

Valentin CONSTANTIN

Despre controlul subsidiar al protecției drepturilor garantate de CEDO

Unul dintre locurile comune pentru studenții care frecventează disciplina intitulată *Protecția internațională a drepturilor omului*, este teza conform căreia controlul european al respectării drepturilor omului în statele membre ale Consiliului Europei, exercitat de Curtea de la Strasbourg, are un caracter subsidiar. Am găsit această alegație subliniată, de exemplu, în *Raportul către Comitetul de Miniștrii prezentat de Grupul înțelepților (Group of Wise Persons)*¹ din 2006. Se evidențiază în Raport că „principiul subsidiarității este una din pietrele de temelie a sistemului de protecție a drepturilor omului din Europa”. Conform Grupului, sistemele judiciare naționale reprezintă „prima linie de apărare a supremației dreptului (*rule of law*) și a drepturilor omului”². Teza subsidiarității aparține, de fapt, Curții de la Strasbourg și a fost afirmată pentru prima oară, dacă nu mă înșel, în *Afacerea lingvistică belgiană* din 1968 și, mai apoi, într-o altă jurisprudență celebră, *Handyside c. Regatul Unit* din 1976.

Și totuși, afirmația că judecătorul de drept comun al Convenției europene a drepturilor omului (CEDO) este judecătorul național, pe care mărturisesc că am acceptat-o un timp cvasi-automat, mi se pare astăzi exagerată. Este posibil ca atunci când a afirmat caracterul subsidiar al Convenției, judecătorii de la Strasbourg să fi avut în minte sub-sistemul juridic comunitar. Judecătorul de la Luxemburg este într-adevăr judecătorul de drept comun al dreptului comunitar, însă diferențele între cele două sub-sisteme europene sunt prea importante și cred că discreditează orice analogie³.

Doctrina dedicată drepturilor omului a invocat în favoarea tezei caracterului subsidiar al CEDO „regula epuizării recursurilor interne”⁴. Dacă reclamantul este obligat să invoce mai întâi în fața instanțelor interne violarea unui drept garantat de Convenție, atunci instanțelor

¹ Grupul a fost compus din următorii: Rona Aybay (Turcia), Fernanda Contri (Italia), Marc Fischbach (Luxemburg), Jutta Limbach (Germania), Gil Carlos Rodriguez Iglesias (Spania), Emmanuel Roucouas (Grecia), Jacob Söderman (Finlanda), Hanna Suchocka (Polonia), Pierre Truche (Franța), Lord Woolf of Barnes (Marea Britanie), Veniamin Fedorovich Yakovlev (Rusia). Scopul constituirii sale a fost acela de a evalua efectivitatea, pe termen lung, a mecanismului de control al CEDO.

² Raport, §16.

³ Deși normele CEDO posedă, asemenea normelor dreptului Uniunii Europene, un caracter *self-executing*, totuși poziția lor ierarhică în sistemele juridice naționale este departe de a fi uniformă. În unele state au o poziție supra-legislativă, dar infra-constituțională, în altele o poziție legislativă sau, în cazuri rare, o poziție constituțională sau chiar supra-constituțională. În plus, și valoarea de precedent judiciar a jurisprudenței Curții sau, mai bine spus, autoritatea jurisprudenței constante a Curții, este variabilă (*Hazel Fox, Piers Gardner, Chanaka Vickremasinghe, The Enforcement of International Judgements in the Domestic Legal System*, în *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order*, Pierre Michel Eisemann (ed.), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996, p. 66). *Bref*, aplicarea dreptului comunitar în sistemele naționale este mult mai puțin problematică decât aplicarea dreptului european al drepturilor omului.

⁴ Frédéric Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Polirom, 2006, p. 160 *et seq.*

interne trebuie să le atribuim rolul principal de control. Acest argument nu mi se pare suficient de solid, deoarece regula epuizării resurselor interne este o regulă cutumiară de drept internațional și nu una specifică sistemului european. Iar în dreptul internațional general scopul ei este acela de a permite statelor să înlăture, *in foro domestico*, eventualele violări ale drepturilor omului imputabile organelor lor legislative, executive sau judiciare. Prin urmare, cred că în CEDO clauza a fost stipulată în interesul statului și nu în interesul „ordinii publice europene”. Prin urmare, a fi în „prima linie de apărare a drepturilor omului” nu înseamnă automat să deții rolul principal⁵.

