

**Teodor Papuc** s-a născut în 1986, la Chișinău, Republica Moldova. În 2008 a obținut licența Facultății de Management (profilul Administrație publică) a Academiei de Studii Economice din București. În 2010 absolvă un program de masterat din cadrul Facultății de Științe Politice a S.N.S.P.A. București. În 2014 devine licențiat al Facultății de Drept a Universității din București, iar în iulie 2019 își susține teza de doctorat la Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, sub îndrumarea Profesorului Valentin Constantin.

În prezent este secretar-șef adjunct al Curții Constituționale a Republicii Moldova. A ocupat aceeași funcție în cadrul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova.

În 2017 a predat un curs de drepturile omului pentru programul de masterat al Facultății de Drept a Universității Libere Internaționale din Moldova. A fost formator la Institutul Național al Justiției din Republica Moldova, la disciplina *Drepturile Omului*.

A semnat mai multe traduceri în limba română din literatura juridică străină în Noua Revistă de Drepturile Omului și este unul dintre îngrijitorii volumului *Preeminența dreptului și controlul de constituționalitate între tradiție și modernitate* al Curților Constituționale de la București și Chișinău, publicat în 2018, la Editura Hamangiu din București.

Respectați drepturile de autor și

**Teodor Papuc**

## Principiul proporționalității

### Teorie și jurisprudența Curții de la Strasbourg

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României  
PAPUC, TEODOR  
Principiul proporționalității : teorie și jurisprudența Curții de la  
Strasbourg / Teodor Papuc. - București : Editura Solomon, 2019  
Conține bibliografie  
Index  
ISBN 978-606-8892-22-9

Editura Solomon

Tel.: 0722.358.750

E-mail:  
office@editurasolomon.ro  
redactie@editurasolomon.ro

Website:  
www.editurasolomon.ro  
www.s-drept.ro  
www.taxnews.ro



## Mulțumiri

Apariția acestei cărți se datorează în special contactului cu câțiva oameni binevoitori și de calitate, care m-au ajutat, fiecare în felul lui, și cărora le mulțumesc:

Profesorului Valentin Constantin, conducătorul meu de doctorat, în privința căruia gesturile recunoștinței mele vor fi întotdeauna puține, cel de la care am învățat foarte multe și care mi-a fost și-mi este model;

Domnului Ion Dumitrescu (1924-2018), fost Președinte al Așezământului cultural „Ion C. Brătianu”, fost procuror și avocat, colecționar de artă și de cărți vechi, care mi-a acordat o bursă în primul an de doctorat;

Domnilor Tudor Panțiru și Mihai Poalelungi, ex-Președinți ai Curții Constituționale a Republicii Moldova și ex-judecători ai Curții Europene a Drepturilor Omului, care mi-au dat, în calitatea lor de superiori ierarhici, la serviciu, multă libertate și care m-au încurajat în demersul meu științific;

Domnilor Gábor Attila Tóth (Alexander von Humboldt *Senior Fellow*, Berlin) și Lucian Bojin (lector în cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara), cu care am purtat discuții vii și interesante despre drept și, în special, despre tema proporționalității.

Le mulțumesc părinților mei, Mihai și Eugenia, care mi-au fost alături și m-au susținut.

De asemenea, îi mulțumesc doamnei editor Nicoleta Solomon și echipei sale pentru sugestiile legate de redactare.

