

DELIMITAREA PUTERII DISCREȚIONARE DE EXCESUL DE PUTERE ÎN ACTIVITATEA INSTITUȚIILOR STATULUI

Marius ANDREESCU*

Abstract

A problem of essence of the state is the one to delimit the discretionary power, respectively the power abuse in the activity of the state's institutions. The legal behavior of the state's institutions consists in their right to appreciate them and the power excess generates the violation of a subjective right or of the right that is of legitimate interest to the citizen.

The application and nonobservance of the principle of lawfulness in the activities of the state is a complex problem because the exercise of the state's functions assumes the discretionary powers with which the state's authorities are invested, or otherwise said the 'right of appreciation' of the authorities regarding the moment of adopting, the contents of the measures proposed. The discretionary power cannot be opposed to the principle of lawfulness, as a dimension of the de jure state.

In this study we propose to analyze the concept of discretionary power, respectively the power excess, having as a guidance the legislation, jurisprudence and doctrine in the matter.

At the same time, we would like to identify the most important criteria that will allow the user, regardless that he is or not an administrator, a public clerk or a judge, to delimit the legal behavior of the state's institutions from the power excess. Within this context, we appreciate that the principle of proportionality represents such a criteria.

The proportionality is a legal principle of the law, but at the same time it is a principle of the constitutional law and of other law branches. It expresses clearly the idea of balance, reasonability but also of adjusting the measures ordered by the state's authorities to the situation in fact, respectively to the purpose for which they have been conceived.

In our study we choose theoretical and jurisprudence arguments according to which the principle of proportionality can procedurally be determined and used to delimit the discretionary power and power abuse.

Key words: *discretionary power, power excess, subjective right, principle of lawfulness, principle of proportionality, constitutional law.*

I. Scurte considerații privind conceptele de "legalitate" și „legitimitate”

Legalitatea, ca trăsătură ce trebuie să caracterizeze actele juridice ale autorităților publice, are ca element central conceptul de „lege”. Andre Hauriou definea legea ca o regulă generală scrisă stabilită de către puterile publice după deliberare și comportând acceptarea directă sau indirectă a guvernanților¹.

* Judecător, Curtea de Apel Pitești. Lector univ. dr. Universitatea din Pitești.

¹ André Hauriou, *Droit constitutionnel et institution politiques*, Montchrestien, Paris, 1972, p. 137.

Ion Deleanu o definește drept „actul ce cuprinde reguli generale și obligatorii sancționate prin forța de constrângere a statului, atunci când aplicarea ei nu se realizează din convingere și care este susceptibilă de aplicare ori de câte ori se ivesc condițiile prevăzute în ipoteza ei”².

În sens larg, noțiunea de lege include toate actele juridice care conțin norme de drept. Legea în accepțiunea sa restrânsă este actul juridic al parlamentului elaborat în conformitate cu constituția, potrivit unei proceduri prestabilite și care reglementează regulile sociale cele mai generale și cele mai importante. Un loc aparte în sistemul legislativ administrat îl are constituția definită ca lege fundamentală, situată în vârful ierarhiei sistemului legislativ, ce cuprinde norme juridice cu forță juridică superioară, care reglementează relații sociale fundamentale și esențiale, cu deosebire cele privind instaurarea și exercitarea puterii de stat.

Starea de legalitate în activitatea autorităților publice se fundamentează pe conceptele de supremație a constituției și supremația legii.

Supremația constituției este o calitate a legii fundamentale care în esență exprimă forța juridică supremă a acesteia în sistemul de drept. O consecință importantă a supremației legii fundamentale este conformitatea întregului drept cu normele constituționale³. Noțiunea de supremație juridică a legii este definită ca „acea caracteristică a ei care își găsește expresia în faptul că normele pe care le stabilește nu trebuie să corespundă nici unor altor norme în afară de cele constituționale, iar celelalte acte juridice emise de organele statului îi sunt subordonate din punct de vedere al eficacității lor juridice”⁴. Prin urmare, supremația legii în accepțiunea de mai sus este subsecventă principiului supremației constituției. Important este faptul că legalitatea, ca trăsătură a actelor juridice ale autorităților statului implică respectarea principiului supremației constituției și a supremației legii. Respectarea celor două principii este o obligație fundamentală de natură constituțională consacrată de dispozițiile art. 1 alin. 5 din Constituție. Nerespectarea acestei obligații atrage după caz sancțiunea neconstituționalității sau nelegalității actelor juridice.

