

Principiul proporționalității în dreptul administrativ european.

Cuprins

Introducere

**Capitolul I. Prezentare istorică a principiului proporționalității și
aspecte de drept comparat.**

1.1. Istoricul proporționalității.

1.2. Scurte aspecte de drept comparat.

1.2.1. Proporționalitatea în sistemul german.

1.2.2. Proporționalitatea în Franța.

**Capitolul II. Aplicarea principiului proporționalității și elementele
acestuia din perspectiva Uniunii Europene.**

**Capitolul III. Locul principiului proporționalității în sistemul
public și în dreptul administrativ.**

**Capitolul IV. Principiul proporționalității în jurisprudența și
legislația românească.**

4.1. Aspecte generale.

4.2. Aspecte particulare.

Concluzii.

Introducere

În prezentul studiu vom prezenta pe larg conceptul de principiu al proporționalității în contextul dreptului european administrativ. Totodată, o incursiune istorică este necesară pentru a vedea originile acestui principiu și rațiunile care au dus la implementarea acestuia în sistemele de drept continentale și cele de tip *common law*.

La nivelul cel mai de bază și simplist, principiul proporționalității vizează situația în care orice măsură luată, spre exemplu de către organele executive, trebuie să fie bine adaptată și studiată pentru a atinge scopurile pe care le urmărește. Principiul proporționalității poate fi probabil cel mai bine ilustrat prin sintagma ilustrului profesor în științele dreptului administrativ Fritz Fleiner, care remarca că „the police should not shoot at sparrows with cannons”¹.

Ținând cont de faptul că principiul proporționalității a devenit un principiu consacrat *expressis verbis* în numeroase sisteme naționale și internaționale în ultimele decenii acesta a atras, de asemenea, atenția și marilor scoli de drept, fiind subiect de dezbateri juridice în repetate rânduri². Principalul domeniu în care a fost analizat acest principiu este domeniul dreptului constituțional. Mai puțin s-a analizat rolul proporționalității în dreptul administrativ. De fapt, analizând doctrina și practica judiciară, în ultima vreme, proporționalitatea a venit, de asemenea, să joace un rol semnificativ în dreptul administrativ chiar și atunci când drepturile constituționale nu sunt în joc.

În aceeași ordine de idei, ne-am structurat prezentul demers în cinci părți. Primul capitol reprezintă istoricul principiului proporționalității. A doua parte a cercetării va face referiri la incidența acestuia în dreptul comparat prin trimiteri la sistemele de drept din țări precum

¹ În acest sens, a se vedea *Proportionality Review in Administrative Law*, Jud Mathews (forthcoming in *Comparative Administrative Law*, second edition (Peter Lindseth, Susan Rose-Ackerman & Blake Emerson, eds.), Northampton: Edward Elgar, 2017. Autorul în citează pe Fleiner, Fritz. 1928. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen: Mohr, p. 404. Totodată, pentru rigurozitatea exprimării citatului expus vom preciza că este o traducere din englezescul „the police should not shoot at sparrows with cannons”. O altă sintagmă demnă de atenție este și cea a juristului Günther Heinrich von Berg „the police law may abridge the natural freedom of the subject, but only insofar as its lawful goal requires.”

² Stone Sweet, Alec, and Jud Mathews. 2008. „*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*,” *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (1): 73–165.



Germania, Franța și la cele guvernate de sistemul *common law*: Marea Britanie, Statele Unite ale Americii și Canada. În cea de a treia parte vom diseca pe larg acest principiu prin prezentarea sistemului tripartit de proporționalitate. În cea de-a patra parte ne vom concentra atenția asupra diferențelor în aplicabilitatea principiului raportat la diferitele instituții și practica acestora. În fine, în capitolul care încheie acest studiu vom încerca să prezentăm punctul nostru de vedere în ceea ce privește locul principiului proporționalității în dreptul public, cu preponderență în dreptul administrativ.

Capitolul I. Prezentare istorică a principiului proporționalității și aspecte de drept comparat.

1. Istoricul proporționalității.

Într-o cercetare, președintele Curții Supreme a Israelului, Aharon Barak, a constatat o versiune a conceptului în filosofia lui Moise din secolul al XII-lea care preciza că este permis a se folosi medicamente mai puternice numai dacă medicamentele mai slabe nu reușesc³. Iată un exemplu vechi, aparent desuet care își găsește locul și în dreptul pozitiv. Totodată, un autor britanic menționează în lucrarea lui că a găsit un precedent britanic datând din secolul al XVI-a și al XVII-a în care se făcea referire la principiul proporționalității în diferite contexte⁴.

Originea proporționalității o găsim cel mai ușor și puternic cristalizată în legislația germană și prusă⁵. Astfel, instanțele administrative din Prusia au folosit acest principiu pentru a

³ Barak, Aharon. 2012. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press,

⁴ Craig, Paul P. 2017. "Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective," in Stefan Vogenauer, ed., *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Oxford: Hart Publishing.

⁵ Desigur pentru o privire amănunțită amintim că principiul proporționalității și-a găsit aplicabilitatea inclusiv în Antichitate, însă în prezentul studiu nu ne propunem să analizăm rolul și impactul acestuia de la acea vreme. În acest sens, facem trimitere la Eric Engle, *The History of the General Principle of Proportionality: An overview*, p. 3; Jurgen Schwarze, *European Administrative law* pp. 680-702 (1992); Nicholas Emiliou, *THE The principle of proportionality in european administrative law* (1996); Michael Akehurst, *The Application of General*



rezolva litigiile din domeniul dreptului polițienesc (actual contravențional). Curtea Administrativă Supremă din Prusia a examinat dacă măsurile adoptate de poliție au depășit ceea ce a fost considerat necesar pentru atingerea unui obiectiv relevant⁶.

