

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3 / 2017
Iulie – Septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: prof.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Dan CHIRICĂ

lect.dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II “Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

PUBLISHED ONLINE: 2017-09-30

PUBLISHED PRINT: 2017-09-30

ISSUE DOI: 10.24193/SUBBJur.62(2017).3

- » **Studii:** Bjarne MELKEVIK, « HONTE À L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE AMÉRICAIN » :
À LA LUMIÈRE DES LECTURES D'ALAN WATSON / «SHAME ON AMERICAN LEGAL
EDUCATION»: AN CRITICAL READING OF ALAN WATSON..... 5
- » **Studii:** » Sebastian Florin TELECAN, A PRESCRIPTION DRUG PRIORITY FOR THE
EUROPEAN MEDICAL AGENCY POST BREXIT: OVERSIGHT OF MARKET-APPROVED
MEDICATIONS.....29
- » **Articole:** Bogdan-Sebastian FILIP, *EXTRANEUS* ÎN CADRUL DREPTULUI DE SUCCESIUNE
DIN TRANSILVANIA ÎN PRIMA JUMĂTATE A SECOLULUI AL XIV-LEA / *EXTRANEUS,*
A TERM USED IN THE TRANSYLVANIAN LAW OF SUCCESSION DURING THE FIRST HALF
OF THE XIV-TH CENTURY 60
- » **Articole:** Handrlica JAKUB, "THE PRIMARY RESPONSIBILITY OF THE LICENCE HOLDER": A
PRINCIPLE OF EUROPEAN NUCLEAR LAW 71
- » **Articole:** Réka KIS, DRAMA „NOULUI PUBLIC” SAU CRITICA JURISPRUDENȚEI CJUE
PRIVIND COMUNICAREA PUBLICĂ A CREAȚIILOR INTELECTUALE PRIN FURNIZAREA
DE HIPERLINKURI / *THE DRAMA OF THE "NEW PUBLIC" THEORY IN THE CASE LAW*
OF THE CJUE REGARDING THE COMMUNICATION TO THE PUBLIC OF COPYRIGHT
WORKS 83
- » **Articole:** Carmen LAZĂR, ACORDUL DE LA SCHENGEN. SITUAȚIA ROMÂNIEI / *L'ACCORD*
DE SCHENGEN. LA SITUATION DE LA ROUMANIE / THE SCHENGEN AGREEMENT –
ROMANIA'S SITUATION 103
- » **Articole:** Ioana NICOLAE, Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ, INTERPRETĂRI ALE INSTANȚELOR
EUROPENE CE VIZEAZĂ DREPTUL LA IDENTITATE AL COPILULUI / *INTERPRETATIONS*
OF EUROPEAN COURTS CONCERNING THE CHILD'S RIGHT TO PERSONAL IDENTITY..... 113
- » **Articole:** Alina OPREA, ASPECTE DE DREPT EUROPEAN PRIVIND ALEGEREA LEGII
APLICABILE REGIMULUI MATRIMONIAL / *ASPECTS DE DROIT EUROPEEN CONCERNANT*
LA LOI APPLICABLE AU REGIME MATRIMONIAL / EUROPEAN LAW ASPECTS
CONCERNING THE LAW APPLICABLE TO MATRIMONIAL REGIMES 125

- » **Article:** I.V. PONKIN, A.I. REDKINA, STATE'S OWN INTERESTS IN THE SPORTS SPHERE AND PUBLIC INTERESTS IN THE SPORTS SPHERE.....146

- » **Article:** Chayma ZOUAGHI, LES OBLIGATIONS DE L'ETAT D'ACCUEIL VIS-A-VIS DE L'INVESTISSEUR ETRANGER / *THE OBLIGATIONS OF THE HOST STATE TOWARDS FOREIGN INVERSTORS*156

STUDII

**« HONTE À L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE AMÉRICAIN » :
À LA LUMIÈRE DES LECTURES D'ALAN WATSON**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).3.1

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Bjarne MELKEVIK*

Abstract: *«Shame on American Legal education»: An Critical reading of Alan Watson. The author takes advantage of reading Alan Watson's book "Shame on American Legal Education" to reflect on what is happening today in iusfacultaire culture. On the basis of Watson's assertion that American legal education is shamefully bad and deficient, the author examines successively the false Socratism, which today, in an anti-pedagogical way, undermine the teaching of law; the lure of the case-book method and the legal incompetence that is lodged there; and the phenomenon of poorly trained professors and shoddy research that are becoming more and more widespread. The author deplores the fact that a new legal anti-culture has taken root in the shortcomings and that there is a rampant stupidisation of legal education. He takes a stand in favor of a legal education promoting intelligence and rationality, which takes seriously the demands of modern law and above all its quality, and who can manage the indispensable dialogue between theory of law and practice of law.*

Keywords: *Legal Education; Legal Formation; Legal Didactics; Law Schools; Legal Theory, Philosophy of Law.*

C'est par un heureux concours de circonstances que notre attention a été conduite vers le livre «The Shame of American Legal Education» [«Honte à l'enseignement juridique américain»] d'Alan Watson¹. Publié hors du circuit ordinaire et surtout promotionnel des livres juridiques académiques, rien ne nous indiquait que le livre existait : il était hors radar, dans les limbes de « ce dont on ne parle pas ».

La raison se situe dans ce que suggère, sans aménagement, le titre, à savoir que : l'éducation juridique américaine est honteusement mauvaise et déficitaire ou en tout cas, surestimée. C'est, en effet, tout ce que déplore et critique Alan Watson dans son ouvrage. Ses réflexions énergiques et solides s'appuient sur des années d'expérience, en tant que professeur de droit, dans des law-schools américaines, ce qui nous interpelle fortement puisque cela exige une prise de conscience et l'adoption d'une position engagée et non

ambiguë. Autrement comment être professeur de droit sans s'interroger sur ce que *nous* faisons et sur ce qui prend tout son sens dans une telle fonction, dans une telle vocation ? Ne faut-il pas, énergiquement, se questionner sur ce qu'il est en, réellement, dans le petit monde de l'enseignement juridique, ne fut-il qu'états-unien ? Et, à ce titre, ne convient-il pas de se rappeler cette petite vérité irritante, qui veut que ce soit incontestablement aux États-Unis que se révèle souvent, en premier, ce qu'attend « patiemment » le reste du monde² ? Au vu de tout ceci, notre objectif, dans cet essai, sera d'examiner, d'analyser et d'expliquer, de façon critique, les propos d'Alan Watson³, de même que de réfléchir, en tant que professeur, juriste et iusphilosophe, sur les leçons qu'il faudra en retenir.

En toute lucidité, quelle sera notre réaction face à la « marchandisation », la « mondialisation » (« globalisation ») et la « culturalisation » (« multiculturalisation », « pluralisation ») galopantes, pour ne rien ajouter quant à la « crétinisation » des Facultés de droit et de l'enseignement du droit ? Ne faut-il pas se montrer quelque peu sceptique et critique à l'égard de l'avenir qui nous attend⁴ ? Comment réagir à l'égard des résultats de recherches juridiques avancées qui ne valent que des pacotilles⁵ ? Et le fait de se poser de telles questions ne montre-t-il pas qu'aujourd'hui, tout est loin d'être rose dans les Facultés de droit ? Est-il utile de paraphraser Shakespeare et « Hamlet » et dire qu'il y a, de toute évidence, quelque chose de pourri aux royaumes iusfacultaires⁶ ?

Ceci étant dit, nous pouvons désormais focaliser notre attention sur les thèmes centraux de la « Honte à l'éducation juridique américaine » d'Alan Watson⁷. Dans un premier temps, nous débiterons par une analyse, en profondeur, de ses critiques quant aux enseignements juridiques américains, de même que de l'idéologie langdellien, le platonisme formaliste, le faux socratisme et l'impasse pédagogique. Ensuite, dans un second temps, nous nous pencherons sur sa critique de la « *case-book method* » et de l'anti-pédagogie qui s'y loge et, surtout, sur la question de la « méthodologie » juridique. Enfin, dans un troisième temps, nous analyserons la situation désastreuse relative à la formation des professeurs de droit et aux écrits « juridiques » de pacotille. Si ces trois « critiques » se veulent franches et directes, c'est pour mieux considérer et problématiser ce qui se fait réellement dans les law-schools dominantes et de références⁸.

1. La critique de l'idéologie langdellien et le faux socratisme

C'est sur un diagnostic réaliste que se fonde la critique d'Alan Watson. Il constate, tel un clinicien, que l'enseignement dans les facultés de droit aux États-Unis se révèle être, *grosso modo*, lamentable, mauvais et contre-productif. Il constate également que cet enseignement en classe souffre d'un manque de systématisme et de logique rationnelle, qui nuit aux étudiants⁹. C'est l'idéologie langdellien et le faux socratisme, ayant mis le grappin sur l'enseignement du droit aux États-Unis, qu'Alan Watson critique et rejette, en ce que ces méthodes sont pédagogiquement néfastes et inappropriées.

Afin de mieux comprendre la critique de Watson, il convient d'abord d'analyser l'idéologie langdellien et le platonisme formaliste, avant de s'attarder, par la suite, sur le modèle du faux socratisme en tant qu'anti-pédagogie qui « plombe » l'enseignement du droit.

L'idéologie langdellien et le platonisme formaliste

L'idéologie langdellien représente aujourd'hui le modèle de pensée (et d'enseignement) structurant d'une Faculté de droit états-unienne. L'avènement et la consolidation victorieuse de cette idéologie se démarquent, sans conteste, comme le moment fort pour comprendre l'histoire et les différentes transmutations intervenues dans l'enseignement du droit aux États-Unis depuis la fin du dix-neuvième siècle. Christopher Columbus Langdell (1826 – 1906)¹⁰ l'impose, en tant que doyen à la Faculté de droit de l'Université Harvard (poste qu'il occupe de 1870 à 1895), par une réforme conjecturale en profondeur¹¹.

Comme le rappelle Watson :

*Cela a été introduit par Christopher Columbus Langdell, doyen de la Harvard Law School, qui croyait que le droit était une science, et devrait être enseigné dans une méthode scientifique de cas. (...) Le résultat est absurde. Mais la tradition, une fois établie, n'est pas facilement délogée.*¹²

En effet, Christopher Columbus Langdell rejetait âprement le modèle pédagogique de l'enseignement juridique de l'époque, qu'il blâmait d'être trop magistral (et doctrinaire). Il préférait un modèle nouveau et « scientifique » de l'enseignement du droit supposé (plutôt à tort) être plus professionnel et plus « clinique ». Il va l'imposer, rempli de la croyance personnelle que le « droit » n'est finalement qu'une science comme une autre et que rien ne l'en distingue véritablement.

Enseigner le « droit » se révèle, imagine Langdell, identique à un processus de découverte scientifique (c.-à-d. logique et inductif), où les étudiants doivent « repérer » en classe « le droit » en particulier, afin de mieux le comprendre en général. Tel un professeur de chimie qui laisse librement ses étudiants faire des expériences en toute confiance (et n'interviendra qu'en cas de « danger »), le professeur de droit doit agir de même, en laissant aller les étudiants et observer où cela les mène. Le résultat d'une telle séance d'expérimentation devrait à la fin, croyait Langdell, se résumer dans la découverte, supposément, d'un droit (*sic*) « en général » (ou en idée platonicienne « formaliste »). En tout cas, « le droit » va se manifester, pour celui qui travaille, sous le mode d'un succès clinique et pareil à un succès « en classe ».

Langdell croyait profondément que l'enseignement juridique consistait à imiter scrupuleusement l'exemple des sciences naturelles, des sciences dures, en vue d'obtenir des résultats tangibles et quantifiables. Si on suit son raisonnement, le modèle d'enseignement doit être analogue au travail en laboratoire ou à celui s'effectuant sur un chantier de construction, avant d'être transposé, abstraitement, vers la salle de classe. L'analogie lui suggère en effet que, si les sciences naturelles s'enseignent dans un laboratoire, l'enseignement du droit devrait suivre son exemple puisqu'il ne s'agit que de travailler sur des « choses jugées », sur des « cas » (c.-à-d. à partir d'une sélection d'abrévés issus du répertoire jurisprudentiel; nous y reviendrons), le tout en vue de reconstruire, en principe

(i.e. en idée platonicienne-formaliste), le droit qui « est ». Ce qu'atteste le ciel platonicien (en dévoilant intégralement autant l'état « réel » du monde que le « droit » existant) trouve, de ce fait, sa légitimation dans sa force et son efficacité. C'est justement la même « force et efficacité » qu'Hans Kelsen a affirmée dans ses écrits, à partir des années 1920¹³.

Langdell s'avère être un partisan convaincu du « positivisme platonicien » (ou formaliste¹⁴, ou encore de formalisme platonicien), une position largement dominante dans le milieu juridique « formaliste » de l'époque (et même aujourd'hui, surtout chez les constitutionnalistes). Une position platonicienne qui l'encourage à croire que toutes les sciences se rejoignent, sans distinction et sans différenciation, dans le professionnalisme et la technique. Et surtout, il déduit, à tort selon nous, qu'il n'existe pas un « professionnalisme » vraiment propre au « droit » ni à la science « juridique », sinon un professionnalisme en général, au-dessus de toute spécificité juridique et, surtout, opposée à l'autonomie du droit. Et le dernier nous rappelle que la lutte contre l'autonomie du droit (en pratique et en théorie) ne date pas d'hier et a de multiples sources idéologiques.