Legalitatea actelor juridice ale autorităților publice implică următoarele cerințe : actul juridic să fie emis cu respectarea competenței prevăzută de lege; actul juridic să fie emis în conformitate cu procedura prevăzută de lege; actul juridic să respecte normele de drept superioare ca forță juridică.

„Legitimitatea” este o categorie complexă cu multiple semnificații și care formează obiectul de cercetare pentru teoria generală a dreptului, filozofia dreptului, sociologie și alte discipline. Semnificațiile acestui concept sunt multiple. Amintim câteva: legitimitatea puterii; legitimitatea regimului politic; legitimitatea unei guvernări; legitimitatea sistemului politic, etc. Referindu-se la acest concept Jean Leca afirma : „Termenul de legitimitate desemnează calitatea care îi dă posibilitatea deținătorului unei puteri de a ordona sau de a interzice, capacitatea de a fi ascultat

² Ion Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice*, Europa Nova, București, 1996, p. 509.

³ Pentru dezvoltări a se vedea Marius Andreescu, Florina Mitrofan, *Drept constituțional. Teoria generală*, Editura Universității din Pitești, pp. 61-68.

⁴ Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, Lumina Lex, București, 1999, vol. II, p. 362.

fără a apela la violență fizică explicită sau, ceea ce înseamnă același lucru, facultatea recunoscută ca fiind normală de a recurge cu succes la constrângere dacă este nevoie”⁵. Conceptul de legitimitate poate fi aplicat și în cazul actelor juridice emise de autoritățile publice fiind legat de „marja de apreciere” recunoscută acestora în exercitarea atribuțiilor.

Aplicarea și respectarea principiului legalității în activitatea autorităților statului este o problemă complexă, deoarece exercitarea funcțiilor statale presupune și puterea discreționară cu care organele statului sunt investite sau altfel spus dreptul de apreciere al autorităților privind momentul adoptării și conținutul măsurilor dispuse. Ceea ce este important de subliniat este faptul că puterea discreționară nu poate fi opusă principiului legalității, ca dimensiune a statului de drept.

În opinia noastră, legalitatea reprezintă un aspect particular al legitimității actelor juridice ale autorităților publice. Astfel, un act juridic legitim este un act juridic legal, emis în sfera marjei de apreciere recunoscută autorităților publice, care nu generează discriminări, privilegii sau restrângeri nejustificate ale drepturilor subiective și este adecvat situației de fapt care îl determină și scopului legii. Legitimitatea face distincția dintre puterea discreționară recunoscută autorităților statului, iar pe de altă parte, excesul de putere.

Nu toate actele juridice care îndeplinesc condițiile de legalitate sunt și legitime. Un act juridic care respectă condițiile formale de legalitate, dar care generează discriminări sau privilegii sau restrânge nejustificat exercitarea unor drepturi subiective sau nu este adecvat situației de fapt ori scopului urmărit de lege, este un act juridic nelegitim. Legitimitatea, ca trăsătură a actelor juridice ale autorităților administrației publice trebuie înțeleasă și aplicată în raport cu principiul supremației Constituției.

II. Puterea discreționară și excesul de putere

Antonie Iorgovan afirma că o problemă de esență a statului de drept este aceea de a răspunde întrebării: “unde se termină puterea discreționară și unde începe abuzul de drept, unde se termină comportamentul legal al administrației, concretizat prin dreptul acesteia de apreciere și unde începe încălcarea unui drept subiectiv sau interes legitim al cetățeanului?”⁶

Abordând aceeași problemă, Leon Duguit în anul 1900 realizează o interesantă distincție între “puterile normale și puterile excepționale” conferite administrației de către constituție și legi, iar pe de altă parte situațiile în care autoritățile statului acționează în afara cadrului normativ. Aceste din urmă situații, autorul le împarte în trei categorii: 1) excesul de putere (atunci când autoritățile statului depășesc limitele împuternicirilor legale); 2) deturnarea puterii (atunci când autoritatea statului îndeplinește un act care intră în competența sa urmărind alt scop decât cel prescris de

⁵ *Dicționar al gândirii sociologice*, Polirom, București, p. 431.