editura solomon

Tel: 0725.356.750

E-mail:  
office@editurasolomon.ro  
redactie@editurasolomon.ro

Website:  
www.editurasolomon.ro  
www.s-drept.ro  
www.snews.ro

## Cuprins

Abrevieri.....	XI
Cauze citate .....	XIII
<b>Capitolul I. „O societate democratică efectivă și coerentă, guvernată de preeminența dreptului” .....</b>	<b>1</b>
Secțiunea 1. Democrația.....	2
Secțiunea a 2-a. Preeminența dreptului .....	5
Secțiunea a 3-a. Natura drepturilor garantate de Convenție.....	8
<b>Capitolul II. Reguli și principii.....</b>	<b>10</b>
Secțiunea 1. Cum se manifestă cele două tipuri de norme? .....	10
Secțiunea a 2-a. „Absolutismul” articolului 3 din Convenție.....	28
Secțiunea a 3-a. <i>Gäfgen v. Germania</i> în fața Marii Camere.....	33
Secțiunea a 4-a. Dilemele cauzei <i>Gäfgen</i> .....	40
Secțiunea a 5-a. Dilema lui Roscoe Pound.....	46
<b>Capitolul III. Câmpul de aplicare și structura drepturilor din Convenție .....</b>	<b>48</b>
Secțiunea 1. Incidența unui drept din Convenție – o condiție pentru efectuarea testului de proporționalitate .....	48
Secțiunea a 2-a. Cum interpretează Curtea drepturile din Convenție? .....	54
Secțiunea a 3-a. Inflația drepturilor la Strasbourg.....	59
<b>Capitolul IV. Afirmarea legalității .....</b>	<b>65</b>
Secțiunea 1. Condițiile principiului legalității.....	65
Secțiunea a 2-a. Existența efectivă a unei baze legale.....	68
Secțiunea a 3-a. Standardul calității legii .....	70
Secțiunea a 4-a. Devieri ale Curții în materia legalității ingerinței .....	83
Secțiunea a 5-a. Certitudinea juridică pusă în balanță.....	92

## Capitolul V. Testul scopului legitim și rezervele

### Curții de la Strasbourg..... 98

- Secțiunea 1. Identificarea scopului legitim al ingerințelor în exercițiul unui drept – prima etapă a testului de proporționalitate al Curții..... 99
- Secțiunea a 2-a. Scopurile legitime prevăzute de Convenție..... 104
- Secțiunea a 3-a. Scopurile legitime care pot fi deduse în baza Convenției..... 109
- Secțiunea a 4-a. Un test considerat superficial..... 112
- Secțiunea a 5-a. Un scop legitim cu o încălcătură deosebită: protecția moralei..... 114

## Capitolul VI. Ingerința necesară într-o societate democratică..... 118

- Secțiunea 1. Testul oportunității, testul necesității și testul proporționalității *stricto sensu*..... 118
- Secțiunea a 2-a. Testul necesității în concepția Curții de la Strasbourg..... 120
- Secțiunea a 3-a. Testul măsurilor mai puțin restrictive opozabil doar autorităților?..... 132
- Secțiunea a 4-a. Normele juridice rigide privite prin lentila testului necesității..... 136
- Secțiunea a 5-a. Testul oportunității raportat la standardele „necesității într-o societate democratică”..... 142
- Secțiunea a 6-a. Testul proporționalității *stricto sensu* la Strasbourg..... 150
- Secțiunea a 7-a. Formula ponderării la Robert Alexy..... 162
- Secțiunea a 8-a. Punerea în balanță și obligațiile pozitive..... 169
- Secțiunea a 9-a. Există o ierarhie a drepturilor omului în sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului?..... 173

## Capitolul VII. Proporționalitate și deferență la

### Curtea de la Strasbourg..... 180

- Secțiunea 1. Bazele deferenței manifestate de Curtea de la Strasbourg..... 183
- §1. Consensul european..... 184
- §2. Legitimitatea democratică..... 187
- §3. Expertiza autorităților naționale..... 188
- Secțiunea a 2-a. Deferența Curții analizată prin prisma testului clasic de proporționalitate..... 190

- Secțiunea a 3-a. Scopul legitim și legătura rațională dintre ingerința contestată și scop..... 192
- Secțiunea a 4-a. Necesitatea..... 194
- Secțiunea a 5-a. Proporționalitatea *stricto sensu*..... 197

## Capitolul VIII. Metoda proporționalității aplicată

### de câteva curți supreme și constituționale..... 201

- Secțiunea 1. Aculturația ideilor de drept constituțional..... 201
- Secțiunea a 2-a. Germania..... 204
- Secțiunea a 3-a. Canada..... 218
- Secțiunea a 4-a. Regatul Unit..... 229
- Secțiunea a 5-a. Franța..... 233
- Secțiunea a 6-a. România..... 242

## Capitolul IX. Criticile proporționalității..... 249

- Secțiunea 1. Principiul definirii extensive adoptate de interpreții normelor care enunță drepturi..... 249
- Secțiunea a 2-a. Pretinsa incomensurabilitate a principiilor..... 258
- Secțiunea a 3-a. Un pericol pentru preeminența dreptului?..... 263

