

Teodor PAPUC*

Principiul proporționalității și testul acestuia. Circulând pe terenul motivelor

I. Introducere

Marea reformă în materie de constituționalism european postbelic constă în acordarea unui rol special judiciarului în procesul de stabilire a câmpului de aplicare a drepturilor omului și de implementare a acestora¹. După experiențele național-socialiste, fasciste și comuniste prin care au trecut, majoritatea statelor europene au optat, în drumul lor spre democrația liberală, pentru două elemente fundamentale: tipul kelsenian de curte constituțională și aplicarea testului proporționalității ca instrument principal pentru restrângerea exercitării drepturilor omului.

Tema pe care o abordez în prezentul studiu este principiul proporționalității și modul în care este pus acesta în operă, prin efectuarea testului de proporționalitate.

Bazele acestui principiu în dreptul constituțional european și în dreptul european al drepturilor omului sunt preeminența dreptului, democrația și demnitatea umană. Exercițarea drepturilor omului nu poate fi restrânsă dacă limitarea nu este prevăzută de lege. Această condiție este o manifestare a principiului legalității, iar principiul legalității este o cerință a preeminenței dreptului. Totuși, legalitatea nu înseamnă și legitimitate, deci nu este suficientă. Democrația constituțională impune, în afară de respectarea condiției legalității, existența unor scopuri legitime pentru limitarea drepturilor omului. Limitările sunt legitime doar atunci când sunt îndeplinite scopuri adecvate, care satisfac un interes public sau privat². Dincolo de acestea, rigorile valorii demnității umane presupun că, atunci când se restrânge exercițiul drepturilor unei persoane, acesteia trebuie să i se ofere argumente corespunzătoare pentru acțiunile sau normele care o afectează. Așadar, fiecare persoană reprezintă o autoritate pe „terenul motivelor”³.

Proporționalitatea impune justificarea ingerințelor guvernamentale, o mai amplă justificare pentru ingerințele mai grave și reflectarea pedepselor prin gravitatea încălcărilor⁴. Realizarea proporționalității armonizează cerințele dreptății cu dreptul drepturilor omului. Analiza care

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest, Timișoara

E-mail: tudor86us@yahoo.com

Manuscris primit la 20 septembrie 2017

¹ M. Kumm, Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, New York University School of Law, 2009, studiul 118, p. 30. Voi utiliza noțiunile „drepturi ale omului” și „drepturi fundamentale” în mod intersanjabil.

² A. Barak, Proportionality: constitutional rights and their limitations, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 245-246.

³ R. Forst, The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach, Ethics, vol. 120, nr. 4/2010, p. 734.

⁴ V. Jackson, Proportionality in an Age of Proportionality, the Yale Law Journal, vol. 124, nr. 8/2015, p. 3094.

conduce acest principiu, adică testul proporționalității, militează pentru oferirea unor decizii structurate și transparente, prin intermediul unui cadru metodologic prestabilit⁵.

Principiul proporționalității și testul acestuia alcătuiesc un instrument excelent pentru soluționarea majorității conflictelor dintre drepturile fundamentale, între acestea și alte drepturi și/sau interese. Deși există și alte instrumente, precum deducția, clasificarea, testul de rezonabilitate și protecția poziției minime⁶, majoritatea curților în care se judecă litigiile de drepturile omului preferă tehnica proporționalității.

Drepturile omului pot fi reglementate ca reguli sau ca principii. Regulile sunt formulate exact, definitiv, dar este nerecomandabil să reglementezi astfel toate drepturile omului, date fiind continua evoluție a societății și dificultățile procedurilor de amendare. Din acest motiv, o cartă, o constituție sau orice alt catalog al drepturilor omului nu trebuie scris în stilul ultimei voințe a unui testator⁷. O mare parte din aceste drepturi iau forma principiilor, adică a ideilor nedeterminate, a formulărilor vagi, cu o structură deschisă, cum este, de exemplu, cea a articolului 10 § 1 din Convenția europeană a drepturilor omului („Convenția”) și cum sunt redactate mare parte din prevederile de drept substanțial ale Convenției (de tipul „Orice persoană are dreptul la libertate de exprimare”). Însă „enunțurile generale nu decid cazuri concrete”⁸. Afirmăția este valabilă mai ales astăzi, când Curtea de la Strasbourg se confruntă cu o avalanșă de cereri și când dezvoltă, progresiv, o „jurisprudență contextuală”⁹. Și nu doar ea. Trăim o perioadă în care proliferarea drepturilor a condus la multiplicarea situațiilor conflictuale, curțile trebuind să pună atent în balanță, în majoritatea cazurilor, drepturile și interesele din situațiile specifice cu care se confruntă. Sarcina de a stabili câmpul de aplicare al drepturilor le revine, așadar, curților. Tot astfel, și posibilitatea limitării lor.

Caracterul de principii al unor drepturi implică necesitatea punerii lor în balanță cu interesele cu care vin în conflict. Când are loc o coliziune între libertatea de exprimare a unui jurnalist și dreptul la viață privată al unui politician, indiciile de interpretare logică *lex specialis*, *lex superior* și *lex posterior*, aplicabile regulilor, nu le sunt de prea mare ajutor interpreților. Rezultatul depinde mai curând de o examinare detaliată a faptelor și de o diferențiere desăvârșită a precedentelor, decât de o aplicare mecanică a tehnicilor tipice regulilor. Deosebirea dintre principii și reguli are, așadar, consecințe pentru felul în care operează argumentarea juridică. Regulile sunt motive decisive, în schimb principiile indică o anumită direcție. Regulile se aplică de o manieră „totul-sau-nimic”¹⁰, în schimb, principiile se aplică de o manieră „mai mult sau mai puțin”. În dependență de circumstanțele cazului, libertatea de exprimare a unui ziarist poate avea uneori prioritate față de dreptul la viață privată al unui politician, iar alteori nu. Cu alte cuvinte, greutatea drepturilor ca principii poate oscila în funcție de situație. Însă trebuie reținut că direcția pe care o urmăresc principiile este realizarea

⁵ Idem, p. 3102.

⁶ R. Alexy, *The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, publicat online pe 31 mai 2016, p. 10.

⁷ D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 123.

⁸ Judecătorul Oliver Wendell Holmes în opinia sa disidentă din *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁹ O. De Schutter, F. Tulkens, *Rights in conflict: the European Court of Human Rights as a pragmatic institution*, în *Conflicts Between Fundamental Rights*, Eva Brems (ed.), Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, p. 169.

¹⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londra/New York: Bloomsbury Academic, 2015, p. 40.

lor în cea mai mare măsură posibilă, date fiind circumstanțele de fapt și de drept. Chiar dacă greutatea lor este mai mică în anumite cazuri, trebuie salvagardat tot ce se poate salvagarda din acestea. În constituționalismul european, fenomenul poartă numele de „optimizare a principiilor”¹¹.

Am făcut această scurtă incursiune în natura regulilor și a principiilor doar pentru a sublinia că situațiile în care principiile vin în conflict pot fi rezolvate prin punerea lor în balanță, această soluție fiind o etapă a testului de proporționalitate.

