strasbourg-ului în general

Când soluționează o cauză de pe rolul ei, după ce stabilește existența unei ingerințe în dreptul reclamantului garantat de Convenție și după ce verifică dacă ingerința este prevăzută de lege, Curtea efectuează un test de proporționalitate propriu¹⁸. Este un test care constă în identificarea scopului legitim urmărit și confirmarea necesității măsurii într-o societate democratică¹⁹.

Pentru a fi considerate „necesare într-o societate democratică” pentru atingerea unui scop legitim, măsurile trebuie să răspundă unor „nevoi sociale presante” sau, după caz, unor „imperative incontestabile”, și trebuie să fie proporționale cu scopul legitim urmărit. Motivele avansate de către autoritățile naționale în justificarea acestora trebuie să fie „relevante și suficiente”²⁰.

Așa cum a reținut Curtea de mai multe ori, ideea de echilibru echitabil este inerentă Convenției ca întreg²¹. Ea trebuie să asigure echilibrul echitabil dintre cerințele interesului general al comunității și condițiile protecției drepturilor fundamentale ale persoanei. Drepturile nu trebuie limitate niciodată de o manieră care să le afecteze esența²².

În eventualitatea conflictelor de drepturi ale particularilor, baza aplicării testului de proporționalitate este clauza „drepturilor și libertăților altora”, atașată drepturilor garantate de art. 8-11²³. În acest sens, Curtea a reținut în cauza *Chassagnou și alții c. Franța*²⁴ că:

¹⁶ *T.R.S. Allan*, Human Rights and Judicial Review: A Critique of Due Deference, în *Cambridge Law Journal*, vol. 65, nr. 3/2006, p. 694.

¹⁷ *M. Cohen-Eliya, I. Porat*, Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 4.

¹⁸ *L. Carliou*, The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights, în *E. Brems* (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 250.

¹⁹ *T. Jeremy Gunn*, Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis, în *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005, p. 476.

²⁰ A se vedea cauza *S. & Marper c. Regatul Unit* [MC], 4 decembrie 2008, §101.

²¹ A se vedea cauza *Sporrong și Lönnroth c. Suedia*, 23 septembrie 1982, §69.

²² A se vedea cauza *Ashingdane c. Regatul Unit*, 28 mai 1985, §57.

²³ Trebuie menționat totuși că acest test poate interveni și în cazul altor drepturi garantate de Convenție. Nu voi dezvolta această temă acum, din lipsă de spațiu. A se vedea *J. Rivers*, Proportionality and discretion in international and European law, în *N. Tsagourias* (ed.), *Transnational Constitutionalism – International and European Models*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 110.

²⁴ Cauza *Chassagnou și alții c. Franța* [MC], 29 aprilie 1999, §113 (*hudoc.echr.coe.int*).

Acolo unde *drepturile și libertățile* se numără ele însele printre cele garantate de Convenție sau Protocoloalele sale, trebuie să se accepte că nevoia de a le proteja poate conduce la limitarea de către state a altor drepturi și libertăți decât cele prevăzute de Convenție. În mod sigur, această căutare constantă a echilibrului dintre drepturile fundamentale ale fiecărei persoane constituie fundamentul *societății democratice*. Punerea în balanță a intereselor individuale care vin în conflict este o chestiune dificilă, iar statele contractante trebuie să aibă o marjă largă de apreciere în această privință, de vreme ce autoritățile naționale sunt, în principiu, mai bine situate decât Curte pentru a stabili dacă există sau nu o *nevoie socială presantă* aptă să justifice ingerința în unul din drepturile garantate de Convenție.

Faptul că restricțiile sunt impuse asupra unui drept sau asupra unei libertăți garantate de Convenție pentru a proteja *drepturi și libertăți* care nu sunt enunțate acolo reprezintă o problemă diferită. În asemenea cazuri, doar imperativele incontestabile pot justifica ingerințele într-un drept garantat de Convenție.