## Capitolul X. Concluzii..... 275

### Bibliografie..... 289

### Indice de materii și de nume..... 305

## Capitolul I

### „O societate democratică efectivă și coerentă, guvernată de preeminența dreptului”

Regăsită în mai multe hotărâri ale Marii Camere<sup>1</sup>, expresia care dă titlul acestui capitol ilustrează obiectivul politic pe care s-au angajat să-l atingă statele membre ale Consiliului Europei și părți la Convenția Europeană a Drepturilor Omului („Convenția”). Deși, uneori, Curtea Europeană a Drepturilor Omului („Curtea”) pare să sugereze preponderența preeminenței dreptului, prin faptul că societatea democratică contribuie la realizarea acesteia<sup>2</sup> sau prin faptul că statele trebuie să se asigure că nu sunt subminate valorile de bază ale unei societăți democratice bazate pe preeminența dreptului<sup>3</sup>, în realitate conceptele sunt interdependente și la fel de importante. Democrația și preeminența dreptului sunt virtuțile societății europene. Ele alcătuiesc un scop complex, iar principiul proporționalității este unul dintre mijloacele cu care se poate ajunge la această destinație. Cel puțin așa consideră Curtea, impunându-le statelor membre această metodă de analiză a caracterului justificat al unei ingerințe în drepturile garantate de Convenție. Poziția Curții îi permite să exercite o influență covârșitoare în materie de constituționalism european<sup>4</sup>, iar principiul proporționalității este vârful de lance în demersul ei în materie de justificare a limitărilor drepturilor omului. De altfel, întreaga idee de constituționalism european are la bază existența și activitatea Curții, care armonizează, sub diverse aspecte, jurisprudențele naționale din domeniul

<sup>1</sup> Ca de exemplu: *Ždanoka v. Letonia* [MC], 16 martie 2006, § 103; *Karácsony și alții v. Ungaria* [MC], 17 mai 2016, § 141.

<sup>2</sup> *Winterwerp v. Olanda*, 24 octombrie 1979, § 39.

<sup>3</sup> *Vereiniging Weekblad Bluf! v. Olanda*, 9 februarie 1995, § 35.

<sup>4</sup> *Alec Stone Sweet*, *On the Constitutionalisation of the Convention. The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Selected works, Yale University, 2009, p. 1.

drepturilor fundamentale<sup>1</sup>. Este suficient să reproduc, pentru început, un considerent al judecătorilor ei exprimat într-o cauză recentă, *Solska și Rybicka v. Polonia*<sup>2</sup>, în contextul exhumării rămășițelor unor persoane decedate, împotriva voinței familiilor lor. Curtea a conchis că „legea poloneză nu a oferit garanții suficiente împotriva arbitrariului cu privire la ordonanța procurorului prin care s-a dispus exhumarea. *Legea națională nu a oferit un mecanism de verificare a proporționalității restricțiilor impuse drepturilor relevante* ale persoanelor vizate în baza articolului 8, ca urmare a emiterii ordonanței procurorului. În consecință, *reclamanții au fost privați de gradul minim de protecție la care erau îndreptățiți*” (s.m.).

Susțin, așadar, că democrația și preeminența dreptului sunt valorile care stimulează principiul proporționalității, fapt pe care îl voi demonstra făcând trimitere la jurisprudența relevantă a Curții de la Strasbourg.

## Secțiunea 1. Democrația

Ideea de democrație străbate întreaga Convenție. Mai întâi, Preambulul acesteia reafirmă atașamentul față de libertățile fundamentale pe care le garantează și care sunt menținute, în mod esențial, datorită existenței unui „regim politic cu adevărat democratic”. Apoi, clauzele limitative ale unor drepturi fac trimitere la caracterul necesar al măsurilor statale „într-o societate democratică”<sup>3</sup>.

Pe de o parte, democrația este singurul sistem politic acceptat de Convenție<sup>4</sup>, iar existența ei constituie o condiție prealabilă a aderării unui stat la acest tratat, deși există voci care susțin că multe dintre statele ei membre puteau fi catalogate drept cvasidemocrații la data aderării la Convenție, din cauza tradițiilor iliberale și a sistemelor slab dezvoltate de

<sup>1</sup> Georg Nolte, Introduction – European and U.S. Constitutionalism: Comparing Essential Elements, în Georg Nolte (ed.), European and US Constitutionalism, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 5.

<sup>2</sup> Hotărârea din 20 septembrie 2018, § 126.

<sup>3</sup> Articolul 6 (1), articolul 8 (2), articolul 9 (2), articolul 10 (2), articolul 11 (2) din Convenție; articolul 2 (3) din Protocolul nr. 4 la Convenție.

