

Dan Claudiu DĂNIȘOR

Considerații privind reglementarea constituțională a restrângerii exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți

I. Reglementarea restrângerii exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți

Articolul 53 din Constituție autorizează legiuitorul să restrângă exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți, reglementând restrictiv condițiile în care poate fi făcută această restrângere. Astfel, art. 53 dispune:

„(1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.

(2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”.

Condițiile în care poate fi restrâns exercițiul unor drepturi sau libertăți trebuie analizate în trepte. Aceasta înseamnă că trebuie pornit de la condiția de competență și analizată îndeplinirea fiecărei condiții în parte. Neîndeplinirea unei condiții atrage neconstituționalitatea măsurii și condițiile următoare nu mai este necesar să mai fie analizate. Limitarea posibilității de restrângere a exercițiului unor drepturi ori libertăți este deci un sistem ierarhizat, în care fiecare condiție presupune că deja cele anterioare, din punct de vedere sistemic, au fost îndeplinite. Ceea ce lipsește jurisprudenței noastre constituționale în materie este acest caracter sistemic al analizei îndeplinirii condițiilor limitării exercițiului unor drepturi sau libertăți¹. Altfel, jurisprudența în materie este destul de bogată și sub unele aspecte relevantă, cum o să rezulte din destul de multe decizii ale Curții Constituționale citate mai jos. Lipsa caracterul sistemic al analizei face însă ca aceste calități ale jurisprudenței să nu fie pe deplin valorificate.

Constituția mai stabilește și în alte dispoziții ale sale condiții în care statul poate restrânge exercițiul unor drepturi sau libertăți fundamentale. Nu este obiectul acestor rânduri să analizeze toate aceste dispoziții, ceea ce ne preocupă fiind doar dispoziția de principiu a art. 53. Totuși, trebuie să conturăm soluția problemei priorității aplicării acestor dispoziții speciale de restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți ori a dispoziției generale din art. 53. Curtea Constituțională arată că dacă restrângerea se întemeiază pe o astfel de dispoziție constituțională specială, în cauză cea a art. 44 alin. (1) teza a doua, nu mai este necesară „întrunirea condițiilor prevăzute de art. 53

¹ *Marius Andreescu, Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 311-312.

din legea fundamentală”². Credem că această soluție nu poate fi susținută. Simpla referire din art. 44 alin. (1) teza a doua la faptul că limitele dreptului de proprietate sunt stabilite prin lege nu face inaplicabile limitele acestei posibilități date legiuitorului de a limita exercițiul dreptului.

II. Controlul de proporționalitate – mijloc de protecție comun drepturilor fundamentale și drepturilor subiective

„Din punctul de vedere al protecției juridice, considerăm că există un mijloc de protecție comun drepturilor fundamentale și drepturilor subiective civile, respectiv controlul de proporționalitate impus de art. 53 din Constituție. Acest text de lege nu se referă numai la drepturile fundamentale, ci la drepturi în general, fiind deci incluse în acest domeniu și drepturile subiective. Exercițarea controlului de proporționalitate este astfel obligatorie ori de câte ori se pune problema limitării exercițiului unui drept, indiferent că este vorba de un drept fundamental sau de un drept subiectiv civil”³.

Desigur că de cele mai multe ori dreptul subiectiv va fi reflexul unui drept sau unei libertăți fundamentale pe care le concretizează, dar controlul de proporționalitate se aplică și în cazul în care dreptul subiectiv nu este concretizarea unui drept sau unei libertăți fundamentale expres prevăzute de Constituție. Curtea Constituțională, deși afirmă că „textul art. 49 (actualul art. 53, n.n.) nu se referă la restrângerea întinderii sau la suprimarea unor drepturi (...), ci la restrângerea exercițiului unor drepturi existente, recunoscute de alte texte constituționale; iar drepturile la care se referă, concret, obiecția nu figurează printre cele enumerate în capitolul II al titlului II din Constituție”⁴, pe de o parte, constituționalizează anumite drepturi fundamentale care nu sunt prevăzute ca atare, în mod distinct, de acest capitol din Constituție, cum ar fi dreptul la propria imagine, pe care îl consideră „un drept constituțional cu o identitate de sine stătătoare”⁵ și, pe de altă parte, analizează, chiar în Decizia în care afirmă inaplicabilitatea controlului de proporționalitate altor drepturi decât celor prevăzute în Constituție, proporționalitatea limitării întinderii reparațiilor stabilite prin lege pentru foștii proprietari ale căror bunuri au trecut în proprietatea statului român în perioada comunistă prin naționalizare, deși dreptul la reparații nu este constituționalizat expres, iar Curtea afirmă că cei cărora li se acordă despăgubirea nu mai sunt proprietari, deci dispozițiile constituționale privind exproprierea nu sunt incidente, cum nu sunt incidente nici cele privitoare la dreptul persoanei vătămată de o autoritate publică.

² C.C., Decizia nr. 923/2006 (M. Of. nr. 50 din 23 ianuarie 2007).

³ *Sebastian Rădulețu*, în *Ion Dogaru, Dan Claudiu Dănișor, Nicolae Popa, Sevastian Cercel*, coordonatori, *Bazele dreptului civil*, vol. I. Teoria generală, Ed. C.H. Beck, București, 2008, în curs de apariție.

⁴ C.C., Decizia nr. 73/1995 (M. Of. nr. 177 din 8 august 1995).

⁵ C.C., Decizia nr. 54/2000 (M. Of. nr. 310 din 5 iulie 2000).

III. Beneficiarii limitării posibilității de a restrânge exercițiul unor drepturi sau libertăți

Protecția acordată de art. 53 ar trebui să fie reglementată în beneficiul tuturor subiecților de drept. Atât persoanelor fizice, cât și persoanelor juridice ar trebui să nu li se poată restrânge exercițiul unor drepturi sau libertăți decât în condițiile de necesitate și proporționalitate stabilite de art. 53 din Constituție. Desigur, principiul poate fi aplicat persoanelor juridice doar dacă drepturile și libertățile în cauză pot avea, luând în considerație natura lor, ca titular o persoană juridică. Totuși, Curtea Constituțională pare să dea aplicabilitate art. 53 doar în ceea ce privește drepturile persoanelor fizice. Astfel, ea afirmă că, „referitor la încălcarea (...) prevederilor art. 49 (actualul art. 53, n.n.) din Constituție, (...) acestea nu au incidentă în cauză, deoarece se referă la restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți fundamentale ale cetățenilor, iar nu ale unor societăți comerciale”⁶. Curtea nu sesizează că art. 53 nu se referă expres la cetățeni, iar din faptul că art. 16 privind egalitatea în drepturi⁷ sau alte dispoziții constituționale folosesc, de altfel nu întotdeauna justificat, noțiunea de cetățean, nu trebuie să tragem concluzia inaplicabilității art. 53 față de persoanele juridice, căci acest articol se referă la toate drepturile și libertățile, iar unele dintre acestea pot avea ca titulari și persoanele juridice. De altfel, Curtea Constituțională însăși a stabilit, pe o cale ocolită, dar în fapt destul de eficientă, că egalitatea este încălcată dacă prin discriminarea persoanei juridice sunt atinse drepturile fundamentale ale cetățenilor asociați în respectivele persoane juridice, uneori dând chiar impresia că nu este nevoie de această mediere⁸.

Protecția oferită de art. 53 din Constituție este reglementată și în beneficiul străinilor și apatrizilor. Ea este cuprinsă în conceptul de „protecție generală a persoanelor”, pe care art. 18 din Constituție o acordă acestora. Aceasta înseamnă că statul nu poate utiliza abuziv dreptul de a acorda protecție în raport de cetățenie. De altfel, universalitatea drepturilor omului o impune, indiferent de redactarea ambiguă a art. 15 din Constituție⁹. Curtea Constituțională pare să construiască o jurisprudență în același sens, cu toate abuzurile de interpretare a dependenței drepturilor fundamentale de calitatea de cetățean, ceea ce dovedește că ea se simte constrânsă de formularea defectuoasă a unor texte constituționale. Astfel, ea decidea că, „în măsura în care *străinului* (s.n.) învinuit, inculpat sau condamnat într-o cauză penală îi este restrâns exercițiul dreptului la liberă circulație, drept prevăzut de art. 25 alin. (1) din Constituție, de către un alt organ decât de către un magistrat care să se pronunțe asupra legalității acestei măsuri, precum și în condițiile în care restrângerea nu este proporțională cu cauza care a determinat-o ori atinge substanța dreptului sau a libertății”¹⁰, dispozițiile legale sunt neconstituționale.

