

Lucian BOJIN

Lupta principiilor. Un comentariu la hotărârea Marii Camere în cauza *Lautsi*

Recenta hotărâre a Marii Camere a CEDO în cauza *Lautsi c. Italia* (decizia din 18 martie 2011) a atins, cu certitudine, un subiect sensibil în dezbateră publică contemporană. O dovedesc numeroasele luări de poziție pro sau contra (cu referire și la hotărârea Camerei din 2009), în special din mediile angajate, religios sau ideologic, în disputele privind libertatea convingerilor și a religiei, precum și pluralismul și neutralitatea religioasă a statului. Nu mă voi înscrie între aceste luări de poziție. Nu este, totuși, nicio recenzie în stilul obișnuit al celor care fac cronică hotărârilor CEDO, adică cu dese referiri la practica judiciară anterioară și cu despicarea analitică a conceptelor specifice de drept material utilizate în mod tradițional de Curte. Este un comentariu tehnic în măsura în care voi încerca să identific un anumit tip de resort al gândirii juridice pe care cred că îl găsesc în raționamentul judiciar al Curții. De asemenea, în partea a doua, voi lua în discuție o posibilă schemă de analiză pe care Curtea Europeană nu a luat-o în discuție, ocazie cu care voi face și câteva considerații cu privire la baza juridică idonee pentru a trata problema ridicată în afacerea *Lautsi*.

Pe scurt, prin hotărârea din 18 martie 2011¹, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, reunită în Mare Cameră, a decis că Italia nu a încălcat art. 2 din Protocolul adițional la Convenția europeană a drepturilor omului² și că nu se pune problema încălcării autonome a art. 9 al Convenției³. Acuzația adusă de dna Soile Lautsi și ulterior asumată și de fii săi, deveniți între timp majori, viza postarea a câte unui crucifix pe peretele fiecărei săli de clasă în școlile publice italiene, practică bazată pe două decrete regale din anii 1920, care impuneau această regulă școlilor primare și gimnaziilor⁴. Petenta a afirmat că această practică încălca art. 2 din Protocolul adițional și art. 9 din Convenție. Marea Cameră a respins plângerea, iar motivul principal al acestei decizii a fost acela că practica în cauză se încadra în marja de apreciere⁵ a statului în privința modului de aplicare

¹ Disponibilă online la adresa (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=lautsi&sessionid=71628864&skin=hudoc-e>).

² *Dreptul la instruire*. Nimănui nu i se poate refuza dreptul la instruire. Statul, în exercitarea funcțiilor pe care și le va asuma în domeniul educației și învățământului, va respecta dreptul părinților de a asigura această educație și acest învățământ conform convingerilor lor religioase și filozofice.

³ *Libertatea de gândire, de conștiință și de religie*. 1. Orice persoană are dreptul la libertate de gândire, de conștiință și de religie; acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerile, precum și de a-și manifesta religia sau convingerea în mod individual sau colectiv, în public sau în particular, prin cult, învățământ, practici și îndeplinirea ritualurilor. 2. Libertatea de a-și manifesta religia sau convingerile nu poate face obiectul altor restrângeri decât cele prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății, a moralei publice, a drepturilor și a libertăților altora.

⁴ A se vedea parag. 17-25 din hotărârea Marii Camere din 18 martie 2011, precum și parag. 16-26 din hotărârea Camerei din 3 noiembrie 2009.

⁵ A se vedea, în acest sens, parag. 62 și 69-71 din hotărâre, în care Curtea recunoaște marja de apreciere pe care o au statele în a reglementa o chestiune cum este cea discutată, dar își reține competența de

a art. 2 din Protocol. Această scurtă prezentare este suficientă pentru a începe discuția pe care mi-o propun, urmând ca alte detalii din argumentarea juridică a Curții să fie atinse mai târziu. Deocamdată, m-aș mulțumi să remarc un aspect, care cred că le este evident juriștilor, dar se pare că nu și tuturor participanților mai implicați emoțional în dezbate: Curtea nu a „ratificat” practica italiană în discuție (sau altele similare), ci s-a limitat să constate că nu este suficient de bine plasată pentru a identifica o eventuală violare de o importanță mai redusă a art. 2 și că nu există o violare suficient de gravă a acestuia încât să se impună intervenția directă a Curții. Mi se pare că mai degrabă decât să închidă dezbateră, hotărârea Curții îi poate da un nou impuls, eventual pe reperele atinse sau sugerate de instanța europeană (sau pe cele pe care nu le-a atins, așa cum voi arăta mai jos).