À le suivre, l'étudiant doit (supposément) apprendre « le droit » en analysant le droit de manière abstraite (dans la singularité de ce qui a été effectivement jugé¹⁵) qu'il doit comprendre (en principe par induction¹⁶) « en gros »; et le tout, sans jamais recevoir un quelconque enseignement sur la manière dont s'effectue adéquatement une analyse de manière générale. Langdell, de toute évidence, ne se rend pas compte qu'une opération singulière d'induction, opérationnalisée en tant que prémisse d'un enthymème (ou syllogisme tronqué¹⁷) est irrémédiablement fautive, illogique et irrationnelle, et que le saut du « petit » vers le « grand » ne peut rationnellement jamais se réaliser sous le mode d'une « compréhension » ou d'une « connaissance », ni au singulier ni dans une « généralité » supposée¹⁸. En réalité, aucune induction ne mène à la « connaissance ». Un cas singulier, de même qu'une multitude de cas jugés, ne peut conduire à pouvoir en faire une « généralité ». De plus, il ne s'agit en rien d'un processus permettant de découvrir ce « qu'il en est réellement ». Nonobstant les croyances de Langdell, le prétendre serait une tricherie intellectuelle (et morale) et, pire encore, cela ne nous permet pas d'arriver à comprendre comment notre psychologie peut se jouer de nous pour mieux nous desservir, à regret¹⁹.

C'est rationnellement et logiquement impossible car, en effet, il n'y a rien dans le « petit » (c.-à-d. dans la « chose jugée » et dans un texte jurisprudentiel) qui permet de remplir le vide entre le « petit » et le « grand ». Personne ne peut non plus prétendre être capable de sauter hardiment vers une conclusion en utilisant un terme, si ce dernier ne lui a jamais été expliqué. On ne peut donc valablement pas porter d'affirmation sur « le droit en général » par « un droit » au singulier, sorti de nulle part. C'est en effet insensé et irrationnel, d'autant plus que tout cela se joue et se déjoue à l'intérieur de la psychologie individuelle et à la merci même de cette psychologie. Logiquement, l'induction à partir des « choses jugées » nous conduira généralement nulle part, sauf vers un retour des « choses jugées » et sans recevoir de concept supplémentaire ! Le fait de croire qu'il existe une « logique unique », une nécessité logique, qui viendrait nous imposer une « cause » explicative (i.e. une cause conceptuelle quelconque, ou spécifiquement la révélation de la

cause et du concept du « droit »), relève clairement de l'irrationnel, de la manipulation, ou encore des dédales insondables de notre propre univers psychologique.

L'analyse d'un texte de la « chose jugée » est, insiste Alan Watson, logiquement et pédagogiquement « mutilée » si aucune explication systématique et rationnelle n'est développée ou produite raisonnablement, en toute indépendance, en se demandant « pourquoi »²⁰. Et pour cela, il convient non seulement de s'interroger intellectuellement sur le sens juridique du « pourquoi » mais, également, de s'attarder sur l'importance du fait qu'elle soit « à part » et logiquement là en tant que doctrine juridique.

Approfondissons l'argument et retenons-en qu'il est irrationnel de fermer les yeux sur tout ce qui est contextuellement « sous-entendu » dans une analyse d'une « chose jugée » (c'est le cas lorsque les jugements ne sont pas soigneusement analysés en tant que cas particuliers et n'ayant de sens qu'à l'intérieur d'un ordre judiciaire en soi problématique et « sous enquête »). Il est en effet absurde de ne pas analyser la jurisprudence au niveau même de sa construction et de sa structure, en tant que telle et à l'égard d'un *ratio decidendi* que le praticien (autant que le théoricien) construit pour donner un sens, que ladite jurisprudence (et toute jurisprudence) ne possède pas *en soi*. Cela appauvrit irrémédiablement la compréhension qu'un étudiant peut se faire de son rôle de futur juriste. Il ne pourra pas le comprendre, si personne ne le lui a jamais appris. Il s'agit là d'un des rôles de la doctrine juridique en tant que « fournisseur de sens »; on comprend alors toute la responsabilité qui pèse sur ses épaules !

A contrario, sans explication et sans « mise en contexte », tout exercice langdellien d'un abrégé jurisprudentiel flotte en air, pareil à une métaphysique qui prendrait la forme d'un nuage changeant chaque milliseconde. Si une personne ignorante peut avoir l'impression d'avoir compris, le fait est que c'est justement cette ignorance dans la « compréhension » qui le condamne à ne pas comprendre, voire même à ignorer, qu'il n'a pas compris.

Le « faux socratisme » des law-schools, accentuons-le, ne cherche ni l'universel, ni le « conceptuel », ni la rationalité juridique et ni, non plus, la rationalité d'une pratique juridique au service des clients. Il n'interroge en rien le domaine propre de la rationalité à l'égard du juridique, il ne mobilise pas l'histoire, la science, la société ou encore la pratique du droit pour mieux, *adversa sententia*, s'illusionner à l'égard des idées platoniciennes qui sont supposées être disponibles via la révélation, grandeur nature, des principes et des règles de droit (et tout ce qui va avec!). Rien de bon n'en sortira !

Alors, quand Alan Watson nous enseigne qu'en l'absence d'un enseignement synthétique (et rationnel) les étudiants ne recevront guère autre chose qu'un amas d'abrévés éparpillés de jugements sélectionnées et écourtées infidèlement et idéologiquement par chaque professeur, il a raison. Ce qui est irrationnel, c'est de vouloir nourrir le peuple en distribuant des pierres, plutôt que du pain²¹! Sans une explication doctrinale actualisée pour éclairer, guider et expliquer rien ne peut être compris, avec responsabilité. Combien d'étudiants en droit saisissent alors que le modèle langdellien nuit à la compréhension du droit et à la formation d'un esprit juridique critique et réfléchi et que, *in fine*, cela nuit à leur formation en tant que juristes ?

Le faux socratisme et le désarroi étudiants

L'idéologie langdellien se targue d'être « pédagogique » et « socratique », là où Alan Watson (et nous agréons) ne voit qu'un modèle élitiste (incontestablement eugénique), une célébration de l'univers platonicien et des idéaux-sophismes concernant le « droit ». C'est, indique-t-il, une anti-pédagogie bâtie sur la sophisterie et sur une idéologie qui trompe les étudiants en les laissant désarmés et bouche bée devant la complexité et les difficultés des raisonnements juridiques (nécessairement complexes)²². Surtout, c'est une forme d'enseignement en hauteur qui abandonne les étudiants à eux-mêmes, car personne ne leur explique adéquatement et systématiquement le « sens du droit à construire », qui est en jeu dans un cas juridique spécifique, de même qu'en général. Il s'agit là d'une tendance. Or, de quelle sorte de « pédagogie socratique » parlons-nous ? Ne s'agit-il pas, suggère Alan Watson, que d'une imposture et d'un faux socratisme anti-pédagogique ? À cet égard il écrit :

*La méthode socratique. La méthode dite socratique de l'enseignement - un abus de langage en fait - est endémique aux États-Unis. (.....) Ceux qui l'utilisent - la grande majorité des professeurs de droit - croient qu'ils aiguisent les compétences analytiques. Dans une large mesure, je suis en désaccord : c'est l'enseignement par la terreur. Le professeur prend, habituellement apparemment au hasard, un étudiant qu'il questionne sur une affaire donnée. L'étudiant peut rarement répondre de manière satisfaisante.*²³

Alan Watson insiste fortement sur les dégâts psychologiques (et moraux) qu'une telle posture provoque chez les étudiants. Comme il le souligne, une fois en classe la séance langdellien devient, pour l'étudiant en droit, un acte de soumission qui oscille entre la terreur et l'apathie, où le plus important sera de se « sauver » plutôt qu'apprendre. Dans ce climat de terreur, celui ou celle qui sera soumis à l'interrogation « fausse socratique » souffrira et endurera, tandis que celui qui aura l'occasion d'y échapper s'évadera psychologiquement à l'intérieur de lui-même²⁴. D'où la stratégie estudiantine de « fermer les oreilles » sur ce qui se passe en classe, pour mieux se préparer psychologiquement quand ce sera à son tour d'être malchanceux²⁵.

Au niveau pédagogique, une telle logique de terreur ne permet à personne de comprendre, en profondeur, le domaine juridique : c'est-à-dire ni ses finalités, ni ses techniques et ni, non plus, le sens moderne du droit. Et comme il est vrai que les étudiants ne peuvent rarement répondre adéquatement, la logique du « questionnement » à l'aveugle et sans guidage sera forcément un exercice « inquisitoire » où le coupable se devra d'avouer qu'il n'a rien compris et rien appris pour, en fin de compte, ne recevoir qu'un sourire hautain d'un professeur qui ne daignera pas donner d'explication. C'est une anti-didactique, une anti-pédagogie, qui se moque des étudiants et qui refuse de les aider à apprendre et à comprendre le domaine juridique. Dans ce cas, comment agir, penser et procéder à l'égard d'une question de droit ? Comment arriver à comprendre si aucune explication n'est donnée ? Ou encore, comment être sûr d'avoir compris, si cela ne peut jamais être confirmé d'une manière ou d'une autre ? Comment apprendre à nager, si on ne vous permet que de flotter ?

Une conséquence de cette façon d'enseigner c'est que, de manière pédagogique, l'apprentissage du droit ne pourra jamais se réaliser dans les amphithéâtres ou dans les salles de classe. Comme ils ne sont pas à ce point stupides, les étudiants vont rapidement se rendre compte que le plus important, ce n'est pas l'étude du droit en classe, mais bien la nécessité (presque animalière, atavique et « darwinien ») de survivre, de ruser et de se prémunir contre le risque de se ridiculiser lors des séances langdellien de faux socratismes. Dans cet acte de « prévision », c'est l'apprentissage en privé qui sauve les « bons » étudiants. On va pouvoir, de ce fait, distinguer ceux qui sont prêts à s'investir pour survivre, des autres. D'où le rôle inattendu (et le trafic) des notes d'étudiants des cours des années précédentes et les manuels lus en cachette et en « étude libre », sans guidage et sans explication professorale. Et quant aux « anciennes notes de cours », les étudiants qui viennent d'un milieu aisé (et d'alumni juridique) auront tous les avantages que les autres étudiants qui viennent d'un milieu modeste (et qui n'auront pas pu se renseigner sur les modes de survie) n'auront jamais.

Le résultat de l'idéologie langdellien c'est qu'aucune explication claire quant « au sens du droit » n'est fourni aux étudiants. À aucun moment, ils ne recevront un éclaircissement rationnel et un développement doctrinal explicatif aptes à leur faire comprendre comment tout ceci fonctionne juridiquement et comment cela peut prendre tout son sens en pratique. Ils ne verront pas quels sont les vecteurs logiques et argumentatifs qui sont mis en œuvre dans le droit moderne et de la même manière, ils ne pourront jamais savoir comment mobiliser adéquatement l'expérience accumulée qu'un ordre juridique collige dans sa jurisprudence.

Comme le remarque Alan Watson:

Imaginez donc un cours universitaire de physique où seules quelques expérimentations isolées font cas d'études, où le lien entre l'un et l'autre n'est pas expliqué, où les fondements théoriques ne sont pas présentés et où la quasi-totalité des écrits des spécialistes sont ignorés. Le résultat est absurde.²⁶

Absurde en effet ! Facile de lui donner raison ! Or, n'est-il pas étrange de ne s'en tenir (c'est le cas pour Langdell) qu'au seul critère (pourtant non défini et non spécifié) de « succès en classe » ? Également, n'est-il pas absurde de soutenir que la qualité et la vérité emporteront toujours la victoire sans qu'il soit nécessaire de faire quoi que ce soit pour vérifier cela ? L'alternance pédagogique (et didactique) d'une bonne et d'une mauvaise réponse est pourtant clairement exclue, car une telle méthodologie n'est pas considérée comme étant réellement pertinente. Pour cela, il faudrait que le professeur daigne expliquer le « pourquoi », le « comment » et la « raison et la logique » d'un raisonnement juridique de qualité. À savoir : pourquoi une mauvaise réponse est « mauvaise » et une bonne réponse « bonne » et, surtout, comment faire pour leur « donner du sens » dans le domaine juridique; ce que ne permet jamais le faux socratisme de Langdell.

Or, si c'est uniquement le succès en classe qui prévaut et qui compte, le caractère pratique (et même évaluatif) du droit échappe à la compréhension, précisément parce

que la logique de répétition (rappelant nos propos sur les limites de l'induction) n'ouvre pas la porte à l'innovation ou à la maîtrise de ce qui peut être fait dans le domaine juridique. Si le critère de Langdell n'était que l'horizon d'un « succès en classe », on pourrait l'illustrer par des aveugles qui guident les aveugles en se réjouissant d'avancer ensemble ! De ce fait, le « faux socratisme » n'exploite-t-il pas, ici, une faille psychologique chez l'individu moderne et, plus spécifiquement, sa propension à chercher le juridique dans la rêverie qu'inspire le mot « droit » ? Une faille psychologique où, tout en hissant indument le drapeau de « la critique, de l'ouverture et du pluralisme » (les mots magiques que trahissent régulièrement les partisans du *Ligue du politiquement et moralement correct*, du pluralisme idéologique ou du *post-post*), il ne s'agit, en fin de compte, que d'éviter à tout prix de faire des critiques, de faire des vagues et, surtout, d'éviter des interrogations pertinentes et utiles sur notre façon de faire le droit. Le futur ne sera alors que business, management, gouvernance, développement durable et dos courbés.