⁶ C.C., Decizia nr. 104/2000 (M. Of. nr. 383 din 16 august 2000).

⁷ A se vedea, de exemplu, C.C., Decizia nr. 17/2000 (M. Of. nr. 40 din 31 ianuarie 2000).

⁸ C.C., Decizia nr. 35/1993 (M. Of. nr. 218 din 6 septembrie 1993).

⁹ A se vedea *Dan Claudiu Dănișor*, *Drept constituțional și instituții politice*, Tratat, vol. I. Teoria generală, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 546-550.

¹⁰ C.C., Decizia nr. 106/2001 (M. Of. nr. 416 din 26 iulie 2001).

IV. Competența restrângerii și previzibilitatea ei

Restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți poate fi făcută numai prin lege. Termenul „lege” folosit de art. 53 din Constituție ar trebui interpretat în sens strict. Dacă admitem o asemenea interpretare, nu poate fi vorba de restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți printr-un alt act tip de act normativ, nici printr-un alt act normativ de natură legislativă, cum ar fi în sistemul nostru ordonanțele guvernului¹¹. Această interpretare pare validă în sistemul nostru, căci delegarea legislativă nu este posibilă în domeniul drepturilor și libertăților fundamentale, din cauză că acestea sunt prevăzute în Constituție, cum nu este permisă nici în domeniile care, conform Constituției, trebuie reglementate prin lege organică. În ceea ce privește ordonanțele de urgență, acestea, ca urmare a revizuirii Constituției din 2003, *nu pot afecta drepturile și libertățile fundamentale* [art. 115 alin. (6)]. Ca urmare, se pare că în optica dreptului constituțional român doar Parlamentul și doar prin lege poate dispune o restrângere a exercițiului unor drepturi ori libertăți fundamentale.

Totuși, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului este mult mai permisivă, interpretând *lato sensu* termenul „lege” în materia restrângerii exercițiului unor drepturi prevăzute în Convenție. Astfel, Curtea arată că „în domeniul parag. 2 al art. 8 (art. 8-2) din Convenție și al celorlalte dispoziții analoage, Curtea a înțeles tot timpul termenul «lege» în accepțiunea sa «materială» și nu «formală»; ea a inclus în aceasta în același timp textele de rang infralegislativ (a se vedea mai ales hotărârea De Wilde, Ooms și Versyp din 18 iunie 1971, seria A n° 12, p. 45, §93) și «dreptul nescris». Hotărârile Sunday Times, Dudgeon și Chappell priveau, desigur, Regatul Unit, dar acest lucru nu ne îndreptățește să forțăm distincția între țările cu sistem și țările «continentale» (...) Legea scrisă (*statute law*) capătă, desigur, importanță în primele. Tot astfel, jurisprudența joacă în mod tradițional un rol considerabil în sistemele «continentale», în așa măsură încât ramuri întregi ale dreptului pozitiv rezultă, într-o largă măsură, din deciziile curților și tribunalelor. De altfel, Curtea a luat-o în considerație în mai multe ocazii pentru astfel de țări (a se vedea mai ales hotărârile Müller et autres du 24 mai 1988, série A n° 133, p. 20, §29, Salabiaku du 7 octombrie 1988, série A n° 141, p. 16-17, §29, et Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, du 20 novembre 1989, série A n° 165, p. 18-19, §30). (...) Într-un domeniu acoperit de dreptul scris, «legea» este textul în vigoare așa cum l-au interpretat jurisdicțiile competente, luând în considerare date tehnice noi¹².

Este o problemă discutabilă dacă această jurisprudență europeană care interpretează extensiv noțiunea de lege¹³ este aplicabilă și art. 53 din Constituția României. Dispozițiile constituționale care au ca obiectiv limitarea puterii statului pentru a nu abuza de libertățile și drepturile omului ar trebui interpretate strict. Or, termenul „lege” este cuprins într-o astfel de dispoziție, iar el are în sistemul românesc un

¹¹ Pentru admiterea ordonanțelor ca temei al restrângerii, a se vedea, de exemplu, C.C., Decizia nr. 277/2001 (M. Of. nr. 9 din 10 ianuarie 2002).

¹² CEDO, *Huvig c. France*, 24 aprilie 1990.

¹³ Pentru o viziune de ansamblu asupra jurisprudenței CEDO în toate domeniile de aplicare a proporționalității, a se vedea *Corneliu Bîrsan*, Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole, vol. I. Drepturi și libertăți, Ed. All Beck, București, 2005.

înțeles precis. Faptul că instanța europeană face o interpretare extensivă noțiunii de „îngerință prevăzută de lege” este datorat faptului că sistemele naționale sunt diverse în ceea ce privește terminologia care desemnează sursele dreptului, precum și cu privire la poziția acestor diverse surse în ierarhia normativă. În plus, instanța europeană trebuie să menajeze, până la un punct, suveranitatea statelor. Aceste considerente nu pot fi avute în vedere când sunt interpretate noțiunile juridice ale dreptului intern. Or, în dreptul nostru intern, chiar dacă teoria se referă la lege atribuindu-i și sensul larg de act normativ, terminologia legislativă însăși desemnează prin „lege” doar actul Parlamentului prin care se reglementează primar un domeniu potrivit procedurii stabilite în Constituție. În plus, limitarea posibilității de delegare legislativă și de adoptare a ordonanțelor de urgență în domeniul drepturilor și libertăților fundamentale acreditează aceeași idee.

Legea trebuie să fie previzibilă. Aceasta presupune că ea poate fi cunoscută, deci că este publică, că nu are caracter secret. Acest caracter public al normei juridice cuprinde însă mai multe aspecte. Mai întâi, norma trebuie să fie o creație a spațiului public, adică trebuie să fie creată în acel spațiu rezultat din uzajul public pe care subiecții îl fac rațiunii lor. Este exclus ca dreptul să fie un drept al grupurilor: el este un drept al cetățenilor, adică al indivizilor care acționează în spațiul public pentru binele comun, detașați de afilierile lor grupale particulare. Mai apoi, norma trebuie să fie adusă la cunoștința publicului printr-un mijloc apropiat, de obicei prin publicarea într-un jurnal oficial. O normă care nu poate fi cunoscută pentru că nu este publică, ci secretă, nu este normă juridică. Astfel, un act normativ care nu este publicat oficial nu este anulabil, ci inexistent: el nu are caracter juridic. Caracterul scris al dreptului este o consecință a acestei cerințe de publicitate. „Dreptul trebuie să fie scris pentru că trebuie să fie publicat. El nu trebuie să fie secretul celor puternici, ci regula publică și comună, căci regula este tiranică atâta vreme cât este imprevizibilă și codificarea este condiția unui drept just și a unei supuneri liber consimțite”¹⁴.

Pe de altă parte, legea trebuie să fie suficient de clară pentru ca cei cărora li se aplică să înțeleagă că legea îi privește și pentru ca ei să poată, în mod rezonabil, înțelege conținutul ei¹⁵. Preciziunea dreptului implică faptul ca toate noțiunile utilizate de normele juridice să poată fi înțelese de subiect. Adică acesta trebuie să fie capabil să aprecieze consecințele actului sau ale normei. Utilizarea noțiunilor indeterminate nu este, în principiu, interzisă. Totuși, exigența statului de drept impune ca termenii nedefiniți să fie în mod obligatoriu interpretați în sensul limbajului comun. Cu cât norma este mai restrictivă în materie de libertate, cu atât preciziunea ei trebuie să fie mai mare. Este logica principiului legalității infracțiunilor și pedepselor, care impune definirea clară a infracțiunilor și limitarea drastică a puterii de interpretare a magistratului prin impunerea unei soluții favorabile inculpatului în caz de dubiu în interpretarea normei. Previzibilitatea normei implică deci și garanții suficiente că norma nu poate să fie interpretată arbitrar. Lipsa acestor garanții sau caracterul lor insuficient atrag neconstituționalitatea normei.

¹⁴ René Capitant, în *La coutume constitutionnelle*, Revue du droit public, 1979, p. 959.

¹⁵ Corneliu Bîrsan, op. cit., p. 673-676.

Previzibilitatea poate avea însă și un sens mai extins, privind nu doar calitatea legii în vigoare, ci și posibilitatea de a modifica legile pentru viitor¹⁶. Persoanele au astfel un drept la continuitatea acțiunii statale. Acest drept presupune că statul nu poate încălca încrederea legitimă a persoanelor în continuitatea acțiunii sale.