Ultima chestiune înainte de a trece la comentariul propriu-zis al hotărârii este o precizare de ordin oarecum metodologic. Acum câțiva ani, într-un text publicat tot în NRDO⁶, am avansat ipoteza că litigiile de drepturile omului ar putea fi analizate din perspectiva dworkiniană a conflictelor între principii. Am aplicat ipoteza cu acea ocazie celebrei hotărâri din cauza *Sunday Times*⁷. Reiau pe scurt ideea, întrucât voi utiliza aceeași bază de abordare și în prezentul articol. Dworkin utilizează o distincție de bază între reguli și principii care funcționează în felul următor: Regulile sunt aplicate în maniera „totul-sau-nimic”⁸. Aceasta înseamnă că, într-un caz, avem doar două posibilități: fie regula este aplicabilă, situație în care este aplicată automat (mai bine zis, consecința pe care ea o prescrie e aplicată automat), fie nu este aplicabilă și nu va fi aplicată. Principiile, în schimb, chiar dacă sunt aplicabile într-un caz, nu impun consecințe automate, ca și regulile. Principiile „aduc argumente într-o anumită direcție”⁹ spre care îl îndreaptă spre judecător, dar nu determină rezultatul judecății. Principiile nu stabilesc drepturi și obligații particulare. Cea de-a doua diferență subliniată de Dworkin privește felul în care sunt soluționate conflictele. Conflictul între reguli e rezolvat pe baza validității lor: dacă două reguli sunt în conflict, numai una este validă și va fi aplicată, iar cealaltă nu este validă (spre exemplu, norma inferioară este invalidată de cea superioară, iar cea generală este invalidată în sfera de acțiune a normei speciale de aceasta din urmă). Pe de altă parte, conflictul între principii se soluționează pe baza importanței lor relative (sau a „greutății” lor). Judecătorul „cântărește” principiile aflate în divergență și decide care dintre ele va prevala în cazul dat. Însă, prin aceasta, celălalt principiu nu devine irelevant. El subzistă și este posibil să prevaleze într-un alt caz, poate chiar împotriva principiului care l-a „înfrânt” în primul caz. Potrivit lui Dworkin, conflictele juridice pot lua forma conflictelor între reguli sau pe cea a conflictelor între principii. Tot conform lui Dworkin, litigiile care nu pot fi soluționate în baza regulilor, așa-numitele „cazuri grele”, sunt rezolvate pe baza principiilor. Nu este greu de întrevăzut din această prezentare că domeniul litigiilor privind drepturile omului este un teren predilect pentru conflictele între principii. Cazurile grele (iar *Lautsi* cu siguranță a fost un astfel de caz, dacă ne gândim doar la soluțiile divergente ale celor două compuneri ale Curții) sunt cele în care ambele părți par a avea argumente solide în

a verifica dacă acțiunea statelor în acest domeniu conduce sau nu la o formă de îndoctrinare (pe care Curtea o consideră incompatibilă cu art. 2 din Protocolul adițional nr. 1 la Convenția europeană a drepturilor omului).

⁶ L. Bojin, Libertatea presei vs. autoritatea justiției. Principiile lui Dworkin și o relectură a deciziei *Sunday Times*, în Noua Revistă a Drepturilor Omului nr. 4/2007, p. 12.

⁷ Hotărârea din 26 aprilie 1979.

⁸ R. Dworkin, Drepturile la modul serios, Ed. Arc, Chișinău, 1998, p. 23.

⁹ Idem, p. 24.

favoarea lor, iar o soluție legală nu este ușor de desprins dintr-un anumit text normativ sau dintr-un ansamblu de astfel de texte. Argumentele părților, întemeiate pe câte unul sau mai multe principii aflate în opoziție, sunt puse în balanță de judecător într-o modalitate apropiată de cea descrisă de Dworkin. Particularitatea cauzei *Lautsi* din această perspectivă este că principiile aflate în conflict nu sunt din același registru¹⁰.

I. Principii de drept material vs. principii de procedură (în sens larg) în conflictele privind drepturile omului

Din perspectiva conflictelor de drepturile omului ca și conflicte între principii, mi s-a părut întotdeauna interesant că într-una dintre cele mai faimoase și ample bătălii privind drepturile omului, cea referitoare la segregarea rasială în școlile americane¹¹, susținătorii segregării au opus adversarilor lor un principiu, nu de drept material, ci de procedură (în sens larg). Ei afirmă că apără principiul competenței statelor de a reglementa independent problema educației, fără intervenția puterii federale. Existau motive tactice evidente pentru aceasta: era mult mai onorabil să lupți pentru apărarea unui principiu constituțional care implica ideea de libertate (chiar dacă a comunității), în loc să susții inegalitatea rasială sau cunoscuta doctrină „*separate but equal*”, care era infirmată atât de studiile empirice, cât și de realitatea vizibilă „cu ochiul liber”. Dincolo de asta, însă, mi s-a părut surprinzătoare ideea de a opune un principiu de drept material (cum sunt principiile care susțin drepturile omului) unui principiu de procedură în sens larg (sau un principiu instituțional, în orice caz un principiu de atribuire/divizare a competențelor¹²).

Evident că majoritatea „cazurilor grele” care privesc drepturi ale omului implică conflicte între principii de drept material. Poate primul exemplu de astfel de conflict care ne vine în minte este cel între libertatea de exprimare (protejat de art. 10 din Convenție) și dreptul la reputație (protejat, sub forma dreptului la viață privată, de art. 8 din Convenție), conflict în gestionarea căruia Curtea Europeană are o lungă experiență. A contrapune însă un principiu de drept material unuia de procedură e contraintuitiv. Mai mult, pare în contradicție cu logica

¹⁰ Este clar că această perspectivă de analiză diferă de cea mainstream, care discută despre conținutul drepturilor, restricții și derogări (a se vedea *F. Sudre*, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, Iași, 2006, p. 160-198). Cred, însă, că e o metodă practicabilă care, deși mai puțin precisă decât cea consacrată (dar poate, de aceea, mai flexibilă), uneori pune în evidență aspecte pe care aceasta le trece cu vederea, cum ar fi cel tratat mai jos.