Prin urmare, când vin în conflict două drepturi, Curtea poate efectua două tipuri ale aceluiași test. Primul tip este aplicat în cazul unei tensiuni apărute între două drepturi garantate de Convenție. Al doilea, în cazul unei tensiuni dintre un drept garantat de Convenție și un drept care nu este garantat de acest tratat. În primul tip va fi utilizat standardul „nevoii sociale presante”. În al doilea, standardul „imperativului incontestabil”, imperativ a cărui existență trebuie demonstrată înainte de limitarea legitimă a dreptului garantat de Convenție²⁵.

După cum se observă, testul de proporționalitate standard al Curții nu se pliază pe testul de proporționalitate clasic. Deosebirea majoră este lipsa subtestului necesității ca analiză a existenței mijloacelor celor mai puțin restrictive²⁶. Acest subtest din proporționalitatea clasică nu face parte de obicei, așa cum o arată jurisprudența Curții, din testul de proporționalitate al Strasbourgului²⁷. Aplicarea subtestului necesității la Strasbourg are caracter de excepție. Curtea rezolvă de cele mai multe ori cazurile din fața sa cu ajutorul unui exercițiu relaxat de punere în balanță²⁸, fapt care constituie un motiv de critică din partea teoreticienilor. Testul Curții verifică, în mod obișnuit, dacă au fost aplicate măsuri oportune. El nu verifică dacă au fost aplicate măsurile oportune cele mai puțin restrictive²⁹. Această practică este motivată cu poziția subsidiară a Curții, ca tribunal internațional, și cu rațiunile Curții exprimate în câteva hotărâri-cheie. Potrivit lui Jonas Christoffersen, normele substanțiale ale Convenției nu cer neapărat utilizarea mijloacelor celor mai puțin oneroase³⁰. Argumentul rezidă în „flexibilitatea” inerentă Convenției, susținută în două cauze: *Afacerea lingvistică belgiană*³¹ și

²⁵ L. Carliou, *The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 256.

²⁶ Spre deosebire de OMC, de exemplu, care îl aplică „cu suficientă precizie”, a se vedea V. Constantin, *Drept internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 496.

²⁷ A se vedea J. Gerards, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, loc. cit., p. 468.

²⁸ E. Brems, L. Lavrysen, „Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut”: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights, în *Human Rights Law Review*, vol. 15, nr. 1/2015, p. 142.

²⁹ A se vedea J. Christoffersen, *Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter*, în *Scandinavian Studies in Law* nr. 55/2010, p. 20.

³⁰ Idem, p. 22.

³¹ Hotărârea din 23 iulie 1968 (<http://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-223-Belgian-Linguistic-case-full-case.pdf>), p. 31, parag. 10.

*Handyside c. Regatul Unit*³². În cauza *Afacerea lingvistică belgiană*, Curtea a subliniat că art. 14 din Convenție ar fi încălcat când s-ar stabili cu certitudine că nu există „nicio relație rezonabilă de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit”. În cauza *Handyside c. Regatul Unit*, Curtea a analizat adjectivul „necesar”, în înțelesul art. 10 alin. (2) din Convenție:

[Acesta] nu este sinonim cu *indispensabil* [conform art. 2 alin. (2) și 6 alin. (1) – *absolut necesară* și *strict necesară* și art. 15 alin. (1) – *în măsura strictă în care situația o impune*] și nici nu are flexibilitatea unor termeni precum *admisibil*, *ordinar* [conform art. 4 alin. (3)], *util* [conform textului francez al art. 1 alin. (1) din Protocolul nr. 1], *rezonabil* [conform art. 5 alin. (3) și 6 alin. (1)] sau *dezirabil*. Ține de autoritățile naționale să facă analiza inițială a realității nevoii sociale presante presupusă de noțiunea „necesității” în acest context. În consecință, art. 10 alin. (2) le lasă statelor contractante o marjă de apreciere. Această marjă este oferită atât legislatorului național („prescrisă de lege”), cât și organelor – judiciare ș.a. – chemate să interpreteze și să aplice legile în vigoare.