Respectul încrederii legitime se conturează pe mai multe planuri. În primul rând, el garantează că actele statului nu devin arbitrar și, prin aceasta, imprevizibile la nivelul conținutului prescripției: de exemplu, legea penală încriminează ca infracțiune fluieratul în public sau legea fiscală stabilește cote de impozit distincte în funcție de tipurile de lentile de ochelari.

În al doilea rând, el garantează că adoptarea actelor statale este previzibilă, că ele sunt adoptate de organe clar stabilite și după proceduri prestabilite. De exemplu, ar încălca principiul respectului încrederii legitime o lege din ale cărei prevederi subiectul nu ar putea în mod rezonabil să înțeleagă cine are competența de a se pronunța asupra cererilor sale. De asemenea, principiul ar fi încălcat de o lege care ar introduce dubii în cadrul procedurii. Astfel, era contrară principiului respectului încrederii legitime dispoziția art. 20 alin. (1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 care avea următorul cuprins: „Hotărârea pronunțată în primă instanță poate fi atacată cu recurs, în termen de 15 zile *de la pronunțare ori de la comunicare*” (s.n.). Această dispoziție crea o nesiguranță juridică pentru justițiabil, căci acesta nu putea ști de când începea curgerea termenului. De altfel dispoziția legală a fost declarată neconstituțională de Curtea Constituțională, dar pentru încălcarea principiului separației puterilor în stat¹⁷.

În al treilea rând, aplicarea actelor statale nu trebuie să fie făcută intempestiv, subiectul trebuind deci să poată prevedea în mod rezonabil că actul *va fi executat și când și în ce mod* se va produce executarea. Astfel, ar fi contrar principiului încrederii legitime un mod de executare al pedepsei capitale în cadrul căruia organul de executare poate aplica în orice moment pedeapsa, dar poate și amâna cum dorește executarea, căci acest tratament, practicat de altfel în unele state americane și considerat contrar art. 3 din Convenția europeană a drepturilor omului de către Curtea Europeană¹⁸, ar crea o imposibilitate pentru condamnat de a prevedea momentul execuției. Ar fi de asemenea contrară principiului încrederii legitime posibilitatea unui organ al statului de a împiedica executarea actului unui alt organ, executabil silit conform legii. Astfel, Curtea Constituțională ar fi putut face aplicația principiului respectului încrederii legitime, dar a preferat să se sprijine pe separația puterilor în stat când a constatat neconstituționalitatea unei prevederi legale „prin care s-ar interzice – fie și numai temporar – executarea unei hotărâri judecătorești”¹⁹.

Consecințele principiului respectului încrederii legitime sunt împărțite deci pe trei planuri: cel al *conținutului* actului statal, cel al *procedurii* edictării acestuia și cel al *aplicării* lui.

¹⁶ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, op. cit., p. 581-582.

¹⁷ C.C., Decizia nr. 189/2006 (M. Of. nr. 307 din 5 aprilie 2006).

¹⁸ *Afacerea Soering c. Regatului Unit*, 7 iulie 1989; asupra art. 3 din Convenția europeană a drepturilor omului, a se vedea *Sebastian Rădulețu*, *Libertăți fundamentale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006, p. 80-107.

¹⁹ C.C., Decizia nr. 50/2000 (M. Of. nr. 277 din 20 iunie 2000).

Articolul 53 din Constituție trebuie, după părerea noastră, să fie interpretat și în acest sens atunci când este luată în calcul condiția ca restrângerea să fie făcută prin lege. Deci, restrângerea ar urma să fie neconstituțională dacă legea, chiar publică și cu un conținut clar, accesibil în mod rezonabil destinatarilor săi, este contrară încrederii legitime a persoanelor în continuitatea acțiunii statale.

V. Restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți poate fi făcută doar pentru anumite motive expres prevăzute de Constituție

Prevederea motivelor care pot fi cauză a restrângerii face ca legiuitorul să nu poată opera o astfel de restrângere invocând un alt motiv. Enumerarea este limitativă. În acest sens, Curtea Constituțională arăta încă din 1992 că „aceste restrângeri (...) nu pot fi altele decât cele ce rezultă (...) din art. 49 din Constituție (actualul art. 53, n.n.)”²⁰. Motive stabilite în textul constituțional sunt apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale și prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.

Dar nici invocarea unui astfel de motiv nu este suficientă. Există o limită a invocării acestor cauze de restrângere. Această limită a motivelor limitării exercițiului unor drepturi sau libertăți rezultă din modul în care trebuie să fie înțeleasă libertatea individuală într-o democrație liberală: ca posibilitate de a face tot ceea ce nu afectează drepturile sau libertățile celorlalți. Astfel, invocarea unei cauze de limitare a libertăților sau drepturilor trebuie să aibă ca scop general garantarea libertății celorlalți. De exemplu, morala publică nu poate fi invocată pentru a interzice difuzarea de materiale presupus obscene decât pentru a apăra drepturile minorilor, altfel libertatea de a interpreta un material ca operă de artă și nu ca material obscen de către adulți ar fi nejustificat limitată, autoritatea arătând ea ce este și ce nu este operă de artă. Dacă persoanele cu handicap nu pot fi folosite pentru a distra publicul, această limitare trebuie să aibă ca scop garantarea demnității acestor persoane și nu o morală publică definită *in abstracto*, astfel că dacă aceste persoane își exprimă neîndoiește acordul și dacă modul organizării unor astfel de manifestări nu afectează demnitatea acestor persoane, legiuitorul nu poate limita exercițiul dreptului la liberă exprimare doar pentru a apăra morala publică. Drepturile pe care legiuitorul le apără prin restrângerea exercițiului altor drepturi trebuie să fie expres și cert determinate de legiuitor. Astfel, Curtea Constituțională statua, referindu-se la limitarea dreptului la liberă circulație prin instituirea unei taxe de trecere a frontierei, că „aceasta presupune că legiuitorul să stabilească în folosul căror drepturi anume a fost instituită taxa. Determinarea acestor drepturi nu poate fi, însă, generică (...), ci în mod concret”²¹. Pe de altă parte, existența printre cauzele de restrângere a apărării drepturilor și libertăților cetățenilor nu trebuie interpretată în sensul că un drept sau o

²⁰ C.C., Decizia nr. 4/1992 (M. Of. nr. 182 din 30 iulie 1992).

²¹ C.C., Decizia nr. 139/1994 (M. Of. nr. 353 din 21 decembrie 1994). Numerotarea este cea făcută ca urmare a rectificării publicate în M. Of. nr. 4 din 12 ianuarie 1995; a se vedea Curtea Constituțională, Decizii de constatare a neconstituționalității 1992-1998, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 58.

libertate poate prin ea însăși să constituie o cauză a limitării exercițiului altui drept ori libertăți²². Trebuie ca o analiză a preponderenței unui drept sau unei libertăți față de altele, având în vedere considerații care depășesc valoric relația lor reciprocă, să justifice restrângerea exercițiului unuia dintre ele. Este foarte important ca analiza motivelor preponderenței unuia sau alteleia dintre drepturi sau libertăți să fie făcută prin referire la o valoare sau cauză care transcende relația lor reciprocă, deci prin raportare la o finalitate politic și juridic validă. Această condiție este însă distinctă de condiția necesității într-o societate democratică.

Pe de altă parte, restrângerea trebuie să fie imperativă, adică valoarea apărută prin această restrângere a libertății să nu poată fi apărută în alt mod. Dacă o acțiune a statului este suficientă pentru a obține rezultatul, nu poate fi operată restrângerea libertății sau dreptului. Iată de ce art. 53 din Constituție folosește expresia „dacă se *impune*, după caz, pentru (...)” (s.n.). Restrângerea se impune dacă fără ea valoarea sau drepturile apărute prin restrângere ar fi *grav* afectate²³. Pe de altă parte, apărarea valorii enumerate în art. 53 din Constituție trebuie să fie nemediată. Astfel, Curtea Constituțională arată că doar constituirea unor fonduri bugetare prin restrângerea operată, care ar fi apoi utilizate pentru protecția unor drepturi ale cetățenilor, constituie doar o protecție „mediată” a acestor drepturi și nu verifică condiția de necesitate pentru a putea fi operată restrângerea altor drepturi, căci nu se deduce din această protecție „mediată” în ce măsură drepturile ar fi compromise fără restrângerea operată²⁴.

