

Cristina NICOLESCU*

Instrumentalizarea marjei naționale de apreciere pe terenul art. 8 și al art. 12 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale

1. Preliminarii

De la dreptul natural – matricea drepturilor omului, în semnificația actuală a acestui concept – și până la recunoașterea universală a drepturilor omului și a libertăților fundamentale s-a parcurs un drum lung și sinuos, marcat de discontinuități, convulsii sociale, militare și politice, dar și de aspirații către libertate, egalitate și solidaritate¹. Într-o formulare, pe cât de sintetică, pe atât de sugestivă, s-a arătat că istoria drepturilor omului nu este nici istoria unui marș triumfal, nici istoria unei cauze dinainte pierdute; ea este istoria unei lupte². După ezitări și reticențe, statele au acceptat ideea că suveranitatea acestora încetează acolo unde încep drepturile omului, consacrate și garantate prin norme juridice internaționale, postulatul subordonării individului față de autoritate fiind pus sub semnul întrebării³.

Sistemul de protecție a drepturilor omului creat de Consiliul Europei își are izvorul juridic în două tratate: Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale⁴, instrument care garantează drepturi civile și politice de bază, reprezentând un veritabil pivot al protecției europene a drepturilor omului⁵ și Carta

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București
Email: cristina-mihaela.nicolescu@drept.unibuc.ro
Manuscris primit la 26 septembrie 2025

- 1 Pentru o prezentare a celor mai importante momente care au jalonat drumul către recunoașterea și respectarea universală și regională a drepturilor omului, a se vedea C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, vol. I, Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 19 și urm.; V. Duculescu, *Protecția juridică a drepturilor omului*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 10 și urm.
- 2 D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Ed. La Découverte & Syros, Paris, 2002, p. 120, *apud* C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 19.
- 3 În acest sens, a se vedea C.-L. Popescu, *Protecția internațională a drepturilor omului - surse, instituții, proceduri. Note de curs*, Ed. All Beck, București, 2000, pp. 9-10 (citată în continuare „Note de curs”); V. Stoica, C.I. Stoica, *Convenția europeană și impactul acesteia asupra sistemului juridic român*, Dreptul nr. 10-11/1994, p. 8.
- 4 Semnată de 13 state membre ale Consiliului Europei la 4 noiembrie 1950 în marea sală a Palatului Barberini din Roma (în acest sens, V. Stoica, C.I. Stoica, *loc. cit.*, p. 4) și intrată în vigoare la 3 septembrie 1953, prin depunerea instrumentelor de ratificare de către al 10-lea stat semnatar, Luxemburg (în acest sens, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 77). Finalizarea redactării Convenției europene a drepturilor omului a fost posibilă tot pe calea unui compromis între susținătorii soluției supranaționale și adepții soluției clasice a cooperării interguvernamentale (în acest sens, V. Stoica, C.I. Stoica, *loc. cit.*, p. 5).
- 5 În continuare, *brevitatis causa*, și Convenția europeană a drepturilor omului sau Convenția EDO.

socială europeană, care statuează un catalog de drepturi economice și sociale.

Convenția europeană a drepturilor omului este aplicabilă direct în ordinea juridică internă a statelor contractante, astfel încât normele sale pot fi invocate direct în fața jurisdicțiilor naționale, având cel mai adesea forță supralegislativă⁶. Aplicabilitatea directă de care beneficiază Convenția EDO nu trebuie înțeleasă în sensul că dispozițiile acestui tratat ar viza înlocuirea ori subminarea dreptului intern; dimpotrivă, în baza caracterului subsidiar al mecanismului european de control, statuat constant de Curtea europeană în jurisprudența sa, dreptul național rămâne principalul instrument de protecție a drepturilor și libertăților fundamentale, funcția Convenției fiind aceea de a se adăuga dreptului intern și, dacă este cazul, de a-i remedia lacunele, slăbiciunile.

În „evantaiul” drepturilor proclamate și garantate de instrumentul juridic european, un loc aparte îl ocupă dreptul la respectarea vieții private și de familie (consacrat prin art. 8 din Convenție), precum și dreptul la căsătorie (art. 12 din același document), care au generat de-a lungul timpului o bogată și uneori chiar spectaculoasă jurisprudență a organelor Convenției (în special primul dintre aceste drepturi fundamentale ale vieții personale), treptat luând ființă și dobândind noi valențe un veritabil drept european al familiei.

Date fiind varietatea reglementărilor naționale în materie familială (în fond, familia și normele juridice care o plămădesc reprezintă un element identitar al fiecărui stat, un adevărat „cod genetic” specific fiecărei națiuni) și absența unui numitor legislativ comun, pe terenul art. 8 și al art. 12 din Convenția EDO s-au înregistrat modulări spectaculoase și uneori chiar surprinzătoare în ceea ce privește amplitudinea marjei de apreciere a statelor. Este îndeobște cunoscut că demersul judecătorului european se caracterizează de multe ori printr-un dinamism interpretativ, Curtea realizând, în manieră pretoriană, adaptarea constantă a Convenției (la schimbările sociale, la evoluția moravurilor și a mentalităților etc.) și protejarea ei împotriva oricărui anacronism⁷ (spre exemplu, deplasarea accentuată a contururilor noțiunii de „viață de familie”, protecția și recunoașterea juridică a cuplurilor formate din persoane de același sex, dreptul la autodeterminare, interpretările evolutive din materia transsexualității ori a transgenderismului etc.).

2. Considerații generale privind marja națională de apreciere

O veritabilă linie directoare trasată în jurisprudența CEDO o reprezintă principiul subsidiarității⁸. Acest principiu se manifestă nu doar în binomul Convenție – drept intern, ci și în raportul Curtea europeană – autoritățile naționale din statele contractante.

