

## **Formula cântării\***

În contextul aplicării dreptului, există două operații de bază: deducția și punerea în balanță. Dacă aspectele relative la deducție au fost clarificate în mod rezonabil, există multe chestiuni nerezolvate în privința modului de operare al punerii în balanță. Aceste chestiuni îndreaptă atenția la trei probleme: la structura punerii în balanță, la raționalitatea și la legitimitatea ei. Între și printre aceste probleme există legături strânse. Legitimitatea punerii în balanță este legată de raționalitatea ei. Cu cât mai rațională este punerea în balanță, cu atât mai mare este legitimitatea ei. Totuși, raționalitatea punerii în balanță este determinată de structura acesteia. Dacă analiza sa ar arăta că punerea în balanță nu poate constitui altceva decât o decizie arbitrară, ar fi puse la îndoială raționalitatea punerii în balanță și legitimitatea ei în contextul aplicării dreptului, în special în cazul dreptului constituțional. Esența problemei punerii în balanță în drept constă, așadar, în problema structurii punerii în balanță.

### **1 Baza normativ-teoretică: reguli și principii**

Diferența dintre reguli și principii formează baza normativ-teoretică a deducției, pe de o parte, și a punerii în balanță, pe de altă parte<sup>1</sup>. Regulile sunt norme care reclamă ceva definitiv. Ele sunt *comenzi definitive*. Majoritatea regulilor cer îndeplinirea anumitor condiții pentru aplicarea lor. Prin urmare, ele sunt norme condiționale. Totuși, regulile pot manifesta un caracter categoric în forma lor. Un exemplu ar fi interzicerea absolută a torturii. Ideea decisivă asumă că dacă o regulă este validă și aplicabilă, atunci se impune în mod definitiv să fie îndeplinit exact ceea ce cere aceasta. Dacă este îndeplinit exact ceea ce cere aceasta, regula este respectată; altfel, regula nu este respectată. Așadar, regulile sunt normele care fie sunt respectate, fie nu sunt respectate. Spre deosebire de reguli, principiile constituie norme care cer realizarea unui lucru în cea mai mare măsură posibilă, date fiind posibilitățile factuale și juridice. Așadar, principiile sunt *cerințe de optimizare*. Ca atare, ele sunt caracterizate de faptul că pot fi realizate în grade diferite. Mai mult, gradul adecvat al realizării lor nu depinde doar de ceea ce este posibil din punct de vedere factual, ci și de ceea ce este posibil din punct de vedere juridic. Lăsând la o parte regulile, posibilitățile juridice sunt determinate în mod esențial de principiile care se opun.

\* Articol apărut inițial sub titlul "The Weight Formula", în J. Stelmach/B. Brożek/W. Załuski (Hg.), *Studies in the Philosophy of Law*, Bd. 3, Krakau 2007, pp. 9-27. Articolul lui Robert Alexy reprezintă o analiză a ultimei și celei mai importante etape a testului de proporționalitate - punerea în balanță, care succedă etapa oportunității și etapa ingerinței minime. Testul de proporționalitate este, astăzi, în democrațiile avansate cu excepția Statelor Unite ale Americii, o *lingua franca* a controlului de constituționalitate în domeniul drepturilor fundamentale. Din păcate, o limbă prea puțin cunoscută în România. Conceput în baza jurisprudenței Curții Constituționale Federale germane, acest studiu le poate fi util și celor interesați de teoria principiilor și de cum pune în balanță Curtea Europeană a Drepturilor Omului drepturi și interese (Teodor Papuc, traducătorul textului).

1 Vezi, în acest sens, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (prima ediție - 1985), J. Rivers (trans.), Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 44-69; *idem*, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", în B. Schilcher, P. Koller, B.-C. Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Vienna 2000, pp. 31-52, la 32.

## 2 Principiul proporționalității în sens restrâns

De rând cu celelalte distincții, diferențierile normativ-teoretice pot avea o semnificație teoretică și practică mai mare sau mai redusă. Semnificația diferenței dintre reguli și principii decurge din faptul că cel mai important standard din dreptul constituțional substanțial, principiul proporționalității, este presupus de însăși natura principiilor, și viceversa. Cu cele trei principii ale sale – oportunitatea, necesitatea și proporționalitatea în sens restrâns, principiul proporționalității decurge în mod logic din definiția principiului, tot așa cum acesta din urmă derivă din primul.

Principiile cer realizarea unui lucru în cea mai mare măsură posibilă, în funcție de posibilitățile factuale și juridice. Principiile oportunității și necesității exprimă cerința optimizării cu referire la posibilitățile factuale<sup>2</sup>. În această privință, ele nu au în vedere punerea în balanță ca atare, ci evitarea ingerințelor în drepturile constituționale care pot fi evitate fără prejudicierea altor principii<sup>3</sup>. Cu alte cuvinte, ele au în vedere optimul lui Pareto<sup>4</sup>. Din contra, principiul proporționalității în sens restrâns are în vedere optimizarea relativă la posibilitățile juridice. Acesta este câmpul punerii în balanță, și doar acest câmp interesează aici.

Esența punerii în balanță constă într-o relație care poate fi denumită „Legea Punerii în Balanță” și care poate fi formulată după cum urmează:

Cu cât mai mare este gradul nerealizării sau al prejudicierii unui principiu, cu atât mai mare trebuie să fie importanța realizării celuiilalt<sup>5</sup>.

Legea Punerii în Balanță arată că punerea în balanță poate fi divizată în trei etape. Prima etapă implică stabilirea gradului de nerealizare sau de prejudiciere a primului principiu. Ea este urmată de o a doua etapă, în care este stabilită importanța realizării principiului concurent. În fine, în cea de-a treia etapă se stabilește dacă importanța realizării celui din urmă principiu justifică prejudicierea sau nerealizarea celui dintâi.

Această structură fundamentală arată ceea ce contestă scepticii radicali atunci când este pusă în discuție punerea în balanță, ca de exemplu Jürgen Habermas sau Bernhard Schlink, și când aceștia afirmă că punerea în balanță trebuie „să se desfășoare fie în mod arbitrar, fie pe neașteptate, potrivit standardelor și ierarhiilor uzuale”<sup>6</sup>, „[p]entru că nu există standarde raționale”, sau când afirmă că „în cadrul testului proporționalității în sens restrâns [...] doar subiectivitatea celor care desfășoară testul poate fi efectivă” la final și că „operațiunile de evaluare și de punere în balanță cerute de testul punerii în balanță în sens restrâns pot fi efectuate [...], în final, doar de o manieră decizională”<sup>7</sup>. Cu alte cuvinte, ei contestă susținerea potrivit căreia judecățile raționale privind intensitatea ingerinței și cele privind gradele importanței sunt posibile. Astfel, obligația producătorilor de tutun de a lipi

2 Vezi, în acest sens, L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos, Baden-Baden 2001*, pp. 26-111.

3 Vezi, în acest sens și cu privire la relația dintre principiul oportunității și cel al necesității, pe de o parte, și principiul proporționalității în sens restrâns, pe de altă parte, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nr. 1 de mai sus), pp. 397-414.

4 *Idem*, p. 105.

5 *Idem*, p. 102.

6 J. Habermas, *Between Facts and Norms*, W. Rehg (trans.), Polity Press, Cambridge 1996, p. 259.

7 B. Schlink, „Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion einer klassischen Grundrechtsfunktion”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 11 (1984), pp. 457-468, la 462 (trans.); *idem*, „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, în P. Badura și H. Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, pp. 445-465, la 460-462; B. Pieroth și B. Schlink, *Grundrechte*, ed. a 17-a, C.F. Müller, Heidelberg 2001, p. 293.

avertismente privind efectele negative ale fumatului pentru sănătate pe produsele lor reprezintă o ingerință relativ minoră sau lejeră în libertatea profesiei. Din contra, o interdicție totală impusă comercializării produselor din tutun va echivala cu o ingerință serioasă. Între asemenea cazuri minore și serioase, pot fi identificate altele în care ingerințele manifestă o intensitate moderată. Un exemplu ar fi interzicerea aparatelor de vândut țigări, de rând cu implementarea unor restricții la vânzarea tutunului în anumite magazine. În baza acestor exemple, poate fi dezvoltată o scară care să conțină nivelurile „lejer”, „moderat” și „serios”. Exemplele demonstrează că sunt posibile catalogările valide la diferite puncte ale scării sau, schimbând situația, să se ia cazul unei persoane care clasifică, pe de o parte, o interdicție totală a tuturor produselor din tutun ca o ingerință lejeră în libertatea profesiei producătorilor de tutun, pe când aceeași persoană consideră, de cealaltă parte, că obligația de a aplica avertismente privind efectele nocive pentru sănătate reprezintă o ingerință serioasă. Asemenea judecăți nu pot fi luate prea ușor în seamă.