Motivele prevăzute de art. 53 din Constituție sunt concepte fluide, care nu au o consistență care să permită definirea lor în abstract²⁵, ceea ce echivalează cu a spune că trebuie să determinăm conținutul lor în fiecare caz concret, în funcție de natura limitării care este adusă exercițiului unui drept sau al unei libertăți. O altă înțelegere ar putea duce la o extindere nejustificată a conținutului conceptelor: în fond orice poate fi introdus în conceptul de „apărare a securității naționale” sau a „ordinii publice”. Caracterul conjunctural al conceptului este o garanție a libertății.

O altă limitare a posibilității statului de a invoca una din cauzele de restrângere prevăzute de art. 53 din Constituție este constituită de valorile supreme stabilite de art. 1 alin. (3) din Constituție. Una dintre funcțiile pe care le au valorile supreme impuse de Constituția României este de a se constitui în limite ale limitelor dreptului statului de a restrânge exercițiul unor drepturi sau libertăți²⁶. Această funcție este dată, de exemplu, de Curtea Constituțională demnității omului în raport cu morala publică ca temei posibil al limitării prin lege a exercițiului unor drepturi sau libertăți²⁷. Bazându-se pe art. 30 alin. (6) din Constituție, care afirmă că „libertatea

²² A se vedea, în acest sens, C.C., Decizia nr. 217/2003 (M. Of. nr. 425 din 17 iunie 2003).

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Totuși, unii doctrinari oferă definiții generice: *Marius Andreescu*, op. cit., p. 309-310. Unele cauze sunt mai puțin nedeterminate, cum ar fi „instrucția penală”, dar când ne referim la „buna ei desfășurare”, conceptul devine iarăși fluid.

²⁶ *Dan Claudiu Dănișor*, Valorile supreme ale statului român potrivit constituției României din 1991, *Revista Română de Drepturile Omului* nr. 28/2004.

²⁷ C.C., Decizia nr. 108/1995 (M. Of. nr. 9 din 17 ianuarie 1996).

de exprimare nu poate prejudicia demnitatea (...) persoanei”, Curtea Constituțională se pronunța cu privire la constituționalitatea dispoziției penale care incriminează răspândirea de materiale obscene. Ea considera demnitatea umană ca pe o noțiune ce dă consistență conceptelor de morală publică și bune moravuri, pe care le considera ca având „un conținut variabil de la o colectivitate la alta, de la o epocă la alta”. Indiferent de această fluiditate conceptuală, susținea Curtea, „există o limită a toleranței manifestărilor”, care este dată de faptul ele nu pot fi niciodată „ofensatoare pentru demnitatea umană prin vulgaritate agresivă, lubricitate, scabrozitate”. Curtea făcea astfel un salt de la morala publică ca fundament al restrângerii libertății de exprimare la demnitatea umană ca un criteriu de apreciere a acestei moralități publice înseși. Limitarea dreptului la liberă exprimare pe motivul apărării moralei publice nu poate fi astfel făcută decât dacă morala publică este conformă demnității umane. Demnitatea constituie astfel o limită a limitelor dreptului statului de a restrânge exercițiul unor drepturi sau libertăți. Aceeași funcție o poate primi oricare dintre celelalte valori supreme.

Conținutul valorilor supreme impuse de art. 1 alin. (3) din Constituția României este unul conjunctural și instrumental. Acest conținut nu este determinat *a priori*, ci în funcție de tipul de încălcare concretă a unei valori sau alteia. Opțiunea pentru acest mod de a determina conținutul valorilor supreme este impusă de necesitatea unei neutralități ideologice care să permită conceperea demnității umane, a liberei dezvoltări a personalității umane, a drepturilor și libertăților cetățenilor, a dreptății sau pluralismului politic ca inerente ființei umane sau sistemului social, deci ca autonome față de fluctuațiile opiniei sau moralei publice, fără a le fundamenta pe o singură doctrină comprehensivă, impusă independent de cerințele opiniei sau moralei publice, adică păstrând „faptul pluralismului” ca fundament al democrației.

Această necesitate a neutralității ideologice a conținutului valorilor supreme, care le instrumentalizează, este foarte pregnantă în cazul demnității. Dacă, în calitatea sa de valoare supremă, demnitatea umană este independentă față de morala publică, cum pare firesc dacă vrem ca ea să nu fie dependentă de fluctuațiile opiniei publice, deci cu necesitate conjuncturală, poate uneori periculos de conjuncturală, atunci ea este un standard care nu poate fi pus în discuție și deci o valoare inherentă persoanei umane care nu poate fi în niciun fel dependentă față de morala publică, o limită a acestei morale publice înseși. Dar, această concepție, ce pare inspirată în mod strict dintr-o filosofie individualistă, face ca în locul unei morale publice care este democratică, căci este dependentă de opinia majorității cu privire la ce este moral admisibil într-o comunitate, să fie impusă o ordine morală care, independentă față de opinia publică, devine factor al unui posibil totalitarism moral, impus de autoritate fără ca respectiva comunitate să-l ceară sau să-l admită. Dacă vrem să evităm această posibilă impunere a unei doctrine morale oficiale unice, deci care neagă faptul pluralismului rezultat din refuzul de a baza societatea pe o singură doctrină comprehensivă, inclusiv în domeniul moral, atunci demnitatea umană devine dependentă de morala publică, doar comunitatea putând defini ce este moral permis în raport de valoarea demnității umane și doar ea putând autoriza o intervenție a statului pentru a apăra demnitatea. Impregnată de comunitarism, această concepție duce la democrație, dar poate fi periculoasă din cauza dependenței conținutului demnității față de

opinia majorității grupului. Ieșirea din această indecizie între individualism și comunitarism nu poate fi făcută decât printr-o neutralitate ideologică impusă conceptului, care face conținutul demnității umane imposibil de definit într-o manieră generală. Definirea nu poate fi făcută atunci decât într-un mod negativ, prin înlocuirea practică a conținutului *a priori* al valorii cu o procedură de apreciere a eventualelor sale încălcări. Așa procedează, de exemplu, Curtea Constituțională germană când afirmă că demnitatea umană trebuie apreciată întotdeauna în funcție de un caz concret și, deși pare că determină conținutul acesteia prin afirmarea faptului că „ființa umană nu trebuie să fie redusă la un obiect în mâinile puterii statului”, proceduralizează imediat noțiunea, afirmând că aceste exprimări generale „pot doar să schițeze cadrul în care pot fi găsite violările demnității umane”²⁸. Datorită acestei neutralități ideologice, demnitatea umană poate fi astfel concepută ca inerentă ființei umane și deci intangibilă, universală, aprecierea încălcării ei rămânând totuși conjuncturală.

Acest mod de definire conjunctural și instrumental a conținutului este de dorit în cazul tuturor valorilor supreme, căci doar astfel poate fi evitată distrugerea bazei pluraliste a societății democratice. Democrația este o societate în care consensul nu poate purta decât asupra procedurilor prin care putem să soluționăm pașnic conflictele dintre noi. Impunerea unui consens substanțial distruge acest tip de societate. De aceea, valorile normativizate de Constituția României nu pot instaura un consens substanțial, ele trebuind să rămână doar niște concepte instrumentale, procedurale, fără un conținut determinat *a priori*.

Tot astfel, valorile care pot constitui temei al restrângerii exercițiului unor drepturi sau libertăți trebuie să fie neutre din punct de vedere ideologic și să aibă un conținut conjunctural, determinat deci în funcție de tipul de restrângere ce este operat. Definirea cauzelor trebuie să evite un posibil totalitarism datorat determinării unilaterale făcute de stat a conținutului conceptelor de securitate, morală, ordine etc.

VI. Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică

Dacă restrângerea este făcută prin lege și pentru una din cauzele enumerate, înțelese cum am arătat, atunci urmează a treia fază a analizei proporționalității, cea a verificării necesității restrângerii într-o societate democratică.

Analiza acestei condiții presupune, mai întâi de toate, cunoașterea conținutului noțiunii de „democrație”. În funcție de structura acestui concept, trebuie structurată analiza respectării condiției de necesitate impusă de art. 53 alin. (2). Ce este democrația nu este deloc simplu de spus, căci acest concept este utilizat într-o manieră difuză pentru a desemna realități uneori radical diferite, atât ca scopuri cât și ca structură.

Democrația este, etimologic vorbind, puterea poporului. Dar modul de concepere al „demosului” și al puterii acestuia, al „cratosului” poate să fie extrem de divers. Noi am făcut această analiză în tratatul de drept constituțional²⁹. Acum ne vom rezuma la

²⁸ *Béatrice Maurer*, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme*, La documentation française, 1999, p. 125-126.

²⁹ *Dan Claudiu Dănișor*, *Drept constituțional și instituții politice*, op. cit., p. 81-90.

aplicarea elementelor structurale ale democrației în procesul de analiză al proporționalității măsurilor de restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți.