Dezvoltarea esențială a principiului proporționalității s-a datorat în mare măsură înființării în Prusia a Curții Supreme Administrative (Oberverwaltungsgericht) în 1875. De la înființarea acesteia, instanța a conturat modalitatea de aplicare a principiului proporționalității reformând dreptul administrativ, atât prin circumscrierea scopurilor legitime administrației cât și, examinând mijloacele alese în urmărirea acestor scopuri⁷.

Două exemple sunt ilustrative în acest sens. Astfel, într-un caz din 1886, instanța a decis că măsurile luate de organul administrativ, în speță poliția, nu ar putea cere, pe motive de siguranță publică, unui proprietar să demoleze o formațiune mică cu pericol de accidentare de la marginea proprietății sale. Măsura cea mai proporțională și necesară pentru înlăturarea pericolului pentru siguranța publică ar fi fost obligarea proprietarului la punerea în funcțiune a unui sistem de iluminat în timpul nopții. Așa cum a decis Curtea „protecția împotriva accidentelor este într-adevăr sarcina poliției, însă această sarcină și autoritate are o limita și nu se pot extinde mai departe decât e necesar pentru îndeplinirea scopului eliminării pericolului.

O altă speță interesantă a avut ca problemă juridică posibilitatea închiderii unui magazin deoarece acesta făcea printre altele comerț cu „brandy” (băutură alcoolică) fără licență de comercializare. Curtea a decis că este disproporționat și prin urmare inacceptabil ca un magazin să fie închis doar pentru comercializarea ilegală a unui produs. În esență, funcționarea magazinului era perfectă în condițiile legii, doar comercializarea produsului „brandy” era fără

Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities, 1981 BRIT. Y.B. INT'L L. 29, 38-51 (U.K.); Sophie Boyron, *Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?*; Taskovska, Dobrinka, *On Historical and Theoretical Origins of the Proportionality Principle – A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality*. In: *Iustinianus Primus Law Review, Volume 3:1* (2012), pp. 1-11. P. 1.

⁶ A se vedea Yutaka ARAI-Takahashi, *Proportionality – a German approach*, p. 2. Pentru o privire amănunțită asupra originile principiului a se vedea și Thomas Poole, *Proportionality in Perspective*

⁷ Jud Mathews, *Ibidem*, p. 5.



licență. În consecință, s-a decis că măsura este disproporționată și nu este necesară pentru atingerea obiectivului legitim, adică obținerea licenței de comercializare⁸.

Ulterior, urmând exemplul instanței supreme prusace și alte instanțe administrative din Germania au făcut aplicabilitatea acestui principiu, cenzurând măsurile dispuse⁹.

Cadrul principiului proporționalității modern este o inovație a Curții Constituționale Federale din Germania, care s-a folosit de acest principiu pentru a se pronunța asupra drepturilor constituționale pentru mai mult de o jumătate de secol. Curtea Constituțională a adaptat conceptul din dreptul administrativ, în care proporționalitatea a jucat un rol important în justiție cu preponderență referitor la controlul acțiunii administrative de la sfârșitul secolului al XIX-lea.

Mai recent, principiul proporționalității a fost, de asemenea, adoptat de către instanțele supranaționale, în special Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) și, mai relevant pentru acest articol, de către Curtea Europeană de Justiție (CJUE).

Trecând de incursiunea istorică și revenind la vremuri mai apropiate constatăm că proporționalitatea este considerată ca fiind un principiu general al dreptului unional¹⁰. Primele referințe în materie unională le găsim în vremurile Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului¹¹. Cu toate acestea, principiul s-a dezvoltat *in extenso* mai mult după decizia din afacerea *Internationale Handelsgesellschaft*¹², unde a fost utilizată pentru a contesta sistemul pentru licențe de import și export. În această cauză, s-a oferit pentru prima oară o încercare de explicitare a conceptului de principiu al proporționalității „unei persoane nu trebuie să i se limiteze libertatea de a acționa dincolo de măsura necesară apărării interesului public”.

Petiționarii au obținut o licență de export pentru porumb din Germania, condiționată, de reglementările comunitare, de închirierea unui depozit care avea ca scop garantarea că exportarea

⁸ Jud Mathews, *Ibidem*, p. 6.

⁹ Stern, Klaus. 1993. “*Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*,” in Peter Badura and Rupert Scholz, eds., *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter 22 Lerche zum 65*, 165–75, Munich: C.H.Beck.

¹⁰ Gráinne de Búrca “*The Principle of Proportionality and its Application in EC Law (1993)* 13 YEL 105

¹¹ Cauza 8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority* [1954–1956] ECR 292 at 299; Cauza 19/61 *Mannesmann AG v High Authority* [1962] ECR 357 at 370–371.

¹² Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125



se va face pe durata de valabilitate a licenței. Întrucât exportarea nu a fost finalizată până la expirarea licenței, autoritățile administrative germane au dispus confiscarea unei părți importante a depozitului. Reclamantii au contestat confiscarea invocând faptul că se încalcă unele principii ale legii germane.