Utilizarea unei scări alcătuite din trei niveluri este posibilă, de asemenea, în cazul motivelor concurente. Motivul obligației de a aplica avertismente privind efectele nocive pentru sănătate pe ambalajul produselor din tutun constă în protejarea populației de riscurile fumatului la adresa sănătății. Curtea Constituțională Federală pare să nu fi exagerat în hotărârea sa privind avertismentele de acest gen atunci când a considerat că, „potrivit stării actuale a cunoștințelor medicale, este cert” că fumatul poate provoca cancerul sau boli vasculare<sup>8</sup>. Ponderea motivelor care justifică ingerința este, așadar, una serioasă. Pe scurt, ele cântăresc greu. Dacă, în acest mod, intensitatea ingerinței este stabilită ca fiind una minoră, iar gradul importanței atribuite motivelor ingerinței este unul ridicat, atunci ajungerea la o concluzie la îndemână constituie o problemă suficient de ușor de rezolvat. Motivul serios al ingerinței servește la justificarea ingerinței lejere. Astfel, obligația de a aplica avertismente privind pericolele la adresa sănătății pe produsele de tutun nu încalcă dreptul producătorilor de tutun la libertatea profesiei, așa cum este garantat acesta de articolul 12 (1) din Legea Fundamentală germană. Acest rezultat, care decurge dintr-o examinare a proporționalității în sens restrâns, nu este doar unul plauzibil. El este, dată fiind intensitatea lejeră a ingerinței și ponderea crescută a motivelor în acest scop, și urmând aici Curtea Constituțională Federală, de-a dreptul „evident”<sup>9</sup>.

S-ar putea susține la fel de bine că exemplul de aici nu sugerează foarte multe. Cazul privește, pe de o parte, activitățile economice. Aici este ușor să aplici scările, pentru că ele se reduc la analizele cost-beneficiu. Pe de altă parte, problema în discuție privește o chestiune de viață și de moarte; acolo unde investigațiile empirice demonstrează că riscurile sunt destul de mari, clasificarea, care se referă la o chestiune foarte importantă, se poate baza pe fapte cuantificabile. Aceste considerente nu sunt aplicabile în ariile în care factorii cuantificabili cum sunt costurile și probabilitățile nu joacă un rol semnificativ.

Pentru a trata această obiecție, trebuie analizat un caz care privește conflictul clasic dintre libertatea de exprimare și drepturile personalității. *Titanic*, o revistă satirică de largă circulație, a descris un ofițer în rezervă paraplegic, care și-a îndeplinit cu succes responsabilitățile și care a fost rechemat în activitate, mai întâi ca „Criminal înnăscut”, iar într-o ediție ulterioară ca „schilod”. Curtea Regională de Apel din Düsseldorf a hotărât, într-o acțiune introdusă de către ofițer, în defavoarea *Titanicului* și a dispus ca revista să plătească despăgubiri în sumă de 12,000 DM. *Titanic* a formulat o plângere constituțională. Curtea Constituțională Federală a efectuat o „punere

8 BVerfGE 95, 173 (184) (Deciziile Curții Constituționale a Republicii Federale Germane, vol. 95, p. 173, la 184).

9 BVerfGE 95, 173 (187)

în balanță în funcție de contextul cazului”<sup>10</sup> între libertatea de exprimare a celor asociați cu revista (articolul 5 (1) (1) din Legea Fundamentală) și dreptul general la personalitate al ofițerului (articolul 2 (1) coroborat cu articolul 1 (1) din Legea Fundamentală). În acest sens, a fost stabilită intensitatea ingerinței în aceste drepturi, unul raportat la celălalt. Hotărârea privind acordarea despăgubirilor a fost tratată ca reprezentând o ingerință „puternică” sau *serioasă* în libertatea de exprimare, indiferent de faptul că nu a fost decisă într-un proces penal, ci doar într-un proces civil. Această concluzie a fost justificată, mai presus de orice, cu argumentul potrivit căruia daunele acordate ar putea afecta predispoziția editorilor revistei de a-și îndeplini munca în modul în care au făcut-o până atunci<sup>11</sup>. Calificativul „Criminal înăscut” a fost plasat atunci în contextul exemplelor de satiră publicate de către *Titanic*. Aici, mai multe persoane au fost descrise de o manieră „umoristică recognoscibilă”, de la „absurdități la calambururi”, ca având un nume sau altul la naștere – de exemplu, Richard von Weizsäcker [*Weizsäcker* = muncitor care pune grâul în saci, n.tr.], pe atunci Președintele federal, a fost descris drept „Cetățean înăscut”<sup>12</sup>. Contextul exclude o lectură a unui asemenea calificativ ca reprezentând o „încălcare ilegală, serioasă, ilegală a personalității”<sup>13</sup>. Ingerința în dreptul la personalitate a fost, așadar, tratată ca având cel mult o intensitate *moderată*, probabil doar o intensitate *ușoară* sau *minoră*. În conformitate cu acest fapt, importanța protejării dreptului la personalitate al ofițerului prin acordarea de despăgubiri fusese una *moderată*, probabil doar *ușoară* sau *minoră*. Aceste constatări au încheiat prima parte a hotărârii. Pentru a justifica caracterul de ingerință serioasă în dreptul constituțional la libertatea de exprimare al acordării de despăgubiri, prejudicierea dreptului la personalitate, despre care s-a presupus că va fi compensată prin despăgubiri, trebuia evaluată ca fiind cel puțin serioasă. Totuși, potrivit analizei Curții Constituționale Federale, ea nu a fost evaluată astfel. Acest fapt a presupus că ingerința în libertatea de exprimare a fost disproporționată, ceea ce a însemnat, în schimb, că respectiva catalogare a ofițerului drept „Criminal înăscut” nu a reprezentat un motiv pentru acordarea de despăgubiri.

Însă cazul descrierii ofițerului drept „schilod” a fost privit ca o problemă diferită. Potrivit analizei Curții Constituționale Federale, acest calificativ nu a echivalat cu o „încălcare *serioasă* a dreptului la personalitate al paraplegicului”<sup>14</sup>. Importanța protejării ofițerului prin intermediul unei hotărâri de acordare a despăgubirilor a fost, așadar, una mare. Ea a fost justificată de faptul că descrierea unui om cu dizabilități grave ca fiind „schilod” este considerată, în mod obișnuit, „umilitoare” și exprimă o „lipsă de respect”. Astfel, ingerința serioasă în libertatea de exprimare a fost contracarată de importanța ridicată acordată protecției personalității. În această situație, Curtea Constituțională Federală a ajuns la concluzia că „aici, punerea în balanță nu a creat un viciu care să afecteze libertatea de exprimare”<sup>15</sup>. Așadar, plângerea constituțională a *Titanicului* era justificată doar în măsura în care se referea la despăgubirile acordate pentru calificativul „Criminal înăscut”. În măsura în care era avută în vedere calificativul „schilod”, ea era nejustificată<sup>16</sup>.

Bineînțeles, s-ar putea dezbate dacă și calificativul „Criminal înăscut” nu reprezintă, cu adevărat, nimic altceva decât o ingerință moderată sau minoră. Totuși, pentru scopurile prezente, ideea semnificativă stă în altă parte. Cu greu se poate pune la îndoială că acordarea despăgubirilor și descrierea cuiva ca fiind „schilod” constituie amândouă ingerințe foarte intense în principiile

10 BVerfGE 86, 1 (11).

11 BVerfGE 86, 1 (10).

12 BVerfGE 86, 1 (11).

13 BVerfGE 86, 1 (12).

14 BVerfGE 86, 1 (13) (sublinierea autorului).

15 *Ibidem*.

16 BVerfGE 86, 1 (14).

relevante. Într-adevăr, în privința celor cu dizabilități severe, se poate face o caracterizare care o depășește pe cea a Curții. Curtea Constituțională Federală a reținut în mod corect că descrierea unui paraplegic ca fiind un „schilod” fusese umilitoare și lipsită de respect. O asemenea umilire și o asemenea dovadă de lipsă de respect publice ating și subminează însăși demnitatea victimei. Nu constituie doar un prejudiciu serios, este unul foarte serios, într-adevăr, unul extraordinar de serios. S-a ajuns într-o zonă în care prejudiciile pot fi justificate cu greu de orice consolidare a motivelor care stau la baza ingerinței. Acest fapt corespunde legii diminuării utilității marginale<sup>17</sup>. Cazul *Titanic* reprezintă, așadar, un exemplu al faptului că utilizarea scârilor este posibilă, dacă sunt raportate unele la altele în mod inteligent, chiar și în cazul unor bunuri necorporale cum sunt personalitatea și libera exprimare. Acest caz mai ilustrează puterea inerentă drepturilor constituționale *qua* principiilor de a stabili limite prin intermediul punerii în balanță, limite care sunt ferme și clare, deși nu pot fi constatate fără punerea în balanță.