6 În ceea ce privește poziția Convenției și a jurisprudenței Curții europene în sistemul român de drept și integrarea acesteia în dreptul național, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 100-104; C.-L. Popescu, *Raporturile dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul intern român, în lumina dispozițiilor constituționale revizuite*, Revista Română de Drept Comunitar nr. 2/2004, pp. 36-40; V. Stoica, C.I. Stoica, *loc. cit.*, *passim*.

7 În acest sens, a se vedea Fr. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului* (traducere), Ed. Polirom, Iași, 2006, pp. 181-182 (citată în continuare „Drept european”).

8 Aceste considerații generale au fost formulate într-un context științific anterior. A se vedea C. Nicolescu, *Dreptul familiei*, ed. a II-a, Ed. Solomon, București, 2023, pp. 5-6.

În acest sens, relevant este un paragraf din cuprinsul Rezoluției 1226(2000) a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, potrivit căruia, în baza principiului subsidiarității⁹, unul din principiile de bază ale sistemului Convenției, alături de cel al solidarității, responsabilitatea garantării drepturilor și libertăților enunțate în document incumbă, înainte de toate, autorităților naționale. Curtea este chemată să statueze numai în cazul în care statele nu-și îndeplinesc propriile obligații.

În mod constant, Curtea a reamintit că sistemul instituit prin Convenție are un rol în esență subsidiar, autoritățile naționale bucurându-se de legitimitate democratică directă în ceea ce privește protecția legală a drepturilor omului. Mai mult, datorită contactului lor direct și continuu cu realitățile vieții din țările respective, acestea sunt mai în măsură decât judecătorul internațional să evalueze condițiile și necesitățile locale. Așadar, atunci când adoptă legi prin care trebuie să asigure un echilibru între interese contrare, statelor le este permis, în principiu, să stabilească mijloacele pe care le consideră optime pentru concilierea acestor interese. Totuși, s-a reținut că instanța de la Strasbourg are competența de a stabili dacă o anumită ingerință este sau nu necesară în cauză.

Una dintre consecințele și, totodată, manifestările principiului subsidiarității o reprezintă marja națională de apreciere¹⁰, hotărârea fondatoare a acestui concept, atât de des vehiculat în jurisprudența CEDO, fiind *Handyside c. Regatului Unit* din 7 decembrie 1976. Conceptul s-a dezvoltat jurisprudențial de către Curte (așadar, pe cale pretoriană), pornind de la prevederile Convenției care autorizează expres derogarea în cazul în care ordinea publică sau interesul general o impune (art. 15), respectiv limitarea exercitării anumitor drepturi („drepturile condiționale”) – art. 8, 9, 10 și 11 din Convenție, precum și art. 1 al Protocolului 1. Împreună cu principiul subsidiarității¹¹, marja națională de apreciere avea să fie ulterior consacrată expres în Protocolul nr. 15 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, încheiat la Strasbourg la 24 iunie 2013¹², dobândind astfel „un caracter fundamental și transversal”¹³.

În mod constant, instanța europeană a afirmat că, pentru determinarea amplitudinii

9 Cu privire la principiul subsidiarității protecției internaționale a drepturilor omului, în general și, în special, referitor la caracterul subsidiar al mecanismului de apărare a drepturilor omului instituit de Convenție, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 16, 98-99 și 116-117; C.-L. Popescu, *Note de curs*, pp. 11-12.

10 Pentru dezvoltări privind conceptul „marjă națională de apreciere”, a se vedea Fr. Sudre, *Drept european*, pp. 172-177; C.-G. Achimescu, *Principiul subsidiarității în domeniul protecției europene a drepturilor omului*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 109 și urm.

11 A se vedea D.-A. Deteșeanu, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme en crise ? (II) - La réforme à droit constant – une transformation silencieuse de la Cour ?*, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 1/2017, vol. 13 – ianuarie-martie, Ed. C.H. Beck, București, 2017, pp. 7-8.

12 Protocolul a fost ratificat de România prin Legea nr. 157/2014, intrând în vigoare la data de 01.08.2021. Potrivit art. 1 din Protocol, la finalul preambulului Convenției se adaugă un considerent nou, cu următorul cuprins: „Afirmând că înaltelor părți contractante le revine responsabilitatea primară, conform principiului subsidiarității, de a garanta respectarea drepturilor și libertăților definite în prezenta Convenție și protocoalele la aceasta și că, în acest sens, acestea beneficiază de o marjă de apreciere, sub controlul Curții Europene a Drepturilor Omului instituite prin prezenta Convenție”.

13 În acest sens, a se vedea C.-G. Achimescu, *op. cit.*, p. 112. Pentru o analiză a doctrinei marjei naționale de apreciere și a principiului subsidiarității prin raportare la dispozițiile Protocolului nr. 15 la Convenție, a se vedea, de asemenea, D.-A. Deteșeanu, „Mica reformă”: intrarea în vigoare a Protocolului nr. 15 la Convenția europeană privind drepturile și libertățile fundamentale, în Revista Curierul Judiciar nr. 5/2021, vol. XX, Ed. C.H. Beck, București, 2021, pp. 260-261.

marjei naționale de apreciere, un anumit număr de factori trebuie luați în considerare¹⁴. Pe terenul art. 8 din Convenția EDO, au fost reținute 4 criterii importante de determinare:

- (1) Marja de apreciere a statului este restrânsă atunci când dreptul vizat este important pentru a garanta individului exercițiul efectiv al drepturilor fundamentale, precum și în situația în care este vorba despre un aspect extrem de important al existenței sau identității unei persoane.
Dimpotrivă, marja de apreciere a statelor trebuie să fie mai largă atunci când:
- (2) Nu există un consens între statele membre cu privire la importanța unui anumit interes sau referitor la cele mai bune mijloace de protecție a acestuia.
- (3) Sunt ridicate probleme sensibile de morală sau etică.
- (4) Statul trebuie să asigure un echilibru între interesele private și publice aflate în concurs sau între diferite drepturi protejate de Convenție¹⁵.