2. Critique contre le leurre non tenu des « recueils d'arrêts »

Examinons maintenant, avec Alan Watson, l'inculture des « case-book » et leur rôle anti-pédagogique²⁷. C'est la conséquence logique et rationnelle découlant de la critique précédente, contre le faux socratisme et la démission professorale. Il juge, en effet, que la *case-book method* est corruptrice et mauvaise autant pour les étudiants que pour les professeurs. C'est pour lui une « inculture » qui, sans portée pédagogique réelle, n'apporte rien de bon et ne sert finalement qu'à rendre l'esprit plus mou et manipulable. Il s'agit là d'une inculture, d'une anti-pédagogie, d'une non-méthodologie et d'une futilité qui trompe et déroute les étudiants et dont il faut se débarrasser dans la mesure du possible. Regardons donc, de plus près, les arguments qui appuient ces jugements.

Une méthode néfaste d'anti pédagogie

Soulignons que, pour Alan Watson, les « case-books » sont mal faites, car elles sont concoctées sans expliquer le sens juridique qui est engagé dans la « chose jugée » et sans qu'une analyse quant au fonctionnement réel et pratique du droit ne soit fournie. Les « case-books » entrent, de ce fait, dans une anti-pédagogie aveuglante, puisqu'il n'existe aucun enracinement dans cette pratique contextuelle problématisée. De plus, elle ne fournit aucune explication pouvant ajouter de la matière à cette pratique. L'appréciation d'Alan Watson est subséquemment sans appel. En effet, une large part de l'ouvrage « *Honte à l'enseignement juridique américaine* » sert à illustrer en détail pourquoi les « case-books » sont mal faites et pourquoi il y a tant de raisons de s'en méfier pour, *in fine*, arriver à se défaire complètement de ce système.

Alan Watson déplore, avant tout, l'effet néfaste des « case-books » relatif à la formation juridique qui, au lieu d'éveiller l'intelligence juridique, n'est en fin de compte qu'une anti-doctrine problématique:

« L'approche du recueil américain (...) est confuse et peu informative. Les cas individuels sont édités abrégés et arrachés de leur contexte. Les étudiants ne sont pas informés si l'affaire est importante pour la compréhension du droit ou est plutôt périphérique. Ils ne reçoivent pas non plus un aperçu des grands principes de la question. Puisque c'est l'approche standard dès la première journée dans l'école de droit, les étudiants de première année deviennent paranoïaques. Les étudiants de deuxième année s'ennuient, un constat reconnu comme tel par la quasi-totalité des professeurs de droit. »²⁸

S'observent clairement, accentue Alan Watson, des « case-books » remplies d'abrégés et de cas amputés et mutilés, qui ne sont jamais présentés intégralement. Ceux-ci vont plutôt osciller entre une courte présentation (une version de quelques lignes), une longue citation (une version d'une demi-page) ou une version de quelques pages²⁹. On retrouve également des abrégés présentés en vrac, sans aucun soin et sans aucune logique sur le plan juridique. Il s'agit, souligne Alan Watson, d'un pêle-mêle artistique, au-delà de tout critère de systématisme et de rationalité, où le professeur faux socratique « ne s'implique pas » véritablement avec les étudiants et, surtout, où il joue son propre jeu. Dit autrement, on est face à un jeu de pouvoir où le professeur prend « soin » de sélectionner ces abrégés parce qu'ils sont « singuliers », « exotiques » et « littéraires » ou encore parce qu'ils sont affectionnés (pour de mauvaises raisons ?) par un des composants de la *Ligue du politiquement correct*. Or, cette idée ambitieuse de résumer, par exemple en abrégé, les « choses jugées » dans le domaine de la « responsabilité civile » par quelques décisions judiciaires sélectionnées arbitrairement et sans jamais daigner donner d'explication adéquate, peut-elle avoir une quelconque valeur ou encore un sens rationnel sur le plan juridique ? Ou est-ce que cela frôle plutôt l'absurdité et l'irrationalité tant ceci manque cruellement de portée logique et pédagogique ? Ceci, d'autant plus, que ces abrégés sont imposés comme seule lecture obligatoire pour les étudiants en première année de droit. Ils sont donc adressés à des personnes qui n'ont pas assez d'information et de formation pour arriver à les évaluer de manière adéquate en tant qu'autorités pouvant, éventuellement, intéresser le milieu juridique. De plus, si ces abrégés sont fréquemment accompagnés de commentaires littéraires et d'interpolations idéologiques propres au « club d'identification » auquel adhère personnellement (et spéculativement) le professeur, une telle éventualité juridique peut-elle être rationnellement actualisée au profit du droit ?

Comme le souligne Alan Watson, les « cases books » ne permettent nullement de comprendre comment fonctionne le droit parce qu'elles fonctionnent avant tout comme une mise en scène, presque théâtrale et « dramatique ». Une mise en scène où une idée non expliquée s'affirme, artificiellement, en tant que « droit » pour mieux prendre vie, tel un jeu d'ombre et de lumière oscillant entre art et littérature, entre idéologie et mode, entre virtuosité narrative et imposition psychologique. Alan Watson ne voit simplement aucune vertu pédagogique dans la culture des « case-books ». Il ne les perçoit guère autrement que comme des « recueils d'arrêts » fourretouts, des copiés-collés jurisprudentiels

« sans queue, ni tête » ou encore bourrés « d'extraits » chaotiques (et exotiques) reproduits sans explication selon les préférences dites du « milieu » ou, plus plausiblement, selon le cercle idéologique auquel appartient le professeur. Ce sont des livres fourretouts qui n'ont, tout compte fait, rien de didactique ni de méthodique dans le sens commun et pédagogique du terme. Qui plus est, ils semblent pencher dangereusement vers la tromperie et la servilité tant ils ne permettent pas aux étudiants d'avoir une compréhension claire ni de l'état du droit (le droit positif) ni de ce qui peut être fait dans le domaine juridique.

Alan Watson postule aussi qu'il y a une étroite relation entre l'enseignement via la « case book » et la paresse intellectuelle (et morale) des professeurs (qui peut d'ailleurs facilement se conjuguer avec une frénésie facultaire et extrafacultaire, de même qu'avec des surinvestissements idéologiques et « théoriques » sans valeurs certaines). Il observe froidement que l'adoption, par un professeur de droit, d'une « case book » réputée va habituellement s'accompagner d'un cadeau, par l'Éditeur (de la *case-book*), représentant un recueil de réponses recommandables et acceptables (c.-à-d. un recueil non disponible pour les étudiants). L'enseignant n'a donc pas trop à se creuser les méninges ou à faire de la recherche puisqu'il possède le livre des « réponses recommandées ». En effet, il n'a qu'à regarder le livre des « réponses recommandées » qu'on a mis à sa disposition et s'en satisfaire. Il n'a plus à maîtriser le domaine qu'il enseigne. Et quant au rédacteur (ou rédacteurs) d'une « case-book » il (ils) n'aura(ont) qu'à attendre patiemment son pactole d'argent.

Ainsi se brise distinctement et tristement le lien pédagogique entre l'enseignement d'un professeur et sa responsabilité, censée œuvrer à la construction de la doctrine, qu'il est supposé maîtriser, écrire et enseigner. C'est une rupture avec le *credo* voulant qu'en enseignant ce qu'il sait par sa propre recherche (refusant donc d'enseigner uniquement à partir des « livres » ou la « recherche » de quelqu'un autre³⁰), il se porte garant de l'exactitude, de la pertinence et de la « scientificité » d'une « description » (i.e. un état des lieux) de ce qui compte en tant qu'état juridique d'une question de droit. La culture des « case-books » ne nous révèle donc rien d'autre qu'un modèle cassé où l'enseignement et la recherche sont coupés et séparé l'un de l'autre. Pire l'un des pôles, à savoir la recherche doctrinale, se retrouve marginalisé et sous-évalué, tandis que l'autre pôle, à savoir l'enseignement, a été cédé au modèle de l'autorité et de la soumission. C'est notamment un modèle où la recherche ne se concrétise jamais dans un enseignement de qualité, un modèle où il n'y a plus aucune dialectique entre la recherche et l'enseignement, sinon où la « recherche » a toute l'opportunité de devenir idéologique, spéculative et post-moderne. Dès lors, le temps libéré par la « case-book », pour un professeur, va lui permettre de faire de la recherche de « pacotille » et de le faire avec style. D'où la question de savoir si, libérée de tout contact avec la réalité juridique, la nouvelle recherche utilisant le mot « droit » n'est-elle pas finalement une littérature comme les autres ?³¹

Se construit entièrement la dépendance, en hétéronomie, d'un professeur qui n'a désormais plus le contrôle entier et intellectuel sur son enseignement ou sur une thématique/domaine du droit. À la limite, il ne s'agit guère d'autre chose que d'un professeur qui a lu la « case book » avec son manuel de « réponses recommandées ».

Comment un tel professeur peut-il inspirer ses étudiants ? Comment peut-il servir pour transmettre une connaissance de droit qu'il n'a pas lui-même ou qu'il n'a pas acquise adéquatement par une recherche individuelle ? Comment peut-il transmettre l'importance de se mettre au service des justiciables, s'il n'est là, lui-même, que dans le rôle d'un exploiteur, d'un imposteur ?

La « case-book method » représente aujourd'hui, avant tout, une tradition qui se répète et se perpétue comme si de rien n'était et où personne ne se pose de questions. Les professeurs n'ayant jamais été formés intellectuellement et doctrinalement en vue d'acquérir, de consolider et d'approfondir une compréhension systématique, méthodique et rationnelle du droit, n'ont simplement aucune raison, croient-ils, de se questionner, de s'interroger. En réalité, ils ne font que répéter ce qu'ils ont eux-mêmes subi et enduré, pour mieux le faire perdurer, et ce, sans état d'âme. Le résultat, assure Alan Watson, c'est de faire « comme d'habitude », de ne « jamais se poser de questions » et de faire (et d'utiliser) des « case-books », comme cela en est devenu la tradition³².

Mais alors, pourquoi perpétuer la « case-book method » aujourd'hui ? Il n'y a, en fait, dans la « case-book method », ni de véritable transmission de « connaissances » ni de véritable enseignement juridique. Il n'y a que ce que l'enseignant, dans son rôle d'animateur de classe, dit à partir d'un livre qu'on lui a donné.

Et si l'idéologie langdellien insiste sur le rôle « méritoire » de l'étudiant et sur sa valorisation en classe afin qu'il trouve « en lui » sa valeur marchande, l'enseignant peut-il représenter autre chose qu'un clown qui plaît, qui amuse et qui divertit, en « droit » ? Celui qui s'y connaît, ne serait-ce qu'un peu, sur le phénomène de « baromètre de popularité » des enseignants de droit en Amérique des Nord entretenu par différents sites électroniques (ou encore par des associations étudiantes), peut devenir quelque peu songeur !

En réalité, Alan Watson suppose qu'il s'agit surtout d'assurer une sorte de darwinisme social (ou « méritoire » selon Langdell), où la sélection à l'oligarchie juridique future se fait par une séparation, une expulsion du plus faible (psychologiquement et socialement parlant) durant la première année. De ce fait, la survie du plus fort va lui assurer à la fois une force et une solidité du système juridique en tant que piliers pour l'avenir. Le rôle particulier (et si sociologique) qu'a joué le droit ou plus précisément l'oligarchie juridique, entre le 19^e et le 21^e siècle, pour stabiliser la société états-unienne, en l'absence d'autres vecteurs sociaux forts, peut soutenir ce point de vue. Mais, n'est-il pas temps de rappeler que le droit ne doit pas uniquement servir le recrutement à l'oligarchie juridique (qu'il soit de gauche ou de droite), et envisager que peut-être que le droit doit, avant tout, servir celui qui a vraiment besoin de l'assistance juridique et surtout de la représentation juridique ?

Une non-méthode de futilité et d'alternative

Nous l'avons affirmé, pour Alan Watson la méthode des case-books représente avant tout une non-méthode et il convient, en conséquence, d'analyser plus en détail cette appréciation sur le plan pédagogique, au niveau de sa futilité. Pourquoi, en effet, entamer un

régime pédagogique d'inquisition en 1re année de droit pour, par la suite, le prolonger sur deux autres années ennuyeuses et monotones ? À quoi cela sert-il pédagogiquement ? À suivre Allan Watson, cela ne mène à rien, et rien ne bouge à cause de la tradition langdellien. Pédagogiquement ce n'est, répétons-le, qu'une « méthode de futilité » :

La méthode de recueil d'arrêts est en fait un exercice de futilité. Ce sont les étudiants eux-mêmes qui sont censés se construire une image du droit à partir de bribes généralement déconnectées qui leur sont disponibles, et ce, virtuellement sans outil. Les étudiants doivent se débrouiller pour deviner ce qu'est le point de vue de l'éditeur quant à la loi, plutôt que d'approfondir ce qui est en jeu juridiquement. Au lieu d'étudier les arguments de l'arrêt à la lumière du raisonnement de la pensée conceptuelle qui l'a précédé et de sa place dans un réseau de principes structurés, on leur fournit, dès le départ, une seule instance qui s'autojustifie seulement en référence à des caractéristiques particulières, laissant beaucoup à comprendre. Parce que basés sur des principes établis, plusieurs aspects cruciaux de l'arrêt ne sont pas pris en compte ni mentionnés. (...). Le problème s'aggrave lorsque la discussion se limite en grande partie à la notion « Cela est-il juste ? »³³.