Alături de aceste argumente, la baza repudierii testului ingerinței minime stă și natura Convenției de instrument *de minimis* pentru apărarea drepturilor omului³³. Potrivit acestei opinii, Convenția lasă la discreția statelor alegerea dintre diferitele măsuri disponibile pentru îndeplinirea obligațiilor internaționale. „Disponibilitatea unor soluții mai bune sau mai puțin restrictive nu garantează *per se* concluzia că Convenția este violată”³⁴. Voi arăta că lucrurile nu stau întotdeauna așa.

B. Testul de proporționalitate al Strasbourgului în cauza *Bărbulescu c. România*

Curtea a început cu o trecere în revistă a *dictum*-urilor din hotărârile anterioare relevante. Ea a reamintit că noțiunea de viață privată este un concept cuprinzător (cauza *E.B. c. Franța* [MC], 23 ianuarie 2008, §43 și cauza *Bohlen c. Germania*, 19 februarie 2015, §45), care include dreptul de a stabili și dezvolta relații cu alte ființe umane, precum și dreptul la identitate și la dezvoltare personală (cauza *Fernández Martínez c. Spania* [MC], 12 iunie 2014, §126). Lectura extensivă a art. 8 din Convenție nu presupune, totuși, teza că acesta protejează orice activitate în care vrea să se angajeze o persoană împreună cu altă persoană, pentru a stabili și dezvolta asemenea relații. Articolul nu va proteja, de exemplu, relațiile interpersonale care au o întindere vastă și nedeterminată în măsura în care să nu poată fi imaginată o legătură directă între acțiunea sau inacțiunea unui stat și viața privată a persoanei (cauza *Botta c. Italia*, 24 februarie 1998, §35).

Potrivit Curții, e-mailurile trimise de la locul de muncă trebuie protejate de art. 8 tot așa cum sunt protejate apelurile telefonice (cauza *Halford c. Regatul Unit*, 15 iunie 1997, §44; cauza *Amann c. Elveția* [MC], 16 februarie 2000, §43).

În lipsa unei atenționări potrivit căreia apelurile sale ar putea fi monitorizate, reclamantul beneficiază de o așteptare rezonabilă la respectarea secretului apelurilor efectuate de la un

³² Hotărârea din 7 decembrie 1976, §48 (*hudoc.echr.coe.int/*).

³³ *J. Christoffersen*, *Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter*, op. cit., p. 23.

³⁴ *Idem*, p. 24.

telefon de serviciu (cauza *Halford c. Regatul Unit*, §45), așteptare care este valabilă și în privința e-mailului reclamantului și a utilizării internetului de către acesta.

În continuare, Curtea a examinat dacă reclamantul beneficia de o așteptare rezonabilă la respectarea vieții private, atunci când a corespondat prin intermediul contului de *messenger* pe care l-a creat la cererea angajatorului. Ea a reținut din start că acest caz se deosebește de cazurile anterioare, în care utilizarea telefonului de la serviciu în scopuri personale era permisă sau, cel puțin, tolerată.

Curtea s-a limitat strict la controlul monitorizării corespondenței reclamantului în cadrul procedurilor disciplinare, pentru că decizia angajatorului de a înceta contractul de muncă semnat cu reclamantul nu s-a bazat pe conținutul mesajelor și nici pe eventuala lor divulgare. Curtea a procedat astfel, pentru că reclamantul a avut parte de alte remedii concepute special pentru apărarea vieții private.

Judecătorii de la Strasbourg au ținut cont de faptul că angajatorul a accesat contul de *messenger* al reclamantului și că transcrierea corespondenței sale a fost utilizată apoi drept probă în procesele din fața instanțelor naționale. Guvernul nu a contestat caracterul privat al corespondenței reclamantului cu logodnica și fratele său. Inclusiv faptul că angajatorul a accesat contul de *messenger* personal al reclamantului i-a făcut pe judecători să conchidă că măsurile întreprinse vizau viața privată și corespondența, în înțelesul art. 8 alin. (1) din Convenție. Prin urmare, cererea nu a fost considerată nefondată în mod manifest.