Oricare ar fi criteriul aplicat într-o anumită cauză (în funcție de particularitățile circumstanțelor factuale, uneori asistăm la o joncțiune a două sau mai multe criterii), indubitabil, în centrul controlului marjei naționale de apreciere se situează principiul proporționalității¹⁶, „care transpune o cerință de adecvare între un obiectiv legitim și mijloacele utilizate pentru a-l atinge”¹⁷.

În context, se impune a fi evocată o metodă de interpretare uzitată constant de judecătorul european, respectiv așa-numita interpretare „consensuală”, bazată pe evoluția convergentă a reglementărilor interne ale statelor părți – „prezența sau absența unui numitor comun al sistemelor juridice ale statelor” (Hotărârea din 28 noiembrie 1984, *Rasmussen c. Danemarca*, par. 40). După cum s-a apreciat în literatura de specialitate, jurisprudența Curții de la Strasbourg „întărește sentimentul că interpretarea «consensuală» nu este decât masca puterii discreționare a judecătorului european”¹⁸.

Cu privire la chestiunile sensibile și problematice circumscrise art. 8 și art. 12 din Convenția EDO se poate vorbi oare de promovarea unei politici jurisprudențiale prea intruzive ori expansioniste sau, dimpotrivă, Curtea de la Strasbourg a reușit să atingă acel echilibru delicat, menajând (până la o anumită bornă) sensibilitățile naționale și oferind astfel statelor un spațiu generos de manifestare?

Nutrim speranța că, prin intermediul acestor considerații (fie ele și dubitative pe alocuri), vom reuși să trasăm câteva jaloane utile pentru orientarea cititorului în această problematică extrem de sensibilă și disputată.

14 În sensul că întinderea marjei naționale de apreciere „depinde de natura dreptului garantat de Convenție, aflat în discuție, de importanța lui pentru persoana care îl invocă, de natura activităților restricționate prin intervenția autorităților statale și de finalitatea restricției impuse”, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 682.

15 Pentru dezvoltări, a se vedea A. Gouëzel, *Que reste-t-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille?*, în „La CEDH et le droit de la famille”, A. Gouëzel, J.-R. Binet (coord.), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, pp. 31-41, autorul punând în lumină și lacunele tehnice ale acestui instrument, în special din perspectiva articulării criteriilor sale de determinare.

16 Pentru dezvoltări, a se vedea T. Papuc, *Principiul proporționalității. Teorie și jurisprudența Curții de la Strasbourg*, Ed. Solomon, București, 2019, *passim*.

17 Fr. Sudre, *Drept european*, p. 174.

18 *Ibidem*, p. 176. În sensul că interpretarea consensuală devine instrumentul prin care Curtea europeană limitează puterea discreționară recunoscută statelor în ceea ce privește restrângerea exercițiului drepturilor fundamentale, în prezența unui standard comun, marja de apreciere a statelor fiind redusă, a se vedea C.-G. Achimescu, *op. cit.*, p. 99.

3. Modelarea marjei naționale de apreciere cu privire la protecția și recunoașterea juridică a cuplurilor formate din persoane de același sex

Cât timp nu s-a atins un consens european în materie, Curtea de la Strasbourg a fost dispusă să menajeze sensibilitățile naționale, invocând marja de apreciere de care se bucură statele în ceea ce privește reglementarea unei formule juridice, de tipul parteneriatului înregistrat, apte să asigure (și) protecția cuplurilor formate din persoane de același sex. De îndată ce numitorul normativ comun a fost realizat, protecția acestor cupluri a căpătat noi dimensiuni, rezultând interpretări novatoare¹⁹.

3.1. Extinderea efectului protecției prin prisma vieții de familie. În privința protecției vieții de familie în cazul cuplurilor formate din persoane de același sex, merită subliniată evoluția spectaculoasă înregistrată la nivelul jurisprudenței CEDO. Până în anul 2010, Curtea de la Strasbourg a arătat că, potrivit jurisprudenței constante a organelor Convenției, relațiile homosexuale stabile nu intră în sfera de aplicare a dreptului la respectul vieții familiale, protejat de art. 8 din Convenție, ci reprezintă o dimensiune a vieții private a persoanelor respective²⁰. De asemenea, instanța europeană a statuat în mod sistematic²¹ că domeniul recunoașterii juridice a cuplurilor de același sex trebuie considerat un sector unde drepturile evoluează, fără un consens stabilit, și unde statele trebuie să beneficieze de o marjă de apreciere pentru a alege ritmul adoptării reformelor legislative.

Totuși, Convenția este un instrument viu, care trebuie interpretat în lumina condițiilor actuale²², un veritabil reviriment jurisprudențial în materie înregistrându-se prin hotărârea din 24 iunie 2010, cauza *Schalk și Kopf c. Austriei*. Constatând că atitudinea societății față de cuplurile homosexuale a cunoscut o schimbare favorabilă rapidă în numeroase state contractante, Curtea reține că un asemenea cuplu, coabitând de o manieră stabilă, beneficiază de protecția art. 8 (dimensiunea „viață de familie”) și art. 14 din Convenția EDO („nediscriminarea”) – par. 94. Or, după cum am arătat, jurisprudența constantă a Curții era în sensul că un cuplu format din persoane de același sex intră doar în sfera vieții private, prin această hotărâre fiind astfel extins efectul protecției, prin prisma vieții de familie. Consecința ridicării standardului de protecție rezidă în aceea că statele erau astfel obligate să instituie măsuri pozitive de protecție a vieții de familie a acestor cupluri, iar

19 Pentru dezvoltări, a se vedea C. Nicolescu, *Parteneriatele civile înregistrate – o necesitate normativă?*, în RRDP nr. 3/2018, p. 340 și urm. Pentru o radiografie extrem de utilă și pertinentă a jurisprudenței CEDO în materie, a se vedea și R. Rizoiu, *Trei întrebări despre căsătorie și parteneriatele civile*, în RRDP nr. 3/2018, p. 378 și urm.