Însă termenul de subsidiaritate este utilizat de doctrină și într-un al doilea sens, în legătură cu faptul că în jurisprudența Curții s-a recunoscut statelor o *marjă de apreciere* cvasi-discreționară a necesității ingerinței sau, după unii, chiar discreționară. Această „marjă de apreciere” este o competență de calificare a situațiilor care impun restricții și/sau derogări ale exercițiului drepturilor protejate de Convenție, pe care Curtea o recunoaște statelor. Ingerința este astfel autorizată de Convenție în limitele marjei de apreciere acceptate de Curte. Această competență recunoscută statelor se bazează pe rațiuni asemănătoare cu cele care au condus la introducerea unui principiu al subsidiarității în Tratatul de la Maastricht. Statele exercită autonom competența de calificare a situațiilor care pot justifica ingerința deoarece sunt mai bine plasate decât Curtea atunci când, *e.g.*, determină existența utilității publice în cazul exproprierii, sau identifică un imperativ moral sau o tradiție locală care trebuie protejate prin ingerință. Această subsidiaritate este retrospectivă, în măsura în care este validată abia cu ocazia controlului european. Aș numi această subsidiaritate *subsidiaritate în sens slab*.

În acest articol mă interesează doar primul concept, *subsidiaritatea în sens tare*, adică subsidiaritatea competențelor europene de control, consecința a primatului competențelor de control din sistemul național, distincte, așa cum am văzut, de competențele de calificare în cadrul controlului.

Problema centrală pare să fie următoarea: poate sistemul european funcționa ca sistem subsidiar de protecție sau, mai bine zis, posedă statele arsenalul necesar pentru a asigura în mod primar, ele însele, efectivitatea Convenției în sistemele lor naționale?

În această ordine de idei mă interesează mai întâi dacă judecătorul european și judecătorul național reprezintă unul și același tip de exercițiu al funcției judiciare (I). Voi evoca în acest scop un parcurs al funcției judecătorești în Europa despre care juriștii din statele de *civil law* evită, în general, să vorbească (II). Ar trebui probabil verificat și dacă, în acest moment, dedublarea judecătorilor noștri ca judecători naționali și europeni este plauzibilă în absența unor mecanisme speciale de receptare a dreptului internațional și în absența unor intervenții mai ample în organizarea actualei „autorități judecătorești”. Nu mi-am propus deocamdată o analiză în acest cadru general. Voi încerca să pun în lumină, dacă nu chiar natura clară și precisă a problemei, măcar câteva explicații, inevitabil parțiale, ale ineficienței reputeate a Convenției europene în sistemul nostru judiciar⁶ (III). În fine, ar rămâne de văzut dacă există

⁵ De altfel, Curtea europeană a confirmat scopul limitat al regulii: „O instanță superioară sau supremă poate, bineînțeles, să înlăture în anumite cazuri violarea inițială a unei clauze a Convenției; aici rezidă în mod precis rațiunea de a fi a regulii epuizării resurselor interne” (*De Cubber c. Belgia*, hotărârea din 26 octombrie 1984, §33).

⁶ Numărul de plângeri la Strasbourg și poziția actuală a României în ierarhia (în cifre ponderate) a statelor membre ale Consiliului Europei din care provin plângerile ilustrează, cred, chestiunea ineficienței.

dovezi că, în practică, judecătorul constituțional nu și-a asumat el însuși rolul de judecător primar al CEDO (IV).

I. Dacă principiul subsidiarității a fost într-adevăr un obiectiv al autorilor tratatului din 1950 și nu un deziderat apărut pe parcurs, atunci raportul dintre judecătorul principal (judecătorul național) și judecătorul subsidiar (judecătorul internațional din sistemul convenției) trebuie să se sprijine pe o anumită coerență. Iar coerența trebuie susținută la rândul ei de o relativă omogenitate și de compatibilități. Cu alte cuvinte, judecătorii celor două nivele de control trebuie să posede competențe și capacități comparabile pentru ca raportul control principal / control subsidiar să fie plauzibil.

