

## Câteva reflecții despre Convenția Europeană a Drepturilor Omului – și despre drepturile omului <sup>1</sup>

Sir Gerald Gray Fitzmaurice (1901-1982) s-a născut în familia vice-Amiralului Sir Maurice Swynfen Fitzmaurice. A fost consilier juridic al Ministerului de Externe britanic (*Foreign Service*) între 1945 și 1953, perioadă în care și-a lăsat puternic amprenta în poziția Regatului Unit exprimată la negocierea mai multor tratate internaționale. Din 1948 și până în 1954, a fost consilier al Regatului Unit la Curtea Internațională de Justiție de la Haga. Este numit judecător al acestui tribunal în 1960, mandatul său încheindu-se în 1973.

A devenit judecător al Curții Europene a Drepturilor Omului în 1974, tribunal pe care l-a părăsit în 1980, înainte de termen, din cauza unor divergențe de opinie, de principiu, cu majoritatea judecătorilor Curții, în materie de interpretare a Convenției Europene. Sir Gerald Fitzmaurice nu era de acord cu activismul Curții, așa cum se poate vedea în opiniile lui separate la hotărârile *Golder v. Regatul Unit* (1975), *Tyrer v. Regatul Unit* (1978), *Marckx v. Belgia* (1979) sau *Guzzardi v. Italia* (1980). Esența convingerilor sale juridice poate fi desprinsă mai ales din opinia separată la hotărârea *National Union of Belgian Police v. Belgia* (1975), unde afirmă următoarele:

„(i) Obiectul și scopul unui tratat nu sunt chestiuni care există *in abstracto*: ele urmează forma și sunt strâns legate de intenția părților, așa cum este exprimată în textul tratatului sau așa cum poate fi dedusă din acesta. Intenția este singura sursă a obiectului și a scopului unui tratat. Mai mult, Convenția de la Viena stabilește ca regulă primară, chiar dacă supusă unor condiții, interpretarea *potrivit sensului obișnuit care*

---

<sup>1</sup> Traducere de Valentin Constantin și Teodor Papuc. Textul lui Sir Gerald Fitzmaurice a fost publicat sub titlul *Some Reflections on the European Convention on Human Rights and on Human Rights*, în R. Bernard, W.K. Geck, G. Jaenicke, H. Steinberger (ed.), *Völkerrecht als Rechtsordnung. Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 1983, pp. 203-219.

*urmează să fie atribuit termenilor tratatului.* Așa cum am subliniat cu o altă ocazie, adevărata *raison d'être* a regulii interpretării textuale a unui tratat constă chiar în faptul că se presupune că intenția părților este exprimată, sau cuprinsă, sau derivată din textul pe care acestea l-au conceput și nu poate fi căutată, în mod legitim, în altă parte, cu excepția unor circumstanțe speciale. *A fortiori*, ea nu poate fi introdusă ulterior sub pretextul unui obiect și al unui scop care nu au fost avute în vedere la momentul conceperii tratatului. Din acest motiv, este clar că Convenția de la Viena recunoaște în mod implicit elementul intenției, deși nu-l menționează expres.

(ii) Nu contest ideea că Convenția Europeană, ca orice alt tratat creator de drept, manifestă un aspect constituțional deși [...] chiar dacă privită ca o constituție, Convenția ar trebui interpretată de o manieră conservatoare, nu extensivă. Dar ceea ce consider imposibil de acceptat este sugestia implicită că, pentru că ea manifestă un aspect constituțional, pot fi ignorate sau eliminate regulile obișnuite de interpretare a tratatelor în vederea promovării unui obiect și a unui scop care nu au fost urmărite de părți. O asemenea opinie trece cu vederea faptul evident că, chiar în cazul constituțiilor ca atare și chiar permițând tratamente interpretative diferențiate între tratate și constituții [...], există reguli de interpretare aplicabile constituțiilor, iar aceste reguli au, în mare măsură, un caracter foarte asemănător cu cel al interpretării tratatelor. Astfel, tribunalele naționale vor interpreta constituțiile naționale sau actele legislative adoptate în baza acestora cu trimitere [...] la intențiile legislativului sau la cele ale părinților fondatori ai constituției, în sensul în care vor fi respinse interpretările care nu au fost avute în vedere de aceștia sau care nu se încadrează în câmpul clauzei legislative sau al prevederii constituționale în discuție. Mai mult, cel puțin în toate țările în care există o constituție scrisă, una din competențele tribunalelor este să declare „neconstituționale” actele executivului sau ale legislativului care sunt considerate contrare sau incompatibile cu litera sau cu spiritul constituției, ceva care ar fi greu de realizat fără să se țină seama de factorul „intenției”.

Nu sugerez că un tratat cum este Convenția Europeană a Drepturilor Omului ar trebui interpretat de o manieră foarte restrictivă, că nu ar trebui să aibă parte de o interpretare liberală rezonabilă care să țină cont de schimbările sau de evoluțiile manifeste din climatul de opinie care a apărut după intrarea în vigoare a Convenției. Însă este o chestiune diferită de subordonarea față de politica susținută într-o pledoarie recentă din fața Curții, în care vorbitorul și-a încheiat observațiile afirmând următoarele: „Conchid spunând că dreptul reprezintă întotdeauna instrumentul politicilor publice”. Chiar admițând faptul că această observație este citată aici în afara contextului imediat, o asemenea concluzie este periculoasă atât timp cât nu este calificată cu atenție, - pentru că dacă este luată literal și la modul general, ar părea să justifice excesele tribunalelor, comise în realizarea politicilor unora dintre cele mai aspre tiranii din istorie. În opinia mea, integritatea dreptului pretinde ca tribunalele să nu-l aplice nici ca pe un instrument, nici ca pe un creator de politici, ci în conformitate cu propriile lor standarde și reguli profesionale.”

„Câteva reflecții...” este unul din ultimele texte scrise de Sir Gerald Fitzmaurice. Publicat în 1983, într-un volum în onoarea lui Hermann Mosler, acest eseu susține o teorie cunoscută în prezent în literatura de drepturile omului sub denumirea de „inflație a drepturilor”<sup>2</sup>. Eseul lui Sir Gerald Fitzmaurice abordează, între altele, și teme dezbătute de curând între lordul Sumption, fost judecător al Curții Supreme a Regatului Unit, și Robert Spano, noul Președinte al Curții Europene a Drepturilor Omului.<sup>3</sup>

***Teodor Papuc***

2 George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 126-130.

3 [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20200220\\_Spano\\_Lecture\\_London\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200220_Spano_Lecture_London_ENG.pdf)

Notă: Inițial am vrut să ofer, ca o contribuție pentru *Festschrift*-ul judecătorului Mosler, câteva comentarii despre bine-cunoscuta hotărâre a Curții Europene a Drepturilor Omului, pronunțată în cazul *Sunday Times (Talidomida)*, în aprilie 1979, în care am participat ambii, deși motivați de convingeri diferite. Mi s-a părut că acest fapt este acceptabil, având în vedere că niciunul din noi nu mai este membru al Curții; că a mai trecut timp de la pronunțarea hotărârii; și că s-a ajuns la un vot strâns de unsprezece la nouă, fapt care putea conduce lejer la rezultatul contrar – dacă lucrurile s-ar fi aranjat altfel – sau la un rezultat egal de zece la zece, caz în care soluția nu ar fi fost diferită – ci ar fi rămas încă strânsă, pentru că ar fi depins de votul hotărâtor al Președintelui. Mai mult, a fost un caz în care nu mi-am respectat practica uzuală de membru al minorității, aceea de a scrie o opinie individuală separată sau disidentă. A fost un caz în care am renunțat deși am pregătit una, pentru a nu diminua ponderea a ceea ce ar fi reprezentat, altfel, o viziune minoritară unanimă unică, la care au subscris nouă judecători ai Curții.