20 Pentru amănunte referitoare la libertatea sexuală a persoanei, ca dimensiune a vieții private, din perspectiva jurisprudenței CEDO, a se vedea, spre exemplu: C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 610 și urm.; M. Ludușan, *Noțiunea de viață privată*, Revista Themis nr. 1/2005 a Institutului Național al Magistraturii, p. 41.

21 Comis. EDO, 15 mai 1996, cererea nr. 28318/1995, *Röösli c. Germania*; Decizia Curții din 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Spaniei*; Deciziile *Courten c. Regatului Unit* (4 noiembrie 2008) și *M.W. c. Regatului Unit* (23 iunie 2009), ambele referitoare la adoptarea legii privind parteneriatul civil în Regatul Unit. Pentru literatura de specialitate, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 634.

22 V., spre ex., Hot. din 18 decembrie 1986, *Johnston și alții c. Irlandei*.

nu doar să se abțină de la orice imixtiune în viața privată²³.

Se putea ridica întrebarea dacă, la momentul pronunțării hotărârii în cauza *Schalk și Kopf*, Curtea a statuat în sensul existenței unei veritabile obligații pozitive în sarcina statelor-părți de a reglementa forme de recunoaștere juridică a uniunilor homosexuale. Un răspuns tranșant în această chestiune era dificil de formulat, cu atât mai mult cu cât, în Austria (statul-pârât) intrase în vigoare, la 1 ianuarie 2010, legea care reglementa parteneriatul înregistrat. Astfel, Curtea a apreciat că, întrucât în statul pârât reclamanții în speță au dreptul să încheie un parteneriat înregistrat, ea nu se va pronunța asupra chestiunii dacă „lipsa oricăror modalități legale de recunoaștere juridică a cuplurilor homosexuale ar fi condus la încălcarea articolului 14 combinat cu articolul 8” – par. 103.

3.2. Obligația pozitivă de reglementare a unei formule juridice de protecție și recunoaștere a cuplurilor homosexuale. Incertitudinea degajată de cauza *Schalk și Kopf* avea să fie ridicată prin două hotărâri ulterioare: *Oliari și alții c. Italiei* (21 iulie 2015)²⁴ și *Taddeucci și McCall c. Italiei* (30 iunie 2016); aplicând o lectură dinamică hotărârii din 2010 și ținând seama de multiplicarea numărului de state care au adoptat o reglementare dedicată cuplurilor de același sex²⁵, Curtea statuează că incumbă statelor-părți la Convenție o obligație pozitivă de a oferi acestor cupluri o modalitate de recunoaștere legală a uniunii lor²⁶.

Concluzia exprimată de Curte în cauza *Oliari* este următoarea: „(...) având în vedere că Guvernul italian nu a expus existența unui interes prevalent al comunității, în raport cu care să se pună în balanță interesele importante ale reclamanților în speță, astfel cum au fost identificate anterior, și în lumina concluziilor instanțelor naționale cu privire la acest aspect, care nu au fost luate în seamă, Curtea constată că Guvernul italian a depășit marja sa de apreciere și nu și-a îndeplinit obligația pozitivă de a garanta că reclamanții au la dispoziție un cadru juridic specific, care să ofere recunoaștere și protecție uniunilor acestora, în calitate de persoane de același sex” – par. 185²⁷.

23 În acest sens, a se vedea M. Avram, *Drept civil. Familia*, ed. a 3-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 34.

24 Este adevărat că unii doctrinari au apreciat că hotărârea necesită nuanțări cu privire la sfera de aplicare a obligațiilor pozitive, în condițiile în care raționamentul Curții sa întemeiat în mod esențial pe atitudinea favorabilă a societății italiene și pe concluziile instanțelor naționale. Majoritatea doctrinei a concluzionat totuși că din hotărârea *Oliari și alții c. Italiei* derivă o obligație pozitivă generală în sarcina statelor de a adopta o reglementare dedicată cuplurilor de același sex (a se vedea C.L. Popescu, *Obligația pozitivă a statelor de a legifera parteneriatele civile între persoanele de același sex*, în AUBD – 2015, pp. 3544).

25 La acel moment (iulie 2015), 24 de state membre din 47 își adaptaseră legislația, prin configurarea unor formule juridice apte să confere protecție și recunoaștere legală acestor cupluri (căsătoria sau, cel puțin, parteneriatul).

26 A se vedea C. Nicolescu, D.-A. Deteșeanu, *Surpriza unei jurisprudențe nesurprinzătoare: cauza CEDO Buhuceanu și alții c. României (23 mai 2023), din perspectiva dreptului intern român*, AUBD - 2023, pp. 80-90, studiu de unde au fost preluate reperele semnificative ale jurisprudenței CEDO în materie.

27 Italia, în calitate de stat condamnat, a reacționat prompt, fiind adoptată Legea nr. 76 din 20 mai 2016, intrată în vigoare la 5 iunie 2016, care reglementează parteneriatele înregistrate (sau uniunile civile) între persoane de același sex și concubinajul *de facto* (indiferent de sex). Pentru o prezentare de ansamblu a acestei legi, a se vedea E. Bazzo, *Sistemul italian al regimurilor matrimoniale: o comparație între regulamentele UE și noua lege privind parteneriatele civile și parteneriatele înregistrate*, în Buletinul Notarilor Publici nr. 5/2016, p. 69 și urm.