În prezent, o consacrare a principiului proporționalității o regăsim în Tratatul privind Uniunea Europeană, mai precis la art. 5¹³. Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cu preponderență, precum și instanțele statelor membre au fost responsabile pentru determinare înțelesului proporționalității. Instanțele sunt cele responsabile cu analizarea măsurii dispuse. Este aceasta adecvată și potrivită pentru a atinge scopul propus? Totodată, se va examina dacă măsura este necesară sau dacă scopul ar fi putut fi atins printr-un mijloc mai puțin „invaziv”. Așa cum vom vedea în capitolele următoare, în doctrină au existat unele incertitudini cu privire la faptul dacă al treilea element al testului proporționalității, numit adesea proporționalitatea *stricto sensu*, face parte, de asemenea, din testul unional¹⁴. Un lucru este cert, proporționalitatea se va aplica diferit în funcție de fiecare situație concretă și raportat la circumstanțele cauzei.

2. Aspecte de drept comparat.

Pentru a înțelege mai bine conceptul analizat considerăm oportună o trimitere la diferitele exemple din legislația altor țări. Privind sistemele de drept administrativ constatăm că acestea sunt diferite în ceea ce privește utilizarea principiului proporționalității ca și un mijloc de revizuire a actelor administrative. În primul rând, în unele sisteme proporționalitatea este considerată ca fiind un principiu consacrat la nivel constituțional sau general de drept care se aplică, în principiu, întregii arii. În al doilea rând, avem sistemele unde proporționalitatea se

¹³ Articolul 5 TUE „(1) Delimitarea competențelor Uniunii este guvernată de principiul atribuirii. Exercițarea acestor competențe este reglementată de principiile subsidiarității și proporționalității(...) (4) În temeiul principiului proporționalității, acțiunea Uniunii, în conținut și formă, nu depășește ceea ce este necesar pentru realizarea obiectivelor tratatelor. Instituțiile Uniunii aplică principiul proporționalității în conformitate cu Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității.”

¹⁴ Walter van Gerven “*The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*” in Evelyn Ellis (ed) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart, Oxford, 1999) 37 at 37–38.



aplică numai în anumite domenii ale dreptului administrativ, iar în final, bineînțeles, unele sisteme administrative de drept care nu recunosc proporționalitatea ca pe un standard juridic¹⁵.

În alte jurisdicții, utilizarea proporționalității se limitează la unul sau la câteva domenii din dreptul administrativ. În Anglia, de exemplu, standardul *Wednesbury* continuă să guverneze majoritatea deciziilor administrative¹⁶.

Un bun exemplu în care este consacrat *expresis verbis* principiul este legislația Uniunii Europene și a Germaniei, acestea fiind jurisdicții în care principiul proporționalității contează ca drept fundamental¹⁷. În Germania, proporționalitatea apare ca un drept fundamental constituțional care se aplică tuturor actelor care implică în vreun fel sau altul drepturi subiective¹⁸.

2.1. Proporționalitatea în sistemul german.

Din punctul nostru de vedere un sistem demn de analizat și cu exemple extrem de minuțioase este cel consacrat de legislația germană, motiv pentru care îl vom analiza în rândurile următoare.

În dreptul public german, principiul proporționalității (*Verhältnismäßigkeit*) este conceput pentru a măsura legitimitatea măsurilor dispuse de toate organele de stat. Este cel mai semnificativ, dar și controversat principiu în dreptul administrativ. Așa cum s-a reținut și la nivel doctrinar, acesta se aplică legilor, actelor precum și acțiunilor executive și judiciare. Acesta servește pentru a verifica și pentru a preveni încălcarea drepturilor cetățenilor prin legislație, acte administrative sau în diverse probleme. Domeniul său de aplicare a fost extins dincolo de problema cetățenilor cu actele publice și a devenit stabil chiar și în contextul orizontal: particular vs. particular¹⁹.

¹⁵ Jud Mathews, *Ibidem*, p. 7.

¹⁶ Davies, A.C.L., and J.R. Williams. 2016. "Proportionality in English Law" in Sofia Ranchordás and Boudewijn Willem Nicolaas de Waard, eds., *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*, 73–108, Abington:Routledge.

¹⁷ Tridimas, Takis. 2006. *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 137-138.

¹⁸ Jarass, Hans D., and Bodo Pieroth. 2012. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Munich: C.H.Beck*, p. 529.

¹⁹ Yutaka ARAI-Takahashi, *op. cit.*, p. 3.



Analizând părerea unor autori care au studiat amănunțit proporționalitatea, vom ajunge la concluzia că în dreptul public german aceasta reprezintă un concept evaziv²⁰. Cu toate acestea, practica judiciară și mediul academic au contribuit în mare măsură la formarea unui proces elaborat din trei elemente care alcătuiesc principiul proporționalității, așa numitul **test la proporționalității**. Prima etapă vizează verificarea caracterului adecvat/potrivit, a doua analizează necesitatea măsurii și, în fine, cea din urmă presupune o analiză a proporționalității *stricto sensu*.

A. Caracterul adecvat.

Primul element este cerința caracterului adecvat (Geeignetheit). Aceasta sugerează că o acțiune publică trebuie privită cel puțin ca fiind adecvată pentru atingerea scopului său. Examinarea acestui filtru este limitat doar la întrebarea dacă mijloacele alese sunt considerate „necorespunzătoare scopului” sau „complet necorespunzătoare”.