Primul aspect al structurii democrației este definirea demosului ca o procedură de decizie și nu ca o realitate sociologică. Demosul este o majoritate *politică* rezultată din votul liber exprimat al cetățenilor. Această majoritate nu este deci creată pe criterii obiective de apartenență la un grup tradițional, etnic, rasial etc., ci pe criterii subiective, de opinie și apartenență politică. Altfel, decupajul majorității și al minorităților este fix, iar puterea majorității nelimitată, căci numărul devine criteriul de departajare fixă în societate: cine este numeric superior are puterea de a comanda fără să poată întâlni vreo opoziție. Dimpotrivă, majoritatea și minoritatea politică sunt niște funcții publice, care sunt ocupate temporar de către anumite structuri politice desemnate prin votul cetățenilor. Schimbarea opiniei acestora face ca funcția majoritară să își schimbe titularul. Ca orice funcție, și cea de majoritate politică este limitată și instituționalizată. Aceasta înseamnă că funcția are anumite competențe și nu o putere absolută de a face orice și că titularii funcției sunt constrânși de limitele funcționale ale acestor competențe, neputând să le schimbe. Funcția este cea care determină limitele exercițiului său și nu persoanele care o ocupă în mod vremelnic.

O măsură de restrângere a exercițiului unor drepturi ori libertăți este deci contrară condiției de necesitate într-o societate democratică în primul rând dacă face din majoritatea și minoritatea politică realități dependente de criterii obiective de apartenență la un grup și dacă constrânge exprimarea liberă a opiniei politice a cetățenilor, opinie de care trebuie să depindă într-o societate democratică titularul funcției de majoritate politică. Această constrângere poate îmbrăca forma unor consecințe juridice restrictive legate de apartenența politică sau opinia politică, ceea ce în sistemul nostru înseamnă o încălcare a egalității ca nediscriminare, căci aceste criterii sunt enumerate în calitate de criterii de nediscriminare de art. 4 alin. (2) din Constituție, dar poate să intervină și independent de egalitatea în drepturi, prin, de exemplu, modul reglementării înființării partidelor politice sau prin modul organizării scrutinului.

Democrația liberală este structurată pe libertate și pe egalitate. Libertatea este scopul, egalitatea este mijlocul de realizare al acestui scop. Problema centrală a democrației liberale este cum poate individul să rămână liber deși este supus puterii demosului. Răspunsul la această întrebare dă seama de structura societății democratice. Cel puțin patru condiții trebuie îndeplinite pentru ca democrația să prezeve libertatea individuală deși dă puterea poporului, demosului: a) libertatea trebuie și fie înțeleasă de către beneficiarii ei ca fiind limitată; b) indivizii trebuie să participe la formarea regulilor juridice în baza cărora le este aplicată constrângerea; c) această participare trebuie să fie egală și d) societatea și participarea trebuie să fie structurate pluralist. Orice măsură de restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți trebuie să nu afecteze existența acestor condiții structurale pentru a fi necesară într-o societate democratică. Ceea ce devine deci decisiv este explicarea sensului acestor condiții structurale ale democrației, pentru ca apoi să analizăm ce înseamnă din unghiul de vedere al fiecăreia necesitatea restrângerii unor drepturi sau libertăți.

a) Libertatea trebuie să fie cu necesitate limitată

Necesara limitare a libertății separă democrația de anarhie. Dacă libertatea este înțeleasă ca libertate pur negativă, ca absență a oricărei autorități care obligă, nu poate fi liber decât cel care trăiește în afara oricărei societăți, în starea pe care teoriile dreptului natural o numeau stare de natură. Starea socială presupune doar o libertate politică, o libertate ca autonomie. Dar această autonomie nu poate atinge gradul său absolut fără a da naștere unei anarhii. Dacă ordinea rezultă din autodeterminarea absolută a fiecărui individ, atunci ea nu poate exista decât prin consensul tuturor și nu poate fi violată niciodată, căci este continuu în armonie cu toate voințele individuale. Ordinea nu-și conservă validitatea față de un individ care nu mai consimte. Un individ care violează ordinea nu mai este supus față de ea, neputând exista niciun conflict între subiect și ordinea socială. „Individul este considerat ca «supus» (subiect) al ordinii doar dacă un astfel de conflict este posibil, doar dacă ordinea își conservă validitatea în fața unui individ a cărui conduită «violează» ordinea. O ordine socială veritabilă este incompatibilă cu gradul suprem de autodeterminare”³⁰. Democrația presupune, pentru a nu degenera în anarhie, un grad cât mai mare de autodeterminare individuală, dar niciodată gradul suprem; ea se bazează astfel pe limitarea libertăților individuale prin voința majorității și nu pe unanimitate. Această metamorfoză a principiului autodeterminării în regula majorității trebuie să fie însă însoțită, pentru ca democrația să subziste, de monitorizarea reacției sale inverse, aceea de a trece de la libertatea absolută la puterea absolută a majorității. Pentru aceasta, este nevoie ca procedurile de decizie la nivelul *demosului* să fie astfel concepute încât să limiteze puterea majorității și să garanteze drepturile minorităților. Tehnicile democrației constituționale joacă tocmai acest rol. Prin ele, subiecții ordinii participă la crearea ei și astfel sunt liberi.

Când analizăm necesitatea unei restrângeri a unui drept sau a unei libertăți într-o societate democratică, trebuie în primul rând să verificăm dacă restrângerea este necesară evitării anarhiei, dar, în același timp, dacă măsura nu transformă puterea majorității într-o putere absolută. Această condiție structurală a necesității limitării libertății pentru a evita transformarea democrației în anarhie trebuie să fie o condiție acceptată de majoritatea indivizilor, adică psihologic dominantă la nivelul conștiinței colective. Măsurile de restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți sunt necesare într-o societate democratică, din punctul de vedere al acestei prime condiții structurale, dacă facilitează acceptarea limitării libertății, dacă nu stârnesc haosul sau anarhia. Restrângerea trebuie să fie psihologic acceptabilă pentru majoritatea indivizilor. Dacă restrângerea ar crea reacția inversă a negării necesității limitelor libertății, atunci ea este contrară democrației. De exemplu, limitarea dreptului la opinie este necesară într-o societate democratică din punctul de vedere al acestei prime condiții structurale, cu condiția ca această limitare să nu fie psihologic respinsă pentru că este indeterminată și lasă posibilitatea abuzurilor: de exemplu prin încriminarea penală a tuturor activităților zise „contrarevoluționare”.

³⁰ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 1997, p. 335.

b) Cei supuși ordinii juridice participă la crearea ei

H. Kelsen dă următorul răspuns problemei păstrării libertății în condițiile supunerii față de regulile create de majoritate: „Este politic liber subiectul unei ordini juridice care participă la crearea acestei ordini (...) Democrația semnifică faptul că «voința» exprimată în ordinea juridică statală este identică cu voința subiecților»³¹. Cea de-a doua idee care garantează că democrația rezultă din libertate este deci că cei supuși ordinii participă la crearea ei. Libertatea-autonomie trebuie astfel însoțită, pentru a fi reală și pentru ca democrația să rezulte din libertate, de o libertate-participare. Participarea aceasta poate să fie directă, deși este din ce în ce mai improbabil ca intensitatea necesară acestei participări directe să mai fie realizată datorită dimensiunilor spațiale ale democrațiilor contemporane și intensității cerute guvernării datorită complexității societății sau indirectă, prin intermediul alegerii reprezentanților. Suntem astfel în prezența a două tipuri de democrație: democrație participativă și democrație electorală. Problema este deocamdată doar dacă, indiferent în care formă de democrație, subiecții participă în mod real la crearea ordinii care-i constrânge. Ca o astfel de participare să fie reală, trebuie să fie îndeplinite câteva condiții minimale:

1. subiectul să vrea să participe;
2. subiectul să fie capabil să participe, ceea ce implică faptul de:
 - a) a fi informat;
 - b) a avea criteriile intelectuale de selectare a informațiilor.

Pentru ca aceste condiții să poată fi reunite, sistemul politic trebuie să asigure:

1. un sistem educațional care să nu fie un instrument de îndocinare;
2. o structură de ansamblu cu centre de influență și de informare multiple și diverse, pentru a garanta calitatea participării;
3. o sumă de proceduri care să faciliteze atitudinea participativă a cetățenilor prin crearea unor rezultate vizibile ale participării.