Hotărârile *Tobacco* și *Titanic* demonstrează că sunt posibile judecățile raționale despre gradele intensității și ale importanței, cel puțin în unele cazuri, și că asemenea judecăți pot fi raportate unele la altele în vederea justificării unui rezultat. Desigur, asemenea judecăți presupun existența unor standarde care nu pot fi identificate, în sine, în Legea Punerii în Balanță. Să constați că o judecată în defavoarea *Titanicului* de a plăti despăgubiri constituie o ingerință serioasă în libertatea de exprimare înseamnă să faci presupuneri despre ce semnifică libertatea de exprimare și despre cum poate fi pusă aceasta în pericol. De cealaltă parte, judecata potrivit căreia calificativul „schilod” constituie o ingerință serioasă în personalitate reclamă presupuneri despre ce înseamnă să fii o persoană și să ai demnitate. Totuși, acest fapt nu implică, în termenii lui Habermas, faptul că, „cântărirea are loc fie în mod arbitrar, fie în mod necugetat, potrivit standardelor și ierarhiilor obișnuite”<sup>18</sup>. Presupunerile care stau la baza judecăților despre intensitatea ingerinței și gradul importanței nu sunt arbitrare. Sunt oferite motive pentru acestea, iar ele pot fi unele raționale. De asemenea, este discutabil dacă aceste presupuneri sunt făcute de către Curtea Constituțională Federală „în mod necugetat, potrivit standardelor și ierarhiilor obișnuite”. Este adevărat că standardele urmează o cale a precedentului. Însă discuția despre „standardele obișnuite” ar fi justificată doar dacă existența precedentului, și nu corectitudinea standardelor în discuție, ar fi constituit singura problemă relevantă pentru luarea unei decizii. Mai mult, s-ar putea discuta despre o aplicare „necugetată” doar dacă această aplicare nu ar fi avut loc pe parcursul argumentării. Pentru că argumentele sunt expresia publică a reflecției. Însă aici nu lipsesc argumentele. Toate acestea se aplică la fel de bine și pentru hotărârea *Tobacco*.

### 3 Scara triadică

Până aici nu a fost analizat nimic în afară de exemple. Exemplele au demonstrat că există cazuri în care punerea în balanță a principiilor concurente asigură un rezultat de o manieră rațională. Acest fapt este suficient pentru a respinge teza potrivit căreia, din cauza unei lipse a standardelor raționale, punerea în balanță poate oferi toate rezultatele imaginabile în toate cazurile. Totuși, această constatare nu este suficientă dacă se dorește să se accepte structura punerii în balanță. Pentru a putea ajunge la o concluzie generală despre *posibilitatea* punerii în balanță raționale, o concluzie care trece dincolo de exemple, este necesară o privire mai atentă la sistemul care stă în spatele clasificărilor analizate până acum.

Toate judecățile despre intensitatea ingerinței și gradul importanței analizate până acum

17 Vezi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nr. 1 de mai sus), p. 103.

18 J. Habermas, *Between Facts and Norms* (nr. 6 de mai sus), p. 259.

urmează un model din trei grade sau triadic. Fără îndoială, această schemă de trei pași sau grade nu este necesară pentru punerea în balanță. Punerea în balanță este posibilă de îndată ce se ajunge la doi pași, iar numărul pașilor, care merg în sus, este unul deschis. Așadar, ceea ce urmează acum se va aplica, cu anumite modificări, dacă se reduce numărul pașilor la doi sau se crește la mai mult de trei. Singura condiție, așa cum se va explica mai jos, este ca numărul să nu devină prea mare. În comparație cu alternativele sale, scara triadică are avantajul că se potrivește în mod deosebit cu practica argumentării juridice. În plus, scara triadică poate fi extinsă de o manieră cât se poate de intuitivă.

Așa cum o demonstrează exemplele, cele trei etape pot fi reprezentate prin termenii „lejer”, „moderat” și „serios”. Reprezentarea este facilitată dacă aceste etape sunt identificate prin literele „*l*”, „*m*” și, respectiv, „*s*”. Aici, „*l*” desemnează nu doar termenul comun „lejer”, ci și alte expresii cum ar fi „minor” sau „ușor”, și „*s*” desemnează termenii „intens” și „puternic”, cum o face pentru „serios”.

Potrivit Legii Punerii în Balanță, obiectele evaluării ca *l*, *m* sau *s* sunt avute în vedere, pe de o parte, ca grad al nerealizării sau al prejudicierii unui principiu, și, pe de altă parte, ca importanță a realizării celui alt principiu. În prima parte a Legii Punerii în Balanță poate fi identificat conceptul dublu al nerealizării și al prejudicierii. Acest fapt exprimă dihotomia dintre apărare și protecție. În măsura în care sunt avute în vedere drepturile constituționale defensive, acțiunea supusă testului proporționalității reprezintă o ingerință. Ingerințele sunt considerate pagube. În locul „gradului pagubei”, poate fi utilizat termenul „intensitatea ingerinței”. Așa vom proceda în cele ce urmează. Faptul că fiecare ingerință poate fi catalogată, în același timp, ca o „nerealizare” este o amprentă a flexibilității limbajului. Totuși, expresia „nerealizare” apare într-o lumină mai bună atunci când sunt în discuție drepturile protectoare, pentru că acestea – spre deosebire de drepturile defensive – nu reclamă omisiuni, ci o acțiune pozitivă. Totuși, și aici se poate vorbi despre „pagube” sau chiar despre „ingerințe”, fapt care, din nou, reprezintă o amprentă a flexibilității limbajului. Acolo unde un principiu are nevoie de protecție și nu i se acordă niciuna, se poate vorbi nu doar despre o „nerealizare” a acestui principiu, ci și despre o „ingerință” în acesta – de fapt, despre o „ingerință prin nerealizare”.

Din această perspectivă, pot fi stabilite următoarele. „ $P_i$ ” va fi utilizat ca o variabilă pentru principiul a cărui încălcare – ca să folosim, din nou, cuvintele Legii Punerii în Balanță – prin nerealizare sau păgubire trebuie examinată. „ $IP_i$ ” va reprezenta intensitatea ingerinței în  $P_i$ . Ingerințele sunt, întotdeauna, ingerințe concrete. Așadar, intensitatea ingerinței constituie o cantitate concretă. Ca atare, ea diferă de ponderea abstractă a lui  $P_i$ , care va fi reprezentată prin „ $WP_i$ ”. Pondere abstractă a unui principiu  $P_i$  este ponderea pe care o are  $P_i$  raportat la alte principii, independent de circumstanțele cazului. Multe principii constituționale nu diferă în privința ponderilor lor abstracte. Unele, însă, o fac. Dreptul la viață, de exemplu, are o pondere abstractă mai mare decât libertatea generală de acțiune. Dacă ponderea abstractă a principiilor care vin în conflict este egală, ea poate fi ignorată în punerea în balanță. Ca prim obiect al punerii în balanță, Legea Punerii în Balanță indică doar spre intensitatea ingerinței. Acest fapt demonstrează că este modelată pentru situația în care greutățile abstracte sunt egale, fapt care înseamnă că nu joacă niciun rol. Problema modului în care trebuie procedat acolo unde ponderile abstracte diferă va fi tratată mai târziu. Aici este suficient să se noteze că, pentru a evita confuzia, este întotdeauna bine să se clarifice dacă este vorba despre cantități abstracte sau despre cantități concrete. În cazul  $IP_i$ , nu sunt necesare informații suplimentare, pentru că intensitatea ingerinței este, în mod necesar, concretă. Totuși, nu strică să se facă explicită corectitudinea  $IP_i$  prin adăugarea lui „ $C$ ”. „ $C$ ” stă

pentru toate circumstanțele cazului care sunt relevante pentru luarea deciziei. „C” joacă un rol central în Legea Principiilor Concurente, care, totuși, nu poate fi pusă în discuție aici<sup>19</sup>. În orice caz, primul obiect al evaluării drept  $l$ ,  $m$  sau  $s$ , adică intensitatea ingerinței, poate fi reprezentat de „ $IP_iC$ ”.