În acest stadiu nu este important să se determine dacă s-au folosit cele mai adecvate mijloace atinge obiectivul, deoarece acest lucru va fi determinat în etapa ulterioară, prin testul de necesitate²¹. Din aceste considerente foarte puține măsuri se opresc doar la această etapă, fiind astfel considerate neadecvate.

B. Caracterul necesar.

Al doilea element este cerința necesității (Erforderlichkeit)²². Astfel, dacă măsura trece primul test, al caracterului adecvat, se va recurge la verificarea caracterului necesar. Aceasta presupune ca autoritatea administrativă trebuie să aleagă cel mai puțin restrictiv dintre mijloacele eficiente avute²³. Aceasta se bazează pe premisa că mijloacele care nu sunt necesare pentru atingerea obiectivului legii nu pot justifica o limitare a drepturilor fundamentale pentru că s-ar

²⁰ *Idem*.

²¹ Barak A, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press (2012), p. 305.

²² Curtea Constituțională Federală germană a distins între testul „cel mai puțin restrictiv” și testul balanței pentru prima dată în 1958 în afacerea Apothekenurteil, BVerfG 11 iunie 1958, 7 BVerfGE.

²³ Yutaka ARAI-Takahashi, *Ibidem*, p. 4.



putea folosi alte mijloace care ar fi atins scopul propus fără a fi nevoie să se aplice un astfel de grad de restricționare²⁴.

Gradul de control depinde de factori precum natura drepturilor care trebuie protejate și efectul grav al interferențelor aduse. Cu toate acestea, cerința caracterului necesar este supusă unui examen *ex ante* de către instanțele de judecată. Agenții administrativi sunt obligați să aleagă o măsură considerată cea mai puțin împovărătoare/intruzivă la momentul sancțiunii. Aceasta înseamnă că, dacă instanțele de judecată vor găsi o măsură mai puțin invazivă măsura luata *ab initio* va trebui să fie analizată încă o dată, existând riscul să nu treacă această etapă a testului²⁵.

În esență, s-a considerat că testul caracterului necesar implică o argumentație mult mai sofisticată decât testul precedent²⁶.

C. Proporționalitatea *stricto sensu*.

Cel de-al treilea element este ideea proporționalității în sens restrâns. În doctrina germană, acest ultim prag al testului este considerat a fi unul decisiv²⁷. Acest test interzice luarea măsurii în cazul în care dezavantajul față de individ depășește avantajul conferit sistemului public sau față de o terță persoană.

În această etapă finală, instanța va analiza cât de profund este limitat dreptul constituțional, cât de grav este pericolul pentru binele public, cât de probabil este ca pericolul să se materializeze.

Cu alte cuvinte, chiar dacă este clar că un anumit act sau o măsură reprezintă un mijloc adecvat și necesar pentru a realiza o politică legitimă, un act, o decizie sau o măsură pot fi totuși disproporționate dacă nu există un echilibru rezonabil sau echitabil între obiectivele urmărite și interesele rănit.

2.2. Proporționalitatea în Franța.

²⁴ Grimm D, „*Proportionality in Canadian and German Law*”, 57 *University of Toronto Law Journal* (2007), p. 393.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Pirker B, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing (2013), p. 30.

²⁷ Grimm D., op. cit., p.383



În ultima perioadă în Franța principiul proporționalității a început să fie din ce în ce mai utilizat în diferite sfere ale dreptului administrativ²⁸. În doctrina franceză mai recentă, împotriva excesului de putere al administrației s-a promovat conceptul de „control de proporționalitate”²⁹.

Măsurile administrative care încalcă drepturile fundamentale și libertățile cetățenești au fost mult timp supuse cenzurii prin intermediul proporționalității de către Consiliul de Stat (Conseil d'Etat) din Franța. Un bun exemplu îl constituie celebrul caz *Benjamin* din 1933 în care Conseil d'Etat a anulat o măsură administrativă care interzicea o conferință organizată de o celebritate politică controversată. Instanța și-a fundamentat raționamentul pe faptul că inclusiv o măsura mai puțin restrictivă ar fi păstrat pacea și împiedicat orice incident³⁰.

Începând cu anii 1970 Consiliul de Stat a început să analizeze problemele legate de urbanism folosind doctrina „le bilan”(balanță) ceea ce ducea la o analiză a proporționalității comparând avantajele și dezavantajele unei situații³¹. Conseil d'Etat pare, de asemenea, să devină mai conștient de folosirea conceptului de proporționalitate în ultimul timp. Astfel, comparând anii 2001-2005 și 2010-2015, se constată o creștere semnificativă a motivării hotărârilor pe baza acestui principiu. Aspectul cel mai demn de remarcat rămâne însă opțiunea Consiliului constituțional al Franței care a început efectuarea în mod explicit a revizuirii proporționalității privind legislația în 2008³².

O altă soluție a Consiliului de Stat care merită atenție și care vizează printre altele și principiul proporționalității este decizie nepublicată de la începutul anului 2016. Instanța supremă a analizat incidența principiului la un ordin al poliției care impunea evacuarea în 48 de ore a tuturor celor care locuiesc pe terenurile publice într-o suburbie a Parisului. S-a considerat

²⁸ Sanchez, Yoan. 2016. “*Proportionality in French Administrative Law*” in Sofia Ranchordás and Boudewijn Willem Nicolaas de Waard, eds., *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*, 43–72

²⁹ A se vedea A. de Laubadere, J. C. Venezia, Y Gademet, *Traite de droit administratif*, tome 2, Paris, 1992, p. 224

³⁰ *Benjamin*, CE, May 19, 1933, Rec. Lebon 541. Mai recent, Consiliul de Stat a confirmat, pe motiv de siguranță publică, hotărârea unui primar de a anula un concert al unui reputat comedian, în contextul în care acesta era recunoscut pentru propaganda sa antisemită. *Dieudonné*, CE, Jan. 9, 2014.