<sup>4</sup> *Partidul Comunist Unit al Turciei și alții v. Turcia* [MC], 30 ianuarie 1998, § 45.

protecție a drepturilor omului (în special cele care au făcut parte din fosta Uniune Sovietică, cu excepția statelor baltice)<sup>1</sup>.

De fapt, ca alte concepte și principii de drept constituțional – preeminența dreptului sau legitimitatea –, democrația este o chestiune de grad sau, cum s-a spus, democrația este „aspirațională”<sup>2</sup>.

Pe de altă parte, limitarea drepturilor din Convenție care suportă ingerințe poate fi justificată doar printr-un standard al necesității care își revendică, de asemenea, originea din „societatea democratică”<sup>3</sup>.

Democrația poate fi privită dintr-o perspectivă formală și dintr-una substanțială<sup>4</sup>. Concepția formală a democrației reduce democrația la regula majorității și pornește de la prezumția că minoritatea trebuie să accepte deciziile luate în mod democratic, chiar dacă votul ei este unul împotriva și chiar dacă deciziile majorității sunt nedrepte<sup>5</sup>. Cealaltă concepție privind democrația protejează în primul rând statutul egal al persoanelor și dreptul lor de a participa în procesul de luare a deciziilor și de a fi ascultați. Dworkin numește această concepție alternativă „concepția parteneriatului”. „Ea susține că democrația constituie guvernarea poporului ca întreg, care funcționează ca partenerii dintr-o asociere pentru autogovernare”<sup>6</sup>. Așadar, concepția parteneriatului include concepția formală a regulii majorității, dar mai include și limite pentru aceasta, limite relative

<sup>1</sup> Wojciech Sadurski, Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments, Human Rights Law Review, vol. 9, nr. 3/2009, p. 399, nota de subsol 6.

<sup>2</sup> Vezi Ronald Dworkin, Preeminența dreptului, în Benke Károly, Teodor Papuc (ed.), Preeminența dreptului și controlul de constituționalitate între tradiție și modernitate, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 189. De asemenea, vezi Gábor Áttila Tóth, Constitutional Markers of Authoritarianism, în Hague Journal on the Rule of Law, vol. 11, nr. 1/2019, p. 40.

<sup>3</sup> *Partidul Comunist Unit al Turciei și alții v. Turcia* [MC], 30 ianuarie 1998, § 45.

<sup>4</sup> Aharon Barak, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 216. Vezi și Gerhard van der Schyff, The concept of democracy as an element of the European Convention, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, vol. 38, nr. 3/2005, p. 356.

<sup>5</sup> Geranne Lautenbach, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, New York: Oxford University Press, 2013, p. 63.

<sup>6</sup> Ronald Dworkin, Ce este democrația?, Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2016, p. 102.

Respect pentru oameni și cărți

la drepturile minorităților, dată fiind egalitatea oamenilor și respectul datorat autonomiei lor<sup>1</sup>.

Adoptarea concepției parteneriatului este confirmată de către Curte în mai multe hotărâri. În general, formularea ei spune că:

„deși interesele individuale trebuie subordonate, cu anumite ocazii, celor de grup, democrația nu presupune, pur și simplu, faptul că viziunile majorității trebuie să prevaleze întotdeauna: trebuie asigurat mereu un echilibru care să ofere un tratament corect și adecvat pentru minorități și care să evite orice abuz de poziție dominantă”<sup>2</sup>.

Curtea invocă adesea, în sprijinul adoptării acestei concepții a democrației, „pluralismul, toleranța și spiritul deschis”<sup>3</sup>, luând adesea o poziție contramajoritară.

Există două posibilități de rezolvare a tensiunilor dintre interesele majorității și drepturile minorității care pot fi limitate, din perspectiva drepturilor minorităților garantate de Convenție. Statele pot face apel la articolul 17, un articol dedicat inamicilor democrației, care taie din start orice avânt al unui stat, al unui grup sau al unui individ care dorește să desfășoare o activitate sau să îndeplinească un act care urmărește distrugerea drepturilor sau a libertăților recunoscute de Convenție<sup>4</sup>. Cea de-a doua posibilitate constă în aplicarea testului de proporționalitate în baza clauzelor limitative ale acestor drepturi. Curtea menționează că,

„având în vedere legătura foarte clară dintre Convenție și democrație, nimeni nu trebuie autorizat să invoce prevederile Convenției pentru a slăbi sau distruge idealurile și valorile unei societăți democratice. Pluralismul și democrația se bazează pe un compromis care reclamă diferite concesiuni din partea indivizilor și a grupurilor de indivizi, care uneori trebuie să cadă de

<sup>1</sup> Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 65.