În mod tradițional, un judecător internațional are funcția primară de a declara dreptul aplicabil într-un diferend juridic dat. El atestă, de exemplu, existența unei cutume, a unui principiu general de drept sau interpretează normele unui tratat. În cazul special al Convenției europene, judecătorul de la Strasbourg exercită o veritabilă funcție normativă, deoarece posedă o competență a interpretării CEDO pe care nu o partajează cu nimeni, nici chiar cu statele părți la tratat⁷. Judecătorul intern, în schimb, interpretează normele juridice pentru aplicarea lor exclusivă la circumstanțele cazului dat, la cazul dedus judecării sale. Judecătorului intern îi este interzis în mod expres să producă interpretări cu caracter general⁸.

Apoi, pentru judecătorul european legislația internă care legitimează o ingerință a statului este *un fapt* și nu *o normă juridică*⁹. Din perspectiva sa, conflictul dintre legea internă și Convenție nu este un conflict de norme, ci un raport între un fapt ilicit (legea internă) și o normă (Convenția). În schimb, pentru judecătorul intern, conflictul între norma internă și Convenție reprezintă un conflict de norme. În ipoteza în care în sistemul său intern tratatul are prioritate în conflict cu legea internă, judecătorul intern va aplica Convenția ca *lex superior*. El nu poate, conform dreptului intern, să considere legea internă ca fiind o restricție legitimă a exercițiului unui drept fundamental. În acest sens, el nu poate să „justifice” legea internă contrară. În orice situație el ar trebui să declare că legea internă contrară Convenției este inopozabilă părții care a invocat în fața sa violarea unui drept fundamental. Nu văd, de exemplu, cum ar putea judecătorul intern, în conformitate cu regulile sistemului juridic în care funcționează, să declare că statul posedă o marjă de apreciere a necesității ingerinței în sfera dreptului fundamental. Cu alte cuvinte nu văd cum ar putea să valideze, pe criterii de oportunitate (*e.g.*, proporționalitate sau necesitate), o lege internă contrară tratatului, care este, în sistemul său, *lex superior*.

Judecătorul european, în schimb, poate „menaja” legea internă aparent contrară Convenției, calificând-o ca o „măsură necesară într-o societate democratică”. El transformă astfel o virtuală violare a Convenției într-o restricție sau într-o derogare permisă de Convenție.

Aceste contraste antrenează probabil dificultăți considerabile în aplicarea uniformă a Convenției. Ele sugerează o aplicare a Convenției *à la carte*. Altfel spus, chiar și atunci când

⁷ Acest monopol al interpretării tratatului apropie poziția judecătorului de la Strasbourg de poziția judecătorilor curților constituționale, cei care posedă, de regulă, un monopol al interpretării constituțiilor statale, dar și de poziția judecătorului de la Luxemburg, cel care posedă în Uniunea Europeană monopolul interpretării tratatelor institutive.

⁸ Art. 9 alin. (3) din Noul Cod Civil rămâne pe aliniamentul acestei vechi ideologii: „Interpretarea legii de către instanță se face numai în scopul aplicării ei în cazul dedus judecării”.

⁹ Statutul legislației interne în fața judecătorului internațional a fost precizat de CPJI în cazul *Anumite interese germane în Silezia Superioară* din 1926.

este decis să aplice CEDO judecătorul intern nu o poate face în aceeași manieră în care o face Curtea de la Strasbourg.