⁶ Antonie Iorgovan. *Cuvânt înainte la: Dana Apostol Tofan, Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, All Beck, București, 1999.

lege); 3) abuzul de putere (atunci când autoritățile statului acționează în afara competențelor lor, dar prin acte care nu au caracter juridic).⁷

Prin urmare, aplicarea și respectarea principiului legalității în activitatea autorităților statului este o problemă complexă deoarece exercitarea funcțiilor statale, presupune și puterea discreționară cu care organele statului sunt investite, sau altfel spus “dreptul de apreciere” al autorităților privind momentul adoptării și conținutul măsurilor dispuse. Ceea ce este important de subliniat este faptul că puterea discreționară nu poate fi opusă principiului legalității, ca dimensiune a statului de drept.

În doctrina administrativă, care studiază cu precădere problematica puterii discreționare, s-a subliniat că oportunitatea actelor administrative nu poate fi opusă legalității acestora, iar condițiile de legalitate pot fi împărțite în: condiții generale de legalitate și respectiv condiții specifice de legalitate pe considerente de oportunitate.⁸ În consecință, legalitatea este corolarul condițiilor de valabilitate, iar oportunitatea este o cerință (o dimensiune) a legalității.⁹ Totuși, dreptul de apreciere nu este recunoscut autorităților statului în exercitarea tuturor atribuțiilor pe care le au. Trebuie reținută diferența dintre *competența legată* a autorităților statale care există atunci când legea impune acestora un anumit comportament decizional strict, iar pe de altă parte *competența discreționară*, situație în care autoritățile statale pot alege mijloacele pentru atingerea unui scop legitim sau în general, atunci când organul statal poate alege între mai multe decizii, în limitele legii și a competenței sale. Reținem definiția propusă în literatura de specialitate puterii discreționare: “este marja de libertate lăsată la libera apreciere a unui autorități, astfel că în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor să poată recurge la orice mijloc de acțiune în limitele competenței sale.”¹⁰

Deși problematica puterii discreționare este studiată cu precădere de dreptul administrativ, dreptul de apreciere în exercitarea unor atribuții reprezintă o realitate întâlnită în activitatea tuturor autorităților statului.¹¹ Parlamentul, ca organ reprezentativ suprem și unica autoritate legiuitoare, dispune de cele mai largi limite pentru a-și manifesta puterea discreționară, care se identifică din însăși caracterizarea actului legislativ. Încă din perioada interbelică I.V. Gruia sublinia: “Necesitatea de a legifera într-o anumită materie, alegerea momentului legiferării, alegerea momentului de punere în aplicare a legii, prin fixarea de către legiuitor a datei de aplicațiune a legii, revizuirea legislațiilor anterioare, care nu pot îngrădi și obliga activitatea Parlamentului viitor, restrângerea activităților sociale de la libera și necontrolată lor

⁷ Leon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1907, pp. 445-446.

⁸ Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Nemira, București, 1996, vol. I, p. 301.

⁹ Ibidem, p. 292.

¹⁰ Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 22.

¹¹ În doctrină, Jellinek și Fleiner susțineau teza potrivit căreia puterea discreționară nu este specifică doar funcțiunii administrative, ci apare și în activitatea celorlalte funcțiuni ale statului, sub forma unei libertăți de apreciere asupra conținutului, asupra oportunității și asupra întinderii actului juridic. (a se vedea Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 26).

desfășurare și supunerea lor normelor și sancțiunilor legii, cuprinsul actului legislativ etc., dovedesc suverana și discreționara apreciere a funcțiunii organului legislativ.”¹²

Aceste considerente sunt valabile și astăzi, deoarece orice parlament are libertatea de a-și exercita atribuțiile aproape nelimitat. Limita juridică a acestei libertăți este conturată doar de principiile constituționale aplicabile activității legislative și mecanismul de control al constituționalității legilor.