<sup>2</sup> *Gorzeliak și alții v. Polonia* [MC], 17 februarie 2004, § 90.

<sup>3</sup> *Handyside v. Regatul Unit*, 7 decembrie 1976, § 49.

<sup>4</sup> Articolul 17 este aplicabil pe o bază excepțională și în cazurile extreme. În cazurile de negare a Holocaustului, de exemplu, Curtea poate aplica articolul 17 direct, declarând o cerere incompatibilă *ratione materiae*, sau, dacă consideră aplicabil articolul 10, invocă articolul 17 la o etapă mai avansată, atunci când examinează caracterul necesar al ingerinței, luând o decizie de la caz la caz, care depinde de toate circumstanțele cauzei individuale. Vezi *Pastörs v. Germania*, 3 octombrie 2019, § 37.

acord în vederea limitării unor libertăți de care se bucură, pentru a garanta o mai mare stabilitate pentru țară ca întreg”<sup>1</sup>.

În *Leyla Şahin v. Turcia* [MC], Curtea a reținut următoarele:

„Pluralismul, toleranța și spiritul deschis sunt standardele «societății democratice». Deși interesele individuale trebuie subordonate, cu anumite ocazii, celor de grup, democrația nu presupune, pur și simplu, că viziunile majorității trebuie să prevaleze întotdeauna: **trebuie să se ajungă la un echilibru care asigură tratamentul corect și adecvat al membrilor minorităților și care evită orice abuz de poziție dominantă. Pluralismul și democrația trebuie să se bazeze pe dialog și pe spiritul de compromis, care presupune în mod necesar diferite concesiuni din partea indivizilor sau a grupurilor de indivizi care sunt justificate pentru a menține și pentru a promova idealurile și valorile unei societăți democratice. Atunci când aceste «drepturi și libertăți» se numără între cele garantate de Convenție sau de Protocoalele la aceasta, trebuie să se accepte că nevoia de a le proteja poate conduce la restrângerea de către state a altor drepturi și libertăți garantate în Convenție. În special această căutare constantă a unui echilibru între drepturile fundamentale ale fiecărui individ constituie fundamentul unei «societăți democratice»**” (s.m.)<sup>2</sup>.

Prin urmare, societatea pe care o descrie Curtea trebuie să fie produsul unor dezbateri și al unor concesiuni continue. Echilibrul, dialogul, compromisul și cultura justificării sunt mărci ale principiului proporționalității, care asigură dezideratul societății democratice în Europa drepturilor omului. Curtea derivă, așadar, principiul proporționalității inclusiv din ideea de democrație.

## Secțiunea a 2-a. Preeminența dreptului

Tom Bingham, fost Președinte al Curții Supreme a Regatului Unit, identifică într-o carte de referință în lumea universitarilor britanici<sup>3</sup> elementele preeminenței dreptului. În primul rând, legile trebuie să fie accesibile, clare și predictibile. În al doilea rând, ele trebuie să se aplice în

<sup>1</sup> *Refah Partisi (the Welfare Party) și alții v. Turcia* [MC], 13 februarie 2003, § 99.

<sup>2</sup> Hotărârea din 10 noiembrie 2005, § 108.

<sup>3</sup> *Tom Bingham, The Rule of Law*, London: Penguin books, 2011.

mod egal tuturor, cu excepția situațiilor în care există deosebiri obiective care justifică diferențierea. În al treilea rând, miniștrii și funcționarii publici de la toate nivelele trebuie să-și exercite competențele cu bună-credință, în mod corect și rezonabil, în scopul în care le-au fost acordate, fără să depășească limitele lor. Apoi, dreptul trebuie să ofere o protecție adecvată drepturilor omului. Trebuie asigurate mijloace de soluționare a litigiilor civile *bona fide*, pe care părțile nu le pot soluționa singure, fără vreun cost prohibitiv sau vreo întârziere excesivă. Procesele judiciare gestionate de către stat trebuie să fie echitabile. În fine, statul trebuie să-și respecte obligațiile internaționale, pe plan extern și intern.