³¹ Brown, L. Neville, and John S. Bell. 1998. *French Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press p. 263

³² A se vedea 2008-562 DC, Feb. 21, 2008.



că nu există o încălcare a principiului proporționalității atât timp cât creșterea populației în astfel de zone este alertă, rapoartele privind situațiile nesigure și nesănătoase din zone sunt tot mai dese și în final persoanelor li se vor oferi de urgență locuințe³³.

II. Aplicarea principiului proporționalității și elementele acestuia din perspectiva Uniunii Europene.

Acest capitol se va axa în mare parte pe analizarea principiului proporționalității din perspectiva hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene precum și pe mecanismele folosite când aplică acest principiu. Totodată, vom încerca să facem trimiteri la cauzele pe care le-am considerat relevante.

Așa cum am prezentat modelul testului german compus din trei etape, vom analiza în ce consta testul proporționalității la nivelul UE, care este un test format din 4 elemente:

1. Măsura să fie adecvată,
2. în căutarea unui scop legitim (legitimitatea nu este considerată de unii autori ca fiind o etapă distinctă din test),
3. să fie printre măsurile corespunzătoare care constituie cel mai puțin restrictiv mijloc³⁴.
4. și nu este în mod vădit disproporționat raportat la costuri și beneficii³⁵.

Afacerea de referință care a ilustrat cel mai bine acești pași este *Fedesa (1990)*³⁶, cauză care viza interdicția la nivel de UE de a utiliza substanțe hormonale pentru creșterea animalelor.

În această cauză s-a consacrat rolul principiului, acesta fiind văzut ca o măsură de siguranță împotriva folosirii excesive a puterii legislative și administrative a statului.

„Curtea a reținut în mod constant că principiul proporționalității este unul dintre principiile generale ale Comunității. În virtutea acestui principiu, legalitatea instituirii unei prohibiții asupra desfășurării unei anume activități economice este supusă condiției ca măsurile de prohibiție să fie corespunzătoare și necesare obiectivului public protejat de legislația în speță;

³³ În acest sens a se vedea CE, no. 390441, Jan. 7, 2016.

³⁴ LRM- Last restrictive measure

³⁵ Wolf Sauter, *Proportionality in EU law – A balancing act?*, 2013, p. 9.

³⁶ C-331/88, R v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fedesa.



acolo unde există posibilitatea de a alege între mai multe măsuri considerate corespunzătoare, trebuie să se apeleze la cea mai puțin oneroasă, iar dezavantajele nu trebuie să fie disproporționate cu scopul urmărit”.

Alte cauze care arată complexitatea principiului proporționalității și pe care dorim să le prezentăm sunt **C-210/91 Comisia Europeană vs. Grecia, C-286/82 și 26/83 Luisi și Carbone împotriva Ministero del Tesoro și Cauza 203/80 Casati**. Afacerile mai sus prezentate ne arată care este importanța principiului proporționalității raportat la ce sancțiuni ar putea fi instituite de statele membre în diferite domenii.

Măsurile administrative nu trebuie să treacă dincolo de ce este strict necesar, în așa fel încât procedurile de control să nu îngreuească libertățile pe care le cere Tratatul și nu trebuie să fie însoțite de o penalitate disproporționată cu gravitatea încălcării, încât să devină un obstacol în exercitarea acelei libertăți³⁷.

Într-o altă cauză **C-42/07, 8 September 2009 Liga Portuguesa de Futebol Profissional**. Curtea examinează caracterul restrictiv al libertății de a presta servicii raportat la posibilele justificări de implementare a unui monopol național pentru funcționarea jocurilor de noroc prin intermediul internetului.

Bwin este o companie renumită care organizează jocuri de noroc online înființată în Gibraltar. Această societatea împreună cu Liga Portuguesa de Futebol Profissional („Liga”) au fost amendate pentru că au organizat pariuri online și le-au promovat în mediul virtual. Aceste amenzi erau justificate de legea portugheză care conferă un monopol Departamentului de Jogos din Santa Casa da Misericórdia de Lisboa („Santa Casa”) care gestionează jocurile în Portugalia.

Tribunalul Porto, în fața căruia s-a contestat măsura administrativă a amenzii a adresat o întrebare preliminară Curții de Justiție cu privire la interpretarea Articolul 49 CE privind libertatea de a presta servicii. Curtea constată că legislația națională care interzice operatori precum Bwin, care sunt înființați în alte state membre în care furnizează în mod legal servicii similare restrânge libertatea de a presta servicii.

³⁷ În acest sens a se vedea paragraful 20, C-210/91 Comisia Europeană vs. Grecia .



Trecând peste acestea, o astfel de restricție poate fi justificată din motive imperative de interes public precum: protecția consumatorilor, prevenirea fraudei, necesitatea generală de a păstra ordinea publică.

Curtea subliniază că legislația privind jocurile de noroc este una care presupune diferențe morale, religioase și culturale semnificative între statele membre. În absența unei armonizări comunitare în domeniu, fiecare stat membru este îndrituit să stabilească, în conformitate cu propria sa dimensiune de valori, care sunt interesele în cauză care trebuie protejate.