Cu referire la disproporționalitatea ingerinței raportată la scopul urmărit, argumentele reclamantului au scos în evidență eșecul instanțelor naționale de a identifica mijloace alternative care i-ar fi prejudiciat mai puțin drepturile fundamentale. Guvernul a susținut că negarea de către reclamant a utilizării calculatorului companiei în scopuri personale a justificat precizarea conținutului corespondenței. Aceasta a fost o metodă a angajatorului de a-i demonstra încălcarea regulamentului. Potrivit Guvernului, instanțele naționale ar fi procedat la efectuarea unei puneri în balanță diferite dacă reclamantul ar fi recunoscut de la început că a utilizat programul de *messenger* în scopuri personale.

Curtea a reținut că, în acest caz, cererea reclamantului trebuie examinată din perspectiva obligațiilor pozitive ale statului, de vreme ce reclamantul lucra în cadrul unei companii private, companie care nu putea angaja, prin acțiunile sale, responsabilitatea statului în baza Convenției. Prin urmare, Curtea a examinat dacă statul a asigurat, în contextul obligațiilor pozitive care decurg din art. 8 din Convenție, un echilibru echitabil între dreptul reclamantului la respectarea vieții sale private și a corespondenței și interesele angajatorului.

Curtea a notat că reclamantul a putut ridica problema încălcării dreptului protejat de art. 8 din Convenție în fața instanțelor naționale și că acestea i-au analizat pe deplin argumentele, constatând că angajatorul a acționat potrivit legii (Codul muncii). Atât Tribunalul, cât și Curtea de Apel au acordat o importanță specială faptului că angajatorul a accesat contul angajatului crezând că acesta conținea mesaje legate de treburile de serviciu. Reclamantul susținuse inițial că utilizase contul pentru a-i sfătui pe clienți. Instanțele naționale au dedus, așadar, că angajatorul a acționat în mod legitim. Ele s-au referit la transcriere doar în măsura în care aceasta dovedea încălcarea disciplinei de către reclamant, de exemplu că reclamantul utilizase calculatorul companiei în scopuri personale, în timpul serviciului. Conținutul corespondenței nu a constituit un element decisiv pentru hotărârile instanțelor naționale.

Judecătorii au reținut că nu s-a contestat faptul că reclamantul i-a cauzat prejudicii angajatorului și, deci, nu a fost ceva nerezonabil ca angajatorul să verifice îndeplinirea sarcinilor

profesionale de către angajați în timpul orelor de muncă. Acesta ar fi un subtest al oportunității măsurii, dacă am privi testul judecătorilor în cheia proporționalității clasice.

În ceea ce pare un subtest al necesității din proporționalitatea clasică, Curtea a observat că fusese analizată corespondența de *messenger*, nu și alte informații și documente stocate în calculatorul reclamantului. Așadar, monitorizarea reclamantului a avut un câmp limitat și a fost proporțională. Mai mult, Curtea a constatat că reclamantul nu explicase suficient de ce a utilizat contul de *messenger* în scopuri personale. Prin urmare, nu a existat o violare a art. 8 din Convenție.

V. Analiza testului de proporționalitate din cauza *Bărbulescu c. România*. Pentru o aplicare permanentă a subtestului necesității la Strasbourg în cazurile care vizează cele mai intime aspecte ale vieții private

Cauza *Bărbulescu c. România* a ridicat probleme teoretice importante și a reprezentat o ocazie excelentă pentru Curte, cum observă și judecătorul Pinto de Albuquerque în opinia sa disidentă, de a-și extinde jurisprudența referitoare la protecția vieții private a angajaților sub aspectul corespondenței purtate pe internet.