Puterea discreționară există și în activitatea instanțelor judecătorești. Judecătorul este obligat să hotărască numai atunci când este sesizat, în limita sesizării. Dincolo de aceasta se manifestă *dreptul de apreciere* suveran al faptelor, dreptul de a interpreta legea, dreptul de a fixa o pedeapsă minimă sau una maximă, de a acorda sau nu circumstanțe atenuante, de a stabili cuantumul despăgubirilor etc. Exercitarea acestor competențe nu înseamnă altceva decât putere discreționară.

Depășirea limitelor puterii discreționare semnifică încălcarea principiului legalității sau ceea ce în legislație, doctrină și jurisprudență se numește a fi “exces de putere”. Excesul de putere în activitatea organelor statului este echivalent cu abuzul de drept, deoarece semnifică exercitarea unei competențe legale fără să existe o motivare rezonabilă sau fără să existe un raport adecvat între măsura dispusă, situația de fapt și scopul legitim urmărit.

Problematica excesului de putere formează cu precădere obiectul doctrinei legislației și jurisprudenței administrative. Astfel, jurisprudența instanțelor de contencios administrativ din alte state a delimitat libertatea de decizie a administrației de excesul de putere. Consiliul de Stat francez folosește conceptul de “eroare manifestă de apreciere”, pentru a desemna situațiile în care administrația depășește, prin actele juridice adoptate, puterea discreționară. Instanțele administrative germane pot anula actele administrative pentru exces de putere sau pentru “uzul greșit al puterii”. În astfel de situații actele juridice ale administrației au aparența de legalitate, deoarece sunt adoptate în limitele competenței stabilite de lege, însă excesul de putere constă în faptul că actele administrative sunt contrare scopului legii.

Legea contenciosului administrativ român¹³ folosește conceptul de “exces de putere al autorităților administrative”, pe care îl definește ca fiind: “exercitarea dreptului de apreciere aparținând autorităților administrației publice, prin încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor prevăzute de Constituție sau de lege” (art. 2, alin. 1, lit.m). Pentru prima dată legiuitorul român folosește și definește conceptul de exces de putere și totodată recunoaște competența instanțelor de contencios administrativ de a sancționa depășirea limitelor puterii discreționare prin acte administrative.

Situațiile excepționale reprezintă un caz particular în care autoritățile statului, și în special cele administrative, își pot exercita puterea discreționară, existând evident pericolul excesului de putere.

În doctrină nu există o opinie unanimă privind semnificația juridică a situațiilor excepționale. Astfel, în doctrina franceză mai veche, puterea discreționară este considerată a fi libertatea de decizie a administrației în cadrul admis de lege, iar

¹² I.V.Gruia, *Puterea discreționară în funcțiunile Statului*, în *Pandectele săptămânale*, 1934, p. 489.

¹³ Legea nr. 554/2004, publicată în M. Of. nr. 1154/2004.

oportunitatea evocă o acțiune de fapt a administrației publice, în situații excepționale, acțiune necesară (deci oportună) dar contrară legii.¹⁴ Jean Rivero consideră că prin situații excepționale se înțeleg anumite împrejurări de fapt care au un dublu efect: suspendarea aplicării regimului juridic ordinar și declanșarea aplicării unei legislații particulare căreia judecătorul îi definește exigențele. Un alt autor identifică trei elemente caracteristice pentru situațiile excepționale: 1) existența unor situații anormale și exorbitante sau a unor evenimente grave și neprevăzute; 2) imposibilitatea sau dificultatea de a acționa în conformitate cu reglementările firești; 3) necesitatea de a interveni rapid pentru a ocroti un interes considerabil, grav amenințat.¹⁵

Excesul de putere se poate manifesta în aceste împrejurări cel puțin prin trei aspecte: a) aprecierea unei situații de fapt ca fiind un caz excepțional, deși nu are această semnificație (lipsa unei motivații obiective și rezonabilă); b) măsurile dispuse de autoritățile statului competente, în virtutea puterii discreționare, să depășească ceea ce este necesar pentru ocrotirea interesului public grav amenințat; c) dacă aceste măsuri limitează în mod excesiv, nejustificat, exercițiul drepturilor și libertăților fundamentale recunoscute constituțional.