Face à une telle question, notre réponse sera plutôt : bien sûr que non ! Il n'y a rien de « juste » là-dedans ! Une futilité qui trompe, qui dompte et qui amène l'étudiant vers le néant, n'a pas de valeur pédagogique du tout. Il faut se distancier et chercher une alternative; ce qu'Alan Watson esquisse ainsi :

Mon point n'est absolument pas que l'apprentissage du droit serait beaucoup plus facile - il le serait évidemment - si les concepts et les règles développés dans les exemples de cas avaient d'abord été exposés brièvement, avant d'être suivis par une discussion de quelques cas choisis pour illustrer les règles, les paramètres et les questions soulevées. C'est quelque chose de nécessairement souhaitable. C'est peut-être une vertu que certains de ses collègues pensent à faire une étude de droit de première année inutilement difficile. Mon point est que l'approche standard déforme la manière dont le droit est, comment il se développe, et sa relation avec la société. Les concepts et principes sont minimisés. Ainsi sont les règles, et leur autorité et la stabilité. Les cas sont retirés de leur contexte juridiquement pertinent et l'autorité du contexte est démantelée. Curieusement, peut-être, un autre résultat de cette approche est que les cas sont souvent retirés de leur contexte social. (...) L'absence de fondements théoriques est une erreur fatale dans la démarche du recueil.³⁴

Alan Watson cherche, en effet, une pédagogie variée du droit, une pédagogie du droit qui explique, autant que possible la manière d'assumer un rôle responsable à l'intérieur du droit, comment maîtriser le système juridique et comment être utile pour la société. Son point de vue est qu'il convient de se mettre à la place des étudiants en droit et de prendre la mesure de la route à suivre, à partir de leurs chaussures. De ce fait, le fonctionnement du droit dans une société moderne s'apprend pas à pas, étape par étape, de même que par une initiation lente et laborieuse. Apprendre et comprendre le

fonctionnement du droit ne se résout pas dans une quelconque formule magique ou « pluralisée ». Au contraire, tout se fait en pariant sur la dialectique professeur et étudiants, le tout en faveur d'une intelligence juridique en construction. Il s'agit de comprendre la complexité juridique en abordant comment le droit a été construit historiquement et dans la jurisprudence. Il s'agit, aussi, de comprendre comment fonctionne le système juridique dans son ensemble et en particulier.

Quand, de ce fait, Alan Watson soutient, tel que cité auparavant, que le non-examen du sens juridique de cas jurisprudentiels (sous le mode d'un abrégé mutilé dans une « case-book ») est à la fois absurde sur le plan juridique et néfaste au niveau pédagogique, il a raison. Les cas jurisprudentiels où le sens juridique n'est pas étudié adéquatement n'assurent jamais une bonne compréhension (ou, pire, favorise une compréhension superficielle et idéologique). L'examen d'un cas jurisprudentiel qui met entre parenthèses le contexte, triche et devient inévitablement contre-productif, car le contexte rime avec l'intelligence, la relevance et la portée juridique. L'examen d'un cas jurisprudentiel qui néglige d'analyser adéquatement la contribution adéquate qu'a pu jouer la législation (et les sources de droit en général) s'aveugle et, pire, devient une arme de l'antidémocratie que chérit trop une portion de l'iusoligarchie contemporaine.

De manière sous-jacente au débat pédagogique de « comment enseigner le droit », nous apercevons, en fin de compte, une autre question hautement politique (et démocratique) : le droit doit-il servir « tout le monde » ou doit-il, au contraire, servir pour gouverner, administrer, gérer, politiser, « moraliser », etc. ? N'est-il pas étrange qu'aujourd'hui ce soit le modèle consistant à gouverner les « autres » qui a gagné les esprits postmodernes (autant de gauche que de droite) ? Dans la lutte renversée des classes, la lutte contre le peuple n'est-elle pas la nouvelle « pater-maternalisme » qui submerge dans le désir de voir les « autres » courber leurs têtes ?

3. Les professeurs et la fermeture de l'esprit juridique

Alan Watson n'est guère plus doux avec les professeurs de droit. Plus précisément, il ne manifeste aucune tendresse excessive à l'égard de la formation intellectuelle et juridique reçue par de nombreuses personnes sélectionnées pour devenir professeurs. Il les trouve mal formés, mal instruits, mal éduqués et mal préparés en vue d'assumer adéquatement leur rôle de professeurs de droit. Tout se résume dans un jugement sans appel : « les professeurs également ont été très mal éduqués »³⁵. Tel professeur, tel étudiant, en quelque sorte ! Une assertion qu'il s'agit d'expliquer et d'exemplifier plus amplement.

Les professeurs sont très mal éduqués

L'appréciation critique d'Alan Watson à l'encontre de la culture juridique de plus en plus manquante, voire absente, des professeurs du droit se comprend (pareille à ses autres jugements) sous le mode d'un verdict à l'encontre d'une culture généralisée de laxisme quant à la sélection et la formation des professeurs de droit. Si Alan Watson

appuie fortement et sans ambiguïté qu'il existe également d'excellents professeurs aux États-Unis, c'est la non-culture montante de la « non-excellence » qu'il critique et qu'il déplore. Il observe (et critique) que la sélection pour devenir professeur de droit repose de moins en moins sur des critères clairs et vérifiables au niveau de la recherche juridique. De plus, il constate que cette sélection va davantage s'appuyer sur l'image commerciale, sur la présélection des nouveaux privilégiés (selon race, ethnie, orientation sexuelle, etc.) et surtout, sur l'adhésion à l'une ou l'autre des branches de la *Ligue du politiquement correct*. Souvent, les professeurs de droit sont sélectionnés en tant que « personnalité » apte à incarner une image facultaire (inévitavelmente selon l'oukase de la *Ligue du politiquement correct*) ou, encore, selon une image prête à séduire des donateurs d'argent comptant. Si les professeurs sélectionnés en savaient davantage sur le droit, cela serait certainement apprécié mais, en fin de compte, cela ne pèsera pas beaucoup dans la balance.

Seront recrutés comme professeurs de droit ceux qui représentent une valeur marchande, une valeur oligarchique, une valeur de séduction. Il s'agit d'un schéma de recrutement qui est déjà mis en œuvre dans les cabinets d'avocats, avec les associés et les partners qui peuvent rapporter le plus d'argent avec de riches clients. C'est ce modèle qui s'infiltré de plus en plus dans le monde iusfacultaire (i.e. subventions, allocations, dotations, bourses, donations, etc.).

À suivre Alan Watson – et en simplifiant son argumentation - la crise de l'enseignement juridique, la crise de la méthode pédagogique et la démission pédagogique s'aggrave et s'amplifie à l'intérieur du corps professoral à cause de cette incapacité iusfacultaire de corriger la situation. De plus en plus de professeurs de droit ne sont simplement rien d'autre que des plombiers qui s'ignorent et qui s'auto-estiment, sans raison, en pensant représenter, à eux seuls, des génies du « droit ». Le problème, c'est qu'en l'absence de « doctrine », par la dévaluation rationnelle du droit, de même que par sa marginalisation intellectuelle et pratique, tout cela aura des conséquences néfastes sur le climat iusfacultaire. Il manque simplement, souligne Alan Watson, une relation logique entre le travail effectué par un professeur (concernant une question de droit) et ce qu'il enseigne au bénéfice de ses étudiants (concernant la compréhension à l'égard de cette même question). Sans cette relation dans laquelle le professeur transmet ses compétences concernant le droit, ce dernier parle sans savoir et sans connaître, et il parle sans avoir fait de véritables recherches dans les domaines qu'il enseigne.

En fait, l'avantage d'un professeur ayant une connaissance solide et adéquate de la « doctrine juridique » est normalement la constatation qu'il a obtenu cette connaissance parce qu'il (elle) a mis lui-même la main à la pâte pour faire de la recherche et qu'il a ainsi « mesuré et compris la pratique » du droit ! Un tel professeur acquiert une autonomie en tant que professeur-chercheur véritable, et en tant que savant sérieux, parce qu'il maîtrise la façon d'écrire adéquatement une œuvre doctrinale de qualité. De ce fait, il est capable, dans l'enseignement, d'utiliser la dialectique entre théorie, dogmatique et « pratique » pour enseigner la compréhension et le sens juridique (la doctrine) de manière telle que cela va donner un sens à ce qu'attend, en pratique, un étudiant en droit.

En contraste, souligne Alan Watson, comment obtenir la même chose chez un professeur qui n'a pas acquis de connaissance véritable du droit et qui est constamment obligé de tricher ?

Trois professeurs très mal éduqués

Le plus long chapitre est consacré à l'examen de la recherche de pacotille de trois professeurs célèbres et influents. C'est ici qu'Alan Watson arrive avec sa critique la plus directe et sans aucune complaisance à l'égard de la binteloterie intellectuelle et l'insuffisance béotienne que caractérisent ces trois professeurs, d'ailleurs nommément identifiés³⁶. L'objectif servira à couper l'herbe sous le pied de leurs nombreux admirateurs dévoués aux États-Unis (et ailleurs) et à exposer, au grand jour, la profonde ignorance juridique que témoignent leurs écrits. Les trois pontifes se nomment Abraham Arthur Schiller (1902-1977), professeur de droit romain à Colombia University à New York ; Morton J. Horwitz (1938), professeur de l'histoire du droit des États-Unis à Harvard Law School ; et Duncan Kennedy (1942) professeur de droit à Harvard Law School.

Dans le dossier « Abraham Arthur Schiller », Alan Watson – lui-même une sommité en droit romain – s'intéresse au professeur Schiller³⁷ et, plus particulièrement, à sa trouvaille (supposément) « révolutionnaire » dans le domaine du droit romain³⁸. A. Arthur Schiller est réputé pour avoir trouvé que le « secret commercial » d'aujourd'hui est issu directement du droit romain classique et du droit des esclaves romains³⁹. Il défendait, en effet, que la formule d'ester en justice intitulé « Actio Servi Corrupti », à savoir la possibilité pour un propriétaire d'esclave dans la Rome antique de demander réparation (et de la protection et de l'intégrité corporelle) pour (et contre) l'abus d'un tiers, constitue cette origine. A. Arthur Schiller défendait spécifiquement que cette formule permît d'ester en justice en prétendant qu'une tierce personne avait « rendu l'esclave corrompu ». Une affirmation contre quoi, Alan Watson se révolte, car elle est fantaisiste et non fondée.

À Alan Watson de rectifier et de souligner qu'en histoire du droit antique, il s'agit là, effectivement, d'une *actio* [i.e. une formule de procédure] qui protège contre la corruption d'un serviteur [un/une esclave], par une tierce personne. Pour autant, cela ne se situe point au niveau de la « propriété » ou du « bien », sinon entièrement au niveau de la corruption morale et sexuelle d'un esclave pouvant porter préjudice à son propriétaire, à sa famille et à sa maison. C'est une *actio* qui a subséquemment quelque chose d'essentiel à voir avec l'honneur de la famille et la respectabilité sociale, mais rien, toutefois, avec le « secret commercial ».

Alan Watson indique qu'en associant la protection des secrets commerciaux à celui de la corruption morale et de l'honorabilité que pouvait faire subir une esclave à sa maison, A. Arthur Schiller a fait une faute d'an historicisme, une négation du contexte historique, un rejet pur et simple de l'histoire. Il a inventé cela idéologiquement, sans prendre en considération ce que nous savons du droit romain, le tout, en n'ayant aucune preuve pour son assertion, sinon l'éblouissement que procure toujours une analogie. C'est qu'on peut appeler de la fraude scientifique.

Dans le « dossier Morton J. Horwitz »⁴⁰, Alan Watson se penche sur un des grands noms de la recherche universitaire aux États-Unis, celui qui est censé avoir donné la version la plus juste et la plus adéquate de la « transformation du droit états-unien »⁴¹. Alan Watson observe froidement que M. J. Horwitz s'est simplement fondé sur un *a priori* à la mode – à savoir sur le paradigme d'une surdétermination « politique » et sur la figuration d'un « jeu de pouvoir » (mots très populaires dans les années 1960 – 1970s, et même aujourd'hui) – et qu'il a négligé l'histoire concrète et réelle du droit⁴². Dans une analyse en détail du « riparien law »⁴³ - droit de l'eau – il démontre, par la doctrine autant que par la jurisprudence, qu'Horwitz n'arrive pas à prouver son *a priori*. Là où Horwitz croit fournir une révélation « réaliste » (*sic* !) de la transformation du droit états-unien, Watson ne constate qu'une histoire idéologique montée de toute pièce pour épater la galerie. Son jugement sur le livre de Horwitz affirme qu'il s'agit :

*(..) d'une démonstration très sexy et, en tant que telle, immédiatement attractive. Qu'il ait été couronné de succès et qu'il ait eu une influence avec cette théorie, cela ne fait aucun doute. Ma difficulté, cependant, c'est qu'une théorie reposant sur des opinions concernant l'analyse juridique n'a aucune valeur si l'analyse n'est pas exacte. Je ne pense pas que l'analyse de Horwitz concernant les faits ou le droit ou les cas qu'il analyse est exacte. Je me suis même à l'occasion interrogé s'il avait lu les cas en question*⁴⁴.

D'où la question : une étude de l'histoire du droit états-unien fondée sur une lecture biaisée et idéologique peut-elle avoir de la valeur ? Une étude de l'histoire qui repose sur une théorie surdéterminante ou simplement déterminante n'est-elle pas, immanquablement, frauduleuse ?

Dans le « dossier Duncan Kennedy »⁴⁵, Alan Watson ne se montre guère plus charitable. Ici, Alan Watson analyse l'article controversé et postmoderne de Duncan Kennedy « The Structure of Blackstone's Commentaries »⁴⁶ et il affirme, en toute simplicité, que « Cet article est de toute évidence clairement faux et ses 128 pages [*sic* !] sont incompréhensibles [brumeuses] »⁴⁷. Pourquoi ?