Referindu-ne la analiza îndeplinirii condiției necesității într-o societate democratică a unei măsuri de restrângere a exercițiului unor drepturi sau libertăți, trebuie să avem mai întâi în vedere că orice măsură de acest gen care împiedică participarea cetățenilor este contrară democrației. Apoi, trebuie verificat dacă, deși nu împiedică această participare în mod formal, măsura nu o face inefectivă. Pentru a decide această efectivitate, trebuie analizate cel puțin condițiile structurale arătate mai sus. Orice măsură care afectează una dintre condițiile structurale de mai sus este neconstituțională pentru că nu este necesară într-o societate democratică. Obligația statului este de regulă negativă, de abținere în aceste cazuri, dar unele elemente structurale cer și o intervenție activă a statului. Problema sistemului nostru este că lipsa unei măsuri, omisiunea de a lua o măsură, nu poate fi judecată de către justiția constituțională în starea actuală a dreptului românesc. Așadar, cel puțin deocamdată, măsura trebuie să nu afecteze condițiile structurale enumerate, putând însă foarte bine să fie constituțională chiar dacă nu le facilitează.

³¹ Ibidem, p. 333.

c) *Participarea cetățenilor la crearea ordinii trebuie să fie egală*

Egalitatea este baza democrației. Dar nu este vorba de orice egalitate, căci nu orice tip de egalitate este compatibil cu democrația. Problema nu este deloc simplă, având în vedere ambiguitatea naturală a termenului egalitate și faptul că egalitatea formală, tipică democrației clasice, a fost catalogată drept egalitate nereală, un întreg sistem politic, ce cuprindea aproape jumătate din lume, străduindu-se să edifice un alt tip de egalitate, neformală, materială, care ar fi fost reală.

Un prim sens al egalității este identitatea. Înțelegă astfel, egalitatea poate fi reprezentată concret: două lucruri sunt egale dacă sunt identice în orice privință. Este acest sens al egalității compatibil cu democrația? Poți să consideri că doi oameni sunt identici? Evident, nu. Oamenii sunt prea diverși, prea diferiți. Ar trebui deci eliminată accepțiunea de egalitate în sensul de identitate? Da și nu. Da, pentru că evident diferența dintre oameni din punct de vedere natural și social este mare și nu poate fi cu totul negată fără a-i devaloriza pe cei mai înzestrați, deci fără a condamna societatea la a se lipsi de inteligența care îi asigură progresul. Nu, pentru că această diferență trebuie atenuată: chiar diferiți în toate celelalte privințe, oamenii trebuie să rămână identici în una: demnitatea lor de ființe umane. Egalitatea democratică se axează pe această dualitate: oamenii sunt considerați egali în demnitatea lor, egali în mod intrinsec³², dar fără ca această egalitate să se transforme în uniformitate. Acest lucru asigură libertatea, căci libertatea produce o verticalizare, o diferențiere. Democrația vrea nu orice egalitate, ci o egalitate în libertate. Între libertate și egalitate tinde să existe un divorț parțial: libertatea nu se acomodează cu orice fel de egalitate. A. de Tocqueville credea că nu se poate acomoda cu egalitatea socialismului, deci cu o egalitate materială, pentru că ceea ce contează pentru el este ca egalitatea să producă libertate; socialiștii, dimpotrivă, văd în egalitatea formală, juridică, o ficțiune menită doar să mascheze dominația clasei avute, deci lipsa de libertate pentru cei mulți și săraci. Această ciudată legătură dintre libertate și egalitate este a doua cauză care face ultimul concept ambiguu, căci el capătă sensuri diferite în raport de rezultatul social pe care ideologia care-l vehiculează îl pune în centrul preocupărilor sale. Pentru democrația liberală, egalitatea nu poate avea sensul uniformizator pe care îl are pentru socialism; egalitatea democrației liberale este o egalitate ca justiție, nu o egalitate ca identitate. Dar chiar acest al doilea înțeles fundamental al egalității produce în mod natural două sensuri: justiția individuală, care se conduce după maxima *suum cuique tribuere* (a face dreptate înseamnă a-i da fiecăruia ce merită) și justiția socială, care este cu totul altceva (fiecare trebuie să primească o parte echitabilă, chiar dacă această distribuție este interpretată în multe feluri).

Egalitatea se nuanțează între două extreme: o egalitate strict formală, care nu ia în considerare nicio diferență și o egalitate deplină, materială, ca identitate economică. Istoric vorbind, prima pare să reușească mai bine decât cealaltă să susțină democrația. Regimurile de inspirație marxistă au eșuat peste tot și la toate capitolele. Dar acest fapt nu înseamnă în mod automat că simpla egalitate formală, politico-juridică, ar fi ideală pentru o societate democratică. Ea este o condiție necesară, dar nu suficientă. Orice democrație trebuie să asigure o oarecare redistribuire. Cum se

³² Robert Alan Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989, p. 84 și urm.

exprimă uneori instanțele constituționale, pentru a realiza mai multă egalitate de fapt, este autorizată mai puțină egalitate de drept. Egalitatea socială este astfel o formă ce compensează in justiția ce poate rezulta din ignorarea de către egalitatea politico-juridică a diferențelor. Se instituie, astfel, o complementaritate între primul și cel de-al doilea criteriu al egalității, dar și un potențial conflict. Pentru ca din egalitatea formală, politico-juridică, să rezulte democrația și nu o societate ierarhizată în exces, trebuie ca unele inegalități să fie corectate pentru ca indivizilor să li se asigure un start egal și un acces egal. Aceasta presupune însă o serie de derogări de la criteriul egalității formale, prin ceea ce s-a numit discriminare pozitivă. Discriminările pozitive tind să transforme egalitatea formală în egalitate materială. De la mai mult drept se ajunge astfel la mai multe drepturi.

Două consecințe pot fi fatale acestei atitudini. Prima este transformarea discriminărilor pozitive într-un paternalism al statului-providență, care face ca fiecare regim derogatoriu să fie însoțit de o imixtiune a statului în sfera autonomiei individuale: pentru ca indivizii să se bucure de drepturile rezultate din regimul derogatoriu de la egalitatea formală, statul trebuie să autorizeze această persoană să-și exercite libertatea. Statul-providență se caracterizează astfel, adaptat fiind exigențelor materiale, „printr-o ambivalență între garantarea libertății și privarea de libertate, ambivalență care rezultă din dialectica între egalitatea de drept și egalitatea de fapt”³³. Pentru a evita această extindere a câmpului de intervenție a statului, trebuie ca discriminarea pozitivă să fie datorată unei compensări a inegalităților de fapt, ale căror consecințe secundare sunt restrictive în materie de libertate și nu unui paternalism al statului-providență. Un program juridic „se relevă a fi paternalist atunci când este insensibil la consecințele secundare, restrictive în materie de libertate, pe care le antrenează compensarea statală a acestor inegalități”³⁴ de fapt.

A doua problemă a acestei atitudini, ce acordă prevalență egalității materiale, este că trebuie să nu degenereze în comunism. În fond, țelul acestuia nu era decât egalitatea materială, concepută ca egalitate reală, opusă egalității formale, considerată ca nereală. Pentru a evita această pervertire a scopului, trebuie ca obiectivul realizării unei mai mari egalități de fapt să fie subordonat faptului că această egalitate materială trebuie să fie realizată doar pentru a facilita egalitatea de șanse, nu pentru ea însăși. Cu alte cuvinte, nicio discriminare pozitivă nu este permisă decât cu condiția ca egalizarea situațiilor de fapt să fie făcută pentru a obține o participare egală, nu aceleași drepturi. Scopul egalității materiale în comunism este egalitatea însăși, în timp ce scopul egalității materiale într-o societate democratică este facilitarea participării politice și sociale. Se pare, astfel, că egalitatea ca start egal și ca acces egal sunt formele de egalitate care prevalează într-o democrație. Aceasta nu înseamnă că celelalte forme sunt excluse. Dimpotrivă, nu poate fi vorba de egalitatea startului și accesului decât dacă egalitatea politico-juridică este deja câștigată, cum nu poate fi vorba de ele decât dacă o anumită redistribuire asigură o egalizare relativă a condițiilor economice: de exemplu, în materie de învățământ, de acces la informație etc. Deși contradictorii între ele, criteriile egalității pot deveni complementare pentru

³³ Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, p. 444.

³⁴ *Ibidem*, p. 445.

a realiza democrația, prin compensarea reciprocă a efectelor indezirabile. Ceea ce democrația trebuie să facă este să găsească metodele de determinare a acestor compensări și, în orice caz, să nu elimine din ecuație nicio formă de egalitate sau să absolutizeze vreuna dintre ele.