¹¹ Tranșat prin hotărârea Curții Supreme în cauza *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Deși decizia nu face referire la argumentul ținând de „drepturile statelor” (din motive poate ușor de înțeles, ținând cont de sensibilitatea subiectului), el a fost invocat de către avocații apărării. Acest argument pare a fi fost o apărare recurentă în procesele „drepturilor civile” din prima jumătate a anilor 1950, așa cum rezultă din opinia dizidentă a judecătorului Julius Waties Waring la decizia curții districtuale din Charleston, South Carolina, în afacerea *Harry Briggs Jr. et al. c. R. W. Elliott, Chairman*, din 1950, opinie considerată ca prefigurând decizia din *Brown* (<http://www.archives.gov/education/lessons/brown-v-board/images/dissenting-opinion-04.gif>).

¹² *In abstracto*, așa fi fost tentat să afirm că o regulă de atribuire a competențelor nu poate fi niciodată un principiu, că ea funcționează ca o regulă tipică, cu soluții univoce și că ar putea intra în conflict, cel mult, cu o altă regulă de atribuire de competențe, niciodată cu un principiu de drept material. Iată însă că, în practică, ea a fost tratată ca un principiu, fiind posibil să fie înlăturată atunci când s-a considerat că împiedică sancționarea unei încălcări grave a unui principiu important de drept material (a se citi: un drept fundamental). Mai jos încerc o explicație pentru această perplexitate personală.

dreptului. E binecunoscută distincția esențială a lui Herbert Hart între norme primare (cele care reglementează propriu-zis conduita a subiecților) și norme secundare (cele care reglementează modul de formare valabil al normelor primare). În această clasificare, principiile de drept material (inclusiv drepturile omului¹³) intră în prima categorie, în vreme ce principiile de procedură (inclusiv regulile de competență) intră în cea de-a doua. Nu înseamnă că norme din cele două categorii nu ar putea intra în conflict. Dimpotrivă, sunt nenumărate cazuri în care o normă care reglementează un comportament (deci o normă primară) e emisă fără respectarea procedurilor sau competenței și, atunci, este invalidată. Dar, în astfel de cazuri, ele *intră în conflict ca reguli, și nu ca principii*. Iar în conflictul de reguli (nu e nicio îndoială, în pofida paradoxului termenilor), regulile secundare primează față de regulile primare. Cu totul altceva este să opui norme primare și norme secundare într-un conflict de principii, adică într-o bătălie „cu final deschis”, în care judecătorul să nu decidă în mod automat, ci numai după examinarea minuțioasă a detaliilor cazului. Așa ceva pare de neconceput. Și totuși...

Consacrarea drepturilor fundamentale ale omului ca materie constituțională în dreptul statelor și ca și candidat la statutul de *ius cogens* în dreptul internațional pare să relativizeze distincția preluată mai sus de la Hart. Pare să conducă mai degrabă spre un model mai simplu de inspirație kelseniană în care condiția de validitate a normei e conformitatea cu norma superioară, indiferent de conținutul celor două¹⁴. Dacă e să acomodăm viziunea lui Dworkin cu cea a lui Kelsen, locul principiilor nu poate fi decât în partea superioară a ierarhiei dintr-un sistem (sau din sub-sisteme), ele acționând fie prin intermediul normelor ordinare, fie direct, în lipsa sau împotriva reglementărilor edictate, ceea ce le conferă statut de drept pozitiv. Odată pătrunse în eșalonul cel mai înalt din piramidă (dreptul constituțional¹⁵ și dreptul convențional al drepturilor omului), drepturile omului ca principii de drept material s-ar putea înfrunta cu principii de procedură. Pentru că nu trebuie să uităm că, pentru a fi în prezența unui conflict de principii, adică un conflict din care ambele părți „ies nevătămate”, deși una învingătoare și cealaltă învinsă, principiile contrarii trebuie obligatoriu să se afle pe același palier, să fie în condiții de egalitate. Ele intră și ies din conflict în condiții de egalitate, victoria temporară e doar în interiorul segmentului de conflict, adică al cazului.

Să zicem că am rezolvat astfel problema eventualei incompatibilități a naturii juridice, problemă care i-ar putea frământa pe juriștii formați într-un sistem cum este cel continental. Dar cum va putea judecătorul să „măsoare” sau să „cântărească” două principii din categorii, totuși, diferite? Într-un caz cum a fost cel al proceselor „drepturilor civile” din America, exista încă o bază comună pentru cele două principii. Aceasta pentru că, deși principiu instituțional (sau de procedură în sens larg, cum l-am numit mai sus), principiul partajării competențelor între state și federație avea o valoare funcțională care îi dădea valențe apropiate de cele ale principiilor protejând drepturile omului. Până la urmă, divizarea competențelor realizează limitarea puterii, deci protejează libertatea individuală în fața autorității. Nici vorbă că e o valoare la fel de importantă ca și principiul egalității sau non-discriminării susținut de

¹³ Incluzând aici și așa-numitele „drepturi de procedură” ale omului, care constituie de fapt norme obligatorii pentru stat de a reglementa procedura într-un anumit fel, care să asigure accesul la justiție și un proces echitabil pentru particulari.

¹⁴ Clasificarea lui Kelsen, spre deosebire de cea a lui Hart, e pur ierarhică, fără să se intereseze de obiectul normei.

¹⁵ Poate nu e întâmplător că, dacă trecem cu vederea dispozițiile proclamând valorile de solidaritate națională, constituțiile conțin în principiu doar două tipuri de norme: cele privind drepturile fundamentale și cele de procedură sau instituționale.

cealaltă parte din conflict. Putem însă să facem un raționament asemănător și în cazul Curții Europene a Drepturilor Omului?