Déjà, dans les mots introductifs de l'article de Duncan Kennedy se révèle, indique Alan Watson, le fond du problème, car il prétend qu'il peut accéder directement à la « conscience » et à la « pensée juridique » de William Blackstone ! Comment fait-il cela ? Comment peut-il rationnellement effectuer une telle opération transmentale et transhistorique ? Ne s'agit-il pas, plutôt, d'une mission impossible et illogique ? De toute évidence, Duncan Kennedy en est incapable. D'où la constatation d'Alan Watson que l'affirmation sert uniquement à prétendre, faussement, qu'il n'a, de ce fait, pas besoin d'analyser ce que William Blackstone a réellement écrit (à savoir le livre qu'il prétend analyser et qu'en conséquence il n'analyse pas) ni d'examiner ses sources (qu'il néglige, qu'il change et qu'il transfigure) ni même de considérer son contexte et l'histoire réelle (il affirme sans gêne que cela ne l'intéresse pas), car il travaille sur quelque chose que lui seul sait ! Duncan Kennedy ne travaille, en fait, que sur une « image à la mode » concernant

une soi-disant tradition qu'il se forge en privé, une image de l'idéodroit qui permet de séduire et d'avoir des « followers » (c.-à-d. suiveurs), mais qui ne nous informe en rien (et plutôt nous désinforme, nous manipule) sur Blackstone.

En conséquence, à Alan Watson d'attester que cela n'a aucun sens ! À lui, également, de nous fournir, en 16 pages, une solide contre-analyse précise et critique de la « structure des Commentaires » de William Blackstone; de faire l'analyse qui n'existait pas chez Duncan Kennedy et qui ne pouvait pas exister chez lui non plus⁴⁸.

La critique de collègues, de même que la distanciation intellectuelle à l'égard de leurs élucubrations et égarements idéologiques, pour ne rien ajouter quant à leurs divagations politiques, leurs fantasmes « poétiques » et « littéraires », ont toujours été une question problématique, plutôt taboue, dans les facultés de droit⁴⁹. Le consensus a été de ne rien voir, de ne rien entendre, de ne rien dire et de ne jamais critiquer. La collégialité protège la médiocrité autant que la bêtise et la recherche mal faite. Le plus souvent, le silence a été la seule réponse des facultés à l'égard des brebis égarées et des surinvestissements idéologiques. Or, les trois professeurs (Abraham Arthur Schiller; Morton J. Horwitz; Duncan Kennedy) que critique Alan Watson représentent, sans conteste, la crème du jus-oligarchie des États-Unis. Il s'agit de trois pontifes qui savent s'imposer et faire régner l'ordre, à leur avantage⁵⁰. Que Alan Watson les critique sans porter de gants peut uniquement se retourner contre lui et lui nuire considérablement. Et, pourtant, c'est le souci pour la qualité de la recherche et la vigilance critique contre l'inculture et la soumission idéologique, qui l'anime; - il n'aime pas les tricheurs universitaires et il veut que cela se sache.

Or, c'est en somme surtout au niveau iusfacultaire que cela prend entièrement tout son sens ! Que dire d'un milieu incapable de sérieusement faire fi de la tricherie, de l'imposture et des constructions idéologiques ? Que dire d'un milieu qui reste muet sur ce qui n'a guère de sens logique et rationnel tant au niveau du droit que sur ce qui relève du fantasme idéologique propre à l'extrême droite, sinon à leurs partisans de la néo-gauche ou du courant radical-réactionnaire culturel ? Ne faut-il pas plutôt ouvrir les yeux et œuvrer en faveur d'un sens moderne à accorder à notre contemporanéité juridique ?

4. Pour conclure quant à la honte et à sa guérison

Alan Watson a choisi de briser la glace, il a osé exprimer ce qu'il pense et il l'a fait au profit de ce petit monde de l'enseignement juridique qu'il aime tant et qu'il a tant servi loyalement toute sa vie. La critique d'Alan Watson est un cri d'alarme, un cri universitaire contre la crétinisation galopante, contre la déculturation niaiseuse que privilégient nos élites, nos oligarchies de gauche et de droite. Ceux-ci se méfient, avec raison, d'une culture juridique qu'ils ne dominent pas et qui risque de porter préjudice à leurs privilèges, leurs autorités et à leurs « pouvoirs ».

En lisant Alan Watson se discerne le message d'un homme ayant fait le choix de « rester debout ». Chaque phrase, chaque formule, chaque critique dans le livre d'Alan

Watson, lue mais surtout comprise, témoigne du fait que nous avons terriblement tort de céder au chant des sirènes qui œuvre en faveur de l'irrationalisme, du pouvoir oligarchique, de l'Establishment et du « progressisme réactionnaire ». Eux n'aiment pas la culture juridique, ils préfèrent voir les dos se courber, ils aiment avoir le pouvoir sur autrui, sur *vous*, sur l'enseignement du droit, sur l'individu qui cherche à obtenir justice.

Affirmons-le sans ambiguïté ! Nous sommes d'accord avec Alan Watson et avec son diagnostic de la culture iusfacultaire nord-américaine. Il a vu juste et il a raison. Il a honnêtement rendu un immense service à la communauté juridique. Et il a surtout bien compris les fêlures contemporaines qui corrompent le monde iusfacultaire et qui risquent de s'élargir de plus en plus au profit de l'idéodroit, de l'ignorance et de l'irrationalité tant juridique, que politique et sociale. Il a surtout compris la corruption lancinante à l'œuvre, à l'intérieur des iusfacultés et comment tout ceci porte déjà préjudice à la culture juridique et risque de tourner en catastrophe. Et il a notamment bien compris que cela ne va que s'empirer et s'envenimer sans qu'il n'y ait aucune cure miracle à portée de main !

Si la lucidité critique d'Alan Watson se focalise, le titre l'indique, sur la banqueroute de l'enseignement du droit aux États-Unis, il n'y a aucune raison de se réjouir ailleurs. L'idéologie que privilégient nos oligarchies de droite et à gauche ne fera pas de quartier, et voilà ce qui attend le petit monde iusfacultaire partout dans le monde si personne ne proteste, si personne ne critique et si personne ne défend avec vigueur un enseignement du droit de qualité, un enseignement qui peut aussi se justifier au niveau de l'intelligence juridique. Hélas, aujourd'hui, c'est indubitablement les intérêts du crétinisme « de l'idéodroit » qui sont sur le haut du pavé et qui s'imposent, de plus en plus, et toujours à nos dépens⁵¹. C'est le crétinisme de l'idéodroit qui vaincra, en cherchant à mettre le grappin sur le curriculum iusfacultaire pour leur gloire, leur pouvoir, leur business. Tant pis pour le droit ! Tant pis pour les étudiants. Tant pis pour l'enseignement d'excellence et tant pis pour un iusfaculté de qualité !

À ce moment-là, convoquons l'aphorisme si lucide que nous avais apporté Georg Christoph Lichtenberg en 1793 : « Aujourd'hui on cherche partout à répandre le savoir, qui sait si dans quelques siècles il n'y aura pas des universités pour rétablir l'ancienne ignorance »⁵².

Hélas, c'est vrai ! Il y a aujourd'hui des universités et des universitaires qui ne font que cela : rependre l'ancienne pour en faire la nouvelle ignorance, en exigeant que tout le monde fasse de même. Le problème réside dans le fait que ces universités et ces universitaires répandent, en ce moment même, l'ancienne ignorance en redoublant d'efforts pour y ajouter encore plus d'ignorance. Hélas, de plus en plus d'iusfacultés agissent de cette manière, en s'engageant dans l'ignorance, dans l'irrationalité et dans les fantasmes idéologiques et, surtout, en abusant toujours plus du mot « droit ». Ils abusent du mot « droit » pour célébrer l'idéodroit (ou mieux : l'idiot-droit) de leurs imaginations, de leurs lectures, de leurs idéologies et de leurs jeux de pouvoir. Tous célèbrent l'ignorance juridique en s'imaginant être capables de dire « vrai » et de « dire droit », et tant pis pour la vérité. On ne parle plus d'une exigence d'un « droit sain » qui n'entre certainement pas dans leur agenda si bien garni.

Pour tout ceci, il faut lire Allan Watson et « Honte à l'enseignement juridique américain », car il n'est jamais trop tard pour dire « non » à la situation présente et, comme lui, se tenir debout dans la construction d'un « droit sain » par des enseignants qui connaissent la matière et savent établir une réelle relation avec leurs étudiants, sur le modèle de Allan Watson !

* Professeur, Université Laval, Québec ; bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca.

- ¹ Alan Watson (i.e. William Alexander Jardine Watson), *The Shame of American Legal Education*, Lake Mary (FL), Vandeplass Publishing, (2005 1^{re} édition), 2006, 2e édition. Alan Watson souligne, page xxii, qu'il s'appuie sur des arguments développer ultérieurement dans deux articles: idem, "Legal Education Reform: Modest Suggestions", *Journal of Legal Education*, Vol. 51, No. 1, March 2001, p. 91 – 97; et idem, "Introduction to Law for Second-Year Students?", *Journal of Legal Education*, Vol. 46, No. 3 (September 1996), p. 430 - 444. Cf. également, Alan Watson, *Law out of context*, Athens (Georgia) & London, University of Georgia Press, 2000, pages 140 - 163.
- ² En ce qui concerne l'exportation et l'importation du modèle de *law-school*, cela se réalise à présent déjà dans l'Europe de l'Est, au Moyen-Orient, en Chine, en Amérique latine, etc. Nous n'analyserons pas ce phénomène.
- ³ Alan Watson a publié de nombreux titres, mentionnons uniquement : "Legal Transplants: An Approach to Comparative Law" (1974), "Society and Legal Change" (1977), "Jesus and the Jews: The Pharisaic Tradition in John" (1995), "Ancient Law and Modern Understanding: At the Edges" (1998), "Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity" (2d ed., 1998), "The Evolution of Western Private Law" (2000), "Legal History and a Common Law for Europe" (2001), "Authority of Law; and Law" (2003).
- ⁴ Bjarne Melkevik, « Scolies sur l'avenir des facultés de droit », dans, idem, *Philosophie du jugement juridique*, Ste-Foy/Québec, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2010, p 173 – 183 (repris dans idem, *Philosophie du droit. Volume 2*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2014, p 191 -202. Voir aussi, idem, « Critiques d'un texte mythique : "Réflexions sur l'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système" de Duncan Kennedy », dans *Studia Universitatis Babeş-Bolyai* (Cluj-Romanie), anul LIV, janvier 2011, no 1, p 99 – 128.
- ⁵ Bjarne Melkevik, « Quatre thèses critiques sur l'interdisciplinarité dans le domaine du juridique. Une précision d'épistémologie juridique », dans Jean-Jacques Sueur et Sarah Farhi (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit » - L'épreuve du réel*, Actes du colloque organisé les 22 et 23 avril 2015 à la Faculté de droit de l'université de Toulon, Paris, Lextenso, coll. Contextes-Culture du droit, 2016, p. 354 – 372.
- ⁶ Cf. William Shakespeare, *Hamlet* (I, 4, Marcellus), traduction François-Victor Hugo, Paris, Pagnerre, 1859-1866 : « Il y a quelque chose de pourri au royaume du Danemark. »
- ⁷ Alan Watson est surtout connu pour son livre, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974; reprint edition, University of Georgia Press 1993. Le mot "legal transplants" n'a pas d'équivalence directe en langue française. Une traduction convenable serait « greffes législatifs » ou « greffes juridiques », « greffes juris-diction », tandis qu'« infusion législative », « contamination législative », « import législatif », etc. peut être défendu. L'idée de base c'est qu'un système de juridiction s'inspire d'un autre système de juridiction pour des réformes législatives, des constructions doctrinales ou « jurisprudentielles », ce que démontre que le phénomène de « legal transplants » peut se faire, se réaliser, dans différentes manières selon les contextes, les objectifs et les circonstances particulières propres à chaque système de juridiction. La littérature sur « legal transplants » est immense ; mentionnons uniquement John W. Cairns, *Codification, Transplants and History : Law Reform in Louisiana (1808) and Québec (1866)*, Clark (New Jersey), Talbot Publishing (The Lawbook Exchange Ltd), 2015.