Totuși, atunci când am ajuns să scriu această contribuție, am considerat că ar fi necesar să-mi prefățez remarcile pe care le-am pregătit cu câteva observații despre drepturile omului ca atare, despre caracterul Convenției Europene a Drepturilor Omului și despre felul în care Strasbourg-ul o interpretează. Până să ajung aici, am constatat că, de fapt, „coada conduce câinele”, și că nu dispun nici de spațiul, nici de timpul, nici de energia necesară pentru ceea ce urmăream inițial și că, prin urmare, trebuie așteptată o altă ocazie – dacă va mai apărea vreuna.

1. Datorită modului în care este concepută, Convenția Europeană a Drepturilor Omului se pretează la o metodă de interpretare care face posibilă aplicarea unor prevederi de o manieră care amestecă două categorii de acte destul de diferite din punct de vedere conceptual, ambele tratate ca încălcări ale drepturilor omului. Le tratează pe toate ca aflându-se pe același plan – retrogradând așadar adevăratele probleme ale drepturilor omului, în sensul istoric adecvat al expresiei, la nivelul a ceea ce reprezintă simple chestiuni socio-economice, în timp ce le ridică pe cele din urmă la un nivel ideatic care nu le aparține, în mod intrinsec. De exemplu, interzicerea torturii reprezintă, indubitabil, o chestiune de drepturi ale omului *stricto sensu*, pe când înregistrarea nașterilor copiilor ilegitali sau legitimi nu reprezintă așa ceva – pentru că vizează o chestiune de drepturi civile. Să tratezi asemenea categorii de chestiuni radical diferite ca încăpând toate sub aceeași umbrelă echivalează cu a introduce o denaturare în inima Convenției – o denaturare pe care o interpretare mai restrânsă a prevederilor ei, decât cea care a avut loc, ar fi contribuit la remedierea situației.

2. Mai rău încă, nu doar că această abordare tinde spre o asimilare a ceea ce constituie, în fond, categorii separate de acte sau de măsuri, calificate toate ca violări ale Convenției, ci, în plus, toate violările Convenției sunt tratate ca fiind, de principiu, de o gravitate egală. Orice sistem național de drept distinge între crimele grave și cele mai puțin grave, atunci când fixează tipul și gradul sancțiunilor sau ale pedepselor care trebuie aplicate. Dar, indiferent dacă este un caz de tortură – sau dacă este cazul unei simple încălcări a drepturilor civile interpretate ca drepturi pe care Convenția le protejează – tot ceea ce poate face Curtea, dacă constată existența unei încălcări, este s-o declare, – *i.e.* să constate că Guvernul sau autoritatea vizată încalcă Convenția. Într-adevăr, prin articolul 50 – dar

numai în cazurile în care dreptul național al statului condamnat nu permite repararea adecvată – Curtea trebuie să-i acorde părții lezate, „dacă este cazul”, „o satisfacție echitabilă”. Dar ce „satisfacție echitabilă” poate exista pentru a compensa moartea unui om, sau desfigurarea sa pe viață, sau închiderea acestuia timp de douăzeci de ani într-un lagăr de concentrare?

3. În practică, Curtea poate dispune uneori o specie de *restitutio in integrum* sau o acțiune precisă acolo unde, de exemplu, o persoană a fost concediată din postul ei sau evacuată dintr-o locuință, prin încălcarea unei prevederi a Convenției, – altfel, tot ceea ce poate acorda ea constă în despăgubiri materiale în calitate de compensații, a căror sumă poate varia în funcție de gravitatea încălcărilor – însă mai rămân încălcări pe care nicio despăgubire materială nu le poate compensa. O asemenea situație este, desigur, într-o măsură considerabilă inevitabilă, atunci când părțile condamnate sunt state care nu pot fi constrânse. Chiar și așa, eșecul total al Convenției de a distinge între ceea ce este serios și ceea ce – relativ vorbind – nu este, constituie un defect grav al sistemului pe care l-a instituit – un defect pe care metoda de interpretare adoptată nu este făcută să-l reducă.

4. Dacă s-ar avea în vedere evoluția conceptului de drepturi ale omului în lumina marilor instrumente istorice și declarații care au fixat evoluția sa în ultimii 500 de ani, cum sunt cele trecute în nota de subsol<sup>4</sup>, este evident că, deși există referiri ocazionale la chestiuni mai neînsemnate, preocuparea lor principală au reprezentat-o, *grosso modo*, chestiunile importante care privesc drepturile omului și libertățile fundamentale; dreptul la viață, la libertate și la securitate al persoanei; interzicerea sclaviei sau a altor forme de servitute sau a muncii forțate; libertatea de conștiință și de religie; demnitatea persoanei; libertatea față de arestările arbitrare și față de încarcerarea *incommunicado*<sup>5</sup>; guvernarea prin consimțământ și limitarea suveranității absolute; egalitatea în fața legii și dreptul la un proces echitabil; imunitatea față de persecuții și tratamentele crude, sau inumane, sau degradante.

5. În urma Războiului din 1939-1945 și dată fiind natura evenimentelor din deceniul precedent și a celor care au avut loc în timpul războiului, într-o mare parte a Europei și sub o varietate de regimuri politice și sociale, ceea ce persista în conștiința publică, atunci când era vorba despre încălcări ale drepturilor omului și ale libertăților fundamentale și, cu certitudine, în conștiința guvernelor care au proiectat instrumente cum sunt Convenția Europeană era, dincolo de toate, caracterul crud, sau inuman și degradant al măsurilor și al practicilor vizate, împreună cu exterminarea, cu uciderile în masă, cu deportările și cvasi-sclavia din închisori și din lagărele de concentrare. Acestea erau lucrurile care trebuiau să înceteze și a căror reparație nu trebuia permisă, – și acest context a fost avut în vedere,

4 Confirmația lui Alfonso al IX-lea al Spaniei (1188) din seriile de drepturi instituite de Curțile lui Leon; Magna Carta (1215); Petiția engleză a Drepturilor (1628) și Declarația Drepturilor (1689); Habeas Corpus din 1640 și cu mult mai vechiul *Writ*; Declarația Drepturilor din Virginia și Declarația americană de Independență (1776), împreună cu amendamentele inițiale la Constituția Statelor Unite; Declarația franceză a Drepturilor Omului (1789); „Declarația drepturilor internaționale ale omului”, adoptată de *Institut de Droit International* în 1929; și apoi, la sfârșitul celui de-al Doilea Război Mondial, Carta de la Nuremberg și Actul Comisiei Aliate de Control, care definesc crimele împotriva umanității – ultimele două datorându-se evenimentelor din perioada Războiului și din perioada imediat anterioară acestuia.

5 Interdicția persoanei încarcerate de a comunica cu alte persoane (n.tr.).

nu cel al drepturilor politice, civile<sup>6</sup>, sociale sau economice. Bineînțeles, și aceste alte drepturi trebuiau protejate, dar ca un exercițiu separat.

6. Deși diferența este estompată în mod considerabil, existența sa de principiu a fost recunoscută și tratată în lucrările Națiunilor Unite în materia drepturilor omului. Preambulul Cartei menționează între „Scopurile și principiile” sale, după ce reafirmă „crența în drepturile fundamentale ale omului” și „demnitatea și valoarea persoanei umane”, „promovarea și încurajarea respectării drepturilor omului și a libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie”, iar articolul 13 dispune ca Adunarea să inițieze studii și să facă recomandări pentru, *inter alia*, aceleași scopuri – definirea responsabilităților, a funcțiilor și a competențelor sale de mai departe în această privință fiind lăsate pentru Capitolele IX și X ale Cartei. Din cele două, Capitolul X nu este relevant (el instituie Consiliul Economic și Social al Națiunilor Unite), însă Capitolul IX și articolul său 55 așază în subparagrafe separate, pe de o parte, chestiunile sociale, economice, culturale și educaționale (literele (a) și (b)) și, pe de altă parte (litera (c)), „respectarea universală a drepturilor omului și a libertăților fundamentale pentru toate persoanele ... etc.”; această dihotomie a reapărut în lucrările efectuate de sau sub egida Adunării, în îndeplinirea mandatului său.

7. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată de Adunare în decembrie 1948, includea, într-adevăr, ambele categorii: deși două treimi din prevederile ei principale tratează ceea ce se cheamă drepturile fundamentale ale omului – sau, mai bine zis, drepturile omului –, restul vizează chestiuni socio-economice ca angajarea în câmpul muncii, remunerarea, sindicatele, domeniul sănătății, serviciile de securitate socială, activitățile educative și culturale, drepturile de autor etc. Însă Declarația nu era, ca atare, obligatorie din punct de vedere juridic, fiind urmată, la timpul potrivit (1966), de instrumente care aveau să devină obligatorii, dacă aveau parte de numărul necesar de semnături și de ratificări. Dincolo de un Protocol Opțional, care conținea un mecanism rudimentar de control și de supraveghere, aceste instrumente constau în două Pacte care (întotdeauna printr-un tablou neclar) tratau în mod separat cele două categorii de drepturi în discuție, prima a „Drepturilor economice, sociale și culturale” – și cea de-a doua a „Drepturilor civile și politice”. Cel de-al doilea Pact trata în mod adecvat, aproape exclusiv, drepturile și libertățile fundamentale ale omului, deși unele prevederi, cum ar fi cea a libertății de circulație, dreptul de a intra și de a părăsi o țară, expulzarea străinilor, interzicerea privării de libertate pentru neexecutarea obligațiilor contractuale etc. puteau fi considerate candidați dubioși pentru a figura în acea rubrică. Oricum, diferența conceptuală era recunoscută în substanță și i se dădea efect.

8. Fără nicio îndoială, faptul că a fost intitulat „Pactul drepturilor civile și politice” a reprezentat, parțial, o recunoaștere a acestui conținut eterogen al celui de-al doilea Pact (numai dacă într-o măsură limitată), deși, de fapt, nu era o descriere potrivită (vezi nota 2 *supra*) și nu transmitea – cel puțin omului de pe stradă – ideea unui instrument dedicat

6 Drepturile politice și civile pot fi considerate, bineînțeles, și adesea sunt, ca incluzând drepturile și libertățile fundamentale ale omului. Însă având în vedere celelalte și mult mai comune utilizări ale termenilor „politic” și „civil”, ele nu constituie termeni apți să descrie concepte care derivă în mod esențial, așa cum se va menționa mai târziu, din postulatul de drept natural a ceea ce este „inalienabil” pentru noțiunea de om.

drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, – iar asta este demonstrat de faptul că, în practică, Pactul este cunoscut, în mod invariabil, ca Pactul Națiunilor Unite privind Drepturile Omului, nu sub titlul său formal.

9. Dar au existat motive mai profunde pentru separarea în două Pacte și pentru denumirile care le-au fost date, chiar dacă una dintre ele era nepotrivită – fapt care conduce, în schimb, la motive și mai profunde. Cu privire la drepturile și libertățile de bază ale omului, există, înainte de toate, ideea că guvernele și autoritățile guvernamentale – cu alte cuvinte, brațele executive ale statului – sunt responsabile, în mod esențial, atât de respectarea drepturilor omului, cât și de negarea acestora, de rele-practici și de violările acestora. Mai ales în capacitatea sa de persoană civilă, de cetățean și de membru al corpului politic, omul obișnuit este, deopotrivă, subiect al acestor drepturi și victimă a oricărei violări a drepturilor. Datorită acestui sens are relevanță noțiunea de drepturi civile și politice. Responsabilitatea primară cu privire la drepturile și libertățile de bază ale omului nu le revine, în mod obișnuit, parlamentelor, legislativelor sau organelor ori entităților private – nici indivizilor, ci agenților executivului sau celor care acționează în baza ordinelor guvernamentale. Ea le poate reveni, într-o anumită măsură, tribunalelor, însă acestea administrează dreptul, de obicei, mai mult sau mai puțin corect<sup>7</sup>, și rareori se întâmplă ca dreptul ca atare să se afle într-o contradicție deschisă cu drepturile de bază ale omului. În orice caz, în țările europene, dreptul este, în aceste privințe, ortodox *pe hârtie* și chiar benign, – ceea ce contează este modul în care este administrat de tribunale și, dincolo de toate, de executiv. Într-adevăr, dreptul tace adesea din convingerea că, dacă ar vorbi, ar fi superfluu. Puține sisteme interzic expres actele de tortură sau tratamentele inumane, pentru că acestea ar încălca în mod automat legile mai generale și ar fi pedepsite de tribunale. Totuși, ele au loc.

10. Cazul drepturilor care figurează, și ele, ca „drepturi ale omului” în Declarația Universală, însă care au fost concentrate corect într-un Pact separat, sub denumirea de „Drepturi economice, sociale și culturale”, este diferit. Este un lucru destul de diferit, așa cum se poate vedea din rezumatul oferit în nota de subsol de mai jos<sup>8</sup>. Cu una sau cu două excepții posibile<sup>9</sup>, nu există, practic, nimic în acest Pact care să fie fundamental pentru conceptul de ființă umană, în sensul în care, în lipsa lui, aceasta ar fi dezumanizată sau ar

7 În ciuda limbajului articolului 1 din Convenția Europeană, care ar părea să garanteze concluzia că legile unei țări, ca atare, și în principiu, au fost contrare Convenției, perspectiva mai bună pare să fie cea că orice încălcare a celei din urmă se naște dintr-un act particular efectuat în aplicarea legii. Desigur, o lege care interzice, de exemplu, rugăciunile în biserică sau – mai mult – care legalizează sclavia, poate părea, *ipso jure*, ilicită. Totuși, în mod strict, ea nu va fi atât timp cât oamenii nu vor fi împiedicați fizic să meargă la biserică sau cât nu vor fi luați forțat sub sclavie, astfel încât să rezulte o încălcare concretă. Totuși, această opinie poate fi dificil de reconciliat cu articolul 1, deși acolo unde tribunalele administrează legea în mod onest și corect, potrivit propriilor reguli, poate fi dificil să se afirme că există o încălcare a Convenției, atât timp cât încălcarea este inerentă *en soi*, în chiar regulile pe care tribunalele le-au aplicat.

8 Dreptul la muncă și chestiunile conexe, salariile, condițiile de muncă, concediile, timpul liber, sindicatele și chestiunile conexe, securitatea socială și asigurările, dreptul familiei, standardele de trai, producerea și distribuția mâncării, sănătatea, igiena, controlul bolilor, îngrijirea medicală, educația obligatorie, libertatea parentală privind alegerea școlilor, activitățile culturale, artistice, creative și științifice.

9 Chestiuni ca dreptul omului la autodeterminare, libertatea de a dispune de bogăția și de resursele naturale și chestiunile conexe, pe care Convenția le abordează de asemenea, aparțin, totuși, de o altă și destul de diferită categorie, și nu le voi analiza aici.

ajunge la o existență care ar fi inutilă – chestiuni cum sunt așteptarea rezonabilă ca viața să nu fie curmată în mod arbitrar sau artificial, libertatea fără autorizație, libertatea de gândire și de conștiință, demnitatea persoanei și egalitatea în fața legii, tratamentul uman etc. Acestea sunt chestiuni inerente ideii de Om, indiferent dacă legea le garantează sau nu – și chiar dacă nu le garantează – și chiar dacă își propune să le neghe. Însă marea majoritate a chestiunilor care fac obiectul Pactului privitor la drepturile economice, sociale și culturale nu sunt inerente în ideea de Om, – ele sunt *făcute* de om, tot așa cum este munca, mai puțin a guvernelor și mai mult a parlamentelor, legislativelor, comisiilor și comitetelor, instituțiilor, scriitorilor și publiciștilor – transpuse și care iau forma legislației sociale și economice. Dar nu este nevoie să legiferezi pentru a acorda dreptul la viață și la libertate, de exemplu: legislația care previne sau care pedepsește *privarea* ilegală de libertate este suficientă, în sine, pentru a arăta că el există deja. Pe de altă parte, nu există vreun drept intrinsec la, e.g., beneficii de securitate socială, – doar legislativul îl poate acorda<sup>10</sup>. În consecință, intervine un fel de devalorizare a drepturilor omului, în cazul în care cele care sunt *făcute* de om sunt echivalate cu cele care își au originea în natură.