Marja de apreciere a statului în practica CEDO este tot un sistem de partajare a competențelor. Ca și instanță internațională, Curtea Europeană a Drepturilor Omului are, în principiu, o competență derivată, și nu originară, adică o competență atribuită de statele părți la Convenție. Principiul partajării competențelor (sau, mai bine zis, al atribuirii de competențe) pare, în acest caz, să aibă doar o valoare funcțională și nu una materială. El pare să protejeze doar suveranitatea statelor, ca subiecte primare care au cedat competențe. Acesta pare a fi un principiu de procedură „pur”, care nu susține nicio valoare socială generală care să fie contrapuză unui drept al omului. Pare a fi un principiu care nu face altceva decât să protejeze puterea (statelor). Drept contra putere? Sună frumos, dar nu e adevărat.

Mai întâi pentru că marja de apreciere nu este o limită pusă de state Curții, ci, dimpotrivă, este o doctrină dezvoltată de Curte fără a avea o bază expresă în Convenție, ci doar pe baza unor implicații conținute în clauzele privind regimul restricțiilor la exercițiul drepturilor omului. E deci un act de deferență al Curții față de state. De asemenea, Curtea își exercită de fiecare dată, și a făcut-o și în *Lautsi*, dreptul de a verifica dacă statele s-au menținut sau nu în interiorul marjei de apreciere. Aceasta este o expresie a principiului potrivit căruia instanța internațională are competența de a-și determina competența (*Kompetenz-Kompetenz*). Apoi, se pare că este falsă asumția că acest principiu ar fi unul „pur” de procedură. Frédéric Sudre¹⁶ oferă două temeuri pentru marja de apreciere: primul este principiul subsidiarității, bazat pe ideea că proximitatea statului față de circumstanțele cazului permite o evaluare mai corectă a acestora și poate și o acțiune mai eficientă. Acest principiu se apropie de unul de procedură „pur”, dar include și o punere în valoare a echității. Al doilea este principiul „pluralismului” tradițiilor juridice și culturale din interiorul Europei. Acest al doilea principiu care justifică marja de apreciere nu mai este deja un principiu de procedură „pur”, ci oferă o valoare socială de protejat prin intermediul marjei de apreciere a statului. De altfel, judecătorul Bonello, în opinia sa separată, a dezvoltat un argument în care a pledat pasional pentru principiul respectării tradițiilor culturale în fața dreptului invocat de penitenți.

Dar chiar și dacă am fi fost în prezența unui principiu de procedură „pur”¹⁷, Curtea (ca orice instanță) tot nu ar fi fost în imposibilitate de a soluționa conflictul de principii. Pentru că, până la urmă, dacă e să urmărim rețeta lui Dworkin, trebuie să coborâm de la înălțimea principiilor la nivelul faptelor cazului. Judecătorii, așadar, trebuie să evalueze efectul dăunător al unuia din principiile examinate asupra valorilor protejate de cel de-al doilea principiu în cazul concret. Ceea ce Curtea Europeană a și făcut. Ea a stabilit un standard de gravitate a vătămării aduse dreptului invocat – acela că modalitatea de organizare de către state a învățământului public nu trebuie să ducă la îndoctrinare religioasă¹⁸. În acest raționament, depășirea standardului însemna că principiului dreptului la educație trebuia să îi fie acordată prevalența

¹⁶ F. Sudre, op. cit., p. 172-173.

¹⁷ De altfel, Curtea nici nu pare să fi tratat marja de apreciere ca mijloc de apărare a pluralismului tradițiilor naționale, ci mai degrabă ca un argument pur de tehnică juridică. Ea a făcut câteva referiri la „diversitatea practicilor” statelor în parag. 61, 62 și 70 și a alocat câteva propoziții în parag. 68 dreptului de a perpetua tradițiile culturale ale statului. A refuzat însă deschis să acorde acestei prerogative un statut autonom demn de a fi protejat și altfel decât prin intermediul marjei de apreciere: „subliniază, totuși, că referirea la o tradiție nu poate exonera un stat contractant de obligația de a respecta drepturile și libertățile consacrate în Convenție și în Protocoalele sale” (parag. 68).

¹⁸ Parag. 62, 69 și 71 din hotărâre.

în raport cu principiul marjei de apreciere. Apoi a verificat dacă, în cazul concret, acest standard a fost depășit sau nu. Curtea a apreciat că nu s-a dovedit riscul unui astfel de efect¹⁹. Dacă standardul a fost fixat la un nivel prea înalt sau nu, asta se poate dezbate, dar nu o voi face eu aici. Cert este că instanța europeană și-a invocat propria jurisprudență în materie (îndoctrinarea ca încălcare de către stat a dreptului la educație prevăzut de art. 2 din Protocol), așa încât era destul de greu de crezut că își va schimba standardul. Poate că situația ar fi stat altfel dacă plângerea ar fi fost examinată în principal din perspectiva art. 9 din Convenție și nu a art. 2 din Protocol, dar asupra acestei chestiuni voi reveni mai jos. Pe de altă parte, e adevărat că a stabili standardul înainte de a evalua circumstanțele concrete ale cazului și posibila vătămare produsă, așa cum a făcut-o Curtea, nu este prea coerent cu logica conflictului între principii. Însă acest lucru nu poate fi reproșat Curții care nu a operat, în mod asumat, cu această grilă de evaluare a cazului. În plus, cred că și dacă ar fi procedat invers, cercetând circumstanțele concrete și abia apoi aproximând standardul cel mai adecvat, Curtea ar fi ajuns la aceeași soluție. Judecătoarea Power, în opinia sa separată, a operat cu un standard diferit, și cred eu mai adecvat, acela al „ofensei” (*offence*)²⁰, adică al gravității vătămării concrete produse, dar a ajuns la aceeași concluzie. Avantajul acestui al doilea mod de abordare rezidă în aceea că își îndreaptă atenția în primul rând către principiul presupus a fi fost atins și vătămarile concrete produse în acest context, și nu către principiul aflat în defensivă, așa cum a făcut Curtea.