Când analizăm problema necesității unei restrângeri a unui drept sau libertăți într-o societate democratică din unghiul de vedere al egalității participării, nu trebuie să facem confuzie între această condiție și analiza egalității înseși, care presupune, la rândul ei, un control de proporționalitate. Este vorba deci de o analiză a compatibilității restrângerii cu societatea democratică, privită din unghiul de vedere al egalității, care presupune o combinație particulară și circumstanțială a criteriilor egalității pentru a obține mai multă participare și mai mult acces pentru toți la beneficiile spațiului public și nu de egalitatea de tratament tipică analizei egalității juridice ca prohibire a arbitrarului sau ca nediscriminare ori ca interzicere a privilegiilor.

d) Societatea și participarea cetățenilor trebuie să fie structurate pluralist

Modul în care este formulată afirmația aceasta vrea să arate că structurarea societății în paralel cu structura organică a statului este absolut necesară existenței democrației. Cu alte cuvinte, *nu există democrație fără o societate civilă distinctă de stat*. Afirmația pare banală. Dar, de ce ar trebui să existe cu necesitate o astfel de societate civilă pentru a fi în prezența democrației? Democrația presupune luarea în considerare a *individului* cetățean sau a *grupurilor* de cetățeni structurate pe diverse criterii? Nu cumva individualismul primei atitudini este în contradicție cu comunitarismul celei de-a doua? Structurarea pare necesară pentru că individul luat singur nu poate determina o anumită atitudine a puterii politice: structurarea oferă greutate; organizarea cetățenilor concură la eficientizarea participării lor politice. Dar organizarea, structurarea limitează libertatea celor care aderă la structură. Trebuie să renunți la o parte din libertatea ta cetățenească pentru a face parte dintr-un partid politic, la fel cum a trebuit să renunți la o parte din libertatea ta naturală pentru a face parte din societate. Dacă organizațiile facilitează participarea, ele o și limitează. Democrația suportă astfel o tensiune permanentă între nevoia de structurare a societății civile și limitarea libertății individuale datorate creșterii rolului și tendințelor oligarhice de la nivelul acestor structuri.

Ieșirea relativă din această tensiune este dată de *pluralismul structurilor societății civile*. Mai întâi, un *pluralism categorial*: o societate civilă funcțională presupune existența partidelor politice, grupurilor de presiune și media, ca structuri independente unele față de altele. Mai apoi, un *pluralism intracategorial*: mai multe partide aflate în concurență, pluralismul grupurilor de presiune, pluralismul informației. *Pluralismul este astfel, cum se exprimă Constituția României din 1991 (art. 8), o condiție și o garanție a democrației constituționale*. Condiție și garanție pentru că libertatea indivizilor este garantată, pe de o parte, prin limitarea puterii statului datorită pluralismului centrelor de influență și elitelor eligibile și, pe de altă parte, prin limitarea puterii structurilor societății civile însele prin controalele reciproce între categorii și prin cele infracategoriale. Structurarea plurală este deci o trăsătură esențială a democrației liberale, trăsătură ce o deosebește de totalitarism. Totalitarismul presupune un popor ca o masă destructurată de indivizi. Destructurarea

asigură dominația statului. Pentru ca statul să fie limitat, poporul trebuie structurat; numai astfel el poate fi *demos*.

Pluralismul nu este însă doar structural, ci și moral și comprehensiv, în sensul că o democrație nu trebuie să se bazeze pe o doctrină morală sau comprehensivă unică, ci să le admită pe toate, fiind echidistantă față de ele. Statul nu poate fi adeptul și promotorul unui adevăr oficial. Aceasta deosebește democrația liberală de totalitarism. Din acest unghi de vedere, toată problema unui regim pluralist este „cum se poate ajunge la asigurarea unui echilibru între acordul național și contestarea permanentă”³⁵. Cu alte cuvinte, *care sunt limitele consensului ce poate fi cerut într-o democrație și care sunt limitele conflictului pentru ca el să rămână democratic?* Consensul este baza democrației. Dar consensul democratic nu este orice consens. Există o limită maximă a acordului pentru ca el să rămână democratic, căci consensul nu trebuie să sufoce pluralismul. Pentru ca acesta din urmă să subziste consensului, trebuie ca *nicio doctrină generală și comprehensivă să nu devină fundament unic al politicului*. Intensitatea consensului nu trebuie să distrugă pluralismul ideologic. Diversitatea doctrinelor – „faptul pluralismului” – „nu este o simplă condiție istorică care trebuie să dispară rapid; dimpotrivă, este, cel puțin eu o cred, o caracteristică permanentă a culturii publice a democrațiilor moderne”³⁶. *Consensul nu poate avea deci ca obiect în democrație baza ideologică a societății*. Democrația se bazează tocmai pe punerea în discuție a acestei baze. Consensul nu poate duce, când el are acest obiect, decât la totalitarism. Ceea ce propune J. Rawls pare atunci logic: consensul nu poate rezulta decât pe baza unor idei care transgresează toate doctrinele comprehensive. Rezultă un consens prin redecupare, care „există într-o societate când concepția politică a justiției care guvernează instituțiile sale de bază este acceptată de fiecare din doctrinele comprehensive, morale, filosofice și religioase care durează în această societate de-a lungul generațiilor”³⁷.

Un al doilea obiect al posibilului consens îl reprezintă regimul. Este vorba de un consens procedural, spre deosebire de primul care era un consens substanțial. Pentru a fi în prezența unei democrații, un consens trebuie să se producă asupra regulilor de soluționare a conflictelor. Prima regulă este că soluționarea conflictelor trebuie să fie pașnică. A doua regulă este regula majorității limitate, pe care am analizat-o deja. Doar acordul asupra acestor reguli face dezacordul posibil și preferabil în democrație, perpetuarea acestui dezacord ca trăsătură distinctivă a democrației fiind un aspect al consensului procedural. Consensul asupra procedurilor este astfel o condiție *sine qua non* a democrației.

În fine, consensul ar putea purta asupra politicilor și guvernelor. În democrație, guvernarea este făcută prin discutarea acestor politici și prin contestarea guvernanților de o parte din *demos*. Dar un consens există totuși: un consens asupra ideii că dezacordul trebuie să poarte doar asupra politicilor de urmat și a persoanelor care guvernează și nu asupra formei de guvernare înseși. Concluzionând, putem spune că limitele consensului sunt date de faptul că doar procedurile, pe care le putem utiliza

³⁵ Ibidem, p. 58.

³⁶ John Rawls, Justice et démocratie, Seuil, Paris, 1993, p. 251.

³⁷ Idem, Théorie de la justice, Seuil, Paris, 1987, p. 427; Idem, Justice et démocratie, op. cit., p. 245-283.

pentru a putea să fim de acord că nu suntem de acord, pot face obiectul unui consens autentic.

Restrângerea exercițiului unui drept sau a unei libertăți nu trebuie să fie contrară pluralismului în acest sens complex expus mai sus. Nu este deci necesară într-o societate democratică o măsură care distruge pluralismul. Restrângerea pluralismului însuși este posibilă, dar doar dacă este proporțională în sens strict, cum vom vedea mai jos, chiar dacă nu există în mod expres prevăzut un drept fundamental la pluralism.

VII. Măsura de restrângere trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o

Numită și proporționalitate în sens strict, spre deosebire de proporționalitatea *lato sensu* care presupune toate aspectele analizate mai sus și care urmează a fi analizate mai departe, această adecvare a măsurii de restrângere la situația care a determinat-o este extrem de complexă și trebuie privită sistemic și analizată în trepte.

Mai întâi, trebuie analizate conceptele. Constituția dispune că măsura trebuie să fie proporțională cu *situația* care a determinat-o. Deci nu cu *scopul* restrângerii, nici *motivele* acesteia, nici *obiectul* ei nu sunt referenți al controlului de proporționalitate, ci *situația* care a determinat măsura de restrângere. Distanța clasică a noțiunilor de „motive” ale legii, de „obiect” al legii și de „scop” al acesteia aparține lui R. Bonnard³⁸. Potrivit acestei accepțiuni tradiționale, *motivele legii* sunt constituite din datele pe care autorul actului le utilizează ca bază logică, ca justificare logică a deciziei sale și ca urmare a regulii juridice care rezultă din aceasta. Este vorba de rațiunile de fapt și de drept care justifică alegerea făcută de legiuitor. *Obiectul legii* este rezultatul ei „imediat”, adică decizia rezultând în mod logic din motivele arătate. În fine, *scopul legii*, este rezultatul său „mediat”, un rezultat practic, metajuridic, urmărit de legiuitor. Acest scop poate fi diferit de rezultatul real obținut prin aplicarea normei.