Două comentarii succinte se impun a fi formulate:

(i) Guvernul italian invocase faptul că sensibilitățile sociale și culturale atașate acestei problematici acordă fiecărui stat contractant o largă marjă de apreciere în alegerea momentului și a modalității de reglementare a unui cadru juridic specific, făcându-se referire expresă la Protocolul nr. 15 la Convenție EDO²⁸. Curtea respinge însă apărarea, cu motivarea că această cauză privește exclusiv nevoia generală de recunoaștere juridică și de protecție fundamentală a reclamanților - cupluri de același sex - și plasează evaluarea în perimetrul extrem de important al existenței sau identității unei persoane, ceea ce, automat, a condus la reținerea unei marje restrânse de apreciere;

(ii) Curtea a constatat că există o tendință în cadrul statelor membre ale Consiliului Europei în sensul recunoașterii juridice a uniunilor între persoane de același sex (24 de state membre din 47 își adaptaseră la acel moment legislațiile). După cum în mod judicios s-a arătat în literatura de specialitate²⁹, în această cauză, criteriul consensului european a făcut obiectul unei veritabile „mistificări”, în condițiile în care, deși majoritatea era una fragilă, indicând, mai degrabă, absența unui consens, Curtea forțează totuși existența unei tendințe, extrase dintr-o pretinsă evoluție rapidă a legislațiilor și mentalităților, pentru a ajunge astfel la o marjă de apreciere redusă³⁰. Ne întrebăm retoric dacă această poziționare a Curții nu denotă faptul că, în realitate, marja națională de apreciere reprezintă (doar) un instrument maleabil în mâinile judecătorului european, pe care acesta îl manevrează contextual, pentru a atinge un anumit rezultat.

Linia argumentativă din cauza Oliari avea să se regăsească și în hotărârea din 13 iulie 2021, *Fedotova și alții c. Rusiei*³¹ (prin care orice dubiu era spulberat), Rusia fiind condamnată pe terenul art. 8 din Convenția EDO, din cauza lipsei unui cadru legal prin care să fie recunoscută și protejată relația dintre două persoane de același sex. Neidentificând vreun interes prevalent al comunității³², în raport cu care să pună în balanță interesele reclamanților, Curtea a statuat că, în acest caz, nu a fost asigurat un just echilibru între interesele concurente și a concluzionat în sensul că statul rus a depășit marja de apreciere pe care o are³³, fiind

28 „Referring to the principles laid down by the Court, the Government observed that the social and cultural sensitivities of the issue of legal recognition of homosexual couples gave each Contracting State a wide margin of appreciation in the choice of the times and modes of a specific legal framework. They further relied on the provisions of Protocol No. 15. They noted that the same margin had been provided for in EU law, particularly Article 9 of the Bill of Rights. This matter had thus to be left to the individual State (in this case Italy), which was the only entity capable of having cognisance of the “common sense” of its own community, particularly concerning a delicate matter which affected the sensitivity of individuals and their cultural identities, and where time was necessarily required to achieve a gradual maturation of a common sense of national community on the recognition of this new form of family in the Convention sense” – par. 123 din Hotărârea Oliari.

29 A se vedea A. Gouëzel, *loc. cit.*, pp. 34-35 și doctrina la care se face referire.

30 Cu titlu general, s-a apreciat în literatura de specialitate că „problema stabilirii standardelor comune după o metodă de interpretare evolutivă este că permite Curții să transforme tendințele în drept pozitiv, impunând schimbarea fără să îi mai lase timpul necesar pentru a se impune de la sine, atunci când este cazul” (C.-G. Achimescu, *op. cit.*, p. 105 și doctrina la care se face referire).

31 Cererile nr. 40792/10, 30538/14 și 43439/14.

32 Guvernul rus invocase, printre altele, necesitatea de a asigura protecție „căsătoriei tradiționale”, prevăzută de amendamentele la Constituția rusă din 2020, precum și dezaprobarea uniunilor de același sex de către majoritatea populației ruse.

33 „The Court acknowledges that the respondent Government have a margin of appreciation to choose the

astfel încălcând art. 8 din Convenția EDO (unanimitate de voturi) – par. 55 și 56.

Aceste coordonate aveau să fie menținute și întărite prin hotărârea din 17 ianuarie 2023, *Fedotova și alții c. Rusiei*, pronunțată de Curtea de la Strasbourg în formațiunea de Mare Cameră³⁴, cu o majoritate covârșitoare (14 voturi la 3). Reafirmând obligația pozitivă de reglementare ce incumbă statelor părți, Curtea constată că treizeci de state prevăd deja o posibilitate de recunoaștere legală a cuplurilor de același sex (18 au legiferat căsătoria homosexuală, iar 12 au reglementat formule juridice alternative). Tendința clară și continuă observată în cadrul statelor părți în direcția recunoașterii și protecției juridice a cuplurilor de același sex a fost consolidată de pozițiile convergente ale unui număr de organisme internaționale – par. 175178.

În ceea ce privește marja de apreciere, Curtea reiterează elementele cristalizate la nivelul jurisprudenței sale, în sensul că: (i) statele părți se bucură de o marjă de apreciere semnificativ redusă în ceea ce privește acordarea posibilității de recunoaștere și protecție juridică cuplurilor de același sex, întrucât sunt în joc aspecte deosebit de importante ale identității personale și sociale ale persoanelor de același sex; (ii) în schimb, marja de apreciere este mai largă („States have the choice of the means”) în a decide natura exactă a regimului legal ce poate fi acordat cuplurilor de același sex, care nu trebuie să ia neapărat forma căsătoriei – par. 187188.

În raport cu amplitudinea marjei de apreciere de care statul pârât beneficia, Curtea examinează în continuare dacă acesta și-a îndeplinit obligația pozitivă de recunoaștere și protecție, și anume dacă a asigurat un just echilibru între interesele superioare pe care le invocă și interesele particulare ale reclamanților. În acest context, sunt reluate argumente în jurul cărora, în mod constant, Curtea și-a articulat raționamentul juridic, de tipul: conceptul de „familie” este în mod necesar evolutiv; Convenția este un instrument viu, care trebuie interpretat în lumina condițiilor actuale; protecția familiei tradiționale nu poate justifica absența oricărei forme de recunoaștere legală și protecție pentru cuplurile de același sex – par. 191 și urm.