- ⁸ Avec le nombre très élevé de law-schools aux États-Unis, il va sans dire qu'il existe des exceptions et même des exceptions valorisant l'enseignement d'excellence qu'Alan Watson privilégie. Notons que les law-schools sont accrédités sur le niveau interétatique par American Bar Association (Le Barreau des États-Unis) et 203 parmi eux ont acquis ce statut aujourd'hui. Or, le Barreau des chaque État aux États-Unis peut avoir leur propre système d'accréditation d'un law-school pour préparation de leur examen de pratique. Il existe également un grand nombre de « law schools » qui ne sont pas accréditées ni sur le niveau interétatique ni sur le niveau des États. Et il existe aussi de « law schools » par « correspondances » ou par « internet études ». Il est en plus possible, dans plusieurs états, de devenir avocat sans passer formellement par un « law-school » ; soit par l'apprentissage pratique (auprès d'un juge ou avocat) ou par la réussite de l'Examen de pratique (c.-à-d. en Vermont, Washington, Californie, Virginie et Wyoming). Cf. American Bar Association, Section of Legal Education and Admissions to the Bar, *ABA Standards for Approval of Law Schools and Interpretations*, Chicago, American Bar Association (ABA), 1996.
- ⁹ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., page 43 – 78.
- ¹⁰ Voir Bruce A. Kimball, *The Inception of Modern Professional Education. C. C. Langdell, 1826 - 1906*, Chapel Hill (N.C.), University of North Carolina Press, 2009.
- ¹¹ Alan Watson se réfère à Robert Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1859 to the 1980s*, Chapel Hill (N.C.), University of North Carolina Press, 1983; et à William P. LaPiana, *Logic and Experience: The Origin of Modern Legal Education*, New York, Oxford University Press, 1994.
- ¹² Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., page 68. Notre traduction: "It was introduced by Christopher Columbus Langdell, dean of Harvard Law School, who believed that law was a science, and should be taught in a scientific method from cases. (...) The result is absurd. But tradition, once established, is not easily dislodged."
- ¹³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, coll. Être et Penser no 37, 1953, page 117 – 122. Cf. Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2004.
- ¹⁴ Voir, Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, page 14 – 15: "Into the breach stepped the American legal formalists, of whom the best known today is Dean Christopher Columbus Langdell of the Harvard Law School. On one level the formalist were Platonists, believing that there existed a handful of permanent, unchanging, indispensable principles of law imperfectly embodied in the many thousands of published judicial opinions, and that the goal of legal reasoning was to penetrate the opinions to the principles. That is the flavor of Langdell's own scholarship." Cf. également, Richard A. Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution", dans *Case Western Reserve Law Review*, vol. 37, 1986, p 179 – 217.
- ¹⁵ En suivant le proverbe de classicisme juridique: « Res judicata pro veritate accipitur (ou habetur) » (La chose jugée est acceptée ou tenue pour vérité ou vraie/ La chose jugée est tenue pour vrai). Voir: Dig. 50, 17, 207.
- ¹⁶ Voir, Stephan M. Feldman, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, New York & Oxford, Oxford University Press, 2000, p 94: "Hence, two central features of Langdellian legal science were a positivist focus on the decided cases and the use of inductive reason to discover legal principles"
- ¹⁷ Aristote, *Rhétorique* 1, 1357a, et 1395b 22.
- ¹⁸ Voir le problème (et critique) de l'induction chez David Hume (1711 -1776), *Traité de la nature humaine* (1738 – 1740) ; plusieurs éditions.

¹⁹ Voir, Bjarne Melkevik, *Épistémologie juridique et déjà-droit*, Paris, Buenos Books International, 2014.

²⁰ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., page 79 – 88.

²¹ Cf. Matthieu, chapitre 14, versets 14 à 21, idem 15, 32-38; Marc 6, 34-44, idem 8, 1-9; Luc 9, 12-17; Jean 6, 5-14.

²² Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 1 – 24.

²³ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., page xx – xxi. Notre traduction de: « The so-called Socratic Method of teaching – a misnomer, actually – is endemic in the U.S. (...) Those who use it – the vast majority of law professors – believe it hones analytical skills. To a great degree I disagree: it is teaching by terror. The professor picks, usually apparently at random, a student whom she questions about an assigned case. The student can seldom answer satisfactorily. »

²⁴ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., page 46 – 47, et page 48 – 51 (“Teaching by Terror”), cf. p 71 – 72.

²⁵ Pour une description, vue à partir de l'étudiant, de cette anti-pédagogie, voir, Scott Turow, *One L. The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School, 1977* (avec une Postface, 2010). Il n'y a pas de différence entre la 1re édition (1977) et la troisième (2010), sauf en ce qui concerne le Postface.

²⁶ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., page 68: Notre traduction: “But just imagine a college physics course where only a few isolated experiments are studied, where the relationship of one to the other is not set out, where the theoretical underpinnings are not stated, and where virtually all of the writings of the scholars are ignored. The result is absurd”.

²⁷ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 20 – 21, cf. 79 – 88.

²⁸ Alan Watson, *The Shame of American Legal education*, op. cit., page xvii et xviii: Notre traduction de “The American casebook approach (...) is confusing and uninformative. Individual cases are abridged and torn out of their contexts. Students are not informed whether the case is central to the law or is at the edges. Nor are they given an outline of the main principles of the subject. Since this is the standard approach from the first day of law school, first year students are paranoid. Second-year students are bored, and are recognized to be so by almost all law professors”.

²⁹ Alan Watson, *The Shame of American Legal education*, op. cit., page 79 – 88.

³⁰ Ce qui était - sur le niveau universitaire et historique - le résultat de la révolution humboldtienne (c.-à-d. Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand, Freiherr von Humboldt, plus connu sous le nom Wilhelm von Humboldt, et en français, Guillaume de Humboldt, 1767 - 1835), de l'enseignement universitaire et surtout du droit. Von Humboldt en réformant la nouvelle Université de Berlin (*Alma Mater Berolinensis* en 1810) a exigé que chaque professeur enseigne les résultats de leurs propres recherches. La révolution européenne quant à la « doctrine du droit » est largement redevable à l'enseignement universitaire à partir de la recherche individuelle des professeurs en droit. L'obligation des professeurs d'université d'enseigner « à partir de leurs propres recherches » a bien sûr des racines culturelle et historique – surtout sur le niveau individuel – profondes dans la civilisation « occidentale ». Alan Watson, dans *The Shame of American Legal Education*, revient à plusieurs reprises sur comment certains professeurs avec leurs « livres de doctrine » a eu une influence marquant et bénéfique quant au développement de la culture juridique européenne.

³¹ Bjarne Melkevik, « Quatre thèses critiques sur l'interdisciplinarité dans le domaine du juridique. Une précision d'épistémologie juridique », dans Jean-Jacques Sueur et Sarah Farhi-Segond (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit » - L'épreuve du réel*, Actes du colloque organisé les 22 et 23 avril 2015 à la Faculté de droit de l'université de Toulon, Paris, Lextenso, coll. Contextes-Culture du droit, 2016, p 354 – 372, spécialement la section 3 : « Contre la « littérisation » du domaine juridique ».

³² Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 79 – 88.

³³ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, pages 9 – 10; notre traduction de « The casebook method of teaching is, in fact, an exercise in futility. It is the students themselves who are expected to build up a picture of law from the few generally disconnected scraps available to them and with virtually no tools. Students are left to guess what the editors' view of the law is rather than getting to what the law is all about. Instead of looking at the reasoning of the case in the light of the developed conceptual thought that preceded it, and of its place in a structured web of reasoned principle, they are provided in the first place with a single instance that justifies itself only by reference to particular features, leaving much to be understood. Much of importance to the case is left unsupported and unsaid because it rests on established principle. The students study, as it were, the study of grain of sand by walking around inside the grain and without reference to the rest of the beach, the surf and the sky. The problem is compounded when the discussion is limited largely to the concept – “Is it fair?”

³⁴ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, idem, p. xx – xxi, notre traduction de: « My point is emphatically not that learning the law would be much easier – it obviously would be – if concepts and rules as they had developed in scores of cases were set out briefly, then were followed by discussion of a few cases chosen to illustrate the rules, their parameters, and issues raised by borderline situations; and that this is something necessarily desirable. This is, perhaps, a virtue as some of colleagues think in making first-year law study unnecessarily difficult. My point is that the standard approach misrepresents the way law is, how it develops, and its relation to society. Concepts and principles are badly downplayed. So are rules, and their authority and stability. Cases are removed from their legally relevant context and the authority of the context is dismantled. Oddly perhaps, a further result of this approach is that often cases are removed from their social context. (...) The absence of theoretical underpinnings is a fatal flaw in the casebook approach. »

³⁵ Alan Watson, “*The Shame of American Legal Education*”, op. cit., p 17: « The professors too, have been badly educated ».

³⁶ Alan Watson, “*The Shame of American Legal Education* », op. cit., p 143 – 192.

³⁷ Abraham Arthur Schiller, 1897 – 1977, était professeur à la Faculté de droit de l'Université Columbia de 1928 à 1977. En droit romain il a publié, *Texts and Commentary for Study of Roman Law. Mechanisms and Development*, New York 1946; et, *Roman Law: Mechanisms of Development*, Den Haag / New York 1978.

³⁸ Alan Watson, “*The Shame of American Legal Education* », op. cit., p 143 – 152. Les pages reprend, en abrégé, article de Alan Watson, « Trade Secrets and Roman Law: The Myth Exploded », *Tulane European & Civil Law Forum*, 1996, p 19- 29.

³⁹ A. Arthur Schiller, « Trade Secrets and Roman Law: the Actio Servi Corrupti », *Columbia Law Review*, vol. 30, 1929-1930, p 837 – 845. Notons que “action servi corrupti” (i.e. action préventive ou réparatrice contre la corruption d'un esclave ou d'une esclave), se rapporte à : *Institutiones* 4, 6, 23; *Digest* 11, 3; *Codex Iustinianus* 6, 2.

⁴⁰ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 152 – 176. Alan Watson reprend ici des arguments de son article “The Transformation of American Property Law: A Comparative Law Approach” *Georgia Law Review*, Vol. 24, No. 2 (Winter 1990), pp. 163-221. Le titre fait directement référence au Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (Mass.) Harvard University Press, 1977.

⁴¹ C'est le livre de Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (Mass.) Harvard University Press, 1977, qui est l'objet du critique. Morton J. Horwitz est aussi de: *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, et de: *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York, Hill & Wang Publishing, 1998.

- ⁴² Le livre de Horwitz se compare avec analyse de William M. Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886 – 1937*, New York, Oxford University Press, 1998. Notons pourtant que la discussion de Wiecek sur la montée et la chute du « classicisme » peut être plus éclairante comme une préhistoire de la Cour suprême des États-Unis que comme une description du « droit » de la fin du XIXe et au début du vingtième (ou la pensée juridique en général).
- ⁴³ Le mot “riparian law” n’a pas de vrai équivalent dans la langue française (et non plus dans le droit français – et québécois - d’aujourd’hui). Il est tradition de le traduire en « droit à l’eau », même si une telle traduction est trop restrictive. Le mot « riparian » se réfère au « riverain » (et ne nécessite donc pas un droit de propriété, stricto sensu) et peut en conséquence se référer autant à l’accès à l’eau (pour approvisionnement et consommation) que de pêche, de l’installation de ponton (et un système d’accotement), de transport fluvial, de navigation, de chasse, d’installation de systèmes de protection de berges, et ainsi de suite.
- ⁴⁴ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 176. Notre traduction de: “(...) a very sexy thesis, and as such immediately attractive. That he has been successful and influential with this theory there can be no doubt. My difficulty, though, is that a theory that is based on judgement about legal analysis has no value unless the analysis is accurate. I do not think Horwitz’ analysis of the facts or law or both of the cases his discusses is accurate. I have at times even wondered if he has read the cases.”
- ⁴⁵ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 176 – 192, cf. 120-126. Alan Watson se réfère et reprend l’argumentation développée dans son article “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, *Yale Law Journal* 97 (1988), p 795 – 821.
- ⁴⁶ Duncan Kennedy, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, 28 *Buffalo Law Review*, 1979, p 209 – 382. Duncan Kennedy fait dans son article semblant de présenter une analyse de William Blackstone’s *Commentaries on the Laws of England* (1765 – 1796). Le livre de Blackstone est republié plusieurs fois ; il existe trois traductions historiques en langue française.
- ⁴⁷ Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, op. cit., p 176. Notre traduction de: “This article is obviously wrong on its face and its 128 pages [sic!] are incomprehensible”. Notons qu’Alan Watson écrit ici “128 pages”, tandis que l’article de Duncan Kennedy est de facto 174 pages. Cf. également le jugement d’Alan Watson, id, page 191 – « I insist that Kennedy’s paper is without merit. »
- ⁴⁸ Voir notre critique de Duncan Kennedy, dans Bjarne Melkevik, « Critiques d’un texte mythique : Réflexions sur « L’enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système » de Duncan Kennedy », *Studia Universitatis Babeş-Bolyai : Iurisprudentia*, anul LIV, janvier 2011, no 1, p 99 – 128. L’article critique « les mises en image discursives » que construit Duncan Kennedy concernant sa conception privée de l’idéodroit. Il s’agit d’une critique d’une « critique qui ne l’est pas » puisqu’en soumettant le texte mythique de Duncan Kennedy « L’enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies, à une relecture attentive et critique, c’est une image démagogique et sophiste qui se dégage. Ce texte légendaire, qui pendant des décennies a servi de justification à une politique étriquée de « rectitude politique » dans les facultés de droit, n’est en fin de compte qu’un sursaut contre-culturel sans contenu véritable. L’article analyse soigneusement l’utilisation que Duncan Kennedy fait du mot « hiérarchie » pour démontrer comment ce mot est construit en tant qu’un « attrape-mouche » pour capter l’insécurité et le désarroi des étudiants. Soumettant le modèle contre-culturel de Duncan Kennedy et sa politique de pouvoir à une critique, l’article insiste sur l’impasse aussi bien politique que démocratique qui s’en dégage. La critique débouche sur la proposition qu’il vaut mieux penser le monde jus facultaire selon des critères démocratiques et à considérer la vocation d’enseigner dans le contexte d’un droit moderne et démocratique.

⁴⁹ Voir, Boris Barraud, *La recherche juridique. Science et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2016, p 520 – 523.

⁵⁰ Voir, Alan Watson, *The Shame of American Legal Education*, page 192, sur Duncan Kennedy: « To win approval and a suitable position it was important to show allegiance to Kennedy. »

⁵¹ Voir, Christophe Jamin, *La cuisine du droit. L'école de droit de Science Po : une expérience française*, Paris, L.G.D.J., coll. Forum, 2012. Et le Collectif, Numéro thématique, « L'enseignement du droit au début du 21e siècle. Perspectives critiques », *Jurisprudence. Revue critique*, Chambéry (France), où il n'y a aucun article critique du tout et nonobstant ce qu'annonce – de façon non critique ? - le titre.