„ $IP_iC$ ” exprimă trei aspecte diferite. „ $P_i$ ” face explicit faptul că este în joc principiul  $P_i$ . „ $I$ ” spune că este în discuție intensitatea ingerinței în  $P_i$  și, în fine, „ $C$ ” denotă că suntem în prezența unui caz concret. El amplifică expunerea pentru a reprezenta aceste trei aspecte într-o singură expresie complexă cum este „ $IP_iC$ ”. Altfel, ar fi de interes doar o calitate – intensitatea ingerinței. Acest fapt sugerează în mod clar că este potrivit să se scrie „ $I_i$ ” în loc de „ $IP_iC$ ” în toate cazurile în care nimic nu depinde de scoaterea în evidență a celor trei aspecte.  $I_i$  nu este diferită în nicio privință de  $IP_iC$ :  $I_i = IP_iC$ . „ $I_i$ ” poate fi denumită „versiunea concisă” a versiunii detaliate „ $IP_iC$ ”.<sup>20</sup> Litera „ $I$ ” exprimă faptul că este de interes intensitatea ingerinței. Indicele „ $i$ ” clarifică faptul că este vorba despre o ingerință în  $P_i$  și faptul că „ $I_i$ ” reprezintă o valoare concretă care decurge din însăși natura noțiunii de intensitate a ingerinței.

Pot fi recomandate notații paralele în privința greutății abstracte. Greutatea abstractă a lui  $P_i$  a fost notată, deja, ca „ $WP_i$ ”. Dacă se dorește să se facă explicit caracterul abstract, se poate adăuga – ca în cazul lui „ $C$ ” – litera „ $A$ ”. Sensul detaliat al greutății ( $W$ ) abstracte ( $A$ ) a lui  $P_i$  va fi, atunci, „ $WP_iA$ ”. Versiunea concisă ia, în mod corespunzător, forma „ $W_i$ ”. S-a menționat deja că greutatea abstractă – exprimată prin „ $WP_iA$ ” sau „ $W_i$ ” – joacă un rol în punerea în balanță doar dacă are o valoare diferită de cea a greutății abstracte a principiului cu care vine în conflict. Dacă ponderile abstracte de pe ambele părți sunt egale, ele se anulează reciproc.

Potrivit Legii Punerii în Balanță, cel de-al doilea obiect al evaluării ca  $l$ ,  $m$  sau  $s$  este „importanța realizării” celui alt principiu. Spre deosebire de intensitatea ingerinței, gradul importanței nu trebuie conceput în mod necesar ca având o cantitate concretă. Se poate alcătui un concept al importanței care combină concretul și abstractul. În acest caz, importanța realizării principiului concurent depinde atât de cât de intensă ar fi fost ingerința în principiul concurent, dacă nu i s-ar fi dat prioritate și de cât de mare este ponderea sa abstractă. Totuși, așa cum s-a remarcat deja, faptul că prima parte a Legii Punerii în Balanță privește doar intensitatea ingerinței demonstrează că această lege ca întreg este concepută de o asemenea manieră încât să capteze constelația în care ponderile abstracte sunt egale și nu joacă, din acest motiv, niciun rol de vreun fel. Acest fapt sugerează că „importanța” conținută inițial în Legea Punerii în Balanță trebuie interpretată ca referindu-se exclusiv la importanța concretă.

Astfel, totul se reduce la a vedea până unde ajunge importanța concretă a realizării principiului concurent – așa cum o pune în discuție Legea Punerii în Balanță. Pentru că Legea Punerii în Balanță privește în mod exclusiv relația dintre cele două principii concurente, ea poate depinde de efectele pe care le va manifesta omisiunea sau neexecutarea măsurii care interferează cu  $P_i$  pentru realizarea principiului concurent, reprezentat aici de  $P_j$ . Importanța concretă a realizării lui  $P_j$  este stabilită, atunci, de rezultatele care vor fi determinate pentru  $P_j$  prin abținerea de la orice ingerință în  $P_i$ . Acest fapt poate fi ilustrat cu ajutorul cazului *Titanic*. Va fi analizată doar descrierea ofițerului paraplegic drept „schilod”. Pentru a stabili intensitatea ingerinței în libertatea de exprimare, trebuie să te întrebi, pur și simplu, cât de intens interferează interzicerea acestei exprimări împreună cu acordarea unor despăgubiri cu libertatea de exprimare. Este ceea ce va cere Constituția în privința

19 Vezi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nr. 1 de mai sus), p. 54.

20 Versiunea detaliată este utilizată în R. Alexy, „Die Abwägung in der Rechtsanwendung”, *Annual Report of the Institute for Law at the Meiji Gakuin University Tokyo* 17 (2001), pp. 69-83, la 77.

acestui drept constituțional dacă s-ar permite interdicția conținută în hotărârea Curții Regionale Superioare de Apel din Düsseldorf, odată cu acordarea de despăgubiri de către aceasta. Pentru a stabili importanța concretă a realizării principiului protecției personalității, trebuie să ne întrebăm, în schimb, ce ar însemna omisiunea sau eșecul de a implementa ingerința în libertatea de exprimare, adică, de a considera permisibilă descrierea „schilod” și, prin urmare, de a nu o supune despăgubirilor, pentru protecția personalității. Aceasta nu reprezintă altceva decât costul pe care îl suportă protecția personalității dacă aici ar fi protejată libertatea de exprimare. Importanța principiului protecției personalității în cazul *Titanic* poate fi, așadar, derivată din intensitatea cu care ar interfera lipsa protecției prin lipsa ingerinței în libertatea de exprimare a *Titanicului*, cu dreptul la personalitate al ofițerului. Acest fapt poate fi generalizat și formulat după cum urmează: Importanța concretă a  $P_j$  este stabilită de intensitatea cu care lipsa ingerinței în  $P_i$  interferează cu  $P_j$ .

Problema notației re apare. Ar putea fi avută în vedere utilizarea unei litere noi pentru abordarea importanței – să spunem „ $U$ ”, care face aluzie la urgență – și să se abordeze importanța concretă a principiului concurrent – analog cu „ $IP_iC$ ” – ca „ $UP_iC$ ”. Acest fapt ar avea avantajul aproximării utilizării obișnuite a limbajului, conform formulării Legii punerii în balanță.<sup>21</sup> Totuși, analiza sistematică sugerează o soluție diferită. Conceptul importanței concrete a lui  $P_j$  este, așa cum am demonstrat, identic cu conceptul intensității ingerinței cu  $P_j$  prin omiterea ingerinței cu  $P_i$ . Este esențială intensitatea unei ingerințe ipotetice prin lipsa unei ingerințe. Acest fapt este exprimat cel mai clar atunci când, de partea principiului concurrent, este folosit, de asemenea, „ $I$ ”, adică simbolul intensității ingerinței. Astfel, omologul lui „ $IP_iC$ ” este „ $IP_jC$ ”. Din nou, această descriere detaliată poate fi înlocuită cu una concisă, adică cu „ $I_j$ ”.  $IP_jC = I_j$  este valabilă și aici. În continuare vor fi utilizate doar expresiile concise.<sup>22</sup>

Au fost stabilite acum obiectele evaluării ca  $l$ ,  $m$  sau  $s$ . În prezentarea Legii punerii în balanță s-a afirmat că aceasta divizează procesul de punere în balanță în trei etape. Primele două pot fi parcurse acum, potrivit modelului triadic: evaluarea lui  $I_i$  ca fiind  $l$ ,  $m$  sau  $s$ . Apare următoarea problemă: cum poate fi parcursă cea de-a treia etapă, în care trebuie stabilite evaluările în relație reciprocă, potrivit modelului triadic?

Se poate contesta că evaluările de acest tip nu pot fi înțelese în relație reciprocă deloc, pentru că ceea ce vine în conflict este incommensurabil.<sup>23</sup> În cazul *Titanic*, de exemplu, se putea susține că calificativul „Criminal înăscut” și ordinul tribunalului de a fi plătite despăgubiri în sumă de 12000 DM sunt două fapte sociale care au tot atât în comun cum au merele și portocalele. Totuși, acest fapt nu se referă la ideea decisivă. Problema nu constă în caracterul comparabil al anumitor entități, ci în caracterul comparabil vis-à-vis de importanța lor pentru constituție, fapt care, bineînțeles, conduce în mod indirect la posibilitatea comparării lor. Conceptul caracterului comparabil al importanței pentru constituție conține două elemente care sunt suficiente, împreună, să determine comensurabilitatea. Primul reprezintă un punct comun de vedere: punctul de vedere al constituției. Bineînțeles, este posibil să existe o dispută despre ceea ce este valid din acest punct de vedere. Într-adevăr, acest fapt are loc în mod regulat. Totuși, este o dispută despre ceea ce este corect în baza constituției. Incommensurabilitatea nu apare imediat, odată ce se renunță la punctul comun de vedere. Acest fapt s-ar întâmpla, de exemplu, în situația în care un interpret al constituției i-ar spune

21 Din acest motiv, în lucrările anterioare a fost utilizată o altă literă în cazul principiului concurrent, decât în cazul intensității ingerinței; vezi R. Alexy, „Die Abwägung in der Rechtsanwendung” (n. 20 de mai sus), p. 73.