În ceea ce privește evaluarea probelor, nu avem din păcate prea multe date la dispoziție. Puținele referiri din hotărâre par să indice că, într-adevăr, a fost mai mult un proces strategic, „de principii”, decât unul determinat de grave suferințe personale, ușor de perceput de către un observator neimplicat. Iar un astfel de proces, pentru a avea succes, ar trebui să se poarte înaintea unei majorități de judecători activiști, ceea ce cred că e greu să se întâmple când vorbim de o formațiune alcătuită din 17 judecători europeni, aleși de pe liste propuse de guvernele statelor de care aparțin²¹. Desigur că aceste reflecții sunt făcute în contextul în care nu cunosc în detaliu susținerile și probele petenților (doar ceea ce a fost expus în cele două hotărâri ale Curții), așa încât trebuie luate sub această rezervă.

În final, să ne întrebăm de ce Curtea a ales să opună dreptului la educație (sau libertății de conștiință și religie) un principiu de procedură, să-i zicem „pur”, cum este marja de apreciere a statelor, în loc să „vadă” un conflict cu un alt principiu de drept material (precum apărarea tradițiilor culturale, cum a făcut-o judecătorul Bonello, sau chiar dreptul celorlalți părinți și elevi la libertatea de religie, așa cum au făcut-o judecătorii Rozakis și Vajić, în opinia lor separată)? Cred că răspunsul e simplu și poate fi descoperit chiar din întrebare. Tocmai pentru că e un principiu de procedură, marja de apreciere a statelor e un principiu neutru (cel puțin în aparență). Nu implică luări de poziție ideologice deschise (precum cea adoptată foarte tranșant de judecătorul Bonello și ceva mai ponderat de ceilalți trei judecători cu opinii separate, dar și

¹⁹ Parag. 66 alin. (2) și parag. 74, ultimul alineat din hotărâre.

²⁰ În schimb, Curtea în hotărâre a evitat să vorbească despre „*offence*”, utilizând mult mai diplomatica sintagmă „percepții subiective” negative ale petenților, despre care declară că sunt „de înțeles”, fără a fi suficiente pentru a întemeia o decizie de constatare a încălcării art. 2 (parag. 66 și 78).

²¹ Aici, cauza adeptilor dnei Lautsi a avut de suferit și pentru că judecătorii din Cameră care s-au pronunțat în 2009 erau incompatibili să intre în componența Marii Camere, cu excepția judecătorului ales în numele Italiei (însă în luna februarie 2011, Vladimiro Zagrebelsky care făcuse parte din Cameră a fost substituit cu noul judecător italian, Guido Raimondi, care s-a alăturat majorității din Marea Cameră). Într-o configurație diferită e probabil că scorul voturilor ar fi fost mai strâns.

cea în favoarea tezei petenților îmbrățișată ferm de către cei doi judecători dizidenți Malinverni și Kalaydjieva). De asemenea, nu grevează asupra jurisprudenței Curții printr-o decizie care ar exprima un angajament clar într-o direcție sau alta și care ar putea deveni un reper greu de ocolit (hotărârea Camerei din 2009 ar fi avut o astfel de greutate). În fond, porțile sunt lăsate deschise pentru viitoare evoluții. Poate că în acest caz, circumstanțele nu au fost de natură să aplece balanța către petenții care au invocat principiul de la art. 2 din Protocol. Dar într-un caz viitor, în care circumstanțele concrete sunt diferite? Adversarii primei decizii *Lautsi* din toamna lui 2009 au primit hotărârea Marii Camere ca pe o veste bună. Dar vestea bună pare a avea și o parte rea: nimic nu pare a fi definitiv, pe termen mediu, în această materie.

II. Relații triunghiulare și efect direct orizontal: nicio relevanță în cauza *Lautsi*?

Așa cum arătam mai sus, Marea Cameră afirmă, practic, prin hotărâre, că în materia prezenței simbolurilor religioase în școli publice, singura obligație concretă a statelor (față de standardele Convenției) este ca acestea să nu realizeze o formă de îndoctrinare religioasă²². Instanța europeană reține, așadar, în primul rând, o obligație negativă a statului, aceea de a nu realiza îndoctrinarea religioasă prin învățământul public. Însă, Curtea admite și existența unei obligații pozitive în aceeași direcție²³, obligația de a lua măsuri pentru opri ca anumite practici din învățământul public să ducă la îndoctrinarea religioasă. Astfel de măsuri ar trebui luate împotriva unor persoane, grupuri sau categorii profesionale (profesori, elevi etc.) care ar acționa în sensul prohibit de Convenție utilizând instrumentele învățământului public, în principal predarea, dar și mediul școlar, în general²⁴.