11. Acest fapt ne conduce chiar în miezul analizei care trebuie să preceadă considerentele despre textul actual al Convenției Europene. Nu este nimic mai frapant, atunci când se examinează termenii în care au fost descrise drepturile și libertățile fundamentale ale omului, decât tipul de caracterizare care le-a fost dată, precum și epitele și frazele adjectivale utilizate în acest scop. Ele sunt scoase în evidență de pasajele următoare: cuvintele celebre ale arhetipalei Declarații de Independență a Statelor Unite ale Americii, în care s-a reținut că este un adevăr „*evident*” faptul că „toți oamenii ... sunt înzestrați de Creatorul lor cu câteva *drepturi inalienabile*, printre care se număra Viața, Libertatea și Căutarea Fericirii”: cuvintele Declarației Drepturilor din 1776 a statului Virginia, potrivit căreia toți oamenii sunt, prin firea lor, la fel de liberi și de independenți, și se bucură de câteva *drepturi inerente* de care ... nu-și pot ... *priva sau deposeda posteritatea*: Blackstone, în Comentariile sale privind legile Angliei, vorbește despre „drepturile absolute ale fiecărui englez, ca fiind *fundamentate în natură* și în rațiune”: drepturile *imemoriale* ale englezilor (*Petition of Right, Bill of Rights*): Rezoluția din 1929 a *Institut de Droit International* menționa că „declarația drepturilor conținută de multe constituții și, în special, de constituțiile (de secol 18) americană și franceză”, era „*destinată* nu doar cetățeanului, *dar și omului*”, – asemenea drepturi, spunea Rezoluția, pretindeau să fie „apărate de orice ingerință din partea statului” – cu alte cuvinte, ele erau drepturi „protejate” care derivau dintr-un drept situat deasupra statului – dreptul natural. *De facto*, statul poate refuza recunoașterea lor, însă nu poate distruge dreptul oamenilor de a se bucura de ele, *jure naturale*.

12. Acest tip de limbaj, menținut de peste trei secole<sup>11</sup> – „evident”, „inalienabil”, „prin firea lor”, „drepturi inerente” de care nimeni nu-și poate „priva sau deposeda

10 Poate fi notat argumentul că asemenea drepturi există în mod inerent, legislația fiind necesară doar pentru a prevedea mecanismul lor de implementare; însă este un argument slab, pentru că lasă fără răspuns chestiunea implementării ca atare a unor „drepturi” și a altora nu, de ce unele drepturi sunt importante și altele nu – decizia îi aparține omului, nu este inerentă naturii lucrurilor. Mai interesant este să ne întrebăm dacă caracterul inerent nu se poate lega de ceea ce a fost, la origine, o creație deliberată.

11 Și mult mai devreme, pentru că noțiunea de drepturi care derivă din *jus naturale* merge înapoi spre antichitate.



posteritatea”, „drepturi absolute”, „fundamentate în natură și în rațiune”, „drepturi imemorabile”, „predestinate ... omului”, „pentru a fi apărate de orice ingerință (statală)” –, asemenea cuvinte și expresii probează existența unui sentiment adânc înrădăcinat și persistent că unele drepturi sunt atât de fundamentale, atât de fixate în natura și în *la condition humaine*, încât reprezintă o categorie diferită de drepturi – nu plasate acolo, ci existente „dinaintea fondării lumii”, și pe un alt plan decât cel ocupat de drepturile de zi cu zi care derivă din legile făcute de om. Este un sentiment esențialmente instinctiv, aproape nearticulat, de tipul celui descris într-o lucrare filosofică recentă<sup>12</sup> ca fiind „acel tip de viață care le lipsește ființelor umane, în afară de cazul în care simt mai mult decât o pot spune și cuprind mai mult decât pot explica”. Un alt filosof scrie următoarele, în aceeași cheie, însă mai aproape de aspectele concrete ale temei noastre<sup>13</sup>:

„Torționarul ale cărui activități se datorează convingerii profunde că se situează de partea istoriei nu este ... mai atrăgător decât torționarul care face asta doar pentru că-și câștigă astfel traiul. Mai exact, ... cu greu se poate spune ceva în favoarea ... actelor primului torționar”.<sup>14</sup>

Chiar dacă marcat, într-o anumită măsură, de un umor feroce, acest pasaj scoate în evidență, în principiu, caracterul „absolut” al interzicerii torturii și a tratamentului analog, căruia i s-a dat un efect corespunzător (vezi paragraful 16 și nota 17 de mai jos) în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, la care este timpul să trecem acum.

13. Comparată cu instrumentele anterioare de protecție a drepturilor omului, Convenția Europeană a introdus două inovații importante, ambele bine-cunoscute și cu o semnificație general recunoscută, specială în acest context. Prima este sistemul „dreptului de a adresa cereri individuale” Comisiei Europene de la Strasbourg, din partea cetățenilor statelor care acceptă acest sistem, așa cum au făcut-o un număr considerabil de state europene. Acest fapt a presupus că, pentru prima dată<sup>15</sup>, o *cantitate* (pentru că așa s-a dovedit a fi) de cazuri *individuale*, care nu au fost susținute de guverne – în majoritatea din ele fiind acuzate *chiar* guvernele, au ajuns la Strasbourg pentru a fi judecate în conformitate cu Convenția. Cea de-a doua inovație a constat în instituirea unui mecanism de procesare a cererilor – dacă este posibil, de rezolvare a acestora – și, dacă este necesar, de judecare a acestora de o Curte căreia i s-a dat competența să pronunțe o hotărâre judecătorească obligatorie (chiar dacă ostilă) pentru guvernul împotriva căruia a fost formulată cererea

12 *Moral Luck*, de Bernard Williams (Cambridge University Press) – „șansă morală” – de exemplu, doi prieteni care strigă „trage” într-o pădure, în ceea ce cred că este un cerb. Se întâmplă să fie paznicul de vânatoare. Unul dintre ei îl nimerește pe paznic și-l omoară, celălalt nu-l nimerește. Primul este condamnat pentru omor din neglijență gravă, - în privința celui alt se reține că nu a comis nicio infracțiune. O șansă morală! – sau oare acesta este și el vinovat, cel puțin din punct de vedere moral? – (avantaj pentru trăgătorul slab, sancțiune pentru cel bun!).

13 T. Honderich într-un articol din *The New Statesman*, 15 ianuarie 1982, p. 17.

14 Totuși, nu aceasta este adevărata dilemă. Adevărata dilemă este ilustrată de un om care torturează pentru a obține informații care vor împiedica distrugerea unui întreg oraș: vechea dilemă a scopului și a mijloacelor.

15 Pactul Națiunilor Unite conținea doar o trimitere la reclamațiile unui *stat formulate împotriva altui stat* în fața unui Comitet al Drepturilor Omului, și atunci când statele au acceptat acel sistem. Pactul nu a prevăzut niciun drept la petiționare din partea *persoanelor*, cu excepția unui Protocol Opțional anexat care a fost acceptat de puține state, – și chiar în baza Protocolului, numai Comitetul Drepturilor Omului are competența de investigare și aceea de prezentare a unui raport.

inițială. Acest mecanism a fost unul destul de nou<sup>16</sup>, așa cum a fost și posibilitatea pe care a creat-o, de fapt, cea a unui recurs în fața unui tribunal *internațional*, împotriva hotărârilor tribunalelor supreme *naționale*<sup>17</sup>.

14. Consecințele acestor inovații au fost, probabil, cruciale, nu doar pentru că acum există un fel de potop<sup>18</sup> de cazuri concrete care ajung la o organizație de protecție a drepturilor omului care cuprinde instituții competente să ofere interpretări de autoritate și, în ultimă instanță, hotărâri obligatorii din punct de vedere juridic – ci și dintr-un alt motiv important. Prevederile substanțiale (*i.e.* neprocedurale) ale Convenției Europene – prevederile care precizează drepturile care trebuie protejate – au fost preluate, în esența lor – adesea cuvânt cu cuvânt și întotdeauna într-un limbaj de reflexie – din prevederile corespunzătoare ale Convenției Națiunilor Unite<sup>19</sup>. Din acest fapt rezultă că, dacă ar fi instituită o Curte Mondială a Drepturilor Omului, aceasta ar avea la dispoziție un corp bogat de precedente care derivă din munca Curții și a Comisiei Europene. Importanța modului în care aceste organisme interpretează clauzele Convenției Europene este, așadar, manifestă.