Pare de neînțeles, cel puțin în baza jurisprudenței sale anterioare, cum poate exclude Curtea așteptarea rezonabilă la respectarea vieții private doar pentru că un regulament interzice utilizarea calculatoarelor companiei în scopuri personale sau doar în baza unei notificări privind monitorizarea, în condițiile în care notificarea nu stabilea ce presupune monitorizarea și care sunt circumstanțele și întinderea ei.

Se poate renunța, prin contract sau prin înțelegere, la dreptul garantat de art. 8 din Convenție? Jurisprudența anterioară a Curții oferă un răspuns pozitiv pentru această întrebare, cu condiția ca renunțarea să fie lipsită de echivoc³⁵. O persoană rezonabilă nu ar înțelege niciodată prin semnarea unei „notificări de monitorizare” a activității sale, redactată la modul general, consimțirea la intruziunea angajatorului în cele mai intime aspecte ale vieții sale private, de exemplu, însoțirea ei la toaletă sau violarea spațiului ei virtual prin citirea mesajelor private de către angajator, aspect care se bucură de aceeași protecție de care se bucură spațiul ei fizic personal. Totuși, concedierea reclamantului s-a bazat pe rezultatele monitorizării unui asemenea gen de intimități.

Este aplicabilă măsura prevăzută în „notificare” și în cazul unui cont de *messenger* care nu i-a fost pus la dispoziție reclamantului de către angajator? Și în condițiile în care angajatorul i-a spus reclamantului că își poate alege singur parola? Consimțământul nu este lipsit de echivoc atunci când angajatul nu cunoaște implicațiile monitorizării și dacă aceasta reprezintă o renunțare la dreptul în discuție. O altă problemă este valabilitatea consimțământului angajatului în general, date fiind relația tensionată dintre el și angajator, litigiile dintre aceștia aflate pe rolul altor instanțe și temerea că va fi concediat sau că-i vor fi aplicate alte acțiuni disciplinare. În astfel de cazuri, constrângerea ar fi o certitudine³⁶. În cauza *Sigurdur A. Sigurjónsson*

³⁵ Cauza *Neumeister c. Austria*, 7 mai 1974, § 36: „Curtea observă, în particular, că în aria specifică acoperită de Convenție, renunțarea la un drept, chiar și la simplul drept de a primi o sumă de bani, trebuie să rezulte din declarații sau documente lipsite de echivoc” (<http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1974/1.html>).

³⁶ A se vedea *G.S. Morris*, *Fundamental Rights: Exclusion by Agreement?*, în *Industrial Law Journal*, vol. 30, nr. 1/2001, p. 53.

*c. Islanda*³⁷, faptul că reclamantul care dorea să-și ia licența de taximetrist a consimțit să devină membru într-o asociație nu a cântărit semnificativ pentru soluționarea cererii sale în care invoca încălcarea dreptului garantat de art. 11 din Convenție, întrucât obținerea licenței era condiționată de calitatea de membru al asociației. Curtea a constatat, în acest caz, încălcarea art. 11 din Convenție. În cauza *Van der Musselle c. Belgia*³⁸, Curtea a stabilit următoarele: „Consimțământul anterior nevicat al reclamantului [avocat] nu exclude natura de muncă forțată a obligațiilor care îi erau impuse cu privire la ajutorul judiciar, în înțelesul art. 4 alin. (2) din Convenție”.

Apoi, se poate susține că acest aspect al dreptului la viață privată este fundamental pentru societatea democratică europeană, iar excluderea sa prin contract trebuie prevăzută până la ultimul detaliu, orice dubiu interpretându-se împotriva angajatorului. Într-o celebră opinie separată, Sir Gerald Fitzmaurice explică rațiunile art. 8 din Convenție³⁹:

Este cât se poate de clar (cel puțin pentru mine) – iar asta o demonstrează contextul general împotriva căruia a fost concepută ideea de Convenție europeană a drepturilor omului – că principalul obiect și principalul câmp de aplicare avute în vedere, dacă nu chiar singurele, au fost cele ale „protecției domiciliare” a persoanei. Ea și familia sa nu au mai trebuit să îndure bătăile în ușă de la patru dimineața; violările de domiciliu, perchezițiile și interogatoriile; deschiderea, amânarea și confiscarea corespondenței; plantarea dispozitivelor de ascultare (microfoanele ascunse); restricțiile la utilizarea radioului și televizorului; înregistrarea convorbirilor telefonice și întreruperile acestora; măsurile de coerciție precum tăierea curentului sau întreruperea furnizării de apă; monstrozități ca obligarea copiilor de a raporta despre activitățile părinților, iar uneori aceeași practică în cazul soților – pe scurt, întreg arsenalul de practici inchizitoriale fasciste și comuniste care abia dacă au fost cunoscute, cel puțin în vestul Europei, din vremea intoleranței și a opresiunii religioase, până când (ideologia luând locul religiei) au devenit prevalente din nou, în multe țări, în perioada dintre cele două războaie și după.

Fiindcă timpul petrecut la locul de muncă atinge uneori o durată semnificativă, viața privată se extinde și asupra activităților de natură profesională, iar dreptul la respectarea vieții private include într-o anumită măsură și dreptul de a stabili și dezvolta relații cu alte ființe umane (a se vedea cauza *Niemetz c. Germania*⁴⁰). Majoritatea persoanelor au șansa de a dezvolta relații cu lumea exterioară în timpul petrecut la serviciu, nu altă dată. Fie că suntem de acord sau nu cu opinia reduționistă a lui Sir Gerald Fitzmaurice, ea scoate în evidență valorile centrale pe care le apără art. 8 din Convenție. O interpretare conformă cu aceste valori ar extinde explicațiile judecătorilor și asupra „domiciliului de la locul de muncă”, validând în acest caz așteptarea rezonabilă a reclamantului la respectarea vieții private.

Acest aspect intim al vieții private, atât de important pentru societatea democratică europeană, merita aplicarea subtestului necesității din testul de proporționalitate clasic, cum

³⁷ Hotărârea din 30 iunie 1993, §36 (http://www.labourwatch.com/docs/decisions/LWDecision_Sigurjonsson.pdf).

³⁸ Hotărârea din 23 noiembrie, §37 (<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1983/13.html>).

³⁹ Cauza *Marcks c. Belgia*, 13 iunie 1979, §7 din opinia separată a lui Sir Gerald Fitzmaurice – (hudoc.echr.coe.int/).

⁴⁰ Hotărârea din 16 decembrie 1992, §29 (hudoc.echr.coe.int/).

obișnuiește Curtea în asemenea situații⁴¹. În cauza *Smith și Grady c. Regatul Unit*⁴², unde reclamații au fost concediați din forțele armate pentru că erau homosexuali, Curtea a reținut că în cazul celor mai intime aspecte ale vieții private a persoanei, restricțiile trebuie justificate în mod considerabil. Autoritățile naționale au susținut că acest comportament ar periclita morala și forța de luptă a militarilor, însă argumentarea a fost insuficientă pentru a-i demonstra Curții că, odată cu aplicarea politicii, ar fi evitate problemele de operativitate și eficiență. Reclamanții au menționat că un cod de conduită aplicat întregului personal militar ar fi aplanat o eventuală dificultate cauzată de atitudinile heterosexualilor. Curtea a reținut acest argument, opinând că autoritățile naționale nu au demonstrat ineficiența regulilor de disciplină și a codurilor de conduită pentru rezolvarea adecvată a problemelor de comportament cauzate de homosexuali sau de heterosexuali. Prin urmare, guvernul nu a oferit argumente convingătoare și consistente pentru justificarea politicii îndreptate împotriva homosexualilor angajați în forțele armate și a concedierii reclamanților din cadrul acestui serviciu. Curtea a considerat insuficient testul „iraționalității” aplicat de instanțele engleze, pentru că acestea neglijaseră analiza necesității sociale presante. Contextul era unul important și, odată ce Curtea a constatat existența unor măsuri mai puțin restrictive (i.e. codurile de conduită), concluziile ei ar putea fi considerate un îndemn la aplicarea subtestului necesității în astfel de cazuri. Cu cât mai mare este ingerința în drepturile omului, cu atât mai consistent trebuie să justifice instanțele rezonabilitatea deciziilor autorităților, iar subtestul necesității le poate fi de folos.