22 În cele ce urmează, litera „ $U$ ” va fi utilizată pentru o cantitate compusă din importanța concretă în sensul intensității ingerinței ( $I$ ) și greutatea abstractă ( $W$ ).

23 Vezi, în acest sens, T.A. Aleinikoff, „Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal* 96 (1987), pp. 943-1005, la 972-976.



altui interpret că, din punctul lui de vedere, este valid un fapt, din punctul de vedere al celuilalt, opusul, astfel încât fiecare are dreptate din punctul lor de vedere, cu consecința că nimeni nu poate greși sau chiar nimeni nu poate fi criticat. Pentru că un punct de vedere comun, în baza căruia să poată fi considerat ceva greșit, nu există și nici nu ar putea exista. Discursul care echivalează cu ceva mai mult decât o retorică goală, adică discursul rațional destinat unei soluții corecte, ar putea fi considerat atunci imposibil. Bineînțeles, este valabil și opusul. Dacă este posibil discursul rațional despre ce este corect în baza constituției, atunci este posibil, de asemenea, un punct comun de vedere. Acesta devine real odată ce intervine discursul rațional, orientat spre ideea directoare a ceea ce este corect în baza constituției. Cel care dorește să submineze posibilitatea evaluărilor prin apelul la imposibilitatea existenței unui punct comun de vedere trebuie să fie pregătit, așadar, să susțină faptul că este imposibil discursul rațional despre evaluări într-un cadru constituțional. Această susținere trebuie respinsă, chiar dacă respingerea ei nu poate avea loc aici.<sup>24</sup> Cel de-al doilea element care determină comensurabilitatea este o scară, de orice tip, care reprezintă clasele evaluării câștigurilor și a pierderilor din punct de vedere constituțional. Scara triadică  $l, m$  sau  $s$  constituie un exemplu. Utilizarea sa în baza punctului comun de vedere al constituției determină comensurabilitatea.

Odată ce este creată comensurabilitatea atât prin punctul de vedere, cât și prin scară, problema parcurgerii celei de-a treia etape a punerii în balanță se dovedește una facilă. Există trei constelații în care ingerința în  $P_i$  este mai intensă decât cea în  $P_j$ :

$$(1) I_i^* s, I_j^* l$$

$$(2) I_i^* s, I_j^* m$$

$$(3) I_i^* m, I_j^* l$$

În aceste cazuri,  $P_i$  are prioritate față de  $P_j$ . Potrivit Legii principiilor concurente, menționată mai sus, este valabilă relația condițională de prioritate  $(P_i P P_j)C$ .<sup>25</sup> Aceste trei cazuri de prioritate a lui  $P_i$  corespund cu trei cazuri de prioritate a lui  $P_j$ :

$$(4) I_i^* l, I_j^* s$$

$$(5) I_i^* m, I_j^* s$$

$$(6) I_i^* l, I_j^* m$$

În aceste cazuri, este valabilă relația  $(P_j P P_i)C$ . În afară de aceste șase cazuri, care pot fi decise în baza scării triadice, există trei situații de impas:

$$(7) I_i^* l, I_j^* l$$

$$(8) I_i^* m, I_j^* m$$

$$(9) I_i^* s, I_j^* s$$

În cazul unui impas, punerea în balanță nu conduce la niciun rezultat. Cu alte cuvinte, acesta constituie un exemplu de discreție în punerea în balanță, adică un exemplu de discreție care decurge din structura normelor *qua* principii, pe scurt – un exemplu de „discreție structurală”. Discreția în materie de punere în balanță este una de o importanță maximă pentru delimitarea competențelor acelei părți a judiciarului care exercită puterea controlului de constituționalitate, pe de o parte, și pentru delimitarea competențelor legislatorului și ale tribunalelor de drept comun, pe de altă parte. Însă acest fapt nu poate fi discutat aici.<sup>26</sup>

24 Vezi, în acest sens, R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, R. Adler și N. MacCormick (trans.), Clarendon Press, Oxford 1989, pp. 32-33, pp. 177-220.

25 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nr. 1 de mai sus), p. 54.

26 Vezi, în acest sens, R. Alexy, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 61 (2002), pp. 7-33.

Cele trei etape sau clase ale modelului triadic reprezintă o scară care încearcă să sistematizeze clasificările identificate atât în practica de zi cu zi, cât și în argumentarea juridică. Un asemenea sistem din trei clase este foarte diferit de conversiunea în sistemul metric a intensităților ingerinței și a gradelor importanței pe o scară cardinală care parcurge un continuum de la 0 la 1, și trebuie să fie foarte diferit, pentru că intensitățile ingerinței și ale gradelor importanței nu pot fi convertite în sistemul metric pe o asemenea scară.<sup>27</sup> Este adevărat că este posibil adesea să se utilizeze un model triadic precis – un candidat eligibil este, după cum se va demonstra, modelul dublu-triadic – însă există limite. Gradarea în termeni de lejer, moderat sau serios este adesea suficientă, atât cât este ea. În unele cazuri, abia dacă se poate distinge ceea ce este lejer sau serios; într-adevăr, în unele cazuri acest fapt pare imposibil.<sup>28</sup> Așadar, scările juridice pot fi făcute să funcționeze doar cu diviziuni relativ brute – și nici măcar așa în fiecare caz. În fine, natura dreptului constituțional stabilește limite privind finețea gradației și tot ea elimină în totalitate aplicabilitatea vreunei scări infinitezimale.<sup>29</sup> Prin urmare, măsurile calculabile cu ajutorul unui continuum de puncte situate între 0 și 1 nu pot fi aplicabile.<sup>30</sup> Totuși, ceea ce este posibil este o ilustrare a structurii care fundamentează modelul triadic cu ajutorul numerelor.

#### 4 Formula

Există două posibilități fundamentale diferite pentru a raporta indicii  $I_i$  și  $I_j$  unul la altul. Prima constă în utilizarea aritmeticii, a doua în utilizarea secvențelor geometrice. Există multe modalități în care tripletul  $I, m, s$  poate fi reprezentat ca o secvență aritmetică. Un exemplu foarte simplu este secvența 1,2,3. În această bază, se poate prezenta o formulă care stabilește ponderea unui principiu în circumstanțele cazului în discuție – pe scurt, ponderea lui concretă – după cum urmează:

$$W_{ij} = I_i - I_j$$

Această formulă poate fi denumită „Formula Diferenței”.<sup>31</sup>

Singurul simbol din Formula Diferenței care nu a fost introdus până acum este „ $W_{ij}$ ”. „ $W_{ij}$ ” nu trebuie confundat cu „ $W_i$ ”. Așa cum am notat deja, „ $W_i$ ” desemnează ponderea abstractă a lui  $P_i$ . Notăția detaliată, „ $WP_iA$ ”, exprimă clar acest fapt. Pe de altă parte, „ $W_{ij}$ ” desemnează ponderea concretă a lui  $P_i$ , adică ponderea lui  $P_i$  în circumstanțele cazului în discuție. În notația detaliată, aceasta poate fi citită ca:

$$„WP_{ij}C”^{32}$$

Formula Diferenței denotă că ponderea concretă a unui principiu este o pondere relativă.

27 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nr. 1 de mai sus), p. 99.

28 Dacă fiind această imposibilitate, dispare orice diferență dintre intensitățile ingerinței. Nu mai poate fi efectuată punerea în balanță în baza intensităților. Scara  $I, s$  este scara minimă.

29 R. Alexy, „Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit” (nr. 26 de mai sus), pp. 25-26.

30 Totuși, nu este exclusă aplicarea unor asemenea mărimi cu privire la modelele ideale, cum ar fi cazul dacă în drept ar fi posibilă măsurarea infinitezimală; vezi, în acest sens, N. Jansen, „Die Abwägung von Grundrechten”, *Der Staat* 36 (1997), pp. 27-54, la 29.

31 Cu privire la reprezentarea relației ponderilor valorilor sau ale principiilor cu ajutorul scăderii și al adunării, vezi H. Hubmann, *Wertung und Abwägung im Recht*, Heymann, Köln 1977, pp. 26-27, 162.