15. Întorcându-ne acum la articolele actuale ale Convenției Europene, trebuie notat că, deși ele reflectă și reproduc adesea, efectiv, așa cum am spus mai sus, limbajul prevederilor corespunzătoare ale Pactului Națiunilor Unite, o fac de o manieră mult mai puțin amplă și elaborată; și multe din prevederile Pactului nu sunt reproduse deloc. Acest fapt sugerează că cei care au proiectat Convenția Europeană au ales o formulă mai sobră și mai restrânsă a drepturilor decât expresia pregnant idealistă și chiar pretențioasă care li s-a dat – sau multora dintre ele – în Declarația Universală și în Pact<sup>20</sup>.

16. Articolele din Convenția Europeană care tratează drepturile și libertățile omului cele mai fundamentale – cele care și-au câștigat în trecut caracterizarea de „autoevidente”, „inerente”, „inalienabile”, sunt articolele 2-6 și 9, – dreptul la viață; interzicerea torturii sau a tratamentelor ori pedepselor inumane; libertatea față de sclavie, servitute sau munca forțată; libertatea față de arestările sau încarcerările arbitrare (*i.e.* dreptul la libertate și securitate al persoanei); dreptul la un proces echitabil și judecat în mod public, precum și dreptul de a fi prezumat nevinovat; și libertatea de gândire, de conștiință și de religie.

---

16 Declarația Universală a Drepturilor Omului a fost un instrument declarativ, nu unul obligatoriu din punct de vedere juridic. Pactul era obligatoriu pentru statele care îl ratificau (atunci când intra în vigoare), dar (vezi nota 12 de mai sus) nu conținea niciun mecanism pentru punerea în aplicare sau chiar pentru a furniza interpretări dotate cu autoritate juridică a prevederilor sale.

17 Curtea Europeană a reținut întotdeauna, corect, bineînțeles, că nu are competența de a răsturna hotărârea *ipsissimum* a unui tribunal național. Însă, deși nu formal și nu identic, efectul este foarte asemănător în practică, de vreme ce Guvernul vizat devine obligat să remedieze situația creată prin hotărârile tribunalelor sale.

18 Probabil că nu se cunoaște în cercurile din afara Drepturilor Omului că hotărârile Curții Europene constituie doar vârful aisbergului cazurilor care ajung la Strasbourg. Multe nu trec de Comisia Drepturilor Omului și multe nici măcar nu ajung aici, fiind respinse *in limine*, din varii motive.

19 Primul din cele patru Protocoale la Convenție – singurul care este în vigoare – tratează dreptul de proprietate, dreptul la educație și dreptul la vot. Ultimul repetă o prevedere a Pactului ONU privind drepturile omului. Cel de-al doilea reflectă prevederi ale Pactului privind Drepturile Economice, Sociale și Culturale, pe când primul apare doar în Declarația Universală.

20 Comparați, de exemplu, articolele 2, 3, 6, 9 & 12 din Convenție cu, respectiv, articolele 6, 7, 14, 18 & 23 din Pact; și, ca exemple de chestiuni tratate în cadrul Pactului, nu și în cadrul Convenției, a se vedea articolele 1-3, 11-13, 16, 20, 23-25 & 27 din primul.

Mai puțin fundamentale – sau care nu se găsesc la același nivel de bază – sunt drepturile garantate de articolele 8, 10 și 12 – respectarea vieții private și de familie, a domiciliului și a corespondenței; dreptul la libertatea de exprimare; și dreptul la căsătorie și la întemeierea unei familii. Ultimului drept nu-i poate fi interzis apelativul de drept „al omului”, însă acesta are mai mult natura unui drept social și, în orice caz, este oarecum tautologic sau un truism în contextul european. De asemenea, se pot imagina aspecte mai fundamentale ale relației dintre sexe decât căsătoria. În fine, există articolele 7 și 11, care privesc neretroactivitatea legilor, libertatea de asociere și dreptul de a forma și de a face parte din sindicate – niciunul din acestea, în opinia noastră, nu sunt drepturi de bază ale omului, dar sunt drepturi importante cu un caracter civil sau civic. Toate articolele în discuție, cu excepția articolului 3 (interzicerea torturii și a tratamentelor inumane sau degradante), conțin calificări stipulate în interesul dreptului și al ordinii, apărării statului, politicilor publice, siguranței publice etc.; și o prevedere, articolul 15, permite derogări de la Convenție (de fapt, suspendarea ei temporară), care pot avea loc în anumite condiții, în caz de război sau de stare de urgență națională.<sup>21</sup> Totuși, în acest scop, nu este necesar ca vreuna din calificările sau posibilitățile de derogare să fie analizate aici. Dintre articolele rămase, nr. 1 și 13-18, care au un caracter normativ, articolul 1 a fost amintit în nota 3. În nota 21 se face o mențiune despre articolul 13, iar articolul 14 este discutat în paragrafele 29-31 de mai jos.

17. Ceva de genul unei grămezi amestecate, așa cum se spune, atât în substanță, cât și în alte privințe. Însă articolele substanțiale au toate o caracteristică comună, faptul că trebuie interpretate în mod strict, deși din motive de ordin diferit și cu un scop diferit. Drepturile fundamentale trebuie interpretate în mod strict tocmai pentru că au această calitate și pentru că nu poate fi permisă vreo derogare de la acestea atât timp cât nu este prevăzută expres, – iar cele care sunt mai puțin fundamentale, deși importante, trebuie interpretate în mod strict pentru a evita transformarea lor într-un vehicul pentru introducerea în Convenție – pe calea interpretării – a unor drepturi și obligații care nu se potrivesc cu natura drepturilor omului și cu privire la care nu s-a urmărit, inițial, să se regăsească acolo. Cu certitudine, acest fapt s-a întâmplat deja; însă nu-mi propun aici să dezbăt cazuri particulare, fiind suficient să arăt tipul de caz în care se pare că Convenția a fost sau este predispusă să fie aplicată greșit.

18. Nu a apărut nicio dificultate specială de principiu în legătură cu articolele cu adevărat fundamentale (dreptul la viață, libertate și tratament uman). Cu excepția situațiilor în care interpretarea unor termeni ca „tortură”, „tratament inuman” și „tratament degradant” a dat naștere unor probleme. Cel puțin cu privire la chestiunea „torturii”, Curtea a dat dovadă de o rezervă lăudabilă, – pentru că aici pericolul (adesea trecut cu vederea) ca însăși aversiunea simțită pentru această practică odioasă și dorința puternică de a condamna orice manifestare a acesteia pot conduce la acea devalorizare gravă a unui concept vital, care a fost remarcată mai devreme. Dacă fiecare caz de aplicare a unui grad relativ redus (și subliniem cuvântul „relativ”) de durere fizică, sau de disconfort, sau de

21 Totuși, nu este permisă nicio derogare de la articolul 2 (dreptul la viață), cu excepția celor care rezultă din actele comise în timp de război; articolul 3 (tortură etc.); articolul 4, para. 1 (sclavie sau servitute) și 7 (neretroactivitatea legilor).

stres mental trebuie caracterizat ca „tortură” și ca o încălcare a Convenției *din acest motiv* – (ea poate constitui, totuși, o încălcare din alte motive), – atunci trebuie să ne întrebăm ce rămâne pentru a descrie ceea ce înseamnă adevărata ei pondere și adevărata condamnare, în exemple atât de terifiante ca cele oferite de autor în opiniile sale separate din anumite cazuri din fața Curții<sup>22</sup>?