Existența unor stări de criză – economice, sociale, politice sau constituționale – nu justifică excesul de putere. În acest sens profesorul Tudor Drăganu afirma: “ideea statului de drept cere ca ele (situațiile excepționale *n.n.*) să-și găsească reglementări adecvate în textul constituțiilor, ori de câte ori acestea au un caracter rigid. O asemenea reglementare constituțională este necesară să determine limitativ domeniile de raporturi sociale, în care transferul de competență de la parlament la guvern poate avea loc, să sublinieze caracterul lui temporar, prin stabilirea unor termene de aplicabilitate și să precizeze scopurile în vederea cărora el se efectuează.”¹⁶

Desigur, excesul de putere nu este un fenomen care se manifestă numai în practica organelor executive, putând fi întâlnit în activitatea parlamentului sau a instanțelor judecătorești.

Apreciem că puterea discreționară recunoscută autorităților statului este depășită, iar măsurile dispuse reprezintă exces de putere, ori de câte ori se constată existența următoarelor situații:

- măsurile dispuse nu urmăresc un scop legitim;
- deciziile autorităților publice nu sunt adecvate situației de fapt sau scopului legitim urmărit, în sensul că depășesc ceea ce este necesar pentru atingerea acestui scop;
- nu există o justificare rațională a măsurilor dispuse, inclusiv în situațiile în care se stabilește un tratament juridic diferit pentru situații identice, sau un tratament juridic identic pentru situații diferite;
- prin măsurile dispuse autoritățile statului limitează exercițiul unor drepturi și libertăți fundamentale, fără a exista o justificare rațională care să reprezinte, în

¹⁴ Antonie Iorgovan, *op. cit.*, vol. I, p. 294.

¹⁵ Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 81.

¹⁶ Tudor Drăganu, *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar*, Lumina Lex, 1999, vol. II, pp. 131-132.

special, existența unui raport adecvat între aceste măsuri, situația de fapt și scopul legitim urmărit.

III. Principiul proporționalității, criteriu de delimitare a puterii discreționare de excesul de putere

Problema esențială rămâne aceea enunțată la începutul acestei secțiuni, respectiv de a identifica criteriile prin care să se stabilească limitele puterii discreționare a autorităților statului și diferențierea acesteia de excesul de putere, care trebuie sancționat. Desigur, există și problema utilizării acestor criterii în practica instanțelor judecătorești sau de contencios constituțional.

În legătură cu aceste aspecte, în literatura de specialitate s-a exprimat opinia potrivit căreia, "scopul legii va fi deci limita legală a dreptului de apreciere (a oportunității). Căci puterea discreționară nu înseamnă o libertate în afara legii, ci una permisă de lege."¹⁷ Desigur, "scopul legii" reprezintă o condiție de legalitate sau, după caz, de constituționalitate a actelor juridice ale organelor statului și de aceea poate fi considerat un criteriu pentru a delimita puterea discreționară de excesul de putere.

Așa cum rezultă din jurisprudența unor instanțe internaționale și interne, în raport cu tema noastră de cercetare, scopul legii nu poate fi singurul criteriu pentru a delimita puterea discreționară (sinonimă cu marja de apreciere, termen utilizat de către C.E.D.O.), pentru că un act juridic al statului poate reprezenta exces de putere nu numai în situația în care măsurile adoptate nu urmăresc un scop legitim, dar și în ipoteza în care măsurile dispuse nu sunt adecvate scopului legii și nu sunt necesare în raport cu situația de fapt și scopul legitim urmărit.