Majoritatea instanțelor din Europa se inspiră adesea, și încearcă să anticipeze hotărârile celor două mari curți europene, Curtea de la Strasbourg și Curtea de la Luxembourg, care utilizează fiecare, în judecata ei, testul de proporționalitate, pe care l-au preluat, cu unele schimbări, din practica germană. Mă voi limita doar la jurisprudența Strasbourg-ului și voi aborda testul judecătorilor de acolo (scop legitim, necesitate într-o societate democratică și proporționalitate cu scopul urmărit), pășind pe treptele testului clasic german (scop legitim și oportunitate, necesitate, punere în balanță). Trimiterile la jurisprudența publicată pe <https://hudoc.echr.coe.int/> îmi vor sprijini afirmațiile.

O paranteză

Testul Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare, „Curtea”) verifică dacă ingerința într-un drept a urmărit un scop legitim, dacă a fost necesară într-o societate democratică pentru atingerea scopului legitim în discuție în acea cauză și dacă a fost proporțională cu acest scop. Dar până a ajunge aici, Curtea mai cercetează dacă problema ridicată de reclamant intră în câmpul de aplicare al unuia dintre drepturile garantate de Convenție, dacă a existat cu adevărat o ingerință în acest drept și dacă ingerința a fost prescrisă sau autorizată de lege. Problema câmpului de aplicare al unui drept are o relevanță deosebită pentru proporționalitatea ingerinței contestate. Unde nu putem vorbi despre existența unui drept, nu putem vorbi despre testul de proporționalitate. Etapa stabilirii câmpului de aplicare al dreptului precedă etapa evaluării proporționalității ingerinței. Prin urmare, mă voi opri puțin la structura drepturilor fundamentale și la abordarea Curții în asemenea cazuri.

II. Etapa stabilirii câmpului de aplicare al drepturilor fundamentale

Date fiind realitățile vieții politico-juridice europene, se poate susține că judecătorii de la Strasbourg sunt judecătorii constituționali ai Europei, în sensul în care drepturile pe care le interpretează și le garantează aceștia fac obiectul reglementărilor constituțiilor naționale¹². De altfel, chiar Curtea menționează în *Loizidou c. Turcia* (28 noiembrie 1996, § 75) caracterul Convenției de „instrument constituțional al ordinii publice europene”. Mai mult, în virtutea principiului *res interpretata*, considerentele Curții sunt obligatorii pentru statele membre în cazurile asemănătoare, chiar dacă nu au fost pronunțate împotriva acestora. Nu este o poziție tocmai comodă. O asemenea curte supra-națională trebuie să adopte un set de tehnici argumentative și să presteze un discurs juridic clar, care să mulțumească toate statele părți, indiferent de sistemul lor de drept și de tradițiile lor juridice¹³. Altfel, unii se pot întreba, asemenea

¹¹ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 47.

¹² J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 24-25.

¹³ J. Gerards, H. Senden, *The structure of fundamental rights and the ECHR*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, nr. 4/2009, p. 619.

lordului Lester de Herne Hill: „Ce stat dintre cele contractante se va pregăti de Luptă, atunci când trompeta Strasbourg-ului va scoate un sunet confuz?”¹⁴.

În primul rând, trebuie deosebită limitarea exercițiului unui drept de limitele acestuia. Limitarea este măsura intruzivă, iar limitele stabilesc câmpul lui de aplicare. Limitarea exercițiului depinde de limite, ea operează în interiorul limitelor. Spre exemplu, procurarea ilegală a unei arme de niște jurnaliști, în intenția de a fi mai convingători într-un articol despre piața neagră a armelor pe care urma să-l scrie, se bucură de protecția articolului 10 (*Diamant SALIHU și alții c. Suedia*, decizia din 10 mai 2016, § 49). Acest fapt presupune justificarea măsurii autorităților naționale în baza celui de-al doilea paragraf al articolului 10, care prevede posibilitatea limitării. Dacă libertatea de exprimare ar fi fost definită mai restrâns, jurnaliștii nu ar fi putut invoca cu succes articolul 10 după ce au procurat ilegal arme, pentru a descrie această experiență.

Exemplul de mai sus denotă abordarea generoasă a Curții în stabilirea câmpului de aplicare a unor drepturi fundamentale. Jurnaliștii nu fuseseră amendați pentru scrierea articolului, ci pentru procurarea ilegală a unei arme. 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 proporționalitate¹⁵. 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 și asupra dreptului la respectarea vieții private. De exemplu, în *López Ostra c. Spania* (9 decembrie 1994, § 51), Curtea a identificat în articolul 8 din Convenție un drept la un mediu sănătos. În *Hatton și alții c. Regatul Unit* [MC] (8 iulie 2003, § 103), Curtea a dedus, din același articol, existența unui drept la un somn liniștit. În *R.B. c. Ungaria* (12 aprilie 2016, § 78), Curtea a reconfirmat că identitatea etnică a unei persoane reprezintă un element al vieții private. Abuzul care avusese loc în timpul unei întruniri a unei grupări paramilitare de extremă dreaptă, ai cărei membri au proferat amenințări la adresa reclamantei de etnie romă, nu fusese investigat în mod corespunzător, sub acest aspect, de către autoritățile statale. Curtea Constituțională Federală germană a interpretat, în 1957, dreptul la libera dezvoltare a personalității, protejat de articolul 2(1) din Legea fundamentală, ca pe un drept la libertatea generală de acțiune, adică dreptul de a face sau de a nu face ceea ce dorești [c. BVerfGE 6, 32 (Elfes)]. În Israel, de exemplu, dreptul la autonomie privată este parte a dreptului constituțional la demnitate umană. Din acest motiv, Aharon Barak susține că putem vorbi chiar de existența unui drept de a fura, care nu este interzis la nivel constituțional, dar a cărui interdicție este considerată proporțională la nivel infra-constituțional¹⁶. Pasul de la dreptul general la egalitate, prevăzut de Protocolul nr. 12 la Convenție, la dreptul general la libertate este unul foarte mic. În acest sens, articolul 8 din Convenție ar putea fi interpretat ca acoperind sferile din activitatea umană rămase neacoperite de celelalte articole.

În afară de cazurile în care Curtea argumentează aparte întinderea domeniului unui drept, există alte trei categorii de cazuri în jurisprudența Curții 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

¹⁴ *Lordul Lester de Herne Hill*, *Universality versus Subsidiarity: A Reply*, *European Human Rights Law Review*, 1998, p. 81.

¹⁵ *M. Kumm*, *Democracy is not enough...*, op. cit., p. 13.

¹⁶ *A. Barak*, *Proportionality...*, op. cit., p. 42.

atenție sumară etapei stabilirii câmpului de aplicare. A treia – în care Curtea contopește etapa stabilirii câmpului de aplicare cu etapa constatării proporționalității măsurii¹⁷.

Un caz din prima categorie este *Maurice c. Franța* [MC] (6 octombrie 2005). În această cauză, părinții unui copil născut cu dizabilități au cerut despăgubiri de la medici, ca urmare a confuziei acestora referitoare la efectuarea unor analize prenatale și a suferințelor postnatale ale copilului lor. Curtea nu a explicat aici de ce este aplicabil articolul 8.