19. Aceeași concluzie este aplicabilă, într-o măsură mai mică, unor concepte ca cel de tratament sau pedeapsă inumană sau degradantă. Există multe tipuri, există multe grade de tratament inuman sau degradant, iar acestea nu sunt detestabile sau culpabile la același nivel. Problema constă în faptul că Convenția nu oferă – nu mai mult decât o face Pactul – vreo bază pentru diferențierea actelor. Oricum, este greșit să le consideri ca fiind toate de același tip. Totuși, Convenția lasă puțin loc pentru subtilități<sup>23</sup>, iar acest fapt așază Curtea în aproape aceeași poziție ca cea a juraților englezi din secolul 18 și începutul secolului 19, care, pentru că pedeapsa furtului unei oi era – cel puțin pe hârtie, iar uneori în realitate – moartea, refuzau să declare persoana vinovată – (și există în prezent, cu siguranță, o analogie pentru acest fapt)<sup>24</sup>.

20. Până aici e bine – dacă e bine. Însă ajungem acum la articolele care, din perspectiva acestui eseu, reprezintă disonanțe reale, potențiale și, uneori, actuale. În afară de articolul 6, care are un caracter diferit și care este comentat într-o notă<sup>25</sup>, și articolul 9 (libertatea de conștiință și de religie, care nu trebuie discutată în scopurile prezente), rămân articolele 8 și 10 (dreptul la respectarea vieții private, de familie și a domiciliului și dreptul la libertatea de exprimare). Bineînțeles, nu există niciun neajuns care să fie identificat, de principiu, ca atare, în aceste articole. Dar trebuie avute în vedere tipurile de practici care au motivat cu adevărat includerea lor, cum ar fi, între altele, bătaia în ușă de la ora 4 dimineața, instigarea copiilor să-și spioneze părinții, obținerea de informații de la un soț prin amenințări la adresa celuilalt, ascultarea telefoanelor, reținerea corespondenței, hărțuirea la ieșirea sau la intrarea în casă, tăierea curentului electric, a apei sau a altor servicii esențiale, cenzura presei, exilarea pentru publicarea de opinii neacceptate de autorități sau pentru posesia a ceea ce ele consideră drept literatură subversivă etc., etc. Dar „etcetera, etcetera” nu a fost avut în vedere niciodată ca incluzând în sfera de aplicare a numeroase chestiuni actuale despre care se pretinde că sunt acoperite – uneori, cu succes, alteleori, nu – (uneori ai impresia că se caută cu disperare un abuz veritabil comis de un guvern care trebuie să inspire unele cereri lipsite de importanță ajunse la Strasbourg, – pentru că guvernele

22 În special, în cazurile *Irlanda de Nord* și *Tyrer*, ambele din 1978.

23 În atmosfera perioadei (vezi paragraful 5 de mai sus), acest fapt putea fi, la fel de bine, deliberat.

24 Juriile moderne, adesea compuse din proprietari de mașini, vor refuza, nu rareori, să condamne persoanele acuzate de delict rutier, pe baza lui „M-a ferit Dumnezeu să nu pățesc și eu asta.”

25 Nu este nimic greșit în privința substanței acestui articol (procesul echitabil). Dar acesta poate fi aplicat greșit dacă se ignără cuvintele care îi guvernează introducerea: pentru a „hotărî asupra încălcării” – „drepturilor și obligațiilor cu caracter civil ale unei persoane sau temeiniciei oricărei acuzații împotriva persoanei”, trebuie să existe dreptul la un proces echitabil etc. Acest fapt înseamnă că acolo unde există un remediu în baza dreptului național vizat, acesta trebuie acordat în mod prompt, prin intermediul unui proces public, judecat în mod echitabil. Acest fapt nu înseamnă că dreptul național trebuie să ofere un remediu pentru fiecare plângere formulată. Niciun sistem de drept nu ar putea face asta – vezi opinia separată a autorului în cazul *Goldor* (1975). În măsura în care Convenția obligă Statele Părți să ofere un remediu, atunci o face prin articolul 13, nu prin articolul 6, iar articolul 13 se limitează la remediile pentru încălcările „drepturilor și libertăților recunoscute de prezenta Convenție”. El nu instituie vreo obligație de a oferi un set universal de remedii pentru orice chestiune.

acuzate de obicei acolo sunt, în mod obișnuit, exact cele cel puțin vinovate, în general, de comiterea unor încălcări ale drepturilor veritabile ale omului).

21. Acest fapt nu înseamnă că nu există multe chestiuni de importanță care ajung la Strasbourg. Sunt, dar nu asta este ideea în acest context. Ar trebui aflat dacă sunt chestiuni de „drepturi ale omului” în accepțiunea corectă a termenului sau dacă sunt chestiuni simple de interes civic, social sau economic. Să luăm câteva cazuri concrete; în cazul unui bărbat transformat în femeie sau în cazul unei femei transformate în bărbat după efectuarea unui tratament medical și a unor operații, poate refuzul autorităților de a înregistra sexul produs artificial, ca datând de la naștere, să fie catalogat o violare a drepturilor omului? – pentru că *genele* nu pot fi modificate niciodată, „bărbatul” nu poate naște niciodată un copil, iar „femeia” nu poate ajunge un tată. Însă ceea ce interesează este dacă acest tip de cerere ar trebui admisă, în general, la Strasbourg, ca o chestiune de drepturi ale omului. Sau, din nou, este refuzul de a reînregistra un copil legitimat ca fiind născut legitim o violare a vreunui drept veritabil al omului? Se poate întâmpla ca asemenea refuzuri să fie greșite și, dacă ele sunt corecte potrivit legii în vigoare, legea să trebuiască modificată, – însă trebuie procedat astfel pentru că este o chestiune de respectare a drepturilor omului sau pentru că este doar o recunoaștere a unei schimbări în climatul opiniilor privind chestiunile legate de sex? Curtea de la Strasbourg nu a fost instituită niciodată pentru a acționa ca un fel de reformator juridic general, ci pentru a proteja drepturile veritabile ale omului, iar acestea nu sunt asemenea drepturi.

22. Exact aceleași întrebări apar în legătură cu un caz recent cu privire la o presupusă încălcare a Convenției, care își are originea în legi (modificate ulterior) care incriminează actele homosexuale, chiar dacă acestea sunt comise între adulți, în privat. Oare o asemenea lege și orice proceduri penale derulate pe baza ei au constituit, cu adevărat, o violare a drepturilor omului? Cu siguranță că s-ar ajunge prea departe dacă s-ar afirma că orice implică o ființă umană trebuie să fie o chestiune „umană” și, prin urmare, o chestiune care ține de „Drepturile Omului” (cu majuscule, toate), – pentru că ar fi, pur și simplu, un joc de cuvinte, iar pe această bază ar exista puține limite pentru ceea ce ar fi adus în sfera conceptului, emasculându-l, așadar, în totalitate, și degradând ceea ce ar trebui să constituie o chestiune foarte serioasă privind violarea drepturilor omului la nivelul unui delict sau al unei încălcări banale a legii.

23. De asemenea, nu ar trebui să se uite că în cealaltă limbă a Convenției – franceza – termenul de Human Rights este exprimat prin „Droits de l’Homme”, Drepturile Omului – un termen oarecum mai potrivit, pentru că arată imediat că unele refuzuri, negări, privări sau penalizări, care chiar dacă nu sunt justificabile din punct de vedere juridic sau moral, nu pot fi catalogate, fără o doză de absurditate, ca fiind acte contrare Drepturilor Omului (sau ale Femeii).