II. O scurtă trecere în revistă a istoriei moderne a judecătorilor europeni de pe continent ar fi poate în măsură să lămurească și alte limite capacităților și ale competențelor judecătorilor naționali în sistemele juridice de *civil law* în care funcționează. Povestea judecătorului în aceste sisteme europene este povestea estompării și anihilării ”puterii” sale judiciare și, mai apoi, povestea încercărilor sale, odată încheiate marile codificări, de a reveni în prim plan. Este o poveste care acompaniază cealaltă poveste, uneori doar apăsătoare, alteori tenebroasă, a statului autoritar și a celui totalitar, modele politice pe care le-au traversat doar sistemele de *civil law*. Leagănul, sau dacă vreți, laboratorul transformării judecătorilor, a fost Franța¹⁰. Iar Franța a fost, și mai este încă, sursa principală a aculturațiilor noastre juridice, astfel că, *mutatis mutandis*, efectele, cel puțin, coincid. Acolo, în a doua jumătate a secolului al XV-lea, codificarea cutumelor a avut drept consecință principală instituirea interdicției pentru judecător de a admite proba unei cutume contrare cutumei codificate și a interdicției de a aplica o cutumă necodificată¹¹. Dintr-o perspectivă mai îngustă, acesta este începutul unui proces de simplificare a dreptului. El indică faptul că se instalase deja, progresiv, o anumită ostilitate față de juriști în general și în particular față de judecători și față de tehnicile lor „esoterice” care făceau dreptul inaccesibil pentru profani. Însă indică, în primul rând, preferința fără echivoc pentru legislație (dreptul produs în mod autoritar) în dauna dreptului cutumiar și a celui jurisprudențial (ambele moduri descentralizate de producție normativă).

În secolele al XVI-lea și al XVII-lea judecătorii sunt obligați să aplice dreptul regal (legislația) în mod strict (ca *jus strictum*) și le este interzis să interpreteze normele edictate. Interpretarea devine un privilegiu regal, în consecință judecătorul trebuia să solicite explicații regelui, prin *référé*, ori de câte ori era confruntat cu o problemă de interpretare a legislației sau a cutumelor codificate. Un al doilea privilegiu regal care apare în epocă, *casajia*, consolidează primatul puterii legislative a regelui asupra puterii de decizie a judecătorului. Prin *casajie*, regele poate desființa, nemotivat, orice sentință despre care crede că s-a îndepărtat de legislația sa¹².

Punctul culminant al aversiunii politice față de judecător îl marchează Revoluția franceză din 1789. Cuvintele lui Robespierre ilustrează perfect curentul de opinie dominant: „Acest cuvânt, jurisprudență, trebuie să dispară din limba noastră. Într-un stat care are o constituție și o legislație, jurisprudența tribunalelor nu poate fi decât legea. Astfel jurisprudența va fi întotdeauna identică”¹³. Recunoaștem aici utopia republicană a lui Montesquieu împinsă până la ultimele sale consecințe.

Iar în acest context ideologic lucrurile au evoluat firesc în direcția desființării științei dreptului. De exemplu, într-un proiect legislativ depus la Constituantă în 1790, un deputat propunea ca după realizarea codificării dreptului francez, să li se interzică avocaților să citeze în memoriile și pledoariile lor comentarii juridice, tratate de drept sau decizii judecătorești. Argumentele prezentate în procese trebuiau susținute exclusiv de normele legale. Un alt exemplu, tot din surse parlamentare, este denunțarea publică ca șarlatani a utilizatorilor „idiotului juridic” și interzicerea culegerilor de sentințe, a așa-numitelor „culegeri de

¹⁰ Frédéric Zenati, *La Jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p. 39.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Idem*, p. 40-2.

¹³ *Idem*, p. 47.

jurisprudență”¹⁴. Învățământul juridic dispare în Franța, e adevărat, pentru o scurtă perioadă de timp, iar publicațiile juridice necesare și suficiente erau culegerile legislative. Iar atunci când, sub Imperiu, învățământul juridic reappare, studenții sunt obligați să scrie cursuri după dictare, iar publicațiile profesorilor lor sunt cenzurate¹⁵.

După acest apogeu al legalismului utopic de la începutul secolului al XIX-lea, știința dreptului revine timid, însă o face în parametri sensibil modificați, deoarece concepția despre funcția judecătorilor și despre limitele în care trebuie să-și exercite aceștia competențele rămâne definitiv marcată de separatismul utopic al puterilor în stat, o concepție diferită de separația și echilibrul puterilor (*checks and balances*). Separatismul utopic blochează doctrina supremației dreptului (*rule of law*), iar societățile de pe continent rămân permanent expuse eventualelor abuzuri ale unor majorități parlamentare consolidate¹⁶. În fine, separatismul radical este încununat prin divizarea sistemului judiciar și instituirea jurisdicției administrative speciale. Acest fenomen reprezintă o negare directă a lui *rule of law*.