În cea de-a doua categorie intră cazurile precum *Elli Poluhas Dödsbo c. Suedia* (17 ianuarie 2006), în care reclamantei i s-a interzis strămutarea sicriului soțului ei într-un alt cavou al familiei. Pentru că Guvernul nu a contestat că refuzul conducerii cimitirului constituie o ingerință în dreptul reclamantei la viață privată, Curtea nu a considerat necesar să stabilească dacă sunt incidente noțiunile de „viață de familie” sau „viață privată”, presupunând existența unei ingerințe, în înțelesul articolului 8 § 1 din Convenție (§ 19).

În fine, un caz în care este contopită etapa stabilirii câmpului de aplicare cu testul de proporționalitate este *Christine Goodwin c. Regatul Unit* (11 iulie 2002), unde Curtea combină aserțiuni referitoare la esența dreptului la respectarea vieții private cu elemente legate de marja de apreciere și cu etapa punerii în balanță (§§ 72-91).

Inexistența unei separări clare între etapa stabilirii câmpului de aplicare al dreptului și testul de proporționalitate i-a făcut pe unii juriști să afirme că, uneori, reclamanții poartă o sarcină a probei mult mai grea, în sensul că nu trebuie să justifice doar existența unei ingerințe, ci și inexistența unei nevoi sociale presante¹⁸. Cu alte cuvinte, acest fapt presupune o analiză a intereselor guvernamentale atunci când este stabilit câmpul de aplicare al unui drept. Dacă este adevărat că structura hotărârilor Curții reflectă întrebările adresate părților, această concluzie este adevărată. Altfel, ne-am putea confrunta doar cu o oboseală sau cu o lipsă de rigoare a judecătorilor.

Un alt reproș adus sistemului Convenției este faptul că dreptul la viață, cel mai important drept din Convenția europeană a drepturilor omului, are câmpuri de aplicare diferite în statele membre ale Consiliului European. Poate că datorită importanței lui, Curtea ar trebui să evite relativismul cultural al acestora, pentru a-l garanta în mod efectiv¹⁹. Am putea vorbi în acest sens de caracterul constituțional imperfect al Curții.

III. Pot fi puse în balanță drepturile pentru care nu există prevăzute clauze de restrângere a exercițiului lor?

Reiterez importanța distincției dintre limite și limitări. Relația dintre limitare și proporționalitate constă în faptul că acolo unde dreptul în discuție este pus în balanță cu alte drepturi sau interese, vorbim în mod necesar despre o limitare a exercițiului lui. În schimb, limitele stabilesc câmpul de aplicare al unui drept.

Spre deosebire de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, care conține o clauză de limitare generală la articolul 52 alin. (1), Convenția reflectă formularea mai veche a clauzelor limitative, majoritatea articolelor care garantează drepturi substanțiale având un paragraf special pentru acestea. Pe lângă faptul că sistemul este unul vechi, acesta creează

¹⁷ J. Gerards, H. Senden, *The structure of fundamental rights...*, op. cit., p. 629.

¹⁸ Idem, p. 642.

¹⁹ A se vedea cauza *Vo c. Franța*, 8 iulie 2004, și modul în care a fost utilizată doctrina marjei de apreciere la § 82.

incertitudini cu privire la aplicarea principiului proporționalității în cazul drepturilor pentru care nu există prevăzute clauze de limitare²⁰.

Se spune adesea că numai drepturile care au prevăzute clauze de limitare a exercitării lor în Convenție pot fi puse în balanță cu alte drepturi sau interese. Cu alte cuvinte, statele nu pot interfera decât cu drepturile substanțiale prevăzute la articolele 8-11 din Convenție: dreptul la respectarea vieții private și a familiei, libertatea de gândire, conștiință și de religie, libertatea de exprimare, libertatea de întrunire și de asociere²¹. Însă această constatare este un *non sequitur*. O dovadă este cazul articolului 2 din Protocolul nr. 1 la Convenție, care stabilește dreptul la educație, fără a fi urmat de o asemenea clauză. Apoi, proporționalitatea are o deosebită importanță pentru aplicarea articolului 5 din Convenție, chiar dacă acesta nu are o clauză limitativă scrisă.

Curtea a evaluat, în *D.L. c. Bulgaria* (19 iunie 2016), în baza articolului 5 din Convenție, proporționalitatea internării unei minore într-o școală-internat de tip închis din cauza comportamentului său antisocial și a pericolului că va ajunge să se prostitueze. Curtea a stabilit că atunci când un minor se află în detenție, un criteriu esențial al proporționalității acestei măsuri este ca aplicarea ei să fie decisă ca o măsură de ultim resort, în interesul superior al copilului, trebuind să prevină riscurile grave pentru dezvoltarea sa. Legislația bulgară prevedea o gamă largă de măsuri educative ca răspuns la comportamentul antisocial al minorilor. Cea mai dură dintre acestea, internarea într-o școală-internat, nu putea fi aplicată decât ca ultim resort. În această speță, reclamanta făcuse deja obiectul încadrării educative în trecut, care includea aplicarea unor măsuri educative mai puțin severe. Tribunalele au audiat toate părțile interesate – mama reclamantei, prezentă la ședințe, nu a cerut cuvântul – și au conchis că nu existase o alternativă mai bună decât internarea într-o școală-internat. Deciziile tribunalelor au reflectat în mod clar declarațiile asistenților sociali care răspundeau direct de reclamantă în cadrul centrului cu regim deschis în care aceasta fusese inițial internată. Nu există vreun element care ar permite contestarea acestei concluzii. Pe scurt, măsura internării în discuție nu a avut un scop punitiv, ci s-a încadrat în eforturile de durată referitoare la internarea reclamantei într-un mediu educațional supravegheat, unde să-și poată continua studiile (§§ 79-81).

Tot în cadrul articolului 5, Curtea a constatat existența unei încălcări în cazul detenției prelungite a unui străin în așteptarea expulzării, străin care a refuzat să întreprindă pașii necesari în vederea obținerii documentelor de călătorie utile pentru întoarcerea sa în țara de origine (*J.N. c. Regatul Unit*, 19 mai 2016). Reclamantul venise în Regatul Unit din Iran, în 2003, și depusese o cerere de azil, cerere care i-a fost refuzată. După ce a executat o pedeapsă cu închisoarea pentru comiterea unei infracțiuni privitoare la viața sexuală, acesta fusese plasat în detenție în martie 2005, în așteptarea expulzării. Inițial, Ambasada iraniană refuzase să-i elibereze un document de călătorie reclamantului, astfel încât acesta să se poată întoarce în Iran, însă a admis această posibilitate, cu condiția semnării de către reclamant a unei declarații prin care să consimtă la întoarcere. În decembrie 2007, reclamantul a fost eliberat condiționat din detenție, însă a fost plasat din nou în detenție în ianuarie 2008, după ce refuzase să semneze declarația care i-ar fi permis să călătorească. În consecință, autoritățile Regatului

²⁰ *M. Borowski*, *Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *Legisprudence*, vol. 1, nr. 2, 2007, p. 228.

²¹ *J. Mathews*, *A. Stone Sweet*, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2009, p. 146.