În finalul analizei, Curtea constată că niciunul dintre motivele invocate de Guvern cu titlu de interes general nu prevalează asupra interesului reclamanților de a obține o recunoaștere juridică și o protecție adecvată pentru cuplurile lor. Curtea concluzionează că statul pârât și-a depășit marja de apreciere și nu și-a îndeplinit obligația pozitivă de a garanta dreptul reclamanților la respectarea vieții lor private și de familie. În consecință, a avut loc o încălcare a art. 8 din Convenția EDO – par. 224225.

În fine, precizăm și faptul că, deși hotărârea pronunțată în cauza *Buhuceanu și alții c. României* (23 mai 2023) a stârnit emoție în lumea juridică din România, soluția era așteptată, această cauză înscriindu-se, așa cum am arătat, într-o linie jurisprudențială

most appropriate form of registration of same-sex unions taking into account its specific social and cultural context (for example, civil partnership, civil union, or civil solidarity act). In the present case they have overstepped that margin, because no legal framework capable of protecting the applicants' relationships as same-sex couples has been available under domestic law”.

34 În temeiul art. 43 par. 1 Conv.EDO, la data de 12 octombrie 2021, Guvernul rus a solicitat retrimiterrea cauzei în fața Marii Camere, cerere acceptată de colegiu. Potrivit art. 43 par. 2, „Un colegiu de cinci judecători ai Marii Camere acceptă cererea atunci când cauza ridică o problemă gravă privind interpretarea sau aplicarea Convenției sau a Protocoloalelor sale, sau o altă problemă gravă cu caracter general”.

deja bine conturată a Curții de la Strasbourg³⁵.

3.3. Existența unei obligații pozitive de a reglementa căsătoria între persoane de același sex? Dacă pe terenul art. 8 din Convenția EDO, pe baza unei interpretări dinamice și evolutive, Curtea a comprimat gradual marja de apreciere a statelor, forțându-le practic să reconstruiască propriul drept pe baza noilor standarde comune de protecție a cuplurilor formate din persoane de același sex, în schimb, pe terenul art. 12 din Convenția EDO, instanța europeană s-a arătat precaută, spațiul de manevră rezervat statelor fiind (încă) suficient de generos.

Spre deosebire de alte texte ale Convenției care folosesc termenul generic de persoană, ca titulară a dreptului/libertății fundamentale, art. 12 face referire *in terminis* la „bărbatul și femeia”³⁶, de unde s-ar putea deduce, chiar și în urma unei lecturi superficiale, că intenția autorilor Convenției a fost aceea de reglementa căsătoria tradițională, heterosexuală. Această interpretare literală a textului poate fi susținută și de interpretarea istorico-teleologică, raportându-ne la orizontul percepției și mentalităților de la momentul adoptării Convenției în ceea ce privește situația cuplurilor formate din persoane de același sex și având în vedere că la nivel intern, cadrul legislativ național al statelor contractante era departe de gradul de deschidere și de evoluțiile care aveau să se manifeste în această materie începând cu anul 1989³⁷.

În mod constant, Curtea de la Strasbourg a statuat în termeni foarte clari că „deși este adevărat că există o serie de state contractante care au extins căsătoria la partenerii de același sex, acest lucru reflectă propria lor viziune asupra rolului căsătoriei în respectivele societăți și nu poate fi dedus (...) din interpretarea dreptului fundamental astfel cum a fost instituit de către statele contractante în Convenția din 1950”³⁸. (trad. ns.)

De asemenea, în hotărârea *Schalk și Kopf c. Austriei* din 24 iunie 2010, instanța europeană apreciază că o căsătorie are conotații sociale și culturale profund înrădăcinate, susceptibile să difere considerabil de la o societate la alta. Totodată, Curtea reiterează faptul că nu trebuie să se grăbească să înlocuiască propria apreciere celei a autorităților naționale, care sunt mai bine plasate pentru a aprecia necesitățile societății și a răspunde acestora – par. 62. Concluzionează, astfel, în sensul că articolul 12 nu impune guvernului pârât obligația de a legitima căsătoria dintre persoane de același sex – par. 63.

Deși Curtea de la Strasbourg nu s-a îndepărtat de linia clasică a jurisprudenței sale, considerentele acestei hotărâri pe terenul art. 12 din Convenție au totuși o importanță particulară. Astfel, invocând evoluțiile legislative din statele-părți, precum și art. 9 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, Curtea nu mai consideră că dreptul la căsătorie consacrat de art. 12 din Convenție trebuie să se limiteze în toate situațiile

35 Pentru dezvoltări, a se vedea C. Nicolescu, D.-A. Deteșanu, *loc. cit.*, *passim*.

36 Este important de precizat că în varianta în limba engleză se folosește pluralul celor două substantive, respectiv „men and women”.

37 Prin Legea din 1 iunie 1989, Danemarca a fost prima țară europeană care a dat posibilitatea persoanelor de același sex să înregistreze uniunea lor. Trebuie precizat însă că această uniune, deși configurată după modelul căsătoriei, nu era asimilată deplin acestei instituții juridice tradiționale. La nivel european, prima țară care a reglementat căsătoria între persoane de același sex a fost Olanda, printr-o lege din anul 2001.

38 Decizia din 28 noiembrie 2006, *R. și F. c. Regatului Unit*.

la căsătoria între persoane de sex opus – par. 61. Contururile noțiunii convenționale de „căsătorie” par, astfel, modificate, iar diferența de sex a „soților” nu mai constituie un element ce condiționează aplicabilitatea art. 12, din moment ce Curtea admite incidența acestui articol.

În Hotărârea din 21 iulie 2015 *Oliari și alții c. Italiei*, Curtea confirmă concluziile din *Schalk și Kopf c. Austriei*; amintește faptul că nici art. 12 și nici art. 8 combinat cu art. 14 nu impun statelor obligația de a permite accesul la căsătorie cuplurilor de același sex, deși unele state semnatare ale Convenției au ales această soluție legislativă. Astfel, Curtea stabilește caracterul vădit nefondat al cererilor reclamanților grefate atât pe art. 12, cât și pe art. 12 combinat cu art. 14 și le respinge. Soluția privind inexistența unei obligații pozitive de reglementare este clar reafirmată în considerentele unor hotărâri ulterioare (spre exemplu, *Fedotova c. Rusiei*, mai sus prezentată).