Până la urmă, funcția judiciară este redusă la rolul de a aplica legea „în mod automat”. Judecătorii națiunii trebuiau să devină, în termenii lui Montesquieu, „ființe fără suflet”.

Un asemenea parcurs istoric nu a rămas fără consecințe pentru judecătorii europeni: obediența necondiționată față de lege s-a transformat în obediență politică pur și simplu, sau în servilism extrem, iar sistemele proprii de valori și atitudinile epistemice personale s-au dizolvat în curente de masă. La mijlocul secolului trecut judecătorii din statele europene de *civil law* au atins cel mai jos prag moral posibil în exercițiul funcției lor¹⁷.

III. Rezultatul exercițiului „republican” al funcției judecătorești este de regulă o decizie judiciară concisă, restrânsă la un minimum de explicații și de trimiteri tehnice. Așa cum observa un comentator al jurisprudenței franceze de dată mai recentă, tribunalele „au obligația să discute *motivele* pe care le invocă părțile, nu și toate argumentele care susțin motivele”¹⁸. Ca formă, deciziile urmează modelul silogismului, în care premisa majoră este legea, premisa minoră faptul stabilit de judecător și concluzia este dispozitivul deciziei.

Această motivare sumară aparține culturii autoritare, caracteristică unui spectru larg de guvernări, de la cele republicane în stil francez, la cele totalitare. O decizie motivată sumar nu are prea multe de spus părților deși acestea ar putea pretinde judecătorului, în mod legitim, explicații. După unii, rostul motivării este acela de a facilita controlul hotărârilor judecătorești realizat de instanțele superioare, acolo unde există un astfel de control. Așa au gândit cei care în intervalul 1998-2000 au eliminat în România motivarea obligatorie a hotărârilor pronunțate de instanțele de fond¹⁹. După alții, motivarea este un demers necesar pentru ca tribunalele

¹⁴ F. Zenati, op. cit., p. 55, descrie fenomenul ca „utopie a absorbției totale a dreptului în lege”, preluând formula lui Bonnetcase, conform căruia „interpretarea legii a absorbit știința dreptului”.

¹⁵ Idem, p. 56.

¹⁶ De mai multe ori, din păcate, Curtea noastră Constituțională și-a împrumutat și ea vocea separatismului strict al puterilor în stat.

¹⁷ A se vedea, *inter alia*, Bernd Rüthers, *Dreptul degenerat – Teorii ale dreptului și juriști proeminenți în cel de-al Treilea Reich*, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2005.

¹⁸ Michel Troper, Christophe Grzegorzcyk, Jean-Louis Gardines, *Statutory Interpretation in France*, în *Interpreting Statutes*, D. Neil MacCormick, Robert S. Summers (eds.), Dartmouth Publishing Company, 1991, p. 185. Autorii subliniază că „sentințele anterioare nu îl obligă pe judecător deoarece, conform dogmei legalității, el nu poate substitui autorității legii (singura pe care trebuie să se sprijine motivarea) autoritatea altui judecător”.

¹⁹ O.G. nr. 13/1998 (M.Of. nr. 40 din 30 ianuarie 1998).

să-și poată menține propria practică judiciară. Iar pentru cei care susțin preeminența dreptului (*rule of law*) motivarea deciziilor judiciare reprezintă principala garanție contra arbitrarului puterii judecătorești. Motivarea legală reprezintă justificarea deciziei judecătorești. În afară de claritate și precizie o bună motivare trebuie să exprime și certitudine (prin calitatea raționamentelor) și imparțialitate.

Jerzy Wróblewski a formulat astfel întrebările la care trebuie să răspundă motivarea judecătorului de drept comun: „De ce este corectă decizia D?” sau „De ce decizia D este singura decizie care trebuie adoptată?”²⁰. Aceste întrebări sunt, fără îndoială, implicate în conceptul motivării judiciare.