Unit au încercat de mai multe ori să-l convingă pe reclamant să se întoarcă în Iran în mod voluntar, însă acesta a refuzat orice cooperare. Reclamantul a depus trei cereri de eliberare pe cautiune, toate fiindu-i refuzate. În cele din urmă, acesta a fost eliberat pe cautiune în decembrie 2009, după ce Curtea Administrativă a hotărât că ținerea sa în detenție după data de 14 septembrie 2009 este ilegală, dat fiind eșecul autorităților de a acționa cu diligență rezonabilă și promptitudine. În cadrul procedurilor din fața Curții, reclamantul s-a plâns, în baza articolului 5 § 1 din Convenție, că sistemul detenției imigranților ilegali din Regatul Unit nu corespunde cu condițiile impuse de articolul 5 § 1 (f) (în particular, din cauza lipsei unor limite de timp fixe și a unui control judiciar automat) și că durata detenției sale a depășit durata rezonabilă cerută în acest scop. Curtea a fost gata să accepte că încălcările anterioare comise de către reclamant, riscul producerii altora noi și teama că acesta se va sustrage reprezentau factori care trebuia puși în balanță pentru a se decide dacă detenția sa continuată era sau nu „necesară în mod rezonabil” în scopul eficientizării expulzării sale. Totuși, în lumina faptului că, exceptând o perioadă mai mică de o lună, reclamantul s-a aflat în detenție din martie 2005, ca imigrant, și având în vedere în special constatările clare ale Curții Administrative referitoare la „lipsa de energie și de dinamism lamentabilă” a autorităților începând cu jumătatea anului 2008 și după, Curtea a considerat că nu se poate susține că din acel moment expulzarea a fost efectuată cu o „diligență corespunzătoare”.

IV. Stabilirea scopului legitim și a oportunității ingerinței. Prima etapă a testului de proporționalitate

Principiul proporționalității nu este specificat expres în textul Convenției. Cu atât mai mult posibilitatea efectuării unui test de proporționalitate. Totuși, Curtea aplică acest principiu și urmează, în mare, etapele testului clasic. Primul pas din acest test constă în confruntarea scopului/scopurilor legitime invocate de către autoritățile statului reclamat cu scopul/scopurile legitime în baza cărora poate fi limitată exercitarea drepturilor din Convenție.

Scopurile legitime prevăzute de Convenție pot fi clasificate în scopuri în interes public, cum este cazul securității naționale, al siguranței publice, al bunăstării economice a țării, al apărării ordinii și al prevenirii faptelor penale, al protecției sănătății, moralei publice și integrității teritoriale, garantarea autorității și imparțialității puterii judecătorești, și scopuri în interes privat: protecția drepturilor și a libertăților altora, protecția reputației altora, protecția informațiilor confidențiale.

De altfel, statul reclamat poate invoca și alte scopuri, cu condiția ca acestea să se subsumeze scopurilor legitime prevăzute de Convenție, care sunt suficient de generale. Scopurile incompatibile cu Convenția nu sunt legitime. În *Karácsony și alții c. Ungaria* [MC] (17 mai 2016, §§ 142-147), Curtea a stabilit că autonomia parlamentară nu poate constitui un scop legitim pentru suprimarea libertății de exprimare a membrilor Parlamentului. Ar fi incompatibil cu scopul și obiectul Convenției dacă Statele Contractante ar implementa un sistem special de autonomie parlamentară și ar fi absolvite de responsabilitatea lor în baza acestui tratat, cu privire la garantarea libertății de exprimare în Parlament. De asemenea, regulile care vizează funcționarea internă a Parlamentului nu trebuie să constituie o bază a majorității pentru abuzul de poziție dominantă vizavi de opoziție.

Mai mult, tradițiile sau preferințele fără legătură cu scopurile Convenției nu pot fi calificate ca rațiuni legitime pentru limitarea dreptului unei persoane²². Statele nu pot invoca motive care reflectă și perpetuează prejudicierea anumitor grupuri, în termeni de clasă, rasă, etnicitate, religie, sex sau orientare sexuală. Întreaga structură a Convenției se bazează pe prezumția generală potrivit căreia autoritățile publice ale statelor membre acționează cu bună-credință. Dar politicile publice sau măsurile cu caracter individual pot avea o „agendă secretă”, prin urmare, prezumția bunei-credințe poate fi răsturnată. Reclamantul care susține că exercițiul drepturilor și libertăților sale a fost limitat în baza unui motiv inadecvat trebuie să demonstreze, convingător, că adevăratul scop al autorităților nu a fost același cu cel anunțat sau care ar putea fi dedus, în mod rezonabil, din context (*Rasul Jafarov c. Azerbaijan*, 17 martie 2016, § 153).

În cazul *Biao c. Danemarca* [MC] (24 mai 2016), legislația daneză prevedea condiții pentru reîntregirea familiei mai favorabile în cazul persoanelor deținătoare de cetățenie daneză de cel puțin 28 de ani. Motivul invocat pentru justificarea adoptării regulii celor 28 de ani i-a părut Curții profund speculativ (§ 125). Pentru Curte, fie că este vorba de 28 de ani sau de o perioadă mai scurtă, răspunsul la întrebarea privind momentul de la care putem considera că un cetățean danez și-a format legături suficient de puternice încât să-i fie permisă reîntregirea familiei, din punctul de vedere al integrării celui dintâi, nu poate depinde în mod exclusiv de durata de timp de când acesta deține cetățenia daneză. În realitate, pentru a obține cetățenia daneză, reclamantul Biao stătuse deja, printre altele, 9 ani în Danemarca și făcuse dovada cunoașterii limbii și a societății daneze. Mai mult, acesta fusese căsătorit cu un cetățean danez timp de patru ani, participase la mai multe cursuri de formare și lucrase în Danemarca mai mult de șase ani, iar copilul său era danez prin filiație paternă. Niciunul dintre aceste elemente nu a fost și nici nu putea fi luat în considerare în scopurile aplicării regulii celor 28 de ani, în cazul reclamantului. Totuși, ele fuseseră foarte relevante pentru stabilirea șanselor de integrare ale soției sale.

În *Rasul Jafarov c. Azerbaijan*, Curtea a constatat existența unor încălcări ale articolelor 5 și 18 din Convenție în cazul arestării reclamantului, un cunoscut activist din domeniul drepturilor omului, în legătură cu procedurile penale referitoare la presupusele nereguli din activitatea mai multor ONG-uri. Curtea a notat că, analizate împreună, reglementarea legislativă din ce în ce mai dură și mai restrictivă a activității și modului de finanțare ale ONG-urilor; numeroasele declarații ale oficialilor de rang înalt și articole publicate în media pro-guvernamentală, unde erau criticate ONG-urile locale și liderii lor, inclusiv reclamantul, pentru că ar fi contribuit la conturarea unei imagini negative a țării în exterior; și arestarea mai multor activiști cunoscuți în domeniul drepturilor omului care au colaborat cu organizațiile internaționale de protecție a drepturilor omului, inclusiv cu Consiliul Europei, și acuzarea lor de comiterea unor infracțiuni grave, sprijineau argumentul că arestul și detenția reclamantului au reprezentat o parte a unei campanii mai vaste de „suprimare a apărătorilor drepturilor omului din Azerbaijan” (§§ 155, 160-162). Totalitatea acestor circumstanțe conduceau la concluzia că scopurile actuale ale măsurilor contestate erau reducerea la tăcere și pedepsirea reclamantului pentru desfășurarea activităților sale în domeniul drepturilor omului.