Se știe că obligațiile pozitive ale statului în materia drepturilor fundamentale sunt de două feluri. Pe de o parte sunt obligațiile pozitive, de tipul acordării unei prestații către titularul dreptului, cum ar fi de exemplu dreptul la ocrotirea sănătății sau chiar dreptul de a asigura învățământul gratuit. Pe de altă parte, tot obligații pozitive sunt și acelea de a interveni împotriva persoanelor care nu respectă dreptul altei persoane (de exemplu, de a apăra o persoană împotriva căreia se săvârșește o agresiune, de a proteja libertatea de exprimare împotriva amenințărilor din partea terților etc.). Obligația aceasta din urmă a statului se aplică în așa-numitele „relații triunghiulare”, adică relații între victima violării (persoană particulară), autorul violării (persoană particulară) și statul, ca garant al protecției drepturilor. Aplicarea drepturilor omului în astfel de situații poartă numele de efect direct orizontal, spre a o deosebi de aplicarea în relația directă stat-particular (care se numește efect direct vertical).

Impresia mea este că decizia Marii Camere în afacerea *Lautsi* nu a luat în calcul efectul în astfel de relații triunghiulare a postării crucifixelor în școlile publice italiene. Curtea afirmă că statul nu trebuie să „îndoctrineze”, ceea ce înseamnă că în relația directă stat-individ, cel dintâi respectă libertatea de convingere a celui de-al doilea. Iar postarea crucifixelor nu ar

²² A se vedea *supra*, nota 5.

²³ Parag. 61.

²⁴ Marea Cameră nu a exclus importanța mediului școlar în evaluarea respectării sau încălcării art. 2, însă a apreciat că predarea constituie mai degrabă instrumentul puternic care ar putea fi folosit pentru îndoctrinare (parag. 69 și 71). În schimb, judecătorii dizidenți au pledat viguros pentru o intervenție a statului în mediul școlar în vederea garantării neutralității religioase a acestuia (parag. 3 din opinia dizidentă).

avea în sine un efect atât de relevant asupra individului dintr-o minoritate religioasă (sau agnostic), încât să reprezinte o violare a Convenției în această relație directă. *Curtea nu discută însă care ar putea fi efectul aceluiași circumstanțe asupra celorlalți membri ai comunității școlare.* Rămânând în sfera ipotezelor, putem presupune că acei colegi care împărtășesc religia majoritară ale cărei însemne sunt postate pe perete se vor simți legitimați să manifeste atitudini de superioritate sau depreciative față de elevul din confesiunea minoritară sau față de cel agnostic. Aceste atitudini ar putea determina reacții ale acestora din urmă care să îi îndepărteze de confesiunea lor sau de cea în care părinții intenționează să îi educe. În acest fel, ar putea avea loc o violare (fie și indirectă) a dreptului recunoscut de art. 2 din Protocol, raportat la art. 9 din Convenție²⁵.

Nu trebuie să exagerăm cu acest argument. Curtea nu a fost sesizată cu o plângere care ar fi vizat o violare inițială a unui drept de către un particular, nesancționată sau neprevenită de stat. Așadar, formal, Curtea nu era în prezența unui caz în care ar fi trebuit să afirme efectul direct orizontal al drepturilor omului²⁶. Însă îmi pare straniu că Marea Cameră, care a alocat totuși câteva paragrafe consistente analizei potențialei violări a celor două drepturi conjugate (dreptul la educație și libertatea de convingere), nu a înțeles să se oprească nici măcar în treacăt asupra acestei ipoteze. E adevărat că dreptul la educație (art. 2 din Protocol), care a constituit baza principală a analizei reclamației, se greșează cu precădere pe un raport juridic de tip bilateral: statul prestează activitatea de educație către titularul dreptului individul. Dar Curtea nu a exclus explicit ipoteza că acest drept ar putea impune și intervenția statului ca garant al său și nu doar ca furnizor al său. Dimpotrivă, în parag. 61, făcând apel la jurisprudența sa mai veche, instanța de la Strasbourg arată că sintagma „va respecta dreptul” din art. 2 al Protocolului adițional impune nu doar obligații negative, ci și pozitive din partea statului. Or, Marea Cameră nu a înțeles să facă vreo precizare potrivit căreia aceste obligații pozitive ar fi doar cele din prima categorie (efect direct vertical) și nu și cele din a doua categorie (efect direct orizontal). În plus, dacă ar fi considerat că art. 2 din Protocol nu este apt să acopere decât relații de tip bilateral stat-individ, atunci nimic nu ar fi împiedicat Curtea să adopte o grilă de analiză inversată: violarea art. 9 din Convenție (libertatea de convingere) în corelare cu violarea art. 2 din Protocol (dreptul la educație). Așa cum, în verificarea făcută, Curtea a înțeles să nu-și limiteze perspectiva de analiză la art. 2, ci să îl considere doar ca sprijin principal, corelându-l cu art. 9 din Convenție (a se vedea parag. 60), putea să procedeze și invers: să cerceteze violarea posibilă a art. 9 la care să contribuie și un anumit grad de neconformare cu obligația de la art. 2 din Protocol. Nimeni nu ar susține că articolul 9 nu are efect orizontal, ci doar vertical.