Atunci când este chemat să exercite funcția de control în domeniul drepturilor fundamentale, de cele mai multe ori în materia unor drepturi care nu sunt inderogabile (*e.g.*, libertatea de expresie, dreptul la viață privată, respectul datorat bunurilor), judecătorul intern trebuie să răspundă și altor întrebări. În acest scop ar trebui să urmeze, deși nici o normă internă sau internațională nu impune o formă de *ratio decidendi*, modelul de analiză al Curții de la Strasbourg. Rațiunea pentru care trebui să urmeze modelul de analiză al Curții o reprezintă necesitatea armonizării celor două nivele de control. Acest model conduce, inevitabil, la o motivare de tip dizertație. O motivare diferită de motivarea tip silogism, o motivare *in extenso*, care indică o cultură a justificării caracteristică statelor conduse de *rule of law*, opusă culturii autoritare care tolerează justificarea sumară a deciziilor judecătorești²¹.

Așa cum s-a observat, jurisprudența Curții de la Strasbourg este una schematică. Este invariabil o analiză pe patru nivele, fiecare nivel succesiv trebuie parcurs atunci când se constată la primul nivel violarea dreptului fundamental și se constată că răspunderea statului nu a fost stabilită la nivelul imediat următor.

Primul nivel de analiză tranșează așadar chestiunea existenței violării unui drept protejat de Convenția europeană. La acest nivel analiza judecătorului european nu este diferită de analiza prin care un judecător intern stabilește faptele și aplicabilitatea unei norme de drept interne la faptele stabilite. De exemplu, judecătorul european constată că un spectacol de teatru a fost interzis de autoritățile naționale și constată că interdicția intră în câmpul de aplicare al primului alineat al articolului 10 din Convenția europeană.

Nivelul următor este impus de structura normei care protejează un drept fundamental susceptibil de restricții și/sau derogări. Acest nivel reprezintă prima dintre cele trei condiții pe care trebuie să le satisfacă o ingerință în sfera unui drept fundamental pentru a fi considerată licită. La acest nivel trebuie verificat dacă *ingerința este prevăzută de lege*. Aici Curtea de la Strasbourg a construit propria sa noțiune autonomă de „lege”. Această noțiune autonomă pune în discuție calitatea normei juridice interne care a prevăzut sau care a autorizat ingerința. Însă judecătorul român, ca și alți judecători din sistemele de *civil law* este un judecător legislativ, un judecător supus legii. Nici o normă juridică din sistemul în care funcționează nu-i permite să procedeze la o critică a legii care ar putea să conducă, eventual, la declararea unei norme legale ca fiind inopozabilă într-un caz dat. El este autorizat să exercite un control al normelor infra-legislative din perspectiva poziției lor ierarhice. Acest control urmărește conformitatea (materială și/sau formală) unei norme inferioare cu legea (control de legalitate) și se oprește la nivelul legii.

²⁰ Jerzy Wróblewski, *Motivation de la décision judiciaire*, în *La motivation des décisions de justice*, Ch. Perelman, P. Foriers (eds.), Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 120.

²¹ Jeffrey Jowell, *The Rule of Law and Its Underlying Values*, în *The Changing Constitution*, Jeffrey Jowell & Dawn Oliver (eds.), ed. 7, Oxford University Press, New York, 2011, p. 21.

Judecătorul de drept comun nu poate controla legea din perspectiva criteriilor de recunoaștere pe care le-a instituit Curtea de la Strasbourg. Conform Curții, legea internă trebuie să fie accesibilă, clară, precisă, iar consecințele ei trebuie să fie predictibile²². În consecință, din perspectiva acestui standard obligatoriu, dezvoltat de Curtea de la Strasbourg, judecătorul ar trebui să declare inopozabilă și să refuze să aplice orice lege internă care nu satisface standardul european. Am spus că judecătorul intern „nu poate controla legea”, nu doar pentru că nu este autorizat în mod expres să o facă, ci și pentru că nici în mod curent, și nici în mod excepțional, el nu a făcut niciodată asta.

Al treilea nivel de analiză al ingerințelor nu este mai puțin problematic pentru judecătorul nostru. Conform Convenției, la acest nivel el trebuie să controleze *scopul legitim* al normei juridice interne care a reprezentat „vehiculul ingerinței”. Tradițional, pentru judecător, aceasta este o analiză de oportunitate distinctă de analiza legalității. Distincția oportunitate/ legalitate s-a impus în dreptul nostru administrativ comunist, acolo unde controlul oportunității actelor administrative era prohibit. După schimbarea de regim politic, prin schimbarea legislației, controlul oportunității a reapărut, însă doar în cazul în care oportunitatea era, în sine, o condiție a legalității. De exemplu, atunci când legea internă pretindea ca autoritatea administrativă să respecte principiul proporționalității.