Invocarea unui scop de către statul reclamat și constatarea, de către Curte, a compatibilității acestuia cu scopurile legitime din Convenție nu sunt suficiente. Curtea mai stabilește

²² *M. Kumm*, *Democracy is not enough...*, op. cit, p. 23.

oportunitatea măsurii, în cazul în care scopul se subsumează scopurilor Convenției. Oportunitatea presupune ca orice ingerință într-un drept din Convenție să fie efectuată prin mijloace apte să realizeze acel scop²³. Aplicarea măsurii contestate trebuie sprijinită de probe empirice, care să denote legătura dintre aceasta și scop. Cu alte cuvinte, oportunitatea este un test al faptelor. Spre exemplu, confiscarea unei publicații care incită la violență poate fi considerată esențială pentru salvagardarea securității naționale și a integrității teritoriale a unui stat în care relațiile sunt tensionate (*Sürek c. Turcia*, 8 iulie 1999, § 52). Aici, Curtea a avut în vedere situația sensibilă din sud-estul Turciei și starea de alertă a autorităților de acolo, precum și metodele violente practicate de mișcarea separatistă.

Totuși, nu este impusă o condiție ca măsurile alese să realizeze pe deplin scopul. Realizarea cu orice preț a scopului poate părea, de multe ori, o utopie, dacă avem în vedere chiar exemplul de mai sus, cu situații în care conflictele inter-etnice durează de secole. În ciuda acestui fapt, realizarea scopului nu trebuie să fie una marginală sau neglijabilă²⁴. Ea trebuie să dea dovadă de un anumit grad de efectivitate. Curtea nu se axează în primul rând pe efectivitatea măsurilor, ci pe legitimitatea scopului urmărit. În *Cebotari c. Moldova* (13 noiembrie 2007, § 48), Curtea a menționat că pentru justificarea unui arest în baza unei suspiciuni rezonabile nu este necesar ca poliția să fi obținut suficiente probe pentru formularea acuzațiilor, fie la momentul arestării, fie când reclamantul se află în detenție.

V. Necesitatea. A doua etapă a testului de proporționalitate

Etapă necesității sau etapa ingerinței minime verifică existența altor măsuri oportune (adevurate), 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 previziunii²⁵. Ea avantajează flexibilitatea în defavoarea rigidității și este exprimată sugestiv de dictonul englez „Don't use a sledgehammer to crack a nut!”²⁶, care sugerează că nucile pot fi sparte și cu un ciocan, nu neapărat cu un baros. Așadar, dacă după efectuarea etapei necesității se constată existența unor mijloace mai puțin restrictive, la fel de eficiente și care nu reclamă costuri suplimentare, măsura aleasă nu este necesară.

Etapă necesității este cea de-a doua etapă a testului clasic german al proporționalității în trei etape. Aici se desparte, uneori, parcursul testului general al Curții de la Strasbourg de cel al testului clasic. Curtea de la Strasbourg nu aplică un test atât de structurat, ci unul propriu²⁷, în două etape. După ce identifică scopul legitim urmărit și legătura rațională dintre măsura contestată și acesta, ea confirmă sau nu „necesitatea măsurii într-o societate democratică”²⁸. Însă „necesitatea măsurii într-o societate democratică” nu înseamnă întotdeauna și aplicarea unei măsuri care să constituie ingerința minimă în dreptul persoanei. Stabilirea ingerinței

²³ J. Gerards, How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, nr. 2/2013, p. 473.

²⁴ A. Barak, *Proportionality...*, op. cit., p. 305.

²⁵ Idem, p. 321 și 323.

²⁶ J. Christoffersen, *Fair Balance...*, op. cit., p. 111.

²⁷ L. Carliou, The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights, în *Eva Brems* (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 250.

²⁸ T. Jeremy Gunn, *Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis*, în *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005, p. 476.

minime 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 balanță²⁹, fapt care constituie un motiv de critică din partea specialiștilor. Testul Curții verifică, în mod obișnuit, dacă au fost aplicate măsuri oportune, de maniera pe care am prezentat-o mai sus, când am analizat etapa oportunității, dar nu verifică dacă au fost aplicate măsurile oportune cele mai puțin restrictive³⁰. Această practică este motivată cu poziția subsidiară a Curții, ca tribunal internațional, și cu rațiunile sale exprimate în câteva hotărâri-cheie. Potrivit lui Jonas Christoffersen, normele substanțiale ale Convenției nu cer neapărat utilizarea mijloacelor celor mai puțin oneroase³¹. Argumentul constă în „flexibilitatea” inerentă Convenției, susținută de două cauze de bază: *Afacerea lingvistică belgiană* (23 iulie 1968, p. 31, § 10) și *Handyside c. Regatul Unit* (7 decembrie 1976, § 48). În *Afacerea lingvistică belgiană*, Curtea a subliniat că articolul 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 *Handyside*, hotărârea care a inaugurat testul proporționalității la Strasbourg, Curtea a analizat adjectivul „necesar”, în înțelesul articolului 10 alin. (2) din Convenție:

[Acesta] nu este sinonim cu *indispensabil* [conform articolelor 2 alin. (2) și 6 alin. (1) – *absolut necesară* și *strict necesară* și articolului 15 alin. (1) – *în măsura strictă în care situația o impune*], și nici nu are flexibilitatea unor termeni precum *admisibil*, *ordinar* [conform articolului 4 alin. (3)], *util* [conform textului francez al articolului 1 alin. (1) din Protocolul nr. 1], *rezonabil* [conform articolelor 5 alin. (3) și 6 alin. (1)] sau *dezirabil*. Ține de autoritățile naționale să facă analiza inițială a realității nevoii sociale prezente presupusă de noțiunea „necesității” în acest context. În consecință, articolul 10 alin. (2) le lasă statelor contractante o marjă de apreciere. Această marjă le 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 argumentele menționate, la baza repudierii testului ingerinței minime stă și natura Convenției de instrument *de minimis* pentru apărarea drepturilor omului³². Potrivit acestei opinii, Convenția lasă la discreția statelor alegerea între 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”³³.

În general, etapa necesității nu solicită utilizarea unor mijloace intruzive de cea mai mică gravitate, dacă aceste mijloace nu pot atinge scopul legitim în aceeași măsură precum mijloacele contestate. Etapa necesității nu impune, pur și simplu, ingerința minimă. Ea impune ingerința minimă pentru atingerea efectivă a scopului legitim.

Poate fi dificil să se stabilească dacă o alternativă este mai puțin restrictivă, în particular, pentru că acest fapt presupune să se compare *in concreto* avantajele și dezavantajele măsurilor alternative care nu au fost adoptate în realitate. Este cazul când intră în joc alte drepturi sau

²⁹ 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.

³⁰ J. Christoffersen, Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter, în *Scandinavian Studies in Law*, nr. 55/2010, p. 20.

³¹ Idem, p. 22.

³² Idem, p. 23.

³³ Idem, p. 24.

alte persoane. În asemenea situații, este recomandată trecerea la următoarea etapă, la etapa punerii în balanță. Totuși, în literatura juridică au fost formulate niște reguli în acest sens³⁴:

- măsurile temporare sunt mai puțin restrictive decât cele permanente;
- măsurile limitate în spațiu sunt mai puțin restrictive decât măsurile care cuprind întregul teritoriu;
- măsurile individuale sunt mai puțin restrictive decât măsurile care afectează mai multe persoane;
- sancțiunile non-penale sunt mai puțin restrictive decât cele penale;
- măsurile luate cu existența unor garanții procedurale sunt mai puțin restrictive decât cele luate fără existența unor garanții procedurale;
- prezumțiile relative sunt mai puțin restrictive decât cele absolute.