²⁵ În hotărârea Camerei din 2009, acest aspect este atins cu totul tangențial în parag. 55: „Acest drept negativ [libertatea de religie] merită o protecție specială dacă statul este cel care exprimă o credință, iar cei în dezacord cu ea sunt plasați într-o situație din care nu pot ieși decât făcând eforturi disproporționate și acte de sacrificiu”. Chiar și Camera analizează acest aspect tot din perspectiva minoritarului, deși îl raportează la majoritate. La fel au făcut-o și judecătorii dizidenți din Marea Cameră (parag. 4 din opinia dizidentă). Insistența din opinia dizidentă asupra neutralității religioase de care trebuie să dea dovadă statul cred, însă, că vizează nu doar protecția poziției adeptilor credințelor și convingerilor minoritare, cât, într-un anume sens, „educarea” spre toleranță a adeptilor celei majoritare.

²⁶ Unul din argumentele petenților (menționat în parag. 45 din hotărâre) ar putea fi totuși interpretat, cu multă larghețe, în acest sens: „Petenții mai susțin că este esențial să se acorde protecție specială credințelor și convingerilor minoritare, pentru a-i apăra pe cei care le adoptă de un „despotism al majorității”, și aceasta este un alt motiv pentru a înlătura crucifixele din clase”. Însă ei nu acuză un act concret de violare din partea unui particular sau grup de particulari, ci din partea statului.

Impresia că Marea Cameră și-a limitat analiza la un raport bilateral între stat și pretinsa victimă a violării pare confirmată și de faptul că, atunci când a luat în discuție pozițiile actorilor implicați, ea s-a referit, pe de o parte, la stat (afirmând că intră în marja de apreciere a acestuia felul în care decide să reconcilieze exercițiul funcțiilor sale în procesul de educație) și, pe de altă parte, la reclamant (afirmând că percepția subiectivă a acestuia nu este suficientă pentru a stabili violarea art. 2). Nicio referire la potențiali alți actori și eventualul efect asupra lor al faptului reclamat. În întreg parag. 66, singurul care discută concret despre efectul postării crucifixelor asupra elevilor, Curtea nu dă niciun semn că s-ar preocupa nu doar de efectul asupra individului care aparține unei minorități religioase (elev sau părinte), ci și de efectul acestora asupra celorlalți membri ai comunității școlare, care aparțin confesiunii majoritare²⁷.

III. Baza juridică adecvată: art. 2 din Protocol, art. 9 din Convenție sau, poate, principiile aflate în spatele acestora?

Problema temeiului adecvat de analiză a faptelor reclamate de dna Lautsi este una destul de dificilă. Este art. 9 din Convenție, este art. 2 din Protocol, sunt cele două combinate sau temeiul complex poate include și art. 14 din Convenție? Camera care s-a pronunțat în 2009 și-a asumat ca bază de evaluare art. 2 din Protocol, dar luat împreună cu art. 9 din Convenție (plus o referire pasageră la art. 8 și 10)²⁸. Cu privire la art. 14 din Convenție (interdicția discriminării), Camera a considerat că această bază juridică pentru reclamația dnei Lautsi nu e manifest inadecvată, însă a considerat că nu mai este cazul să o analizeze²⁹. Marea Cameră a adoptat ca principală bază juridică de analiză art. 2 din Protocol. Acest fapt e simplu de observat din referirile numeroase la această normă din textul hotărârii din 18 martie 2011. Ea a acceptat că sensul art. 2 din Protocol trebuie înțeles și în lumina art. 9 din Convenție (a se vedea parag. 61 din hotărâre). Însă, în opinia noastră, Marea Cameră a stabilit totuși o ierarhie clară între cele două izvoare în ceea ce privește incidența lor în cazul dat, acordând prioritate art. 2 din Protocol (ceea ce Camera inițială nu a făcut). De asemenea, fără a contesta explicit eventuala incidență a art. 14, Marea Cameră a considerat că nu este cazul să se pronunțe cu privire la acesta, dat fiind caracterul său accesoriu. În schimb, în opinia sa separată, judecătorul Bonello, al cărui stil îmi amintește de „originalismul” și „textualismul” unora dintre judecătorii Curții Supreme americane, tratează distinct cele două articole (art. 2 din Protocol și art. 9 din Convenție), concluzionând că niciunul dintre ele nu conferă bază juridică pretențiilor dnei Lautsi. El afirmă că cererea acesteia e întemeiată pe principiul secularismului sau cel al echidistanței religioase, care nu fac parte însă din corpul de norme al Convenției, deci e lipsită de temei juridic din perspectiva CEDO.

Din expunerea de mai sus, putem înțelege miza practică a alegerii bazei juridice pe care să se fondeze tratarea cazului. Luate separat, și prin interpretare strictă, niciunul dintre cele două articole nu pare a susține acuzația dnei Lautsi, și aceasta independent de existența concretă a unei vătămări. Prin interpretare extensivă și combinarea bazelor juridice, plângerea dnei Lautsi poate fi susținută, chiar dacă nu neapărat cu succes. Apoi, în cadrul unei abordări în care cele două baze juridice sunt luate împreună, ne putem pune întrebarea dacă preeminența

²⁷ În parag. 71, Marea Cameră menționează că reglementările italiene în discuție „conferă majorității religioase a țării o vizibilitate preponderentă în mediul școlar”, dar aceasta nu este suficient pentru a demonstra un interes real al instanței pentru poziția altor actori decât statul și pretinsele victime.

²⁸ Parag. 47 și 58 din hotărârea din 3 noiembrie 2009.