De ce nu și pentru cauza *Bărbulescu c. România*?

Poate fi considerată concluzia Curții din §60, potrivit căreia angajatorul a analizat corespondența de *messenger*, nu și alte informații și documente stocate în calculatorul reclamantului, o abordare a principiului necesității? Ea pare mai curând, din perspectiva proporționalității clasice, un test al ingerinței maxime, nu minime, o evaluare a existenței măsurilor mai restrictive, nu mai puțin restrictive. Dar acest test a stat, în mod regretabil, la baza constatării proporționalității măsurii întreprinse de către angajator.

Dacă verifica consistența subtestului necesității efectuat de instanțele naționale sau dacă analiza susținerile reclamantului potrivit cărora angajatorul nu a aplicat măsurile cele mai puțin restrictive, Curtea avea să stabilească, efectuând ea însăși acest subtest⁴³ sau constatând lipsa unei explicații rezonabile în acest sens din partea Guvernului⁴⁴, o încălcare a art. 8.

Cum „în drept contextul este totul”⁴⁵, dar și pentru că judecătorii de la Strasbourg au misiunea unor gardieni efectivi ai drepturilor omului, ar fi potrivit ca aceștia să-și adapteze mereu controlul în funcție de gravitatea limitărilor drepturilor. Aplicarea subtestului

⁴¹ A se vedea *Y. Arai-Takanashi*, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2002, p. 88-89. A se vedea și opinia separată comună a judecătorilor Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens și Pellonpää din hotărârea *Odièvre c. Franța* [MC], 13 februarie 2003 (hudoc.echr.coe.int/).

⁴² Cauza *Smith și Grady c. Regatul Unit*, 27 decembrie 1999 (hudoc.echr.coe.int/). A se vedea §§90, 99, 101, 103, 137, 138.

⁴³ A se vedea *J. Gerards*, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, loc. cit., p. 484.

⁴⁴ *Idem*, p. 490.

⁴⁵ Lordul Steyn în *R (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, HL [2001] 2 WLR 1622 la parag. 28 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-2.htm>).

necesității, cel puțin în cazul limitărilor grave ale drepturilor, este sugerat de tratamentul egal al justițiabililor în fața Convenției. Schimburile de mesaje pe internet ale unui reclamant cu logodnica lui, despre sănătatea sau viața sa sexuală⁴⁶, reprezintă un aspect din același registru al intimității precum orientarea sexuală a unei persoane. Și existența unui consens vest-european pentru aplicarea proporționalității clasice în soluționarea conflictelor dintre drepturile susceptibile de limitări justifică dinamismul Curții. Un dinamism manifestat prin permanențizarea subtestului necesității măcar în cazurile cu limitări grave ale drepturilor. Așa vor fi reduse acuzele de lipsă de transparență și claritate a jurisprudenței sau de abdicare de la responsabilitatea garantării drepturilor omului în asemenea cazuri. Procedul va reprezenta un impuls mai ales pentru instanțele europene din fostul bloc socialist de a se dedica rigorii și structurii impuse de proporționalitatea clasică⁴⁷, lăsând trecutului metodele de examinare *pro forma*.

Acest articol deplânge absența subtestului necesității în cauza *Bărbulescu c. România* și îi reclamă prezența permanentă în cazurile care implică cele mai intime aspecte ale vieții private, ca o condiție pentru atingerea echilibrului echitabil.

⁴⁶ A se vedea și *M. Ford*, Two Conceptions of Worker Privacy, în *Industrial Law Journal*, vol. 31, nr. 2/2002, p. 141.

⁴⁷ *C. Chan*, Proportionality and invariable baseline intensity of review, în *Legal Studies*, vol. 33, nr. 1/2013, p. 9.