Costurile financiare pe care le presupun alternativele nu sunt abordate aici³⁵. Se compară strict efectul măsurii limitative asupra dreptului și efectul alternativei ipotetice asupra aceluiași drept. De asemenea, nici diferențierile *de minimis* între alternative nu trebuie să-și aibă locul.

Mijloacele alese trebuie „croite strâns” pe îndeplinirea scopului legal, dar și pe situația persoanelor vizate. În *Shtukurov c. Rusia* (27 martie 2008, § 95), Curtea a notat că legislația rusă în materie de capacitate juridică nu le oferea judecătorilor posibilitatea alegerii. Codul civil rus distingea între capacitatea deplină și incapacitatea deplină, dar nu prevedea vreo situație de „mijloc”, alta decât cea a dependenților de droguri sau alcool. Așadar, legislația rusă nu garanta un „răspuns croit pe situație”. Prin urmare, dreptul la viață privată al unei persoane cu dizabilități fusese restricționat mai mult decât era strict necesar.

În *Grupul de solidaritate cu Martorii lui Iehova și alții c. Turcia* (24 mai 2016), o lege turcă din 2003 privind urbanismul, care nu reglementase anterior decât construirea moscheilor, fusese modificată astfel încât devenise posibil să se construiască, cu autorizarea autorităților, edificii și pentru alte culte. În acest sens, locațiile trebuia prevăzute, în mod normal, la întocmirea planurilor de urbanism. Totuși, lăcașurile de cult trebuia să aibă o suprafață minimă de 2500 m². Înainte de a efectua testul ingerinței minime (§ 105), Curtea a stabilit, inclusiv în baza numeroaselor cazuri care îi fuseseră raportate, că autoritățile administrative turce au urmărit impunerea unor condiții rigide sau chiar prohibitive în exercițiul religios al anumitor culte minoritare, printre care și cel al Martorilor lui Iehova. Având în vedere numărul limitat al adeptilor lor, martorii lui Iehova nu aveau nevoie, în realitate, de o clădire cu o arhitectură specifică, ci de o simplă sală de reuniuni, care să le permită să-și officieze cultul, în care să se adune comunitatea lor și în care să-și împărtășească crezul. Or, criteriile impuse prin intermediul legislației contestate fuseseră lacunare în privința nevoilor micilor comunități de credincioși, iar aceste nevoi nu au fost avute în vedere de către instanțele care au respins cererile reclamantilor.

În *Philippou c. Cipru* (14 iunie 2016), o cauză care a avut ca obiect confiscarea automată a pensiei de serviciu public a reclamantului ca urmare a derulării unor proceduri disciplinare care au condus la concedierea sa, Curtea a abordat aplicarea măsurilor celor mai puțin intruzive de către autorități. Ea a evaluat modul în care au acționat autoritățile naționale, în special modul în care fusese avută în vedere starea socială a reclamantului, înainte ca acestea

³⁴ E. Brems, L. Lavrysen, Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut..., op. cit., p. 143.

³⁵ A. Barak, Proportionality..., op. cit., p. 326.

să decidă cu privire la pedeapsa de aplicat. Decizia contestată nu îl lăsase pe reclamant fără mijloace de subsistență. Confiscarea vizase doar beneficiile sale rezultate din ieșirea la pensie. Acesta rămânea eligibil să primească și chiar primise, din 2012, o pensie de asigurare socială de la Fondul de Asigurări Sociale, unde fusese angajat și unde contribuise (§§ 72 și 73).

Există două tipuri de analiză a necesității: analiza procedurală, în care judecătorii se limitează la a constata doar dacă statul reclamat a analizat pe deplin existența ingerinței minime, și analiza substanțială, în care judecătorii stabilesc probabilitatea și efectivitatea măsurii alese de statul reclamat³⁶. Având în vedere condițiile principiului subsidiarității, aplicarea analizei procedurale ar fi cea indicată pentru Curte. Statutul ei de tribunal internațional oprește avântul activist tipic judecătorilor constituționali naționali, care pot aplica analiza substanțială. De altfel, Curtea a reținut recent, în *Bărbulescu c. România [MC]*, 5 septembrie 2017, § 140, că instanțele naționale au eșuat să stabilească dacă angajatorul a putut pune în aplicare măsuri mai puțin intruzive pentru viața privată și corespondența reclamantului, reclamant ale cărui comunicări purtate pe *Yahoo messenger* au fost monitorizate. În *Axel Springer SE și RTL Television GmbH c. Germania*, 21 septembrie 2017, § 58, un caz în care un tribunal german a dispus interzicerea publicării de imagini de către unele televiziuni prin intermediul cărora putea fi identificat acuzatul dintr-un proces care avea ca obiect comiterea unui omor, Curtea a observat că acesta a ales măsura cea mai puțin restrictivă din cele posibile. Ordinul interzicea doar publicarea imaginilor prin care putea fi identificat acuzatul. Orice alt reportaj referitor la proceduri nu fusese interzis.

Există, așadar, cazuri în care Curtea parcurge etapa ingerinței minime și se aud foarte multe voci în favoarea permanentizării acesteia. Odată permanentizată, Curtea ar oferi o garanție în plus pentru protecția efectivă a drepturilor omului.

VI. Punerea în balanță. Beneficiu și prejudiciu. Ultima etapă a testului de proporționalitate

Ultima etapă a testului proporționalității, cea mai importantă, este punerea în balanță. În privința acesteia, există mai multe abordări. Pe de o parte, Robert Alexy susține, în baza jurisprudenței Curții Constituționale germane, existența unei legi a punerii în balanță a principiilor, care prevede că „cu cât mai mare este gradul de non-satisfacere sau prejudiciere a unui principiu, cu atât mai mare trebuie să fie importanța satisfacerii celuilalt”³⁷. În această formulă, lupta principiilor este, de fapt, conflictul dintre dreptul fundamental și scopul legitim. Ea presupune compararea prejudiciului cu beneficiile, compararea importanței sociale generale a scopului (securitatea națională, ordinea publică ș.a.) cu importanța socială generală a prevenirii prejudicierii dreptului fundamental (libertatea de exprimare, dreptul la respectarea vieții private ș.a.). Aharon Barak susține că această constatare este una inexactă³⁸. În realitate, trebuie puse în balanță importanța socială marginală a scopului legitim și importanța socială marginală a dreptului fundamental³⁹. Compararea importanțelor sociale marginale presupune compararea stării de lucruri de dinaintea adoptării măsurii contestate cu schimbările provocate de aceasta, în funcție de mai mulți factori: ideologia politică și economică a statului, istoria

³⁶ E. Brems, L. Lavrysen, Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut..., op. cit., p. 150.

³⁷ R. Alexy, A Theory..., op. cit., p. 102.

³⁸ A. Barak, Proportionality..., op. cit., p. 349.

³⁹ Idem, p. 364.

lui, structura sistemului politic, starea politico-socială din acel moment, diferitele valori sociale etc.⁴⁰ Este, aşadar, o comparaţie a concretului, nu a abstractului.