²⁹ Idem, parag. 61 și 62.

acordată uneia dintre ele mărește sau diminuează șansele de admitere a plângerii într-un caz ca cel de față. Opinia mea este că acuzațiile dnei Lautsi ar fi avut mai multe șanse de a fi primite favorabil dacă ar fi fost acordată preeminență art. 9 din Convenție, față de art. 2 din Protocol. Explicația pe care o avansează este destul de simplă: art. 9 din Convenție are o sferă de aplicare mult mai largă decât art. 2 din Protocol (întreg cadrul social implicat de viața unei persoane față doar de cadrul limitat la mediul școlar-educational). Aceasta permite realizarea de conexiuni mult mai numeroase și „descoperirea” de sensuri dintre cele mai variate pe care le poate lua libertatea de religie. Prin contrast, activitatea de educație, chiar interpretată extensiv, e totuși cantonată în limite destul de clare. Cred că art. 9 ar fi permis să se dea o „voce mai puternică” principiului neutralității sau echidistanței religioase sau secularismului, invocate de dna Lautsi.

Până la urmă, alegerea bazei juridice pe care se întemeiază judecata este atributul suveran al instanței. Cei care sunt familiarizați cu modul în care judecătorii decid, știu că alegerea bazei juridice nu e neapărat făcută prospectiv, ci poate fi făcută și retrospectiv. Mai clar, în funcție de soluția pe care intenționezi să o dai, poți alege baza juridică care îți permite cele mai bune argumente în sensul dorit³⁰. Nu este neapărat un mod nelegitim de a proceda, mai ales atunci când cazurile au o puternică încărcătură ideologică, iar în acest caz și sentința va avea o infuzie ideologică inevitabilă. Alegerea retrospectivă a bazei juridice indică, în final, că suportul primar al hotărârii este o opțiune ideologică. Din această perspectivă, și dacă e adevărat că Marea Cameră a procedat așa cum sugerez eu că a făcut-o, atunci cred că putem spune că, în hotărârea din 18 martie 2011, Curtea a adoptat o poziție de „centru”. Nu a acceptat nici abordarea radical conservatoare³¹ propusă de judecătorul Bonello (care răspundea cel mai bine adversarilor pretențiilor dnei Lautsi), dar nici abordarea mai apropiată de activismul judiciar a Camerei care a pronunțat hotărârea din 3 noiembrie 2009. De aceea, am afirmat mai sus că decizia sa nu este neapărat o veste bună pentru adversarii cauzei susținute de dna Lautsi, așa cum se pare că unii au interpretat-o.

Întorcându-ne acum la abordarea cazurilor de drepturile omului bazată pe principii, cred că trebuie să evidențiez că, în această ipoteză, textul articolelor care ar putea constitui baza juridică e mai puțin important. În fond, recurgem la principii atunci când textul, expresia cea mai puternică a unei reguli, nu ne ajută mult să surprindem și să activăm în conflict nuanțele esențiale implicate de cauză. De fapt, orice cauză poate fi soluționată și numai pe baza regulilor, doar că atunci riscăm ca soluția pronunțată să fie calificată drept „injustă”, deși legală³². Înțelegem atunci de ce Dworkin spunea că trebuie să recurgem la principii în cazurile dificile. Spre deosebire de reguli, principiile au darul de a trimite în „arena judiciară” adevărații luptători ascunși în spatele „armurilor” de reguli. În mod ironic, cel mai înverșunat

³⁰ Despre „justificarea” deciziei judiciare și discuțiile în jurul acesteia, a se vedea *J. Wroblewski, Z. Bankowski, N. MacCormick, The Judicial Application of Law*, Ed. Kluwer, Dordrecht, 1992.

³¹ În sensul auto-limitării judiciare (*judicial self-restraint*).

³² Exemplele clasice pe care Dworkin le dă în lucrarea sa (op. cit., p. 24 și urm.) erau cazuri care ar fi putut fi soluționate și doar pe baza regulilor specifice aplicabile, doar că sentința ar fi părut injustă pentru că încălca principii considerate importante. Dacă înțelegem dreptul ca fiind compus exclusiv din reguli, în sensul definit supra, sunt realmente puține cazurile în care să nu fie incidentă cel puțin o regulă. Iar atunci când ne-am afla într-o astfel de situație rară, pozitiviștii „legaliști” ai secolului XIX au formulat un răspuns neechivoc, bazat pe principiul *onus probandi*: „[dacă legea este ambiguă sau există legi contradictorii, judecătorul] va trebui să considere că aceste legi nu există și să respingă acțiunea” (*H. Blondeau*, citat în *F. Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, ed. a II-a, LGDJ, Paris, 1932, p. 15).

adversar al cauzei dnei Lautsi dintre judecătorii Marii Camere, maltezul Giovanni Bonello este și cel care „pune degetul pe rană”, adică indică în modul cel mai răspicat temeiul fundamental al demersului petentei: principiul secularismului sau cel al echidistanței religioase. Dacă acestea sunt sau nu protejate de articolele din Convenție, sau dacă o majoritate de judecători ai CEDO consideră sau va considera astfel la un moment dat, este o altă chestiune. Dar acum știm măcar că miza juridică a litigiului nu a fost aceea de a împinge sau a retrage mai spre stânga sau mai spre dreapta membrana de acoperire a acțiunii unuia sau altuia dintre articolele din Convenție și Protocoalele sale. Dincolo de soluția pronunțată, onestitatea intelectuală a judecătorului are întotdeauna efecte benefice.