În fine, dacă ingerința a fost legală și a urmărit un scop legitim, mai rămâne de verificat, la cel de-al patrulea nivel de analiză, *necesitatea ingerinței într-o societatea democratică*. Aici judecătorul european are ca referință așa-numitul „standard european de societate democratică”²³. Pentru a putea aplica acest standard unui caz concret, în afară de o perfectă cunoaștere a jurisprudenței Curții, care nu este accesibilă în limba română (cu excepția hotărârilor care privesc România), judecătorul intern trebuie să posede o formație solidă în științele politice, sociologie, drept internațional și drept constituțional. Însă la noi aceste exigențe se plasează în contra curentului, deoarece organizarea noastră judiciară nu le pretinde judecătorilor o formare multidisciplinară, ci o specializare într-o singură ramură a dreptului intern.

În sistemul nostru juridic motivarea minimă legală este formulată de Codul de procedură civilă în termeni generali. Conform Codului, hotărârea judecătorească trebuie să cuprindă „motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților”²⁴. Codul de procedură penală este ceva mai precis, el impune, *inter alia*, analiza probelor „precum și analiza oricăror elemente de fapt pe care se sprijină soluția dată în cauză”²⁵. Nimic nu-l împiedică pe judecătorul național ca în motivarea concretă să se îndepărteze de motivarea legală minimă. În practică, acest fenomen este totuși extrem de rar. Pe de-o parte, volumul proceselor îl împiedică pe judecător să aplice argumentelor dezvoltate de părți un „tratament analitic”. Pe de altă parte, el nu posedă un aparat propriu de asistenți judiciari care să-i asigure documentarea necesară pentru o motivare de tip dizertație.

În fine, el trebuie să facă un salt de la limbajul lipsit de nuanțe al motivării silogistice, la un alt limbaj, care să-i permită să explice conflictul de valori sau motivele pentru care, de exemplu, o normă legală nu trebuie considerată „lege” conform criteriilor expuse în jurisprudența Curții de la Strasbourg. Un limbaj care trebuie, înainte de orice, să convingă.

²² *Sunday Times c. Regatul Unit*, hotărârea din 26 aprilie 1979, §49 și 51.

²³ *Florence Jacquenote*, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier I, 2006.

²⁴ Art. 261 alin. (1) pct. 5.

²⁵ Art. 356 lit. c).

Iată un exemplu relativ recent de analiză a judecătorului român în materia proprietății intelectuale pe care l-am găsit publicat în extras de o revistă juridică:

„Concordanțele filologice în privința infracțiunilor, jurisprudenței medicale veterinare, a expertizei medico-legale, respectiv a raportului de expertiză medico-legală veterinară (capitole considerate a fi plagiate) sunt firești, din moment ce inserarea unor cunoștințe medicale veterinare acceptate ca bun comun și a unor texte de natură legislativă, administrativă și judiciară nu se poate face decât folosind o exprimare standard, în afara căreia respectivele cunoștințe ar deveni inexacte. Atât limbajul medical, cât și limbajul juridic sunt caracterizate de uniformitate, ele neputând a fi folosite în mod diferit, ci reclamând o preluare întocmai de către utilizatori. Având în vedere natura celor două lucrări comparate, determinată de apartenența lor la categoria lucrărilor cu caracter științific în materia medicinei veterinare, se reține că în astfel de lucrări originalitatea este atenuată de forma de exprimare a ideilor sau de redare a informațiilor, ce conțin un limbaj de specialitate, aproape standardizat.

Originalitatea reprezintă un criteriu ce trebuie luat în considerare atât la stabilirea caracterului de operă protejabilă a unei lucrări scrise, cât și la analizarea caracterului licit al reproducerii, ea fiind determinată de forma de exprimare a ideilor. Cu cât ideea este mai tehnică, cu atât originalitatea este mai redusă și protecția juridică acordată mai slabă.