Adecvarea măsurilor dispuse de autoritățile statului la scopurile legitime urmărite reprezintă un aspect particular al principiului proporționalității. Semnificativă este opinia exprimată de 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*" (s.n.).¹⁸

Prin urmare, principiul proporționalității este un criteriu esențial care permite delimitarea puterii discreționare de excesul de putere în activitatea autorităților statului.

Acest principiu, este consacrat explicit sau implicit, în instrumente juridice internaționale,¹⁹ sau de majoritatea constituțiilor țărilor democratice ²⁰. Constituția

¹⁷ Rozalia Ana Lazăr, *Legalitatea actului administrativ. Drept românesc și drept comparat*, All Beck, București, 2004, p. 165.

¹⁸ Antonie Iorgovan, *op. cit.*, vol. I, p. 296.

¹⁹ Amintim în acest sens, art. 29, alin. 2 și 3 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, art. 4 și 5 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale; art. 5, alin. 1, art. 12, alin. 3, art. 18, art. 19 alin. 3 și art. 12 alin. 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice; art. 4 din Convenția – Cadru pentru protecția minorităților naționale; art. G Partea a-V-a din Carta Socială Europeană- revizuită; art. 8, 9, 10, 11 și 18 din Convenția Europeană pentru apărarea

României reglementează expres acest principiu în art. 53 , dar există și alte dispoziții constituționale care îl implică. În dreptul constituțional, principiul proporționalității își găsește aplicarea în special în domeniul protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Este considerat ca un criteriu eficient de apreciere a legitimității intervenției autorităților statale în situația limitării exercițiului unor drepturi. 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.²¹

Acest principiu este aplicat în mai multe ramuri de drept. Astfel, în dreptul administrativ este o limită a puterii discreționare, a autorităților publice și reprezintă un criteriu de exercitare a controlului jurisdicțional al actelor administrative discreționare.²² Aplicații ale principiului proporționalității există și în dreptul penal²³ sau în dreptul civil ²⁴.Principiul proporționalității este regăsit și în dreptul comunitar, în sensul că legalitatea regulilor comunitare este supusă condiției ca mijloacele folosite să fie corespunzătoare obiectivului urmărit și să nu depășească ceea ce este necesar pentru a atinge acest obiectiv.

Jurisprudența are un rol important în analiza principiului proporționalității, aplicat în cazuri concrete. Astfel, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, proporționalitatea este concepută ca un raport just, echitabil, între situația de fapt, mijloacele de restrângere a exercițiului unor drepturi și scopul legitim urmărit sau ca un raport echitabil între interesul individual și interesul public. Proporționalitatea este un criteriu care determină legitimitatea imixtiunilor statelor contractante în exercitarea drepturilor protejate de Convenție.

În același sens, Curtea Constituțională a României, prin mai multe decizii a stabilit că proporționalitatea este un principiu constituțional ²⁵. Instanța noastră 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”²⁶.

Prin urmare, principiul proporționalității se impune din ce în ce mai mult ca un principiu universal, consacrat de majoritatea sistemelor de drept contemporane,

drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau art. B13 din Tratatul privind Comunitatea Economică Europeană.

²⁰ De exemplu, art. 20, pct. 4; art. 31 și art. 55 din Constituția Spaniei; art. 11, 13, 14, 18, 19 și 20 din Constituția Germaniei sau dispozițiile art. 13, 14, 15, 44 și 53 din Constituția Italiei.

²¹ Pentru dezvoltare a se vedea Petru Miculescu, *Statul de drept, Lumina Lex*, București, 1998, pp. 87-88 și Dana Apostol Tofan *op. cit.*, p. 49.

²² A se vedea în acest sens Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, pp. 46-50; Iulian Teodoroiu, Simona Maya Teodoroiu, *Legalitatea oportunității și principiul constituțional al proporționalității* în „Dreptul” nr. 7/1996, pp. 39-42.

²³ Dispozițiile art. 72 din Codul penal se referă la proporționalitate ca un criteriu general de individualizare judiciară a pedepselor sau dispozițiile art. 44, alin. 3 din Codul penal consideră proporționalitatea o condiție a legitimei apărări.