32 Cu notația detaliată, Formula Diferenței capătă următoarea formă:  $WP_{ij}C = IP_i - IP_jC$ .

Ea denotă acest fapt prin stabilirea ponderii concrete ca diferența dintre intensitatea ingerinței cu acest principiu ( $P_i$ ) și importanța concretă a principiului concurent ( $P_j$ ), unde cel din urmă reprezintă intensitatea ingerinței ipotetice cu  $P_j$  prin omisiunea ingerinței cu  $P_i$ , adică prin lipsa unei ingerințe cu  $P_i$ . Această relativitate este exprimată prin „ $W_{ij}$ ”. Ponderea concretă a lui  $P_i$  este ponderea concretă a lui  $P_j$  raportată la  $P_j$ .

Dacă se substituie numerele 1,2 și 3 din Formula Diferenței, se ajunge la soluții care sunt, *prima facie*, convingătoare. Trebuie reexamineate cele nouă constelații posibile ale modelului triadic, așa cum este prezentat acesta mai sus. În primele trei constelații, în care  $P_i$  are prioritate față de  $P_j$  – reprezentându-le aici de o manieră simplificată –,  $W_{ij}$  dobândește următoarele valori pozitive:

$$(10) \quad s, l = 3-1 = 2$$

$$(11) \quad s, m = 3-2 = 1$$

$$(12) \quad m, l = 2-1 = 1$$

În cazurile în care  $P_j$  are prioritate față de  $P_i$ , atunci  $W_{ij}$  dobândește valori negative:

$$(13) \quad l, s = 1-3 = -2$$

$$(14) \quad m, s = 2-3 = -1$$

$$(15) \quad l, m = 1-2 = -1$$

În toate trei cazurile de impas, ponderea concretă și, prin urmare, relativă a lui  $P_i$  este 0:

$$(16) \quad l, l = 1-1 = 0$$

$$(17) \quad m, m = 2-2 = 0$$

$$(18) \quad s, s = 3-3 = 0$$

Această ilustrare a relațiilor din modelul triadic, facilitată de utilizarea numerelor, are avantajele simplității și un caracter plauzibil cât se poate de intuitiv. Mai mult, ea exprimă în mod corespunzător faptul că impasul este un caz în care un principiu, dată fiind poziția lui egală, nu are niciun efect, indiferent dacă pozitiv sau negativ, față de celălalt principiu. Totuși, există o caracteristică esențială a principiilor pe care Formula Diferenței nu o poate surprinde. Acest fapt devine clar odată ce este comparată ilustrarea modelului triadic cu ajutorul progresiei aritmetice cu o ilustrare oferită cu ajutorul progresiei geometrice.

Este deopotrivă simplu și edificator să adopti progresia geometrică  $2^0$ ,  $2^1$  și  $2^2$ , adică 1, 2 și 4. Această progresie diferă în mod esențial de progresia aritmetică prin faptul că distanțele dintre etape cresc, în loc să rămână egale în toate cazurile. Ea face posibilă reprezentarea creșterii disproporționate a forței principiilor odată cu creșterea intensității ingerinței, un fapt care corespunde legii utilității marginale descrescătoare.<sup>33</sup>

Caracterul geometric al scării nu oferă o definiție a ponderii concrete a lui  $P_i$  printr-o Formulă a Diferenței, ci prin Formula Câtului. Aceasta constă în:

33 Vezi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nr. 1 de mai sus), p. 103.

$$W_{ij} = I_i / I_j$$

Această formulă reprezintă nucleul unei formule mai extinse care trebuie denumită „Formula Cântării”. În forma sa completă, Formula Cântării nu include doar intensitățile ingerinței, ci și greutatețile abstracte ale principiilor concurente și gradele certitudinii premiselor empirice a ceea ce presupune măsura în discuție pentru nerealizarea lui  $P_i$  și pentru realizarea lui  $P_j$ . Acest fapt denotă că în cazul unui conflict între două principii, ponderile concrete sau relative ale ambelor principii vor depinde de trei perechi de factori, așadar de șase factori în total. Totuși, acestea trebuie introduse acolo unde factorii respectivi, constituiți în perechi, sunt inegali. Acolo unde sunt egali, ei se anulează reciproc. Formula prezentată mai sus poate fi înțeleasă ca exprimând o situație în care ponderile abstracte și gradele certitudinii au fost reduse din motive de egalitate. Limitată la intensitățile ingerinței, formula nu este, prin urmare, diferită de formula completă. Mai degrabă rămâne aceeași, după reducere. În acest sens, Formula Câtului este denumită în continuare, „Formula Cântării”.

Până și versiunea completă a formulei, care ar include, în acest caz, trei perechi de factori, se va referi la o coliziune dintre două principii. Gradul de complexitate crește odată ce intervin mai mult de două principii. Se poate încerca înțelegerea acestui proces cu ajutorul unei formule care depășește cu mult formula completă în privința a două principii. Această formulă va fi denumită „Formula Extinsă a Cântării”. Totuși, înainte de orice extindere a Formulei simple a Cântării care privește exclusiv intensitățile ingerinței care poate fi efectuată, formula în sine va trebui supusă unei analize mai aprofundate.

Formula Cântării este acceptabilă doar dacă valorile lui  $W_{ij}$  în constelații diferite servesc în mod adecvat pentru refacerea punerii în balanță. Mai întâi trebuie analizată scara triadică simplă. În toate cazurile în care  $P_i$  are prioritate față de  $P_j$ , valoarea lui  $W_{ij}$  este mai mare decât 1:

- (1)  $s, l = 4/1 = 4$
- (2)  $s, m = 4/2 = 2$
- (3)  $m, l = 2/1 = 2$

Dacă  $P_j$  are prioritate față de  $P_i$ , el coboară sub 1:

- (4)  $l, s = 1/4 = 1/4$
- (5)  $m, s = 2/4 = 1/2$
- (6)  $l, m = 1/2 = 1/2$

În toate cazurile de impas, ponderea concretă a lui  $P_i$  este aceeași, adică 1:

- (7)  $l, l = 1/1 = 1$
- (8)  $m, m = 2/2 = 1$
- (9)  $s, s = 4/4 = 1$

La prima vedere, reprezentarea pare să nu aibă niciun avantaj față de cel oferit de progresia aritmetică. Cele mai mari diferențe ( $s, l; l, s$ ) au, în comparație cu cele mai mici ( $s, m; m, l; m, s; l, m$ ), o valoare dublă sau, respectiv, o jumătate de valoare. Se poate presupune aici că 0 ilustrează impasul mai bine decât o face 1.

Tabloul se schimbă, cu toate acestea, dacă modelul triadic este extins la un model dublu-triadic. Progresia aritmetică se amplifică atunci de la progresia 1 la 9, la progresia geometrică de la  $2^0$  la  $2^8$ . Aceste progresii reprezintă în fiecare caz valorile  $ll$ ,  $lm$ ,  $ls$ ,  $ml$ ,  $mm$ ,  $ms$ ,  $sl$ ,  $sm$ ,  $ss$ , unde, de exemplu,  $ll$  desemnează o ingerință lejeră, adică o ingerință foarte lejeră,  $ss$  o ingerință serioasă, adică o ingerință foarte serioasă, iar  $ml$  o ingerință lejeră moderată, adică o ingerință situată puțin deasupra pragului dintre lejer și moderat. Diferența dintre Formula Diferenței și Formula Câtului devine clară atunci când se compară cazurile celei mai mici și celei mai mari justificări ale unei ingerințe într-un drept constituțional. În modelul dublu-triadic, cea mai puțin justificată ingerință este reprezentată de combinația  $ss$ ,  $ll$ . Un exemplu este termenul de șapte ani de închisoare, care reprezintă o ingerință foarte serioasă ( $ss$ ) pentru libertate. Acolo unde această pedeapsă este aplicată pentru aruncarea unui chiștoc de țigară pe stradă, suntem în prezența unui motiv foarte lejer ( $ll$ ) pentru durata pedepsei. Formula Diferenței conduce în baza valorilor 9 ( $ss$ ) și 1 ( $ll$ ) la 8, ca pondere concretă a garanției constituționale a libertății (articolul 2 (1) și articolul 2 (2) (2) din Legea fundamentală). Din contra, Formula Câtului conduce în baza valorilor  $2^8$  ( $ss$ ) și  $2^0$  ( $ll$ ) – care reprezintă constelația extremă în modelul dublu-triadic al unei ingerințe nejustificate într-un drept constituțional – la o creștere a ponderii concrete la 256.<sup>34</sup> Dimpotrivă, cea mai puternică justificare a unei ingerințe este reprezentată de  $ll$ ,  $ss$ . Potrivit Formulei Diferenței, ea echivalează cu -8, iar potrivit Formulei Câtului, cu  $1/256$  sau 0,00390625. Cu Formula Câtului, valorile din constelațiile extreme se apropie, pe de o parte, de zero, iar pe de alta de infinit. Acest fapt corespunde noțiunii potrivit căreia poate exista la fel de bine ceva care aproximează in justiția nelimitată. Desigur, asemenea tendințe pot fi refăcute prin intermediul Formulei Diferenței. Trebuie doar extinsă scara căreia i se aplică în direcțiile zero și infinit. Totuși, în acest mod, scara diferenței ca atare devine una complexă. Progresia simplă 1, 2, 3 reprezintă  $l$ ,  $m$  și  $s$  într-un mod care reflectă în mod clar structura brută a capacității noastre de a clasifica ingerințele, potrivit intensității lor. Același lucru este valabil și pentru reprezentarea modelului dublu-triadic prin intermediul progresiei de la 1 la 9. Totuși, este incertă existența unei asemenea corespondențe, dacă progresia ar fi extinsă în direcțiile zero și infinit. Progresia geometrică evită asemenea probleme. Ea se potrivește cu structurile triadice, la fel de bine ca forța în creștere a rezistenței din partea drepturilor cu o intensitate în creștere a ingerinței.