În materia controlului de proporționalitate a măsurilor de restrângere a exercițiului drepturilor sau libertăților, referențul controlului este *situația* care a determinat-o. Această noțiune trebuie înțeleasă clar din punct de vedere juridic. Situația de care vorbește constituția nu este desigur legată doar de fapte, ci și de norme. Ea trebuie deci să fie *juridică*. Noțiunea de situație juridică ca referenț al controlului de proporționalitate cuprinde motivul, obiectul și scopul legii într-un sistem integrat. Proporționalitatea trebuie judecată în raport de *situația* care determină măsura de restrângere, deci trebuie analizată mai întâi adecvarea obiectului măsurii de restrângere la motivele acesteia, mai apoi adecvarea mijloacelor utilizate la scopul legii restrictive și, în fine, adaptarea rezultatului concret al legii restrictive la scopul urmărit de legiuitor prin legea respectivă și la motivele care au determinat alegerea sa. Judecarea respectării sau a violării principiului proporționalității presupune deci un multiplu control de necesitate și un multiplu control de adecvare.

Adecvarea aceasta multiplă presupune la toate nivelurile analizei un control al necesității măsurii de restrângere, de data această nu prin raportare la democrație, ci prin raportare la situație. Restrângerea trebuie să fie necesară, fără ea să nu poată fi

³⁸ Roger Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, Revue du Droit Public, 1923, p. 362.

atins scopul legii. În al doilea rând, măsura trebuie să fie adecvată scopului urmărit adică să fie aptă *a priori* să realizeze acest scop. Adecvarea trebuie să fie *a priori*, adică înainte de orice experiență față de scopul urmărit, pentru că este inadmisibilă experimentarea restrângerii libertății. În al treilea rând, măsura trebuie să reprezinte măsura minimă necesară obținerii rezultatului urmărit. Dacă există o altă ingerință posibilă care este mai blândă decât cea utilizată, măsura este neconstituțională, chiar dacă este aptă să realizeze scopul.

VIII. Măsura de restrângere trebuie să fie aplicată în mod nediscriminatoriu

Constituția instituie o condiție de *aplicare* nediscriminatorie. Desigur că, dacă măsura este în sine și nu prin modul aplicării ei discriminatorie, ea este neconstituțională pentru că încalcă egalitatea în drepturi. Dar ea poate fi o restrângere neconstituțională a exercițiului unui drept sau al unei libertăți și dacă nu încalcă prin prescripțiile sale egalitatea în drepturi, dacă este aplicată într-o manieră discriminatorie. De exemplu, măsurile privesc teoretic toate persoanele, dar în practică sunt aplicate doar unei etnii sau unei rase. Modul aplicării este judecat de judecător, nu de legiuitor. Practica administrativă sau judiciară discriminatorie face *norma însăși* neconstituțională, nu doar actele de aplicare care, de altfel, nici nu pot fi judecate la noi din punctul de vedere al constituționalității lor. Credem că nu încapă niciun dubiu că încălcarea art. 53 din Constituție atrage neconstituționalitatea și că el dispune expres că proporționalitatea este nesocotită dacă *aplicarea* normei este discriminatorie.

Aplicarea este discriminatorie dacă este făcută pe baza unuia dintre criteriile de nediscriminare enumerate de art. 4 alin. (2) din Constituție sau pe baza unui criteriu de natura celor enumerate. Dar, diferența de tratament juridic poate fi discriminatorie chiar dacă nu este bazată pe unul dintre criteriile expres prevăzute sau pe unul de natura acestora dacă ea aduce atingere demnității umane, adică dacă accentuează un dezavantaj, un stereotip, o prejudecată sau o vulnerabilitate suportate de o persoană sau un grup, mai ales atunci când caracteristica care permite identificarea lor este imuabilă. Existența unui dezavantaj anterior reglementării eventual discriminatorii este un factor pertinent, căci o diferență de tratament adițională va contribui la perpetuarea sau accentuarea caracterizării sociale injuste a persoanelor vizate și va avea asupra lor efecte mai grave pentru că ele sunt într-o situație de vulnerabilitate. Astfel, nu doar caracteristicile personale sau de grup nu pot constitui bază a discriminării pentru că ating demnitatea umană, ci și aflarea într-o situație dezavantajoasă injustă. Existența discriminării nu mai este judecată strict formal, pornind de la criteriile interzise prestabilite care ar sta la baza reglementării, ci substanțial, luându-se în considerație eventuala excludere sau situare injustă prin efectul reglementării. Accentuarea unui stereotip cu privire la caracteristicile persoanei sau grupului său de apartenență prin reglementarea juridică sau prin oricare altă măsură a statului este astfel discriminatorie, chiar dacă nu are la bază criteriile de nediscriminare. Un stereotip poate fi definit ca o concepție eronată pornind de la care o persoană sau un grup sunt în mod injust ținute a poseda caracteristici indezirabile sau caracteristici pe care grupul sau cel puțin unii dintre membrii lui nu le posedă. Perpetuarea sau

accentuarea acestor caracteristici este contrară demnității pentru că traduce sau acreditează ideea că o persoană sau un grup particular sunt mai puțin capabile sau valoroase decât altele. Dar nu este neapărată nevoie ca stereotipul să preexiste măsurii legislative. Este suficient ca măsura legislativă să promoveze opinia că un membru al societății este mai puțin capabil sau mai puțin demn de a fi recunoscut sau valorizat ca ființă umană sau ca membru al societății³⁹.

IX. Măsura trebuie să fie aplicată fără să aducă atingere existenței dreptului sau a libertății

Și această condiție se referă la *aplicarea* normei de restrângere a exercițiului dreptului sau libertății și nu doar la formularea ei. Desigur că dacă formularea însăși a normei legale aduce atingere existenței dreptului sau libertății, norma este neconstituțională. Totuși, o asemenea formulare a legii în mod vădit contrară unei libertăți este improbabilă. Iată de ce constituantul a impus o condiție de aplicare, nu doar una de formare a regulii legislative. Legea de restrângere a exercițiului dreptului sau libertății devine ea însăși neconstituțională dacă *aplicarea* sa aduce atingere existenței dreptului sau libertății.

Această afectare a existenței dreptului sau libertății este echivalată de Curtea Constituțională cu o restrângere excesivă a exercițiului acestora⁴⁰. Ca să nu fie excesivă, restrângerea trebuie să fie „justificată în mod obiectiv și rațional de dispozițiile art. 53 din Constituție”⁴¹. Curtea extrapolează astfel raționamentul tipic făcut în cadrul analizei problemei egalității în drepturi și la analiza restrângerii excesive a exercițiului unui drept sau unei libertăți. Deci, considerațiile privind justificarea diferenței sau unității de tratament sunt aplicabile și analizei ultimei condiții stabilite de art. 53 din Constituție. Restrângerea afectează existența dreptului sau a libertății dacă este arbitrară, excesivă. Așa cum am precizat cu privire la egalitate⁴², diferența sau unitatea de tratament trebuie să fie bazate pe un *motiv* obiectiv și rezonabil. *Motivul*, nu doar *motivarea*, trebuie să fie obiectiv. O precizare se impune: el trebuie să fie „rezonabil”, nu „rațional”. În ceea ce privește prima precizare, ea vrea să zică, mai întâi, că motivul trebuie să fie extras dintr-o realitate independentă de voința arbitrară a organului care face restrângerea sau aplicarea regulii restrictive, iar, mai apoi, că motivarea acestei opțiuni trebuie să nu fie subiectivă, ci să facă apel la realitatea care a determinat-o. Motivul trebuie să fie rezonabil, deci public, în sensul că el trebuie să poată produce un consens. Acest caracter „obiectiv și rezonabil” al motivului și motivării diferenței sau unității de tratament în cadrul analizei egalității rezultă din compararea situațiilor obiective în care se află persoanele și din luarea în considerare a unor aspecte ale interesului general sau ale justiției sociale ori dreptății. Aceleași considerente ar trebui, dacă admitem extrapolarea făcută de Curtea Constituțională, să fie valabile și în cazul restrângerii exercițiului unui drept sau unei libertăți.

³⁹ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, op. cit., p. 617-621.

⁴⁰ C.C., Decizia nr. 39/2004 (M. Of. nr. 217 din 12 martie 2004).

⁴¹ C.C., Decizia nr. 217/2005 (M. Of. nr. 417 din 18 mai 2005).

⁴² Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 366-371.