²⁴ Dispozițiile art. 951 și 1157 din Codul civil, permit desființarea unui contract pentru vădita disproporție a prestațiilor (leziunea).

²⁵ 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

²⁶ Decizia nr. 71/1996, publicată în M. Of. nr. 13/1996

regăsit explicit sau implicit în norme constituționale și recunoscut de jurisdicțiile naționale și internaționale²⁷.

Proporționalitatea nu este numai o chestiune de fapt, ci reprezintă un principiu al dreptului, 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. Instanța noastră constituțională poate invoca explicit criteriul proporționalității, numai în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 53, alin. (2) din Constituție, Prin urmare, nu există posibilitatea sancționării excesului de putere a legislativului, folosind criteriul proporționalității, și în alte situații, în special în cazurile în care, prin măsurile dispuse legiuitorul depășește ceea ce este necesar atingerii unui scop legitim.

Referitor la jurisprudența în materie a unor instanțe din alte state este semnificativ de amintit, Consiliul de Stat francez care a stabilit încă din anul 1950 că recursul pentru exces de putere trebuie să fie considerat ca fiind recursul deschis chiar și în lipsa unui text legal, prin invocarea principiilor generale de drept, inclusiv a principiului proporționalității.²⁸

Pornind de la constatarea că proporționalitatea este un principiu general al dreptului, instanțele judecătorești îl pot invoca, chiar dacă nu este consacrat explicit într-un text legal, pentru că, "încălcarea principiului proporționalității nu este altceva decât depășirea libertății de acțiune lăsată la dispoziția autorității și în ultimă instanță, exces de putere."²⁹

În literatura de specialitate au fost identificate trei nivele de control jurisdicțional al actelor administrative: "a) controlul minim al regulilor de procedură (formă); b) controlul normal al aprecierii juridice a faptelor ; c) controlul maximal, când judecătorul se pronunță asupra necesității și proporționalității măsurilor administrative."³⁰ Controlul maximal, de care face vorbire autorul citat, reprezintă corelația dintre legalitate și oportunitate, altfel spus, dintre exigențele principiului legalității și a dreptului de apreciere al autorităților publice, proporționalitatea neputând fi considerată ca un criteriu de supra legalitate, ci ca un principiu de drept a cărui principală finalitate o constituie delimitarea dintre puterea discreționară și excesul de putere în activitatea autorităților publice.

Am arătat anterior că principiul proporționalității poate fi identificat implicit în mai multe dispoziții din Constituția României. Ne întrebăm dacă instanța noastră de control constituțional ar putea invoca proporționalitatea, în situațiile în care acest principiu rezultă implicit din dispozițiile constituționale, ca principiu general al dreptului. Considerăm că răspunsul este afirmativ, deși încercările în acest domeniu sunt încă timide, probabil și datorită inexistenței unei teorii moderne a principiului proporționalității în drept, dar trebuie să remarcăm că există deja situații în care Curtea Constituțională a utilizat un "raționament de proporționalitate" ca instrument

²⁷ Pentru dezvoltări a se vedea Marius Andreescu, *Principiul proporționalității în Dreptul constituțional*, C.H. Beck, București, 2007

²⁸ Pentru dezvoltări a se vedea Dacian Cosmin Dragoș, *Procedura contenciosului administrativ*, All Beck, București, 2002, p. 244 și următoarele.

²⁹ Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, p. 50.

³⁰ Antonie Iorgovan, *op. cit.*, vol. I, p. 296.

de interpretare a corelației dintre dispozițiile legale contestate iar pe de altă parte dispozițiile constituționale, și în situațiile în care proporționalitatea, ca principiu nu este exprimată expres de textele constituționale. Edificator în acest sens sunt două aspecte: invocarea în jurisprudența Curții Constituționale a jurisprudenței C.E.D.O., care, în materia restrângerii exercițiului unor drepturi, analizează și condiția de proporționalitate și al doilea aspect, utilizarea acestui principiu în situațiile în care se pune problema respectării principiului egalității.