S-a menționat deja că nu doar intensitatea ingerinței, ci și ponderile abstracte pot juca un rol în punerea în balanță. Această posibilitate devine actuală indiferent dacă ele diferă. În măsura în care ponderile abstracte sunt egale, ele se pot anula reciproc. Însă atunci când au ponderi diferite, rezultatul punerii în balanță poate depinde, la fel de bine, de această diferență.

Relațiile dintre intensitățile ingerinței ( $I_p$ ,  $I_j$ ) și ponderile abstracte ( $W_p$ ,  $W_j$ ) pot exista sub forma a trei constelații de bază. În prima, ponderile abstracte sunt diferite, în timp ce intensitățile ingerinței sunt egale. În această constelație, intensitățile ingerinței se anulează reciproc. Prin urmare, totul depinde de ponderile abstracte. Această constelație este opusul celei de-a doua, cu mult mai frecventă și deci, în termeni practici, o constelație de bază cu mult mai importantă, în care ponderile abstracte sunt egale, în timp ce intensitățile ingerinței sunt diferite. În cea de-a treia constelație de bază, atât ponderile abstracte, cât și intensitățile ingerinței sunt diferite. Așadar, toate

34 S-ar putea indica mai multe cazuri extreme cum este, de exemplu, pedeapsa închisorii pe viață pentru a fi tușit în timpul unei prelegeri. Într-adevăr, acest caz este mai pregnant în caracterul său extrem decât cel al chiștocului de țigară. Totuși, modelul dublu-triadic nu este pregătit să trateze această diferență în extremitatea sa. Până aici, vor trebui să existe alte diferențieri în sfera extremului. Asemenea diferențieri suplimentare par posibile prin excelență. Ar fi o încercare de imagineare a ideii potrivit căreia capacitatea unei persoane de a discrimina crește odată cu deplasarea spre extreme și scade odată cu deplasarea spre mijloc.

patru valori contează. Aceste corelații pot fi exprimate prin următoarea versiune extinsă a Formulei Cântăririi:

$$W_{ij} = (I_i * W_i) / (I_j * W_j)$$

Dacă această formulă este adecvată, ea poate servi ca bază pentru încă o altă clarificare conceptuală. Produsele  $I_i * W_i$  și  $I_j * W_j$  exprimă un element denumit „pondere”, adesea în plus față de sau în locul  $W_{ij}$  și  $W_i$  sau  $W_j$ . Noțiunea „pondere” dobândește, așadar, trei semnificații diferite. Echivocul nu provoacă vreun prejudiciu atât timp cât contextul face posibilă decizia clară privind semnificația. Totuși, nu este întotdeauna cazul în dezbateră referitoare la punerea în balanță. Din acest motiv, este necesară o clarificare de ordin terminologic. Există două posibilități. Produsul  $I_i * W_i$  poate fi denumit atât „ponderea concretă nerelativă”, cât și „importanța lui  $P_i$ ”. Prima denumire este complicată, dar clară. Ea situează ponderea concretă nerelativă ( $I_i * W_i$ ) în mod distinct între ponderea concretă relativă ( $W_{ij}$ ) și ponderea abstractă ( $W_i$ ). În comparație cu aceasta, termenul „importanță” este mai elegant și mai apropiat de limbajul uzual. Este posibil să se înțeleagă Legea Punerii în Balanță și să nu existe o trimitere explicită la ponderile abstracte, pentru că acestea se anulează reciproc, din cauza egalității lor. Prin urmare, ar fi necesare motive pentru clarificarea abținerii de la a denumi  $I_j$  fără vreo explicație drept „importanță”, așa cum s-a procedat în formularea Legii Punerii în Balanță prezentată mai sus. Dacă este aleasă această abordare, ponderea concretă nerelativă poate fi definită ca importanță ( $U_i, U_j$ ) după cum urmează:

$$U_i = I_i * W_i$$

$$U_j = I_j * W_j$$

Sunt folosite aici „ $U_i$ ” și „ $U_j$ ” ca aluzii la caracterul urgent, având în vedere faptul că „ $I_i$ ” și „ $I_j$ ” au fost utilizate deja pentru reprezentarea intensității ingerinței. În acest mod îi poate fi dată expresie semnificației triple a termenului „pondere”.

De asemenea, pare indicat să se exprime și valorile  $W_i$  și  $W_j$  prin intermediul scărilor triadice reprezentate de progresele geometrice. Tot ce s-a spus despre valorile lui  $I_i$  și  $I_j$  este aplicabil, prin urmare, celor ale lui  $W_i$  și  $W_j$ . Acest fapt nu are loc ca un lucru de la sine înțeles, ci constituie mai degrabă o expresie a asumției că atât ponderii abstracte, cât și intensității ingerinței trebuie să li se acorde aceleași greutate în procesul de stabilire a ponderii concrete sau relative reprezentate de  $W_{ij}$ . Aici, conceptul cameleonic al ponderii este utilizat la un meta-nivel. Această asumție a greutății egale prevede posibilitatea compensării comprehensive. O ingerință ( $I_i$ ) lejeră ( $l$ ) într-un principiu cu o pondere abstractă ( $W_i$ ) înaltă ( $s$ ) are aceeași importanță ( $U_i$ ) ca o ingerință ( $I_j$ ) serioasă ( $s$ ) într-un principiu cu o pondere abstractă ( $W_j$ ) redusă, determinată de omisiunea sa. Astfel, apare un impas.

Cea de-a treia pereche de variabile ale Formulei complete a Cântăririi a fost și ea menționată. Aceasta se referă la gradul certitudinii asumțiilor empirice privitoare la ce semnifică măsura în discuție pentru nerealizarea unui principiu și pentru realizarea celuilalt principiu. Curtea Constituțională Federală a stabilit în mod corespunzător în hotărârea sa privind *Codeterminarea*, acolo unde este vorba despre prognoze, că legislatorul trebuie să ia ca bază a estimării sale proporționalitatea, astfel încât nici asumția potrivit căreia trebuie să existe certitudine în toate

cazurile, nici asumptia potrivit căreia trebuie permisă incertitudinea la discreție nu sunt corecte.<sup>35</sup> Cel mai proeminent criteriu pentru stabilirea gradului cerut al certitudinii este criteriul importanței, așa cum este definită aceasta de intensitatea ingerinței și de ponderea abstractă a dreptului constituțional în cazul în discuție. Împotriva acestui context și în paralel față de Legea Punerii în Balanță prezentată mai sus, poate fi formulată o Lege Epistemică a Punerii în Balanță. Aceasta prevede următoarele:

Cu cât mai mult cântărește o ingerință într-un drept constituțional, cu atât mai mare trebuie să fie certitudinea premiselor ei de bază.

Această a doua Lege a Punerii în Balanță impune predicatul „epistemic”, pentru că ea nu face trimitere la importanța substanțială a motivelor care stau la baza ingerinței, ci mai degrabă la calitatea lor epistemică. Prima Lege a Punerii în Balanță care definește, așa cum am explicat, cel de-al treilea element al principiului proporționalității, poate fi denumită, dacă se dorește exprimarea diferenței dintre aceasta și omoloaga sa epistemică, „Legea Substanțială a Punerii în Balanță”.