În lista acestor criterii, se face remarcată ideea de protecție adecvată a drepturilor omului. Existența acestui element în conținutul preeminenței dreptului este contestată<sup>1</sup>. Ca în cazul conceptului de democrație, există în privința preeminenței dreptului o opoziție între concepția formală și concepția substanțială<sup>2</sup>. *Concepția formală* scoate în evidență autoritatea textelor normative și nu ține cont de caracterul just al legilor. *Concepția substanțială* își are sursele în ideea de demnitate umană<sup>3</sup> și nu își imaginează preeminența dreptului fără protecția drepturilor omului.

Așadar, concepția formală presupune o definiție restrânsă a preeminenței dreptului. Preeminența dreptului se limitează, astfel, la principiul legalității. Concepția substanțială pretinde o definiție cuprinzătoare a preeminenței dreptului care include, între alte principii, drepturile omului și dreptatea<sup>4</sup>.

Din perspectiva Convenției Europene a Drepturilor Omului, preeminența dreptului și drepturile omului sunt strâns legate. Preambulul Convenției subliniază că aceasta a fost concepută din „dorința statelor

<sup>1</sup> *Joseph Raz*, The Rule of Law and its Virtue, Law Quarterly Review, vol. 93, nr. 2/1997, p. 208.

<sup>2</sup> *T.R.S. Allan*, Democracy, Legality, and Proportionality, în *Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber* (ed.), Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, Cambridge University Press, 2014, p. 205. Vezi, în special, *Ronald Dworkin*, Preeminența dreptului, op. cit., p. 189.

<sup>3</sup> Cu privire la ideea de demnitate umană în jurisprudența Curții Europene, și ea un reper al interpretării judecătorilor de la Strasbourg, vezi *Jean-Paul Costa*, Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, în *Christopher McCrudden* (ed.), Understanding Human Dignity, Proceedings of the British Academy 192, London: Oxford University Press, 2013, pp. 393-402.

<sup>4</sup> *Geranne Lautenbach*, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, op. cit., p. 21.

membre care, animate de același spirit și având un patrimoniu comun de idealuri și de tradiții politice, de respect al libertății și de preeminență a dreptului, au luat primele măsuri pentru garantarea colectivă a anumitor drepturi enunțate în Declarația Universală a Drepturilor Omului”.

Din jurisprudența Curții decurge ideea că anumite drepturi și-ar avea sursa direct în principiul preeminenței dreptului. Drepturile procedurale ca dreptul la un proces echitabil, *nulla poena sine lege*, aspectele procedurale ale dreptului la viață și ale dreptului de a nu fi supus relexor tratamente reprezintă implementarea principiului preeminenței dreptului în Convenție. Fără drepturile procedurale, protecția drepturilor substanțiale ar fi iluzorie.

Curtea a reținut că dreptul de acces la un tribunal<sup>1</sup>, care este un drept procedural, nu este absolut. Prin urmare, acesta poate fi limitat. Limitarea sa poate avea loc cu respectarea principiului proporționalității. În *Ashingdane v. Regatul Unit*<sup>2</sup>, Curtea a notat că limitările acestui drept sunt permise în mod implicit, de vreme ce dreptul de acces la un tribunal reclamă, prin chiar natura lui, reglementarea sa de către stat, reglementare care poate varia în timp și spațiu potrivit nevoilor și resurselor comunității sau ale indivizilor. Totuși, limitările trebuie să urmărească realizarea unui scop legitim și să asigure o relație rezonabilă de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul care trebuie realizat. Așadar, preeminența dreptului pretinde ca limitarea unui drept pe care ea îl presupune să aibă loc cu respectarea principiului proporționalității.

O altă explicație care arată legătura dintre proporționalitate și preeminența dreptului și pe care o găsesc convingătoare este imparțialitatea ca stare de spirit obligatorie pentru judecători<sup>3</sup>. Imparțialitatea judiciară reprezintă o condiție esențială a preeminenței dreptului. Imparțialitatea presupune faptul că judecătorii trebuie să manifeste deschidere față de interesele tuturor părților interesate. În *Strand Lobben și alții v. Norvegia* [MC]<sup>4</sup>, de exemplu, Curtea a condamnat statul reclamat pentru că procesul de luare a deciziei privind darea spre adopție a unui copil nu s-a desfășurat de o manieră care să asigure luarea corectă în considerare a

<sup>1</sup> Drept recunoscut prin hotărârea *Golder v. Regatul Unit*, 21 februarie 1975.

<sup>2</sup> Hotărârea din 28 mai 1985, § 57.

<sup>3</sup> *Luc B. Tremblay*, Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle, European University Institute Working Paper LAW 2009/04, p. 7.