Paradoxal, utilizarea criteriului proporționalității ar putea reprezenta un exces de putere, în lipsa unor elemente procedurale de determinare. Principalul pericol îl reprezintă în acest caz dimensiunea concretă a principiului. Totuși, utilizând criteriile procedurale cu semnificația rezultată din jurisprudența instanțelor internaționale, judecătorul român, inclusiv cel constituțional, poate să confere o dimensiune obiectivă proporționalității și să ofere o motivare rezonabilă atunci când utilizează acest principiu. Cu toate acestea, în jurisprudența instanței noastre constituționale, există puține decizii care analizează proporționalitatea ca principiu, chiar și atunci când se invocă dispozițiile art. 53, alin. (2) din Constituție.

Mai mult, jurisprudența instanțelor de drept comun sau de contencios administrativ din România nu cuprinde soluții pentru a sancționa excesul de putere folosind criteriul proporționalității.

Actuala legea a contenciosului administrativ, care prevede expres sancționarea excesului de putere, va permite fără îndoială instanțelor judecătorești specializate în materie să aplice principiul proporționalității și să contribuie astfel la înțelegerea și explicarea lui.

De remarcat că în jurisprudența Curții Constituționale, deși nu este analizat conceptul de exces de putere, există situații în care principiul proporționalității este aplicat (sau un raționament de proporționalitate), tocmai pentru a se constata dacă dispozițiile cuprinse în legi sau în ordonanțe ale Guvernului, prin care se restrânge exercițiul unor drepturi, sunt adecvate scopului legitim și situației de fapt. Declararea ca neconstituțională a unei dispoziții normative pe considerentul nerespectării principiului proporționalității, aplicat în această materie, semnifică în esență sancționarea excesului de putere, manifestat în activitatea Parlamentului sau a Guvernului. Tot exces de putere, sancționat de Curtea Constituțională, folosind criteriul proporționalității, sunt și situațiile în care principiul egalității și nediscriminării este încălcat, dacă prin lege sau printr-o ordonanță de guvern se aplică un tratament diferențiat unor cazuri egale, fără să existe o justificare rezonabilă sau dacă există o disproporție între scopul urmărit prin tratamentul inegal și mijloacele folosite.

Două sunt finalitățile mai importante ale principiului constituțional al proporționalității: controlul și limitarea puterii discreționare a autorităților publice și respectiv garantarea drepturilor și libertăților fundamentale în situațiile în care exercitarea lor ar putea fi condiționată sau restrânsă. Proporționalitatea este un principiu constituțional, dar în multe cazuri nu există o consacrare normativă explicită, ci principiul este dedus prin diferite metode de interpretare din textele normative. Această situație creează unele dificultăți în aplicarea principiului proporționalității.

Mai trebuie subliniată și importanța acestui principiu ca și criteriu de legitimitate a exercitării puterii statale, în limitele marjei de apreciere, conform competențelor constituționale și legale.

În raport cu aceste considerente propunem, în perspectiva unei noi revizuirii a Constituției României, ca la art. 1 ce are denumirea marginală "Statul român", să se adauge un nou alineat care să prevadă că: *"Exercitarea puterii statale trebuie să fie proporțională și nediscriminatorie"*.

În acest fel s-ar răspunde mai multor cerințe:

- proporționalitatea este consacrată expres ca principiu general constituțional și nu numai cu aplicare restrânsă în cazul restrângerii exercitării drepturilor și libertăților fundamentale, așa cum s-ar putea considera în prezent, având în vedere dispozițiile art. 53 din Constituție;
- această nouă prevedere constituțională corespunde unor reglementări similare cuprinse în "Tratatul instituind Comunitatea Europeană" sau în proiectul de Tratat de instituire a unei constituții pentru Europa, ceea ce este important în perspectiva aderării României la Uniunea Europeană;
- această nouă reglementare 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 și să nu reprezinte un exces de putere;
- 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 Guvernului, folosind drept criteriu principiul proporționalității;
- se poate realiza mai bine corelația dintre principiul proporționalității și principiul egalității.