Când sunt puse în balanţă un drept şi un interes sau când sunt puse în balanţă două drepturi, adevărata provocare este să se găsească echilibrul, adică soluţia care nu subordonează un drept interesului sau dreptului opus, ci care identifică un compromis cu concesiile de ambele părţi⁴¹. Principiile impun realizarea lor maximă, prin urmare drepturilor concurente sau dreptului şi interesului concurente trebuie să le asigure protecţia maximă, reconciliindu-le. Această condiţie poartă numele de „concordanţă practică” şi este implementată în cadrul testului clasic al proporţionalităţii. Doctrina a fost dezvoltată de Konrad Hesse, un influent profesor de drept constituţional german şi un fost judecător la Curtea Constituţională Federală germană⁴².

Şi Curtea de la Strasbourg aprobă această doctrină. În *Société de Conception de Presse et d'Édition c. Franţa* (25 februarie 2016), o cauză care a vizat conformitatea cu articolul 10 din Convenţie a unui ordin judecătoresc de cenzurare a fotografiei unei persoane captive şi torturate, dintr-o revistă pusă în vânzare, Curtea a evaluat testul de proporţionalitate al unei curţi de apel franceze. Articolul din revistă, care trata un caz din faţa unui tribunal francez şi nişte infracţiuni comise, conţinea informaţii apte să contribuie la o dezbateră de interes general. Totuşi, subiectul fotografiei era un cetăţean obişnuit (care decedase între timp). Mai mult, nu existase niciun motiv pentru care curtea de apel să nu facă deosebiri de rigoare, aşa cum le-a şi făcut, între publicarea articolului şi cea a fotografiei. Aceasta a notat că fotografia nu fusese făcută într-un spaţiu public, ci de către torţionarii victimei, când victima era ţinută captivă, că fotografia aparţinea familiei şi făcea parte din dosarul cauzei, că nu era destinată publicării şi că fusese publicată fără permisiunea rudelor persoanei decedate. Curtea de apel a respins, de asemenea, argumentul că fotografia fusese arătată anterior – fugitiv – în timpul unui program televizat. În opinia Curţii, fotografia nu fusese accesibilă publicului. Cu privire la conţinutul, forma şi repercusiunile publicării, Curtea a admis constatările curţii de apel potrivit căreia fotografia în discuţie, care sugera sentimentul înfrângerii şi tortura, încălcase demnitatea umană, iar publicarea ei constituise un dispreţ grav faţă de durerea mamei şi a surorilor victimei, cu alte cuvinte faţă de viaţa lor privată. Trecerea timpului nu fusese un argument relevant în această privinţă: nu numai că fotografia nu mai fusese publicată anterior, ci publicarea ei a coincis cu începerea procesului torţionarilor, cu care rudele victimei aveau să se confrunte. Dat fiind faptul că moartea victimei survenise în circumstanţe deosebit de violente şi traumatizante pentru familia sa, jurnaliştii avuseseră obligaţia prudenţei şi a grijii. Publicarea fotografiei pe copertă şi în alte patru locuri din interiorul revistei de mare circulaţie a exacerbât trauma trăită de către rude. Cu privire la gravitatea măsurii, companiei reclamante nu i s-a ordonat retragerea totală a revistei din vânzare, ci doar cenzurarea fotografiei ofensatoare; aşadar, nu fusese impusă nicio restricţie asupra articolului în sine sau asupra altor fotografii care îl însoţeau (§ 50). Măsura reprezentase un răspuns adecvat la încălcarea dreptului la viaţă, impunând doar restricţii proporţionale asupra exerciţiului drepturilor companiei

⁴⁰ Idem, p. 351.

⁴¹ 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*, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, nr. 1, 2005, p. 303.

⁴² M. Borowski, *Absolute Rights and Proportionality*, *German Yearbook of International Law*, nr. 56, 2013, p. 390, care trimite la K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. a 20-a, 1995.

reclamante. De asemenea, sumele acordate drept compensații rudelor decedatului nu au fost considerate excesive. Măsura în cauză, pentru care tribunalele naționale au oferit motive relevante și suficiente, fusese, așadar, proporțională cu scopul legitim urmărit. Așadar, trebuie notat că ambele principii concurente, libertatea de exprimare și demnitatea umană, au fost realizate la maximum posibil, în circumstanțele existente: tribunalele franceze nu au dispus retragerea revistei din vânzare, cum ceruseră rudele victimei, ci doar cenzurarea fotografiei, date fiind informațiile de interes general conținute de articol. Putem remarca aici și influența necesității (principiul ingerinței minime), deși la etapa acesteia nu se putea evalua conținutul articolului.

Așa cum a reținut Curtea de mai multe ori, ideea de echilibru corect este inerentă Convenției ca întreg. Ea trebuie să asigure echilibrul corect dintre cerințele interesului general al comunității și condițiile protecției drepturilor fundamentale ale persoanei (a se vedea *Soering c. Regatul Unit*, 7 iulie 1989, § 89). Am putea citi în ideea de „echilibru corect” condiția „concordanței practice”, adică realizarea maximă a principiilor, în funcție de circumstanțele de fapt și de drept. Însă trebuie spus că unii juriști repudiază această idee, în ciuda existenței unei jurisprudențe contrare a Curții. Steven Greer sugerează că o interpretare mai structurată a Convenției ar releva faptul că scopul principal este protecția judiciară a drepturilor omului în contextul democrației și al preeminenței dreptului, și nu protecția judiciară a democrației în contextul drepturilor omului și al preeminenței dreptului sau protecția judiciară a preeminenței dreptului în contextul drepturilor omului și al democrației⁴³. Greer susține că drepturile din Convenție trebuie să aibă întotdeauna prioritate față de celelalte principii și valori. Potrivit acestuia, dreptul la respectarea vieții private este un drept formal, pe când „securitatea națională”, „siguranța publică”, „bunăstarea economică a țării” și „apărarea ordinii și prevenirea comiterii faptelor penale” sunt limitări colective, nu drepturi. Totuși, nu pot fi ignorate drepturile protejate prin limitarea altor drepturi, adică drepturile apărute prin realizarea unor interese.

În asigurarea echilibrului corect și dând formă etapei necesității într-o societate democratică, Curtea a dezvoltat standarde, precum existența unei „nevoi sociale presante” și a unor motive „relevante și suficiente”.

Unii specialiști consideră că standardul „nevoii sociale presante” (*The Sunday Times c. Regatul Unit*, 26 aprilie 1979, § 62) vizează greutatea și importanța scopurilor urmărite⁴⁴: nu este suficient ca interesele urmărite printr-o limitare a exercitării dreptului din Convenție să fie legitime, ele trebuie să fie și „presante”. Această formulă admite condiția efectivității, de vreme ce o măsură sau o decizie trebuie să „corespundă” scopurilor sale. Dacă o măsură nu contribuie în mod substanțial la atingerea unui anumit scop, motivele pentru aplicarea sa nu vor fi „relevante și suficiente”. În fine, formula menționează o cerință a proporționalității, cu toate că Curtea nu explică care este relația acestei cerințe cu testul nevoii sociale presante. În *Novikova și alții c. Rusia* (26 aprilie 2016), când a evaluat deciziile de întrerupere a unor demonstrații și de conducere a reclamantilor la secția de poliție, Curtea a presupus că ingerințele contestate aveau o bază în dreptul național și urmarea scopul legitim al „prevenirii comiterii de infracțiuni”. Cu privire la proporționalitate, Curtea nu a fost satisfăcută de „motivele relevante și suficiente” prezentate la nivel național. În special având în vedere numărul estimat al participanților, care varia de la două persoane (în cazul celui de-al treilea

⁴³ S. Greer, Balancing and the European Court of Human Rights. A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, în *Cambridge Law Journal*, vol. 63, nr. 2/2004, p. 416-418.