<sup>4</sup> Hotărârea Marii Camere din 10 septembrie 2019.

tuturor viziunilor și intereselor reclamanților. Astfel, procedura în discuție nu a fost însoțită de garanții comensurabile cu gravitatea ingerinței și cu importanța intereselor în discuție. Modelul proporționalității satisface exigențele imparțialității. Ultima sa etapă, punerea în balanță, cântărește revendicările, interesele, viziunile și perspectivele relevante ale fiecărei părți.

### Secțiunea a 3-a. Natura drepturilor garantate de Convenție

Convenția conține în mare parte, asemenea declarațiilor de drepturi din constituțiile naționale, o listă de drepturi redactate la modul general, vag. Ele sunt „compromisuri de formă dilatorie”<sup>1</sup> ale părinților fondatori ai Convenției, care au amânat soluționarea problemelor privind definirea drepturilor. Această tehnică, denumită în rândul cercetătorilor dedicați „amânare de ordin constituțional”<sup>2</sup>, le lasă judecătorilor sau autorilor de amendamente, iar în cazul Convenției și autorităților naționale, libertatea de a stabili la modul concret conținutul anumitor prevederi. Amânarea se explică adesea prin lipsa unui acord între părinții fondatori. O dovadă ar fi faptul că a fost foarte dificil să se ajungă la o înțelegere privind formularea dreptului de proprietate la data redactării Convenției. A fost una dintre prevederile lăsate pentru a fi definitive în Primul Protocol. Textul Convenției a fost un compromis între reprezentanți a două tradiții juridice divergente: una care dorea ca textul să conțină principii vaste, cealaltă care urmărea ca prevederile ei să fie cât mai detaliate posibil<sup>3</sup>. Reprezentantul Belgiei, De la Vallée Poussin, spunea, în cadrul lucrărilor de redactare a Convenției, următoarele:

„Chiar și o Convenție incompletă ar putea oferi un serviciu util, până la adoptarea uneia mai bune (...). Drepturile enumerate în proiectul Adunării, inclusiv regulile generale care guvernează limitarea lor, au pentru Europa vestică o semnificație suficient de precisă pentru a le lăsa statelor semnatare, fără vreo dificultate în privința controlului internațional,

<sup>1</sup> Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham, 2008, p. 85 (*Verfassungslehre* a fost publicată prima dată în 1928).

<sup>2</sup> Rosalind Dixon, *Constitutional Design Deferred*, University of New South Wales Law Research Series, vol. 63, 2018, p. 1.

<sup>3</sup> Susan Marks, *The European Convention on Human Rights and its ‘Democratic Society’*, *British Yearbook of International Law*, vol. 66, nr. 1/1996, p. 214.

sarcina stabilirii condițiilor pentru exercițiul acestor drepturi, iar apoi sarcina protejării lor în ordinea juridică națională”<sup>1</sup>.

În același timp, există clauze limitative care le permit statelor restrângerea exercițiului unor drepturi și libertăți. Și acestea sunt redactate la modul general. În mod inevitabil, apare problema modului în care trebuie reconciliate aceste coliziuni<sup>2</sup>. Pot exista, de asemenea, dileme cu privire la (1) întinderea unui drept garantat de Convenție și (2) întinderea unui interes legitim pentru a cărui realizare poate fi limitat dreptul. Analiza proporționalității reprezintă o metodă care ajută la elucidarea acestora. Ea trebuie să devină un reflex în vederea garantării efective a drepturilor omului. Voi dezvolta acest aspect în capitolul următor.

<sup>1</sup> A.W. Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, 2004, p. 693.

<sup>2</sup> Bernhard Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, nr. 2/2012 p. 295.



## Capitolul II

### Reguli și principii

#### Secțiunea 1. Cum se manifestă cele două tipuri de norme?

Într-o intervenție din cadrul unei conferințe științifice din 1940, Roscoe Pound, fost decan la Harvard Law School, a adus în discuție o întâmplare care i-a atras atenția cu câțiva ani înainte, pe când vizitase India britanică<sup>1</sup>. Era la terasa unui hotel din Benares (astăzi, Varanasi) – unul dintre cele mai vechi orașe și un nod religios important al Indiei –, împreună cu un judecător hindus. Acest judecător hindus avea competența de a judeca anumite tipuri de infracțiuni și se simțea foarte prost atunci. „Arăta foarte șifonat”, spunea Roscoe Pound.