În cazul Legii Epistemică a Punerii în Balanță se autopropane, de asemenea, o scară triadică. Curtea Constituțională Federală a încercat, în hotărârea sa privind *Codeterminarea*, să deosebească trei grade diferite ale intensității controlului: un „control intensiv al conținutului”, un „control al plauzibilității” și un „control al caracterului evident”.<sup>36</sup> Acestea corespund unor trei clase epistemică, și anume: (*r*) sigur sau cert, (*p*) plauzibil sau care poate fi apărat și (*e*) care nu este fals în mod evident. Certitudinea asumptiilor empirice referitoare la ceea ce presupune măsura în discuție pentru nerealizarea lui  $P_i$  și pentru realizarea lui  $P_j$  în circumstanțele cazului concret poate fi reprezentată prin „ $R_i$ ” și „ $R_j$ ”, sau, în versiunea detaliată, ca „ $RP_iC$ ” și „ $RP_jC$ ”. Pentru a exprima noțiunea potrivit căreia forța apărării, ca și forța ingerinței, se diminuează odată cu creșterea gradului de incertitudine a premiselor care stau la baza părții respective, lui *r* i se atribuie valoarea  $2^0$ , lui *p* valoarea  $2^{-1}$ , iar lui *e* valoarea  $2^{-2}$ . Desigur, și aici este posibilă o rafinare a triadei, de exemplu ca o dublu-triadă. Formula completă a Cântării ar prevedea următoarele:

$$W_{ij} = (I_i * W_i * R_i) / (I_j * W_j * R_j)$$

Pentru a arăta cum funcționează această formulă, trebuie avute în vedere două constelații. În cazul amândurora, ponderile abstracte ( $W_i, W_j$ ) trebuie să fie egale, făcând, așadar, lucrurile puțin mai simple. În primul caz, atât ingerința care ar apărea în  $P_j$  dacă nu ar avea loc este serioasă (*s*). Asumptia potrivit căreia  $P_i$  ar întâmpina o ingerință serioasă poate fi clasificată ca certă (*r*), iar asumptia corespunzătoare în privința  $P_j$ , totuși, ca plauzibilă (*p*). În aceste condiții,  $W_{ij}$  este stabilit după cum urmează:<sup>37</sup>

$$W_{ij} = (4 * 1) / (4 * 1/2) = 2$$

Așadar,  $P_i$  are prioritate.

Și în cea de-a doua constelație ingerința în  $P_i$  va fi certă (*r*), pe când despre prejudiciul pentru  $P_j$  care va rezulta din abținerea de la efectuarea unei ingerințe în  $P_i$  se poate spune că va avea loc doar

35 BVerfGE 50, 290 (332).

36 BVerfGE 50, 290 (333).

37 Versiunea ei detaliată este:  $WP_{ij}C = (IP_iC * WP_iA * RP_iC) / (IP_jC * WP_jA * RP_jC)$ .

în mod plauzibil ( $p$ ). O asemenea alocare a valorilor pentru perechea epistemică a variabilelor  $R_i$ ,  $R_j$  poate fi identificată în hotărârea *Canabis*.<sup>38</sup> Acum, Curtea Constituțională Federală a considerat constituțională interdicția posesiei și a uzului de produse din cannabis. Din acest fapt, dar și din inegalitatea valorilor  $R_i$  și  $R_j$ , reiese că alocarea de valori pentru  $I_i$  și  $I_j$  sau pentru  $W_i$  și  $W_j$  trebuie să fie inegală. Detaliile diferențierilor și ale argumentelor complexe ale Curții nu pot fi analizate aici. Trebuie să se noteze doar că asumția unei ingerințe de intensitate moderată, împreună cu importanța mare a evitării pericolelor legate de produsele din cannabis vor crea posibilitatea compensării certitudinii medii,  $p$ , a premiselor empirice care stau la baza certitudinii.  $W_{ij}$  va dobândi, atunci, următoarea valoare:

$$W_{i,j} = (2 * 1) / (4 * \frac{1}{2}) = 1$$

Așa ajungem la un impas. Acest fapt presupune că răspunderea pentru posesia sau uzul de produse din cannabis constituie o problemă care ține de discreția legislatorului.

## 5 Formula extinsă

Până aici, au fost analizate doar coliziunile dintre două principii. Ele pot fi înțelese cu ajutorul Formulei Cântării. Totuși, adesea intră în joc – de o parte sau de ambele – alte principii. Pentru că în aceste cazuri poate fi luată doar o singură decizie, toate celelalte principii trebuie raportate unele la altele într-un mod sau altul. Problema constă în realizarea acestui raport prin incorporarea efectelor cumulative în Formula Cântării. Cea mai simplă versiune ar fi adunarea simplă. Aici trebuie analizată doar partea limitelor drepturilor constituționale.<sup>39</sup> Dacă este acceptată adunarea, avem următoarea formulă:

$$W_{i,j*n} = (I_i * W_i * R_i) / (I_j * W_j * R_j + \dots I_n * W_n * S_n)$$

Această formulă poate fi denumită „Formula extinsă a Cântării”.

Chestiunea reprezentării ca adunare a argumentelor cumulate constituie o problemă generală a teoriei argumentării. Dacă lăsăm la o parte această chestiune, problema principală a Formulei extinse a Cântării este pusă de chestiunea a ceea ce poate fi cumulat și în ce condiții. Direcția în

38 BVerfGE 90, 145 (182): „Opinia legislativului potrivit căreia nu are la dispoziție mijloace la fel de efective, însă mai puțin intruzive decât amenințarea cu aplicarea sancțiunilor cu caracter penal este justificabilă din perspectiva stării curente a cunoașterii, așa cum o demonstrează sursele menționate [...] de mai sus” (subliniere adăugată).

39 Dacă este avut în vedere, de asemenea, dreptul constituțional a cărui încălcare este examinată ( $P_i$ ), atunci cumularea conduce, în mod inevitabil, la holismul drepturilor constituționale. Toate drepturile constituționale care sunt afectate, vreodată, de indiferent ce ingerință în  $P_i$  vor trebui stabilite în afara lui  $P_i$ . Schema tradițională potrivit căreia trebuie examinată ingerința într-un singur drept constituțional se va dizolva. Această disoluție va fi una foarte radicală, dacă posibilitatea cumulării ar fi extinsă la toate principiile constituționale, nu doar la cele referitoare la drepturile constituționale. Toate aceste principii care critică măsura supusă analizei vor întreprinde, ca să zicem așa, o acțiune comună împotriva tuturor principiilor în favoarea acesteia. Dreptul constituțional a cărui încălcare este examinată nu va mai fi atunci un combatant singuratic, ci mai degrabă un lider al unor corpuri mai mult sau mai puțin cuprinzătoare. Ponderea concretă a dreptului constituțional a cărui încălcare este examinată va deveni ponderea concretă a acestui principiu în sistemul total al constituției. Acest fapt poate fi exprimat prin următoarea formulă:

$$W_{i*m,j*n} = (I_i * W_i * R_i + I_m * W_m * R_m) / (I_j * W_j * R_j + \dots I_n * W_n * S_n)$$

Această formulă trebuie denumită „Formula completă extinsă a Cântării”.



care trebuie identificat un răspuns la această chestiune este destul de ușor de recunoscut. Principiile cumulate nu se pot intersecta în mod substanțial. Obiectele optimizării lor trebuie să fie diferite din punct de vedere substanțial. Așadar, este valabilă regula potrivit căreia eterogenitatea constituie o presuposiție a adunării. Uneori, această regulă poate fi aplicată cu ușurință. Astfel, libertatea generală de acțiune poate fi identificată, în general, cu destulă ușurință, ca fiind conținută deja în anumite drepturi constituționale. Totuși – de o manieră opusă –, pot fi bine imaginate cazuri în care ingerința se bazează pe mai multe principii care nu se intersectează. Acest fapt poate avea loc atunci când un principiu protejează interese colective, iar altul protejează drepturi individuale. Însă și aici este cerută atenția. În vederea relației complexe<sup>40</sup> dintre drepturile individuale și interesele colective, trebuie avută în vedere întotdeauna posibilitatea intersectării substanțiale. Simplul fapt că ceea ce se adună sunt, pe de o parte, drepturile individuale, și, pe de altă parte, interesele colective, nu garantează, ca atare, eterogenitatea.

Problema ar fi simplă dacă eterogenitatea ar fi o chestiune de totul-sau-nimic. Totuși, nu este cazul aici. Principiile se pot intersecta din punct de vedere substanțial mai mult sau mai puțin. Cu toate acestea, întregul context nu constituie deloc un motiv să se înceapă cu analiza relațiilor relativ simple, așa cum trebuie observate în cazul coliziunii dintre două principii, și, mai mult, nu constituie un motiv serios pentru a nu pătrunde, în baza acestei analize, în regiunile mai complexe ale coliziunilor dintre grupuri de principii.

---

40 Vezi R. Alexy, "Individual Rights and Collective Goods", în: C. Nino (ed.), *Rights*, Aldershot, Dartmouth 1992, pp. 163-181.