State membre prin urmare, au un anumit grad de libertate în a stabili obiectivele politicii lor privind pariurile și jocurile de noroc și, după caz, să definească în detaliu nivelul de protecție solicitat.

Cu toate acestea, măsurile restrictive pe care le impun pentru a face acest lucru trebuie să fie necesare și proporțională cu atingerea obiectivelor urmărite.

Curtea reamintește că obiectivul de combatere a criminalității invocat de Portugalia poate constitui un motiv imperativ de interes public care este capabil să justifice restricțiile în cauză și această măsură este considerată adecvată în scopul protejării consumatorilor împotriva fraudei.

Totodată, apărarea invocată de cei de la Bwin prin care se arată că serviciile oferite de ei în alte state nu încalcă legislația nu este suficientă și nu oferă garanții suficiente din care să reiasă ca aceeași ar fi situația și în Portugalia. În plus, s-a adăugat în acest sens că, din cauza lipsei de contact direct între consumator și operator, jocurile de noroc accesibile prin internet implică riscuri mai importante de fraudă a operatorilor împotriva consumatorilor, în comparație cu piețele tradiționale.

Conclusiv, Curtea a subliniat în multe cazuri că evaluarea caracterului adecvat este strâns legată de faptele și împrejurările concrete ale cauzei. Din acest motiv, de obicei, această analiză lasă la latitudinea autorităților comunitare sau naționale relevante sau, în cadrul procedurilor preliminare, instanțelor naționale.

Sintetizând cele expuse în rândurile de mai sus, în pofida faptului că aceste etape de așa zisă testare sunt recunoscute pe scară largă și în legislația altor state membre, Curtea Europeană de Justiție pare că ezită în utilizarea lor. Mai mult, din analizarea jurisprudenței constante nu



găsim vreun algoritm fix prin care să se analizeze proporționalitatea. Curtea se mulțumește să aprecieze fiecare caz în concreto, soluționând fiecare speță în raport cu circumstanțele cazului.

Am putea spune că se folosește un sistem hibrid de testare folosit de către Curtea de Justiție Europeană. Pe de o parte, uneori, Curtea se concentrează doar pe unul sau două dintre cele trei teste distincte precizate. Pe de altă parte, se aplică un test general de arbitraritate sau rezonabilitate și chiar uneori folosește o formulă complet diferită, de exemplu afirmând că o decizie nu ar trebui să afecteze însăși substanța dreptului la îndemână. Rareori vom găsi într-o hotărâre aplicarea de către Curte a celor trei teste de proporționalitate.

III. Locul principiului proporționalității în sistemul public și în dreptul administrativ.

Așa cum am văzut în rândurile de mai sus principiul proporționalității se poate adapta și plia în orice situație, context cu probleme constituționale sau administrative. Din multitudinea de exemple oferite de legislația germană, franceză, unională avem în vedere un aspect comun care vizează analizarea unei relații adecvate între mijloace și scopuri.

Studierea minuțioasă a proporționalității în sistemele de drept administrative reflectă, de asemenea, necesitatea implementării conceptului atât la nivel legislativ, cât și la nivel jurisprudențial. După cum am văzut mai sus, sistemul prusac (german) a vizat analizarea a două propoziții cheie pentru incidența proporționalității în dreptul administrativ: în primul rând, ceea ce legitimează utilizarea puterii publice este urmărirea scopului public, iar în al doilea rând, utilizarea puterii publice nu trebuie să se extindă dincolo de necesitatea atingerii scopului public. Acest raționament continuă să se perpetueze și astăzi inclusiv în soluțiile CJUE.

IV. Principiul proporționalității în jurisprudența și legislația românească.

4.1. Aspecte generale.



Așa cum am văzut în rândurile de mai sus, principiul proporționalității este prezent în dreptul public al majorității țărilor Uniunii Europene și în sistemele de *common law*. În pofida acestui fapt, trebuie făcute câteva distincții:

i. țări în care consacrarea principiului s-a realizat explicit în constituție și legislație (Portugalia, Elveția, România etc.),

ii. țări în care nu este evocat expres în legislație sau jurisprudență. În această din urmă categorie pot fi incluse: Grecia, Belgia, Luxemburg etc;

iii. țări în care acest principiu se aplică dreptului public în ansamblul său (ex. Franța și Elveția),

iv. țări în care utilizarea sa este limitată la câmpul de aplicare al Dreptului Uniunii Europene Mai mult, chiar dacă principiul proporționalității nu este consacrat expres în constituția unui stat, doctrina și jurisprudența îl consideră ca făcând parte din noțiunea de stat de drept.

Țări precum Germania, Italia au reglementat acest concept la nivel constituțional. Nici România nu a ezitat să legifereze acest principiu, astfel Constituția României reglementează expres acest principiu în art. 53, dar există și alte dispoziții constituționale care îl implică³⁸.

În aceeași direcție, Curtea Constituțională a României, prin mai multe decizii a stabilit că proporționalitatea este un principiu constituțional și trebuie recunoscut ca atare³⁹. Instanța constituțională a afirmat necesitatea stabilirii unor criterii obiective, prin lege, pentru principiul proporționalității: „este necesar ca legislativul să instituie criterii obiective care să reflecte exigențele principiului proporționalității”⁴⁰.