⁴⁴ J. Gerards, How to improve..., op. cit., p. 467.

reclamant) la șase persoane (în cazurile primului și celui de-al doilea reclamant), notificarea de către reclamant nu ar fi servit unui scop care să le permită autorităților să reducă la minim orice întrerupere a circulației rutiere sau posibilitatea de acordare a primului-ajutor, atunci când este necesar. Nimic nu a sugerat faptul că autoritățile aveau alte motive să considere că situația ar crea îngrijorări privind securitatea cuiva sau siguranța publică. Reclamantii nu au obstrucționat trecătorii sau circulația rutieră, nu au folosit și nici nu au instigat la comiterea de violență și nu au refuzat să înceteze activitățile lor ilegale *prima facie*. Autoritățile ar fi trebuit să dea dovadă de o anumită toleranță, permițându-le să-și desfășoare demonstrațiile. S-ar fi putut aplica o amendă rezonabilă, dacă era cazul. Prin urmare, nu au existat motive convingătoare pentru întreruperea demonstrațiilor și pentru conducerea reclamantilor la secția de poliție (§§ 174 și 183).

Important este și faptul că exercițiul drepturilor nu trebuie limitat niciodată de o manieră care să le afecteze esența (*Ashingdane c. Regatul Unit*, 28 mai 1985, § 57). Această condiție reprezintă un concept familiar în foarte multe jurisdicții⁴⁵. Altfel spus, când intră în conflict un aspect esențial al unui drept cu un aspect periferic al altui drept, de exemplu, acordarea priorității celui dintâi este justificată⁴⁶. Când este în joc „esența” unui drept, autoritățile naționale au mai puțin spațiu de manevră pentru limitarea exercitării acestor drepturi. Astfel, restrângerea exercitării dreptului la respectarea domiciliului sub forma îngrădirii priveliștii produse de construirea unui spital va fi considerată mai justificată decât distrugerea unei case pentru amplasarea unei alei în loc⁴⁷.

În eventualitatea conflictelor de drepturi ale particularilor, baza aplicării testului de proporționalitate de către Curte este clauza „drepturilor și libertăților altora”, atașată drepturilor garantate de articolele 8-11 sau dedusă, în cazul în care drepturile substanțiale ale Convenției nu au atașată o clauză. În acest sens, Curtea a reținut în *Chassagnou și alții c. Franța* [MC], 29 aprilie 1999, § 119, că:

Acolo unde *drepturile și libertățile* se numără ele însele printre cele garantate de Convenție sau Protocoalele 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 Curtea europeană 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.

⁴⁵ *M. Klatt, M. Meister*, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 66.

⁴⁶ *E. Brems*, Conflicting Human Rights..., op. cit., p. 303.

⁴⁷ *Pieter van Dijk*, Some Reflections on Balancing Human Rights, în *Y. Haeck, B. McGonigle Leyh, C. Burbano Herrera, D. Contreras Garduno* (ed.), The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice. Studies in Honour of Leo Zwaak, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2013, p. 62.

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 între 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 Convenție⁴⁸.

De exemplu, în *Fürst-Pfeifer c. Austria* (17 mai 2016, § 38), Curtea a reiterat că, de principiu, drepturile garantate de prevederile articolelor 8 și 10 se bucură de o însemnătate egală, iar soluționarea unei cereri nu va depinde de faptul că a fost introdusă în baza articolului 10 din Convenție de către editorul unui articol ofensator sau în baza articolului 8 din Convenție, de către persoana care a fost vizată de acel articol. Această afirmație nu înlătură în niciun caz existența unei ierarhii abstracte a drepturilor omului, în care dreptul la respectarea vieții private se găsește pe aceeași treaptă cu dreptul la libera exprimare, însă mai jos de dreptul la viață. În acest caz, a avut loc o coliziune între două drepturi garantate de Convenție. Un ziar publicase pe pagina sa electronică un articol despre o doamnă psihiatru care mai avea și funcția de expert psiholog în cadrul proceselor judiciare referitoare la copiii abuzați. Articolul susținea că aceasta ar avea probleme mintale, publicând date din istoricul ei medical. Majoritatea Camerei a constatat că libertatea de exprimare cântărea mai greu decât dreptul la viață privată. În mod regretabil, ea a analizat doar elementele libertății de exprimare, păstrând tăcerea în privința elementelor dreptului la respectarea privată. În opinia lor separată, judecătorii Wojtyczek și Kūris au menționat că, odată cu trecerea timpului, trebuie să se acorde o atenție tot mai mare pentru nevoia presantă crescândă de protejare efectivă a drepturilor personalității vis-à-vis de presa tot mai puternică, care acționează sub pavăza „interesului public” (adesea simulat). Potrivit acestora, hotărârea este structurată și motivată astfel încât articolului 10 i se dă prioritate în fața articolului 8, cu evitarea unor aspecte importante care țin de esența respectării vieții private, pe când cele referitoare la libera exprimare sunt accentuate. Aceste erori, spun judecătorii, au contribuit la cel mai regretabil rezultat cu putință, la o hotărâre părtinitoare, dezechilibrată și, se pare, fundamental injustă.

VII. Unde vorbim despre interpretare, putem vorbi și despre proporționalitate

Practica de drepturi ale omului este în cea mai mare măsură raționalistă, și nu legalistă. Ea se axează, în general, pe justificarea actelor autorităților publice în termeni de rațiune publică, nu pe apelurile la autoritate⁴⁹. Este o lecție învățată din cultura politică post-război și din cea a căderii cortinei de fier ideea că democrația populară trebuie tratată cu mare suspiciune și că fiecare limitare de drepturi trebuie argumentată și cântărită.

Argumentele relative la text, la istorie, la precedent fără diferențierea circumstanțelor au un rol modest de jucat în practica europeană de drepturile omului. Nucleul acestei practici este reprezentat de principiul proporționalității. Structura pe care o oferă testul acestuia pentru abordarea rațiunilor publice, faptul că orientează judecătorii cum să-și organizeze evaluarea situațiilor juridice care vin în conflict, faptul că le dezvăluie modul de gândire și că le arată justițiabililor dacă circumstanțele cazului au fost avute în vedere la modul serios înlătură, practic, orice altă teorie rivală de pe scena contenciosului de drepturi ale omului.

⁴⁸ L. Cariolou, *The Search for an Equilibrium...*, op. cit., p. 256.

⁴⁹ M. Kumm, *Democracy is not enough...*, op. cit., p. 6.

În ciuda predicțiilor privind „viitorul subțire” al proporționalității⁵⁰, judecătorii curților europene care judecă litigii de drepturile omului mai țin încă în mâinile lor câte o balanță imaginară, urmărind încotro înclină pârghia acesteia, când sunt aranjate argumentele, unul câte unul, pe fiecare dintre talerele ei.

⁵⁰ *Lordul Hoffmann*, The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law, în Evelyn Ellis (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing, 1999, p. 114.