Din această perspectivă, Înalta Curte constată că, în cauză, sunt aplicabile dispozițiile art. 9 lit. b) din Legea nr. 8/1996, care scot de sub protecția legală a dreptului de autor «textele oficiale de natură politică, legislativă, administrativă, judiciară și traducerile oficiale ale acestora»²⁶.

Acest fragment mi se pare exemplar în măsura în care spune ceva mai multe despre autorii săi decât despre părțile din proces. Iar autorii/ judecătorii par la fel de străini de proprietatea termenilor cu care operează ca și de valorile pe care își imaginează că le susțin.

IV. Dacă vom cădea de acord că pentru judecătorul de drept comun este dificil să adopte și să justifice o decizie prin care să aplice direct CEDO, am putea totuși să presupunem că judecătorul constituțional se găsește plasat într-un context mai favorabil.

Dacă acceptăm că, prin natura sa, Curtea de la Strasbourg îndeplinește funcția unei curți constituționale, în măsura în care protecția drepturilor omului este o materie constituțională prin excelență, atunci, în principiu, judecătorul constituțional ar putea exercita mai ușor rolul principal în mecanismul de control al CEDO.

Este cunoscut că în cazul României (care a aculturat așa-numitul „model spaniol”) coexistă două tipuri distincte de control al respectării drepturilor omului care se raportează la standardele internaționale. În afară de cel exercitat de către instanțele de drept comun prin aplicarea directă a CEDO, în calitatea sa de tratat *self-executing*, mai există un control exercitat de Curtea Constituțională a României (CCR) prin efectul art. 20 alin. (1) din Constituție, care o obligă să investigheze dezvoltările nivelului de protecție și ale câmpului de aplicare al CEDO care apar în jurisprudența evolutivă a Curții de la Strasbourg. Prin aceste investigații judecătorul constituțional aliniază nivelul de protecție intern la cel internațional. Altfel spus, el trebuie să urmeze *acquis*-ul în materia drepturilor omului dezvoltat în plan regional sau în plan universal.

Deși Curtea Constituțională nu cuprinde judecători de carieră ale căror reflexe metodologice și al căror limbaj să fie marcate de tradiția motivării legale minime, jurisprudența ei

²⁶ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 8 din 11 ianuarie 2011, în Dreptul nr. 8/2011, p. 238-239.

este totuși departe de a fi armonizată cu jurisprudența Curții de la Strasbourg. De exemplu, la nivelul al patrulea de control, controlul necesității/ proporționalității poate fi contabilizat la rubricile de deficit, și asta nu doar în România²⁷. Și în Franța, *e.g.*, observatorii au constatat că atunci când Consiliul Constituțional analizează necesitatea, acesta se limitează să constate în ce măsură o anumită ingerință a statului este necesară sau nu pentru realizarea obiectivului avut în vedere. Judecătorii nu cercetează însă și dacă există și un alt tip de ingerință care să prejudicieze mai puțin exercițiul dreptului vizat²⁸. În aceeași ordine de idei, comentatorii care au analizat controlul de proporționalitate în activitatea curților constituționale din Europa au acuzat „caracterul extrem de lapidar al motivărilor”. Acesta nu poate rămâne fără efect asupra autorității epistemice a deciziilor și nu poate conduce la un control care să posede efectul echivalent al controlului european.

Faptul că nici judecătorul nostru de drept comun și, se pare, nici judecătorul CCR nu reușesc să constituie „prima linie de apărare a drepturilor omului” nu este un rău necesar sau un rău inevitabil. Modul în care se aplică un tratat este o chestiune de drept intern. Dacă dorim să se aplice altfel, schimbarea este ceva la îndemâna noastră, chiar dacă presupune un oarecare efort conceptual și mai multe exerciții de imaginație.

²⁷ *Elena Simina Tănăsescu*, Roumanie – Table ronde – Le juge constitutionnel et la proportionnalité în *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXV/2009, Economica & Presses Universitaires d’Aix Marseilles, Paris, 2010, p. 349 și *passim*.

²⁸ *Valérie Goesel-Le Bihan*, France – Table ronde – Le juge constitutionnel et la proportionnalité, în *Annuaire... cit.*, p. 1097 et seq.