³⁸ Art. 53 Constituția României: „*Restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți (1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. (2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății.*”

³⁹ Decizia nr. 139/1994, publicată în M. Of. nr. 353/1994, Decizia nr. 157/1998, publicată în M. Of. nr. 3/1999; Decizia nr. 161/1998, publicată în M. Of. nr. 3/1999. Desigur, aceste decizii sunt anterioare intrării în vigoare a Constituției din 2003.

⁴⁰ Marius Andreescu, *Principii si valori constituționale*, ed. Universul Juridic, 2016.



Este interesantă de amintit părerea unui autor care consideră că „*reglementarea expresă a acestui principiu numai în conținutul dispozițiilor art. 53 din Constituție, cu aplicare în domeniul restrângerii exercițiului unor drepturi este insuficientă pentru a pune în valoare întreaga semnificație și importanță a principiului pentru statul de drept. Este util ca la art. 1 din Constituție să se adauge un nou alineat care să prevadă că „Exercitarea puterii statale trebuie să fie proporțională și nediscriminatorie”*. Această nouă reglementare constituțională s-ar constitui ca o veritabilă obligație constituțională pentru toate autoritățile statului, de a-și exercita atribuțiile în așa fel încât măsurile adoptate să se înscrie în limitele puterii discreționare recunoscute de lege. Totodată se creează posibilitatea pentru Curtea Constituțională de a sancționa pe calea controlului de constituționalitate al legilor și ordonanțelor excesul de putere în activitatea Parlamentului și a Guvernului, folosind drept criteriu principiul proporționalității”⁴¹. Ne vom ralia părerii acestui autor și considerăm că includerea acelui text de lege ar implica o prudență mult mai mare din partea organelor etatice ale statului și implicit actele administrative nu ar încălca acest principiu.

În dreptul administrativ principiul proporționalității este un criteriu care permite delimitarea puterii discreționare a autorităților administrative de excesul de putere în raport de care se realizează controlul jurisdicțional al actelor administrative pentru exces de putere⁴². Vom aminti și opinia exprimată de ilustrul autor Antonie Iorgovan, care consideră că limitele puterii discreționare sunt stabilite de: „*regulile pozitive scrise, principiile generale de drept înscrise, principiul egalității, principiul neretroactivității actelor administrative, dreptul la apărare și principiul contradictorialității, principiul proporționalității*”⁴³.

În ceea ce privește controlul actelor administrative, acest principiu îi recunoaște judecătorului dreptul de a examina actul respectiv sub aspectul văditei disproporții în aprecierea

⁴¹ A se vedea Dr. Marius Andreescu, *Puterea și democrația. Excesul de putere. Principiul proporționalității*.

⁴² Simona Maya Teodoroiu, *Legalitatea oportunității și principiul constituțional al proporționalității* în: *Dreptul nr.7/1996*, p. 39-42.

⁴³ Antonie Iorgovan, *Cuvânt înainte la: Dana Apostol Tofan, Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 296.



măsurii decise, raportat la coordonatele exacte ale stării de fapt astfel, însăși individualizarea unei sancțiuni fiind o față a proporționalității⁴⁴.

4.2. Aspecte particulare.

În acest subcapitol vom sintetiza contextual principiul proporționalității în principalele legi ale dreptului administrativ. Se pune problema dacă ar trebui sau nu consacrat acest principiu și în legile administrației publice cu scopul de a se conferi un plus de rigurozitate la emiterea actelor administrative.

Una din componentele bazei piramidei dreptului administrativ este reprezentată de Legea nr. 554/2004 *a contenciosului administrativ*. Din analiza acestei legi se constată neechivoc că nu este amintit principiul proporționalității. În aceeași ordine de idei, Legea 215/2001 *a administrației publice locale* prezintă la art. 2 principiile care guvernează administrația: „(1) *Administrația publică în unitățile administrativ-teritoriale se organizează și funcționează în temeiul principiilor descentralizării, autonomiei locale, deconcentrării serviciilor publice, eligibilității autorităților administrației publice locale, legalității și al consultării cetățenilor în soluționarea problemelor locale de interes deosebit*⁴⁵.

Din punctul nostru de vedere considerăm că acest articol din Legea 215/2001 *a administrației publice* ar trebui să includă și principul proporționalității⁴⁶. În pofida faptului că acesta este consacrat la nivel Constituțional și unional, prevederea acestuia expresă în actul normativ invocat ar aduce prudență în funcționarea administrației publice și la emiterea actelor administrative.

Din analiza actelor normative relevante prezentului studiu am constatat că principiul proporționalității este găsit consacrat expres în domeniul achizițiilor publice și în Legea nr. 51 din 8 martie 2006 a serviciilor comunitare de utilități publice.

⁴⁴ Simona Maya Teodoroiu, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵ Pentru principiile generale specifice dreptului administrativ a se vedea Anton Trăilescu, *Drept Administrativ. Ediția IV*, Editura C.H. Beck, București, 2010, p. 9.

⁴⁶ A se vedea și *Studii și cercetări juridice europene, Volumul II, Conferința internațională a doctoranzilor în drept*, Timișoara – aprilie 2010, editura Wolters Kluwer, p. 556.



Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice la art. 2 consacră principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții, printre care este și principiul proporționalității. Deși era de așteptat ca în preambulul acestui act normativ să se precizeze ce se înțelege prin principiul proporționalității, legiuitorul nu s-a remarcat prin definirea acestuia.