24. Eroarea implică ceea ce juriștii numesc o eroare de categorie sau o eroare de clasificare. Contestarea unor asemenea erori și a hotărârilor pronunțate pe baza acestora nu este doar un act formalist. Dacă se persistă în astfel de erori, ele conduc, în final, la distorsiuni inacceptabile; și poate apărea întrebarea cum de pot avea loc în câmpul drepturilor omului. Având în vedere faptul că aceste întrebări apar din cauza unor susțineri concrete privind existența unor încălcări ale Convenției, răspunsul constă, parțial, în

formularea unor prevederi ale sale care facilitează și chiar sugerează emiterea unor asemenea susțineri, și parțial în abordarea sau în atitudinea generală adoptată cu privire la interpretarea și la aplicarea acelei formulări. Iar dacă prin atitudine se consideră că limbajul prezintă o bună oportunitate pentru a-i oferi Convenției, în mod plauzibil, un câmp pe care, practic, cu siguranță, creatorii ei nu l-au avut în vedere, atunci formularea de acest tip prezintă un pat germinativ foarte fertil pentru un asemenea exercițiu. Să luăm, de exemplu, enunțul articolului 8, potrivit căruia „Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private”, „... și de familie”, „... la respectarea... domiciliului său”. Ce nu poate fi adus, aparent valid, în sfera acestor categorii, care să nu se încadreze în domeniul activităților publice? Și ce se are în vedere prin „respectarea” vieții private, a vieții de familie, a domiciliului? Vom vedea, în curând, cereri la Strasbourg bazate pe eșecul statelor și/sau al tribunalelor lor de a-i opri pe vecini să tulbure liniștea nopții cu zgomotul televizoarelor lor: – o lipsă de respect pentru viața privată, viața de familie și domiciliu, toate dintr-o răsuflare – ce combinație! Se poate întâmpla ca acest fapt să echivaleze cu o lipsă de respect pentru aceste valori – cineva ar putea crede asta – însă ar fi el tipul de lipsă de respect pe care Convenția ar fi fost cazul să-l prevadă ca fiind inclus sau pe care a fost proiectată să-l includă? Dincolo de toate, ar fi aceasta o încălcare a „Drepturilor Omului” (sau ale Femeii)? Cu siguranță că nu. Asemenea chestiuni aparțin categoriei drepturilor comunității sau drepturilor pe care un cetățean le are ca membru al comunității – (nu vecini, nu zgomote). Ele sunt considerate drepturi ale omului în mod deplasat. Nu pot exista obiecții „absolute”, „evidente”, „inerente” la omisiunea de a opri instrumentele muzicale<sup>26</sup> sau de a schimba registrul nașterilor, de exemplu, așa cum există la tortură, la tratamentul inuman sau degradant, la privările ilegale de viață sau de libertate. Totuși, într-un caz destul de recent<sup>27</sup>, cererea prezentată la Strasbourg (și căreia i s-a dat acolo un răspuns considerabil) a fost una care a implicat, practic, adoptarea judiciară a unui întreg cod nou de dreptul familiei, ca fiind ceea ce pretindea articolul 8 prin condiția respectării vieții de familie, – și, prin urmare (aici intervine, desigur, *non-sequitur*-ul logic), echivalând cu o violare a drepturilor omului în cazul în care nu se va adera la acest cod.

25. Pe scurt, unele enunțuri ale Convenției nu pot fi citite literal, pentru că ar permite prea multe și ar falsifica și distorsiona întregul concept al drepturilor fundamentale ale omului. Este edificator contrastul pe care dreptul la căsătorie (articolul 12 din Convenție) îl prezintă în cazul legilor privind homosexualitatea, chiar dacă aceste legi sunt, cu siguranță, greșite și iliberale, pentru că deși pot exista mai multe motive din cauza cărora mariajul dintre doi adulți care îl consimt să fie interzis în mod legitim sau să fie considerat nul<sup>28</sup>, nimeni nu se poate îndoii că o asemenea interdicție impusă pe criterii de diferență rasială sau diferență de culoare (cu toate că interdicția poate fi perfect legală în baza dreptului național relevant) ar fi o violare a drepturilor omului, *dincolo* de incompatibilitatea sa cu articolul 12. În cazul drepturilor fundamentale ale omului, obligația de a le respecta nu

26 Ne putem imagina câțiva cititori spunând că pot exista asemenea obiecții și că trebuie să existe!

27 *Marckx v. Belgia*, 13 iunie 1979 (n.tr.).

28 Căsătoria între persoanele din gradele interzise de afinitate; atunci când una sau ambele părți sunt căsătorite deja etc.

este creată, ci doar înregistrată, printr-un pact sau printr-o convenție, – iar asta pentru că ea există dinainte, ca o chestiune de drept natural, iar violarea ei este interzisă în mod formal de o lege făcută de om.

26. În același mod, dreptul la „libertatea de exprimare” și, *inter alia*, de „a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice” (articolul 10) a fost transformat în mai multe cazuri într-un vehicul pentru plângerile privind suprimarea materialelor pornografice de către un guvern. Chiar dacă o asemenea suprimare poate fi indezirabilă, oare echivalează aceasta cu o violare a drepturilor omului? Există un *drept al omului* de a publica materiale pornografice? Bineînțeles, nu chiar acesta este modul în care apare o asemenea problemă la Strasbourg, – dar ar fi edificator să se analizeze așa cum apare. Defectul din procesul de interpretare constă în răspunsul literal dat la întrebarea inițială „a existat un amestec al unei autorități publice în libertatea de exprimare”. Răspunsul dat imediat este „Da”, pe baza faptului că odată ce guvernul vizat a suprimat, indiscutabil, materialul, a existat, în mod fizic, ca să spunem așa, un amestec în „libertatea de exprimare”. Totuși, se spune, a existat, *prima facie* și în principiu, o încălcare a Convenției! La această etapă nu se pune niciodată întrebarea dacă suprimarea materialelor pornografice (indiferent dacă este o încălcare a Convenției și chiar dacă este o încălcare – în sensul *literal*) poate fi considerată, fără pic de absurditate, o violare a drepturilor omului. Dacă s-ar pune această întrebare<sup>29</sup>, la această etapă, ar putea fi nevoie de mai mult timp pentru a se răspunde ce a fost avut în vedere prin libertate de exprimare în contextul drepturilor omului și s-ar putea constata că, odată ce suprimarea materialelor pornografice nu poate fi considerată, în niciun exercițiu de imaginație, o violare a drepturilor omului, de vreme ce nu poate exista un drept al omului de a publica materiale pornografice – (poate exista un drept civil de a publica materiale pornografice, însă existența acestuia constituie o problemă separată și diferită), cererea ar trebui respinsă *in limine litis*, fără vreo altă analiză. Ceea ce se întâmplă, de fapt, este că – dacă s-a decis că a existat, *prima facie*, o încălcare a Convenției – analiza continuă cu chestiunea caracterului scuzabil al încălcării, *i.e.* dacă actul care a provocat-o a fost justificat, în circumstanțele cazului, ca încadrându-se în unul din exemplele prevăzute de paragraful 2 al articolului 10, care permit ingerința în libertatea de exprimare. Bineînțeles, acest fapt oferă posibilitatea respingerii, în practică, a cererilor nefondate. Însă nu ar trebui să se ajungă la aceasta, parțial pentru că există un pericol ca un caz particular să se încadreze, din punct de vedere tehnic, în una dintre excepțiile permise, astfel încât să nu existe vreo alternativă pentru a se reține că a existat o încălcare a Convenției, deși ea nu este o încălcare a unui drept veritabil al omului (iar acest fapt s-a întâmplat), – dar și pentru că, mai important, întreaga metodă de interpretare comportă două vicii serioase.

27. Viciul mai mic constă în eșecul de a analiza acest tip de articol din Convenție ca un tot integrat, care constă în același timp, din paragraful care precizează dreptul și din paragraful care precizează excepțiile la acesta, astfel încât acestea sunt analizate împreună *din start*, nu succesiv și în mod izolat<sup>30</sup>. Este greșit să se rețină, mai întâi, că, în principiu,

29 *Mea culpa!* – în niciunul din cazurile de acest tip care au existat pe timpul lui, autorul nu a luat această poziție. „Mais le temps porte conseil.”

30 Cel puțin aici (vezi nota anterioară), autorul a semnalat această anomalie într-una din opiniile sale separate.

a avut loc o încălcare a Convenției, iar apoi să se rețină, ca un fel de reflecție târzie, că din cauza unei excepții, actul vizat nu echivalează cu o încălcare. Adevărul adevărat este, bineînțeles, că în aceste circumstanțe *nu a existat nicio încălcare în general*. Situația aduce aminte de refuzul indignat al Reginei Victoria de a accepta un verdict de „nevinovat” în cazul unui lunatic care a tras în direcția ei. Ideea Reginei era că lunaticul a împușcat în direcția ei. Verdictul semnifica, desigur, că acesta era un nebun care nu putea fi vinovat, din punct de vedere juridic. Se presupune că aici își are originea, la insistența Reginei, verdictul revăzut de „vinovat, dar nebun”, care a fost folosit îndelung în practica engleză!