⁵² Georg Christoph Lichtenberg, *Le Miroir de l'âme (1793-1796)*, (trad. Charles Le Blanc), Paris, Édition José Corti, coll. Domaine Romantique, 1997, p. 504.

STUDII

A PRESCRIPTION DRUG PRIORITY FOR THE EUROPEAN MEDICAL AGENCY POST BREXIT: OVERSIGHT OF MARKET-APPROVED MEDICATIONS¹

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).3.2

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Sebastian Florin TELECAN*

Motto: *“Orgoliul unui om născut într-o cultură mică este întodeauna rănit”*
“The dignity of a man born in a small culture is always wounded”
“La dignité d'un homme né dans une petite culture est toujours blessée”
Emil Cioran

Abstract: *The United Kingdom’s BREXIT decision on June 23, 2016 triggered a movement to relocate the European Medical Agency (EMA)—the EU’s market gatekeeper and overseer entrusted with the mission to ensure the safety and efficacy of prescription medications—from its London base. Several EU countries have begun vying to become the new home of the EMA, and existing skilled and experienced EMA staff are relocating and leaving positions that linger as unfilled. The biopharmaceutical sectors and enormous related professional infrastructure that towers over the EMA, anchored in London from its beginning, now stands on shifting soil. Among the enormous EU human health and economic implications, this paper focuses on an immediate concern: ensuring no disruption of ongoing regulatory oversight of prescription medications available to patients across Europe for treatment with EMA assurances of safety and efficacy. This paper proposes that the EU prioritize and implement regulatory reform measures to protect this particular mission and function of the EMA during the Agency’s state of post-BREXIT transition. The paper proposes that pharmacovigilance is distinguishable and should be prioritized given the ongoing reliance of health care providers and their patients on these products under the regulatory assurances of safety, efficacy, and ongoing oversight that have made them available for treatment use. The paper introduces a law and policy proposal to accomplish this goal.*

Key words: *Health Law, Comparative Health Law, European Medical Agency, Market Gatekeeper, BREXIT, Pharmacovigilance, Public Health, Biotechnology, Genomics Revolution, Centralized Procedure, EU Law, Directives, Regulation, Food and Drug Administration (FDA).*

Cuvinte cheie: *Drept Medical, Drept Medical Comparat, Agenția Europeană pentru Medicamente, BREXIT, Farmacovigilență, Sănătate Publică, Biotehnologie, Revoluția Genomică, Procedura Centralizată, Dreptul UE, Directive, Regulamente, Agenția pentru Alimente și Medicamente.*

*"Fluctuant nec mergitur"
"Tossed by the waves but never sunk"*

I. Introduction

The European Medical Agency ("EMA") is the gatekeeper to one of the biggest and most profitable biopharmaceuticals markets in the world, the European Union ("EU") biopharmaceutical market.² The United States of America, EU and Japan constitutes the world's three largest biopharmaceutical markets.³

However, the role as market gatekeeper is not just to decide if products are suitable to enter the EU markets, but also to stand over them once they are there.⁴ The dual role is to ensure the safety and efficacy for products deemed market worthy and to oversee the same thereafter through ongoing market oversight and supervision.⁵ The focus of this EMA function is patients with health care needs taking medications with assurances and the physicians caring for them. The importance of this section function has escalated in an age of genomics complexity and the market introduction of innovative new products, many for life-threatening or otherwise seriously debilitating health conditions without sufficient treatments.⁶ In addition, EMA's role is to coordinate the Member States pharmacovigilance activities and to ensure rapid recall from the market once they are presenting a negative risk-benefit balance under normal conditions of use, in accordance with EU Regulation 726/2004 of the European Parliament and of the Council, O.J. L. 136 (2004).

The human health significance of the EMA's post-authorization function is exemplified by its actions. A notable recent example is the EMA's August 2014 recommendation that the drug Vistide be removed from the market.⁷ The EMA had recommended Vistide for market use to treat cytomegalovirus ("CMV") retinitis, a viral infection of the retina (the light sensitive surface at the back of the eye), in 1997.⁸ The EMA, had recommended the marketing authorization on the European market through its centralized procedure.⁹ The Committee for Medicinal Products for Human Use ("CHMP") determined that Vistide's benefits were greater than its risks for the treatment of CMV retinitis in patients with AIDS and without kidney disease. The European Commission ("EC") followed the EMA's recommendation and granted authorization.¹⁰ However, in 2013, at which time Vistide was being distributed in all EU Member States ("MSs"), the market authorization holder notified the EMA with a voluntary product recall due to manufacturing challenges, as well as a decreasing incidence of CMV retinitis in adults with AIDS.¹¹ The EMA issued a recommendation to the EC to recall Vistide from the market, and the EC issued a decision to do the same on August 22, 2014.¹²

The EMA's November 2016 recall of allogeneic umbilical cord blood cells ex vivo for the treatment of Acute myeloid leukemia ("AML") provides another recent illustration of the Agency exercising and meeting its pharmacovigilance responsibilities.¹³ This example, a biologic (derived from living organisms) human health product, is particularly significant given it represents the forefront of biopharmaceutical research and development, the genomics revolution.¹⁴ This revolution, generally associated with the Human Genome Project, is challenging regulators with exponentially escalated scientific complexities.¹⁵

The EMA had recommended approval of allogeneic umbilical cord blood cells *ex vivo* for market use to treat Acute myeloid leukemia (“AML”), in 2011.¹⁶ Consistent with Vistide, the EMA made this recommendation through the centralized procedure. The Committee for Orphan Medicinal Products of (“COMP”) adopted a positive opinion on 9 February 2011, pursuant to which it recommended orphan designation for Allogeneic umbilical cord blood cells.¹⁷ AML, is a cancer of the white blood cells (cells that fight against infections), is a life-threatening disease.¹⁸ These abnormal immature cells take the place of the normal white blood cells, and thereby reduce the patient’s ability to fight infections.¹⁹ The EC implemented EMA’s recommendation and granted authorization to the market holder.²⁰ However, it did not last long enough because the EMA had to recall it in November 2016 on request of the market holder and without providing further public information.²¹

This paper will focus more on the centralized procedure, given the fact that all the major recalls that can affect the market’s framework are captioned by this procedure.²² Even though the gross majority of the medicines authorized in the EU do not fall within the scope of the centralized procedure but are authorized by national competent authorities (“NCA”) in the MSs.²³

The pharmacovigilance responsibility is an ominous task for the EMA given the fact that the Agency is a blanket over Europe, somewhat analogous to the role of the FDA in the U.S. market.²⁴ Many people waiting for reviews and approvals for potential new treatments for seriously life-debilitation and even life-jeopardizing health conditions would argue that review and approval timeliness is as important for them. This author agrees with the affirmation.²⁵ However, there is reliance on drugs once approved for the market.²⁶

Sometimes, medical products more mainstream though for less dire conditions, such as Vioxx²⁷ (for example to treat arthritis pain with ibuprofen),²⁸ are unquestionably more crushing on a public health level.²⁹ Vioxx had existing treatment substitutes that after the United States put it on the market, and were found as effective in the vast majority of patient cases.³⁰ Incidentally, Vioxx was not picked up in Europe.³¹ Therefore, the EMA needed to simply release a press statement following its worldwide withdrawal.³² In contrast, the FDA undertook a major market recall six years after it issued its approval³³-- after thousands of patients paid ten times more for Vioxx than ibuprofen and suffered the side effects of stroke and heart attacks.³⁴

This paper addresses the role of the EMA in supervising and standing guard over the medical products that it approves for the European market—a function known as pharmacovigilance.³⁵ Part I of this paper will profile the EMA’s origins and operations with a focus on the agency’s responsibilities as market gatekeeper post authorization. Specifically, Part I will define the EMA’s pharmacovigilance responsibilities and experience meeting them.

Part II will profile the BREXIT decision and its impact on the EMA, both actual and potential, with a focus on the EMA’s pharmacovigilance responsibilities and their human health significance. The message emphasized in Part II is that the BREXIT decision threatens the pharmacovigilance function of the EMA, which poses an immediate threat to the human health of patients and providers relying on EMA approved prescription drugs and the associated immediate human health implications.

Part III will propose law and policy reforms to secure this EMA function and related human health during the EMA’s BREXIT transition.

II. BACKGROUND: THE EMA'S GENESIS AND PHARMACOVIGILANCE

The EMA was set up to harmonize the work of existing national medicine regulatory bodies and is the EU's body responsible for coordinating the existing scientific resources put at its disposal by MSs for the evaluation, supervision and pharmacovigilance of medicinal products.³⁶

From its genesis in 1995, the EMA has developed into a complex and unique regulatory system for the medical products and medical devices on the EU market, alongside the EC and the MSs Authorities, creating different paths for entering the market and many innovative possibilities to oversee the products they authorize.³⁷ As Professor Malinowski said in its preface of the *Biotechnology Handbook*, "this dynamic environment is a Herculean undertaking."³⁸ The staggering infusion of technology on a sea of constant change demands the need of constant change and adaptation to the new technology and the fact the EMA did not hesitate so far to learn from its mistakes and tried each time to improve them.³⁹

The following discussion first profiles the EMA—its origins, legal foundations, and crystallization of its authority and responsibilities under the law to ensure pharmacovigilance⁴⁰. Subsection B provides a brief assessment of the EMA's success in meeting this responsibility leading up to BREXIT.

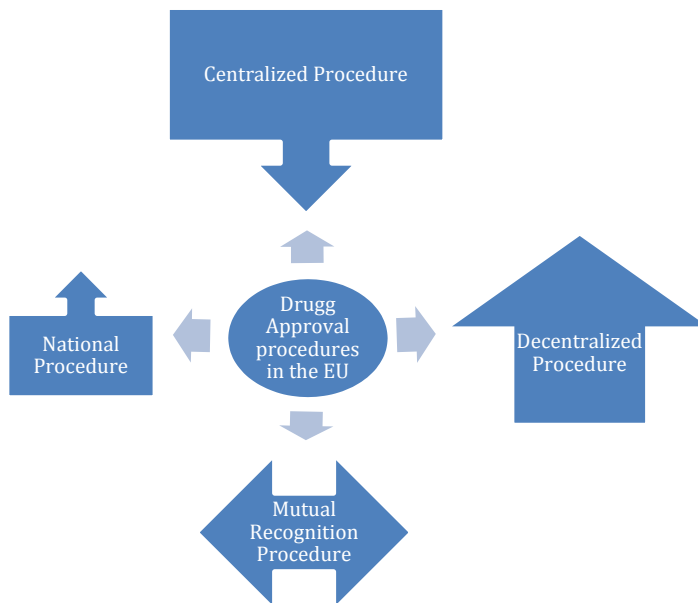
A. The EMA's Law Origins and Fundamentals

The EMA's market authorization and supervision authorities were established when the EMA itself was put in place in 1st of January 1995, as Article 66 says, of the Council Regulation⁴¹ (EEC) No. 2309/93, of 22 July 1993, O.J. (L214), amended and replaced by the Regulation (EC) No. 726/2004.⁴² Its primary task, as described by the original Regulation (No. 2309/93) is to "provide scientific advice of the highest possible quality to the Community institutions and the MSs for the exercise of the powers conferred upon them by Community legislation in the field of medicinal products in relation to the authorization and supervision of medicinal products." This scope is reiterated in the Article 1 of the newly amended Regulation (No. 726/2004),⁴³ but in a more specific manor. The new regulation states that, "the purpose of this Regulation is to lay down Community procedures for the authorization, supervision and pharmacovigilance of medicinal products". In administrative law terms, the EMA is a decentralized agency, which means that the EU as a legal entity delegated its authority powers to the EMA to regulate and supervise the market, making the EMA the gatekeeper for the designated human health products.⁴⁴

US's counterpart to the EMA, the FDA, is responsible for the regulation of a cumbersome portfolio of human health products.⁴⁵ The scope of the FDA's regulatory authority is very broad.⁴⁶ As the EMA, the FDA is also responsible for protecting the public health by assuring the safety, effectiveness, quality, and security of human and veterinary drugs, vaccines and other biological products, and medical devices.⁴⁷ Most important for

the purposes of this paper, the FDA like the EMA is responsible for ongoing oversight—pharmacovigilance.⁴⁸ In addition, besides the general responsibility of evaluation, supervision and pharmacovigilance of medicinal products.⁴⁹ The Regulation unfolds many other particular tasks into the Agency’s jurisdiction,⁵⁰ one of which enables the Agency to create a complexed and effective regulatory system for medicines. The EMA’s regulatory system is based on a network of around fifty regulatory authorities from the thirty-one EEA countries (twenty-eight EU MSs plus Iceland, Liechtenstein and Norway), the EC and the EMA. This network is what makes the EU regulatory system unique.⁵¹

In order to achieve legislative harmonization and coordination of nationals for biotechnology and other high-tech products, this network (of national experts) worked together and created the European authorization system, through the EMA, by implementing defined avenues for such an authorization to take place. The main ones are the centralized,⁵² decentralized⁵³ and mutual-recognition⁵⁴ procedures.⁵⁵ In addition, on the EU market most of the medical products authorized by the Agency are *via* the centralized procedure.⁵⁶



(Fig. 1)

Once the scientific assessment is granted to the market holder by the EMA, the EC role comes into play, by formalizing the EMA’s decision with an authorization.⁵⁷ Alternatively, the EC may refuse, change or suspend market authorizations in response to the EMA’s initiative.⁵⁸ All of this based on Article 6 paragraph four, Article 9 paragraph three, Article 10 and Article 81 of the No. 726/2004 Regulation.