Dacă acesta este standardul actual în privința căsătoriei între persoane de același sex, în viitorul mai mult sau mai puțin îndepărtat vom asista oare la o revizuire a soluției, în condițiile în care, în mod sistematic, judecătorul european și-a rezervat „competența” de a realiza evaluarea standardului de protecție „în lumina condițiilor din prezent”, avansând o interpretare proprie a numitorului legislativ comun și adaptându-l la evoluția soluțiilor juridice naționale?

4. Evoluția jurisprudenței CEDO în materia transsexualității

Problematica transsexualismului a generat o jurisprudență sinuoasă la nivelul Curții de la Strasbourg, pe terenul art. 8, art. 12 și al art. 14 din Convenția EDO. Progresiv, centrul de greutate a fost deplasat de la absența unui numitor legislativ comun (ceea ce implica o marjă generoasă de apreciere a statelor) la conturarea și promovarea conceptului de „autonomie personală”, ce presupune inclusiv dreptul individului de a stabili detaliile identității sale ca ființă umană, dreptul la dezvoltare personală și la integritate fizică și morală³⁹.

4.1. Exercițarea dreptului la căsătorie. Inițial, prin trei hotărâri succesive adoptate la intervale substanțiale de timp (1986, 1990 și 1998), toate împotriva Regatului Unit⁴⁰, instanța europeană a considerat că refuzul opus de autoritățile statului exercitării dreptului la căsătorie de către persoanele transsexuale care și-au modificat sexul în urma unei intervenții chirurgicale nu constituie o încălcare a dispozițiilor art. 12 din Convenție, ci intră în cadrul marjei de apreciere de care beneficiază statele părți.

În acea perioadă, Curtea de la Strasbourg vedea în atașamentul la conceptul tradițional al căsătoriei „un motiv suficient de a continua să aplice criterii biologice pentru determinarea sexului unei persoane în vederea încheierii unei căsătorii, această materie relevând prerogativa de care se bucură statele contractante de a reglementa prin

³⁹ Aceste considerații generale în materia transsexualității, inclusiv prin referire la jurisprudența relevantă CEDO, au fost formulate într-un context științific anterior. A se vedea C. Nicolescu, *Dreptul familiei*, p. 63 și urm.

⁴⁰ Hotărârea din 17 octombrie 1986, *Rees c. Regatului Unit*; Hotărârea din 27 septembrie 1990, *Cossey c. Regatului Unit* și Hotărârea din 30 iulie 1998, *Sheffield și Horsham c. Regatului Unit*.

norme legale exercițiul dreptului la căsătorie”⁴¹.

În anul 2002 s-a produs un spectaculos reviriment al jurisprudenței CEDO în această materie, prin hotărârile pronunțate de Marea Cameră în cauzele *I. c. Regatului Unit și Christine Goodwin c. Regatului Unit*⁴².

După evocarea propriei jurisprudențe, Curtea a procedat la o reexaminare a situației din perspectiva anului 2002. Instanța de la Strasbourg a arătat că, dacă într-adevăr prin art. 12 este garantat dreptul fundamental, pentru un bărbat și o femeie, de a se căsători și de a fonda o familie, totuși cel de-al doilea aspect nu este o condiție a primului, iar incapacitatea pentru un cuplu de a concepe sau de a crește un copil nu poate constitui în sine un motiv de privare de dreptul vizat de prima teză a textului în discuție, respectiv dreptul la căsătorie - par. 98.

Deși, a admis Curtea, articolul 12 se referă în mod expres la dreptul pentru un bărbat și o femeie de a se căsători, ea nu s-a declarat convinsă că se mai poate continua a se admite astăzi că acești termeni implică obligativitatea determinării sexului potrivit unor criterii pur biologice; după adoptarea Convenției, instituția căsătoriei a fost transformată profund prin evoluția societății, iar progresele medicinei și ale științei au antrenat schimbări radicale în domeniul transsexualității. Instanța europeană a constatat, referindu-se la domeniul art. 8, că neconcordanța factorilor biologici la un transsexual operat nu mai putea constitui un motiv suficient pentru a justifica refuzul de a recunoaște pe plan juridic schimbarea sexului celui interesat, arătând că, prin raportare la dispozițiile art. 12, este necesar a fi luați în considerare și alți factori - par. 100.

Curtea a statuat că marja de apreciere de care beneficiază statele contractante nu poate fi atât de largă încât să se admită că evantaiul opțiunilor deschise unui stat poate merge până la interzicerea în practică a exercitării dreptului la căsătorie, neexistând nicio rațiune care să justifice faptul că transsexualii sunt privați în orice situație de dreptul de a se căsători. Pe cale de consecință, Curtea europeană a concluzionat că a avut loc o violare a art. 12 din Convenție - par. 103⁴³.

4.2. Dreptul la autodeterminare. În jurisprudența CEDO, dreptul persoanei fizice la autodeterminare a căpătat noi valențe, contururile fiind trasate prin Hotărârea din 6 aprilie 2017 (cauza *A.P., Garçon și Nicot c. Franței*)⁴⁴. Curtea a statuat că respingerea

41 Hotărârea din 27 septembrie 1990, *Cossey c. Regatului Unit*, par. 46. În același sens, a se vedea Hotărârea din 30 iulie 1998, *Sheffield și Horsham c. Regatului Unit*, par. 67.