Singurul act normativ în care am reușit să identificăm o definiție dată de legiuitor principiului proporționalității este Ordonanța de Urgență nr. 66 din 29 iunie 2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. La art. 2 se definesc o serie de concepte, inclusiv principiul proporționalității. principiul proporționalității: *„orice măsură administrativă adoptată trebuie să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit, atât în ceea ce privește resursele angajate în constatarea neregulilor, cât și în ceea ce privește stabilirea creanțelor bugetare rezultate din nereguli, ținând seama de natura și frecvența neregulilor constatate și de impactul financiar al acestora asupra proiectului/programului respectiv;”*

Analizând comparativ definiția legiuitorului român cu modelul german observăm că există un soi de similitudine între acestea. Astfel, modelul testului tripartit oferit de doctrina german este cuprins în definiția dată de legiuitor (măsura să fie adecvată, necesară și corespunzătoare scopului urmărit).

În fine, un alt un alt act normativ unde am găsit consacrat principiul proporționalității și pe care îl amintim este Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice care la articolul 6 *„Serviciile de utilități publice se organizează și funcționează cu respectarea prevederilor legale în vigoare privind administrația publică locală, descentralizarea administrativă și financiară, dezvoltarea regională, finanțele publice locale și cu respectarea principiilor: ... c) subsidiarității și proporționalității;”*.

Conclusiv, principiul proporționalității este un principiu de bază al dreptului administrativ care, deși nu este consacrat încă în principalele legi ale administrației publice își găsește aplicabilitatea prin hotărârile date de Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Opinăm că



de lege ferenda ar trebui ca acest principiu atât de studiat și aplicat de doctrina și jurisprudență europeană să fie prevăzut și în Legile noastre administrative.

Concluzii.

La ce concluzie ajungem conform celor expuse mai sus? Pentru început, proporționalitatea nu este numai o chestiune faptică, teoretică (filozofică) fără incidență în practica instanțelor judecătorești și a organelor administrative, ci reprezintă un principiu al dreptului, flexibil, inclusiv al dreptului constituțional, iar instanțele judecătorești de drept comun, de contencios administrativ sau Curtea Constituțională îl pot invoca pentru a sancționa excesul de putere. De aceeași manieră și organele executive vor aplica principiul în momentul emiterii unui act administrativ.

Aplicarea principiului proporționalității a fost adesea criticat pentru că este atât de strictă încât ar lăsa loc puterii discreționare a administrației. Așa cum am arătat, considerăm că prin principiul proporționalității se încearcă o cenzurare a excesului de putere. Unii autori au considerat că trimiterea frecventă la principiul proporționalității ar forma „un judecător legiuitor” și în consecință s-ar încălca principiul separării puterilor în stat⁴⁷.

În considerarea faptului că *de lege lata* principiul proporționalității nu își are o consacrare expresă în niciuna dintre legile administrației publice, ci doar la nivel constituțional am considerat că o analiză aprofundată a acestuia însoțită de trimiteri la legislația și jurisprudența europeană este absolut necesară, având în vedere că este vorba de un principiu general de drept european.

Totodată, un așa zis Cod al bunei conduite administrative precizează că în momentul adoptării unei decizii organul emitent se obligă *de plano* să verifice ca măsurile luate să fie proporționale cu obiectivul urmărit. Unul din obiectivele esențiale ale organului administrativ

⁴⁷ G Ress, 'Der 11 Amicus Curiae Issue 19 July 1999 12 *Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht*', in: H Kutscher (Joint ed.), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnung* (1985) p.10.



este de a evita orice restrângere a drepturilor cetățenilor și de a nu îi constrânge la sarcini împovărătoare. Un mijloc adecvat de evitare a eventualelor restrângeri este, printre altele, și respectarea principiului proporționalității. Astfel, măsura trebuie să fie proporțională și să existe un soi de echilibru între interesul privat și cel public, guvernat de privilegiul prealabilului. Cu alte cuvinte, orice acțiune întreprinsă trebuie să fie proporțională cu scopul său.

Din prezenta analiză am constatat că principiul proporționalității presupune ca orice măsură luată de o autoritate publică care afectează drepturile indivizilor trebuie să fie corespunzătoare atingerii unui scop legitim, necesară în vederea atingerii aceluși scop și în același timp cea mai rezonabilă.

Raportat la modelul de testare al proporționalității din practica administrativă germană, considerăm că acesta este cel mai adecvat mod de a analiza proporționalitatea unei măsuri. Astfel, așa cum am arătat, vom începe cu „testul eficacității sau caracterului adecvat” pentru a observa dacă măsura sau decizia constituie un mijloc eficient de realizare a scopurilor urmărite. Se va continua cu „testul necesității și subsidiarității” care presupune ca măsura administrativă luată trebuie să fie imperios necesară pentru atingerea obiectivelor propuse. În fine, testul final este cel al „proporționalității *stricto sensu*”.

Din punctul nostru de vedere acest test ar trebui implementat și în legislația României, aceasta în contextul în care, din păcate, legislația românească oferă nenumărate exemple de măsuri administrative care încalcă flagrant principiul proporționalității.

Practica organelor administrative înțelege să se perpetueze, sens în care pentru persoanele vătămate nu există decât un singur remediu eficient: instanțele de judecată naționale și europene. Una dintre soluțiile pe care o propunem, de asemenea, pentru a se evita încă de la început încălcarea drepturilor este analizarea minuțioasă și trimiterea la jurisprudența Curții de Justiție Europene care în mod constant consacră importanța respectării principiului proporționalității.