Cazul pe care trebuia să-l judece și care îl puna într-o situație stânjenitoare avusese loc în perioada în care se oficia procesiunea Mohurrum, o sărbătoare a religiei mahomedane. În timpul procesiunii Mohurrum, credincioșii izolează o parte a orașului și nu permit nimănui să pătrundă, cu excepția mahomedanilor din împrejurimi, pentru că mahomedanii și hindușii intră frecvent în conflict cu această ocazie. Fiecare mahomedan care își permite montează o mică scenă decorată. Ceilalți stau de-a lungul străzii pe din părți și se aliniază într-un număr de la trei la cinci, autoflagelându-se și strigând toată ziua „Va Hassan” și „Ya Hussein”, în cinstea celor doi mari martiri mahomedani. Această procesiune durează aproximativ douăsprezece ore.

Exista o prevedere legală care incrimina grav fapta persoanei sau a persoanelor de a traversa strada prin fața procesiunii Mohurrum mai aproape de cincizeci de metri, dar și o altă prevedere care incrimina orice zgomot lipsit de necesitate, pe durata procesiunii. Mai exista o prevedere în aceeași lege care stabilea că brigada antiincendiu are prioritate, existând o pedeapsă destul de mare pentru cine ar interfera cu această

<sup>1</sup> Roscoe Pound, Survey of the Conference Problems [comments], University of Cincinnati Law Review, vol. 14, nr. 2/1940, pp. 324-342.

sarcină a pompierilor. S-a întâmplat ca pe măsură ce procesiunea Mohurrum să se apropie de o intersecție, să sune alarma. Pompierii claxonau, iar sirena suna, sub diferite registre, sporind zgomotul general. Acest fapt i-a supărat pe mahomedani atât de mult, încât au sărit pe mașina pompierilor, încercând s-o răstoarne, în timp ce hindușii s-au simțit obligați să intervină și au intrat în rândurile procesiunii. Pompierii au ieșit, într-un final, din mulțime, iar procesiunea a continuat. În ziua următoare, mahomedanii l-au chemat în judecată pe căpitanul pompierilor și pe 12 cetățeni hinduși pentru că au încălcat limita de cincizeci de metri impusă de procesiunea Mohurrum și pentru că au provocat un zgomot lipsit de necesitate. În același timp, hindușii au chemat în judecată 12 mahomedani din Benares pentru ingerința în competența legală a pompierilor de a înlătura situațiile de urgență.

„Acum”, spuse bietul judecător hindus, „mă aflu într-o situație stânjenitoare. Mahomedanii cred că am o prejudecată în ceea ce-i privește și că nu vor avea parte de un proces corect. Hindușii mă suspectează, spunând că mi-e frică că voi fi acuzat că-i avantajez pe hinduși, iar britanicii mă suspectează pentru că sunt un băștinaș; ei ne suspectează, de fapt, pe toți”.

Pound l-a întrebat care îi sunt argumentele. „Ei bine”, îi răspunse judecătorul, „pompierii susțin că siguranța publică este legea supremă, prin urmare norma legală care le acordă prioritate în caz de incendiu ar trebui să prevaleze. Pe de altă parte, mahomedanii susțin că obligația noastră față de Dumnezeu și față de sufletele noastre nemuritoare sunt cele mai importante lucruri de pe pământ, iar legea Profetului nu poate fi ignorată doar pentru că trebuie să stingi un incendiu”.

Atunci, Pound l-a întrebat dacă acolo era în vigoare *common law*-ul Angliei. „Da”, i-a răspuns, „cu excepția situațiilor în care există o prevedere legală contrară”. Profesorul i-a reamintit că există o regulă de *common law* potrivit căreia, în cazul în care avem prevederi contradictorii în legi, ultima adoptată este cea care prevalează, pentru că este prezumată că reprezintă ultima voință a legislatorului.

Să presupunem că prevederile legale care vin în conflict și care fac parte din același act normativ au fost adoptate concomitent. Cum trebuie rezolvat conflictul?

Situații de acest tip apar în mod periodic, în diferite regiuni ale lumii. Strada Bar-Ilan din Ierusalim, de exemplu, a căpătat caracteristicile unui concept social care reflectă o dispută politică adânc înrădăcinată între ultraortodocși și publicul laic din Israel. Dezbaterea nu se limitează la problema libertății de circulație pe strada Bar-Ilan, de Sabbath. În esență,