42 Hotărârile din 11 iulie 2002; pentru traducerea, rezumatul și comentariul acestor hotărâri, a se vedea C.-L. Popescu, în C.J. nr. 10/2002, p. 107 și urm. Având în vedere că argumentele, raționamentul juridic și soluția finală sunt identice în cazul celor două hotărâri, în continuare referirea va fi făcută doar la hotărârea pronunțată în cauza *Christine Goodwin c. Regatului Unit*. În solicitarea sa din 15 iunie 1995 adresată Comisiei, Christine Goodwin, o transsexuală operată care a trecut de la sexul masculin la sexul feminin, se plânga de nerecunoașterea juridică a noii sale identități sexuale, ca și de statutul juridic al transsexualilor în Regatul Unit, invocând dispozițiile art. 8, art. 12, art. 13 și ale art. 14 din Convenție.

43 Este important de semnalat că urmare acestei hotărâri, Regatul Unit a implementat un sistem care permite transsexualilor posibilitatea de a solicita și de a obține un certificat de recunoaștere deplină a noii identități sexuale. A se vedea, în acest sens, Decizia Curții din 28 noiembrie 2006, cererea nr. 42971/2005, *Parry c. Regatului Unit*.

44 Traducerea în limba română a acestei hotărâri este disponibilă pe pagina de web a Institutului European din România: www.ier.gov.ro. Această cauză viza trei persoane transgender de cetățenie franceză care doreau să

cererii celui de-al doilea și celui de-al treilea reclamant, de modificare a stării lor civile, pe motiv că aceștia nu au stabilit caracterul ireversibil al transformării înfățișării lor, adică nu au demonstrat că suferiseră o operație de sterilizare sau un tratament medical care implica o probabilitate foarte mare de sterilitate, constituie o încălcare de către statul pârât a obligației sale pozitive de a garanta dreptul acestora la respectarea vieții lor private, fiind violat, așadar, art. 8 din Convenția EDO (par. 135)⁴⁵.

Desigur, în fața acestei soluții avangardiste, ne putem întreba, așa cum profesorul emerit francez Jean Hauser a făcut-o deja: „Un sexe que je veux et quand je veux?” (Un sex pe care îl vreau și când îl vreau?)⁴⁶.

Pentru a avea o imagine completă asupra bogăției de nuanțe și semnificații din cuprinsul acestei hotărâri, pronunțate de Curtea de la Strasbourg într-o materie atât de sensibilă, este relevantă și prezentarea dimensiunii negative a dreptului la respectarea vieții private, respectiv limitele exercitării acestui drept, din perspectiva amplitudinii marjei naționale de apreciere.

Astfel, cu privire la condiția de a demonstra caracterul real al sindromului de transsexualism, Curtea a considerat că, având în vedere în special ampla marjă de apreciere de care dispuneau instanțele franceze, prin respingerea cererii celui de-al doilea reclamant de modificare a mențiunii privind sexul din certificatul său de naștere (pentru nerespectarea acestei condiții), este menținut un just echilibru între interesele concurente aflate în discuție (par. 143).

Referitor la obligația de a se supune unui examen medical, Curtea a concluzionat că și în cazul în care expertiza medicală dispusă implica examinarea intimă a organelor genitale ale primului reclamant, amploarea ingerinței care ar fi rezultat în ceea ce privește exercitarea dreptului său la respectarea vieții sale private ar trebui să fie relativizată în mod semnificativ. În consecință, Curtea statuează că și în această ipoteză se conservă justul echilibru între interesele concurente, respingerea cererii primului reclamant de modificare a mențiunii privind sexul din certificatul său de naștere, pe motivul că acesta a refuzat, din principiu, să se supună expertizei medicale dispuse de instanța internă, nefiind de natură să conducă la încălcarea art. 8 din Convenția EDO (par. 152 și 153)⁴⁷.

obține modificarea mențiunii referitoare la sex și la prenume în actele lor de stare civilă, dar care sau lovit de refuzul autorităților administrative și judiciare franceze.

45 În cauza respectivă, Curtea a observat și faptul că, la 12 octombrie 2016, legiuitorul francez a exclus în mod expres sterilizarea din rândul condițiilor impuse persoanelor trans pentru obținerea recunoașterii identității lor. Art. 616 alin. 3 C.civ.fr. (în configurarea normativă dată de Ordonanța nr. 2019-964 din 18 septembrie 2019) prevede următoarele: „Faptul că persoana în cauză nu a făcut obiectul unor tratamente medicale, unei intervenții chirurgicale sau unei sterilizări nu poate justifica refuzul admiterii cererii [de modificare a mențiunii privind sexul acesteia în actele de stare civilă]” – trad. ns. În plus, Curtea a constatat că, în ultimii ani, în Europa sa conturat o tendință de eliminare a acestei condiții, bazată pe o înțelegere mai bună a transsexualității (în perioada 2009-2016 unsprezece statepărți eliminaseră condiția din dreptul pozitiv, iar în alte statepărți erau discutate reforme similare în această privință).

46 A se vedea, în acest sens, RTD civ. n° 2/2017, p. 350.

47 Aceste linii directoare aveau să fie menținute în Hotărârea din 19 ianuarie 2021, *X și Y c. României*, cererile nr. 2145/16 și 20607/16.

5. Concluzii

Indubitabil, armonia europeană nu implică o autentică unificare și, dată fiind diversitatea tradițiilor și a moravurilor naționale, anumite diferențe trebuie să subziste, ceea ce legitimează existența înseși a marjei de apreciere a statelor, dar și posibilitatea de control a judecătorului european. Căutarea punctului de echilibru reprezintă o necesitate pentru funcționarea viabilă a ansamblului sistemului european de protecție.

Având în vedere tendința de comprimare continuă a marjei de apreciere a statelor, ne putem întreba și noi, asemenea profesorului francez Antoine Gouëzel: Ce mai rămâne din marja națională de apreciere în perimetrul dreptului familiei?

Sau, pentru a-l cita pe decanul Carbonnier, într-o formulare pe cât de plastică, pe atât de sugestivă: „*Manifestement, la Cour de Strasbourg est sortie de son lit. L'ennui est que l'on ne sait pas comment l'y faire rentrer*”⁴⁸.

48 Apud A. Gouëzel, *loc. cit.*, p. 41.