28. Celălalt viciu, mult mai grav, constă în abordarea inițială de a analiza doar (à la Regina Victoria) dacă a existat, *de fapt*, o ingerință sau un eșec de „a respecta”, în loc de a analiza dacă ingerința sau eșecul – presupunând că au avut loc, de fapt – a fost de *tipul*, a ținut de categoria de incidente sau a tratat o chestiune cu privire la care se poate considera că se referă la o violare a drepturilor omului. S-ar observa atunci, sau ar trebui să se observe, că oricât de indezirabile sau de reprobabile ar fi unele ingerințe, ele nu ar fi la nivelul drepturilor omului. Dacă guvernele europene le vor supuse judecării și condamnării unui tribunal internațional, acest fapt ar putea avea loc prin intermediul unei Convenții separate care să protejeze drepturi sociale, nu drepturi ale omului, în loc să le strecoare prin ușa din spate a unui instrument care nu a fost conceput să le ofere niciodată spațiu de locuit, – și, prin urmare (pentru că așa se va întâmpla într-un final), să atragă proasta reputație a întregii Convenții.

29. Mai rămâne să fie examinat un articol în acest context, deși diferit prin caracterul său, – articolul 14, care este analizat la Strasbourg în aproape fiecare caz în care apare. Deși sfera lui de aplicare este largă, ea este limitată. Ceea ce prevede este că „exercitarea drepturilor și libertăților” precizate („recunoscute”) în Convenție trebuie să le fie asigurată beneficiarilor „fără nicio deosebire” bazată pe sex, rasă, culoare, limbă, religie etc. (și urmează o listă comprehensivă de posibile motive de discriminare, toate încadrându-se în interdicție). Totuși, este evident că nu orice trebuie asigurat fără discriminare, ci doar „exercitarea drepturilor și libertăților” precizate („recunoscute”) în Convenție. Astfel, dacă un guvern garantează aceste drepturi și libertăți celor aflați sub jurisdicția sa, el va încălca, totuși, Convenția, dacă o face de o manieră discriminatorie, *e.g.* oferindu-le doar onora, nu și altora, sau tuturor, însă mai mult sau mai bine pentru unii, decât pentru alții. Pe de altă parte, dacă ceea ce interesează – dacă ceea ce se spune că a fost oferit de o manieră discriminatorie – *nu* este unul din drepturile și libertățile prevăzute de Convenție, ci ceva din afara ei, atunci articolul 14 nu are un câmp de intervenție și nu poate fi aplicat, – într-adevăr, însăși Convenția nu este aplicabilă, și nu poate exista vreo încălcare a acesteia sau a articolului 14. Pe scurt, această prevedere nu este una a articolelor substanțiale ale Convenției care creează un drept separat și independent (al omului) de a nu fi discriminat. Ea este, în mod esențial, o clauză adjectivală. Scopul ei real a fost, pur și simplu, să împiedice guvernele să devieze de la obligațiile lor în baza Convenției oferind, aparent, drepturile și libertățile vizate, însă procedând așa într-un mod discriminatoriu, astfel încât subiectul să fie frustrat, sau să fie frustrate elemente substanțiale ale populației.

30. Rezultă că există, în realitate, două tipuri de cazuri în care este legitim să se facă apel la articolul 14, pentru a vedea dacă a existat o încălcare a acestuia. *Primul* este cel



în care se reține că este *aplicabilă* una din prevederile substanțiale ale Convenției, dar că nu are loc nicio încălcare a acesteia, *i.e.* că unul din drepturile sau libertățile Convenției este *incident*, însă a fost acordat în mod adecvat. Atunci este legitim să se continue și să se analizeze dacă, cu toate acestea, a fost acordat de o manieră discriminatorie. Cel de-al doilea, în care, din nou, se constată că este incidentă una din prevederile substanțiale, și în care *există* o încălcare a acesteia și s-ar putea dovedi legitim – deși, în mod strict, nu este necesar – să se verifice, în baza articolului 14, dacă a mai existat o a doua încălcare a Convenției, din cauza existenței vreunui element discriminatoriu.

31. Ceea ce nu poate fi legitim niciodată, dacă respectăm limbajul articolului 14, este să se rețină că nu a existat nicio încălcare a Convenției *pentru că* actul contestat nu a avut legătură cu unul din drepturile sau libertățile din Convenție – *i.e.* că nu a fost *aplicabilă* nicio prevedere substanțială din Convenție, astfel încât niciuna nu a putut fi încălcată – dar apoi să se continue reținându-se că, pentru că actul contestat a prezentat aspecte discriminatorii, a avut loc o încălcare a articolului 14, – pentru că acest fapt ar presupune ca articolului 14 să i se confere caracterul de prevedere substanțială independentă<sup>31</sup>, care interzice orice formă de discriminare în toate circumstanțele<sup>32</sup>, parag. 12 indiferent dacă discriminarea are sau nu loc în acordarea drepturilor și a libertăților stabilite de Convenție<sup>33</sup>. Diferența în discuție ar putea să pară subtilă – totuși, este reală și ca atare ar trebui să facă apel la analiza juridică. De fapt, deși s-a atras atenția de mai multe ori asupra acestei idei<sup>34</sup>, considerentele tind să fie ignorate. Ceea ce se întâmplă, de fapt, la Strasbourg, este o puternică predilecție de a se face un apel aproape endemic, obișnuit, cvasiautomat, la articolul 14, de parcă ar exista o prevedere care cuprinde un drept (separat și independent de altele „recunoscute” de Convenție) de a nu fi discriminat.

32. În concluzie, merită să se rețină că, într-o măsură considerabilă, anomaliile asupra cărora acest eseu a urmărit să atragă atenția ar putea fi reduse sau neutralizate, în practică, prin conferirea unui rol mai mare teoriei aplicate în anumite cazuri, cea a „marjei de apreciere” sau a creditului care trebuie acordat guvernelor înainte ca acestea să fie găsite vinovate de încălcarea Convenției. Convenția nu a fost concepută ca să reprime orice neglijență supărătoare sau orice greșeală mărunță, ci acte, măsuri și practici de o importanță cu mult mai mare. La fel – în ceea ce privește activitatea tribunalelor – ar trebui să se utilizeze principiul de drept internațional public, potrivit căruia guvernele nu răspund pentru simpla eroare a tribunalelor lor, chiar dacă aceasta conduce la o nedreptate. Toate

31 Prin Protocolul nr. 12 la Convenție, semnat la Roma pe 4 noiembrie 2000, s-a instituit, la articolul 1, o interdicție generală a discriminării:

1. *Exercitarea oricărui drept prevăzut de lege trebuie să fie asigurată fără nicio discriminare bazată, în special, pe sex, pe rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenența la o minoritate națională, avere, naștere sau oricare altă situație.*

2. *Nimeni nu va fi discriminat de o autoritate publică pe baza oricăruia dintre motivele menționate în paragraful 1 (n.tr.).*

32 „Discriminare” în acest context înseamnă discriminare *arbitrară*, care nu se fundamentează pe vreo bază recunoscută care s-o justifice sau care s-o pretindă. Altfel, este diferențiere, nu discriminare. Este înțeleasă întotdeauna ca susținând orice interzicere a discriminării. De exemplu, minorii sunt supuși (în propriile interese) unor limitări la care adulții nu sunt supuși, - însă aceasta nu este „discriminare”.

33 Compară, sub acest aspect, cu articolul 26 din Pactul O.N.U.

34 Cu siguranță, autorul a făcut-o.

tribunalele greșesc. Răspunderea statului se naște doar atunci când hotărârea sau acțiunea în discuție este atât de greșită sau atât de nedreaptă, încât niciun tribunal competent care acționează în mod onest nu ar putea pronunța o asemenea hotărâre sau nu ar întreprinde o asemenea acțiune.

Totuși, o analiză a tuturor acestora trebuie făcută, probabil, cu o altă ocazie!