After all the process of granting a market authorization to a medical product or medical device, from limited market access for clinical research to full market access.⁵⁹ The EMA plays a key role in the safety monitoring of medicines in the EU - known as pharmacovigilance.⁶⁰ The Agency's main role in this area is to support the coordination of the European pharmacovigilance system and to provide advice on the safe and effective use of medicines.⁶¹

The pharmacovigilance legislation has been subject to turmoil over the past decades. "In the early 2000 in response to a crushing adverse drug reactions ("ADRs") that caused around 197,000 deaths per year in the EU."⁶² Prompted the EU Institutions, EU Parliament and Council of Ministers, to take adopt a new Regulation (EU) No. 1235/2010⁶³ and a new Directive 2010/84/EU⁶⁴ in 2010. However, even after the new wave of fresh legislation the arising problems on the EU market could not be stopped, especially in France,⁶⁵ where the Benfluorex⁶⁶ drug kept the first pages of the newspapers for a long time following its recall from the market by the EMA in 2010.⁶⁷ Thus, in 2012 the pharmacovigilance legislation was further more amended with the Regulation (EU) No 1027/2012 and the Directive 2012/26/EU aiming to further strengthen the protection of patient health by allowing prompt notification and assessment of safety issues.⁶⁸

B. The EMA's Pharmacovigilance Assessments

Under EU law, pharmacovigilance activities constitutes the protection and promotion of public health through prevent of harm caused by medicines as well as to enable the safe and effective use of medicines.⁶⁹ Furthermore, based on Article 24 of the Regulation (EC) No. 726/2004 "the Agency shall in collaboration with the MSs and the EC, set up and maintain a database and data processing network (Eudravigilance database)⁷⁰ to collate pharmacovigilance information regarding medicinal products authorized in the Union and to allow competent authorities to access that information simultaneously and to share it."

The EMA mandates the Pharmacovigilance Risk Assessment Committee ("PRAC") to accomplish this mission.⁷¹ PRAC covers all aspects of the risk management, including the detection, assessment, minimization and communication relating to the risk of adverse reactions, having due regard to the therapeutic effect of the medicinal product for human use, the design and evaluation of post-authorization safety studies and pharmacovigilance audit.⁷² Furthermore, the EMA implemented the Good Pharmacovigilance Practices ("GVP"), which are a set of measures set up to facilitate the performance of pharmacovigilance in the EU, based on Article 108a of Directive 2001/83/EC.⁷³ The GVP covers both the centralized and decentralized authorization procedures.⁷⁴

Reliable pharmacovigilance demands that both PRAC and GVP cover and challenge to meet them, has been and will continue to be exacerbated by the infusion of increasing complexity due to uptake of the genomics revolution in drug research and development.⁷⁵

There is no doubt that the genomic era medical products tend to be much more potent, with a much higher level of metabolic impact, in other words, the sophistication and complexity of this generation of drugs necessitate heightened scrutiny by their very

nature⁷⁶ and even the oversight has to be distinct from the less comprehensive (pharmaceutical) medical product.⁷⁷ Genomics has just heightened the pharmacovigilance challenge with the thrust of the genomics revolution only intensifying in drug development. Furthermore, both the U.S. and EU now that they have recognized new classes of biopharmaceuticals,⁷⁸ biosimilars⁷⁹ and interchangeables,⁸⁰ which makes the mission yet more difficult.⁸¹ Cousins to generic drugs, they were introduced to accelerate access and bring down costs; these too are much more complicated to regulate, due to their complexity, in the market than their traditional medical counterparts.⁸²

As a pharmacovigilance assessment example, there were 201 generic medical products (not biosimilar) authorized by the EMA from which only twenty-five were withdrawn from the market between 2009 and 2016.⁸³ Whereas the biosimilar medical products list is reduced, EMA authorized only twenty-five from which only two were withdrawn, like Valtropin and Biogastim whereas Filgastim Hexal was withdrawn in 2008 and authorized again in 2009.⁸⁴ So we can see a cautious and exertions endeavor from the Agency's part when it comes to a generation of medical products that are the technology crest on the RX (Prescription drugs) pipeline.⁸⁵

Furthermore, since 2014, companies have been required to report the cessation of marketing of a medicine in any MSs for reasons affecting patient safety so that the authorities can ensure that the same action is taken across all MSs. In addition, the EMA is responsible for the coordination of these actions across the EU. In 2015, the EMA received 160 notifications of withdrawn products, compared to 132 in 2014.⁸⁶ Furthermore, manufacturers are required to inform authorities of quality defects in batches of a manufactured product, which can lead to a recall of batches from the market, or prevention of their release by the manufacturer.⁸⁷ The number of quality defects fluctuated since 2011, with a top of 178 quality defects in 2013 and 164 in 2015.⁸⁸

C. The Legal Consequences of the BREXIT Decision – Short Overview of Article 50 of TEU

The summer of 2016, might be deemed the *bête noire* of the European Union.⁸⁹ The unprecedented⁹⁰ happened and by a general suffrage, a majority of the U.K. population voted against continuing the membership to the EU⁹¹ and since its formation,⁹² the EU, UK⁹³ can be the first country that chooses to leave by using its right to withdrawn from the Union profiled in Article 50 Treaty on EU ("TEU"), also known as the Lisbon Treaty.⁹⁴

The right to withdraw is embedded in Article 50 TEU based on international customary law.⁹⁵ Also, "prior to the Lisbon Treaty t was no provision in the Treaties addressing secession of a member state. The Community and Union Treaties did not; rather, they were concluded for an unlimited period and silent on the matter of withdrawal of a MSs."⁹⁶ Nevertheless, EU MSs founders chose to retain the possibility of withdrawal without recourse under international law since EU choose to govern its own procedure and consequences of withdrawal no recourse to the international law is possible.⁹⁷ The article is criticized because it does not

stipulate any formal reason requiring the Member State to provide when chooses to use its right of withdrawal⁹⁸ and the rescission procedure unlike the accession of a Member State is furthermore complicated.⁹⁹

UK's exodus atop a progressive movement that is shaking both US and EU governments is ominous in that it is challenging the seams of unity that have held the EU market together for decades, and which the governments and citizens of the EU have come to rely on.

III. THE BREXIT EXODUS: A THREAT TO PHARMACOVIGILANCE RELIABILITY

The BREXIT decision has posed an immediate threat to EU's pharmacovigilance function.¹⁰⁰ The EMA's dependence on that function is umbilical tied with its very core and the necessity of no disruption, especially in an age of infusion of technology and complexity can pose a crucial threat for the EU public health.¹⁰¹ The decision has cracked the foundation of the long-established London location and made a shift in location almost a certainty. Also caused disarray to the very operations of the EMA. The reliability of ongoing pharmacovigilance for the patients taking and physicians administering biopharmaceuticals already is becoming as uncertain as the EMA's future location, is not known for now. Although the implications of the BREXIT decision on the EMA and the future of human health throughout Europe are immense,¹⁰² the impact on the reliability of ongoing pharmacovigilance, patients taking medications and physicians prescribing them, innately demands immediate attention.

There is much to learn from the EMA's homologous across the Atlantic, the U.S. FDA, and the need for Europe to have a mechanism for immediate and automatic uptake such as the FDA does,¹⁰³ especially in biologics through its Center for Biologics Evaluation and Research ("CBER").¹⁰⁴ Although there is established ongoing reliance also that, the EMA is a decentralized government entity,¹⁰⁵ especially when compared with the U.S.'s FDA market gatekeeper (in its function and the fact that each health system makes independent decisions about uptake of the EMA-approved medications).¹⁰⁶

The EMA has established itself as the orchestrating, overseeing government entity regarding what biopharmaceuticals are safe and efficacious.¹⁰⁷ The concentration of pharmacovigilance, decision-making, and the professional and scientific expertise to make those decisions, in London has been put in jeopardy.¹⁰⁸ This is evident by the already documented exodus of needed staff and scientific expertise from London, diffusion of that in other EU locations, and the shattering of focus.¹⁰⁹ The pharmacovigilance function is crucial for the EU market because the impact - and potential further impact - is on products, the patients are taking and providers are prescribing. Which can cause a major public health care problem.¹¹⁰

A. EMA's Infrastructure and Its Potential Disruption

"Located in London's Canary Wharf, with around 900 highly skilled staff, the EMA serves a market of over 500 million people across the EU, accounting for twenty-five per cent of all global pharmaceutical sales. On its own, the UK accounts for just three per cent."¹¹¹

The EMA has succeeded from its base in London in pursuing its tasks and responsibilities. “[The Agency] relied heavily on the collaboration with its partners in the EU regulatory network and its scientific resources”¹¹² in order to consolidate and coordinate such a complex and fragile infrastructure over the past twenty years.¹¹³

“The Agency's remit has expanded over time, in line with new EU legislation.”¹¹⁴ Moreover, with the creation of the PRAC in 2012,¹¹⁵ EMA started to play an even more important role in monitoring the safety of medicines across Europe.¹¹⁶ “The synergistic efforts of the network of national regulatory agencies of the EU, with the key role of the European Risk Management Strategy group, and under the coordination of the EMA, have been crystallized in a unique system of trust and collaboration aimed at protecting public health.”¹¹⁷

With a total revenue in 2015 of €304.119 million, representing a twelve per cent increase compared to 2014 (€271.786 million).¹¹⁸ This increase is mainly due to the implementation of the pharmacovigilance fee regulation in August 2014.¹¹⁹ In addition, the total number of Agency staff as of December 2015 was 890 (623 women, 267 men).¹²⁰ The EMA regulatory network, gives the Agency access to a pool of over 4,500 experts, allowing it to source the best available scientific expertise for the regulation of medicines in the EU.¹²¹ Which provides a great income and job opportunities for the country that hosts the Agency.

A big and arising issue for the EMA after the BREXIT vote is the fear of staff exodus.¹²² The head of the EU's London-based drugs regulator, Guido Raisi, said “the agency had lost an unprecedented number of senior staff since the BREXIT vote and warned that as many as half could walk out unless its future is handled properly.”¹²³ He furthermore specified, “Seven senior executives had quit the agency since the referendum, more than in the past decade put together”.¹²⁴ Also, “[a] staff survey presented to the agency's governing board last week showed that about 50 per cent would leave in the event of relocation to an undesirable city.”¹²⁵

In addition, the big pharmaceutical companies following the BREXIT vote announce big disruptions. U.K. Big Pharma CEO, Sir Andrew Witty warned of “tremendous disruption” if the EMA would move from its base in London.¹²⁶ Sir Andrew's concern is “that moving the EMA and its 900 staff members from London to another European city post-Brexit will cause upheaval that affects the smooth running of the regulatory machinery.”¹²⁷ Martin Munte, president of the Austrian Pharmaceutical Industry Association in Vienna, said that moving the Agency is a “Herculean task” and an early decision could help to keep disruptions to a minimum.¹²⁸ In addition, “Japanese officials told their U.K. counterparts that if the EMA leaves London, the R&D budgets of biopharma companies might follow the regulator.”¹²⁹ Also, “[w]hen the U.K. government tallied up the country's biggest investors in biopharma R&D in 2010, Eisai was the only Japanese drug maker near the top of the pile.”¹³⁰ This warning profiled could be a good indication that U.K.'s risks losing what is left of its non-native biopharma R&D sector are rising.¹³¹

Even though the EMA was successful in coordinating and culminating the needed scientific expertise and it actually released an official statement saying, “its procedures and work streams are not affected by the outcome of the referendum”.¹³² With the RX

(prescription drugs) research and development trend is to be much heightened and rising in scientific expertise and complexity.¹³³ EMA's CEO fears that "[w]ithout a proper amount of time — a minimum of two years — the approval of drugs in the EU could suffer and recent improvements in approval times¹³⁴ could stall or even go into reverse, leaving Europe's burgeoning biotech sector to seek approval in the US or Japan or in future in Korea or Singapore."¹³⁵

The practical impact of the BREXIT decision can be a disruption both in approvals¹³⁶ and disruption in public health readiness—e.g., effectiveness in monitoring the human health products. Also can be a potential threat to the EMA pharmacovigilance function with all the increasing number of withdrawal and recalls in the recent years and with the infusion of technology, which need heightened scrutiny. All this concerned is shared by the head of the EMA Mr. Raisi which says "Imagine if we are late in reaction for some crisis, something going wrong, something unexpected, some quality issue," he added. "If we are not in a position to intervene fast and efficiently," he added, "that is a serious threat to public health."¹³⁷ Also, Mr. Zeichner, whose Cambridge constituency has a large life sciences sector, "fears that Brexit could increase the cost of drug authorizations and slow access to new medicines for Britons."¹³⁸

B. The Overall Impeding Effect of BREXIT on the EMA as a Regulatory Body and its Potential New Home

The diffusion of the concentration of scientific expertise within the EMA, at the London base, complemented by the professional services and industry infrastructure established with that location focus has been built up over the past twenty years and made the complex regulatory network it is today. Therefore, "a new site should [not] be amenable to relocation of 890 highly skilled staff members and their families to maximize retention of the existing workforce."¹³⁹

"While the European macroeconomic outlook is quite gloomy, the pharmaceutical industry is set to grow at a sustained rate through 2022, exhibiting 3.2% growth during the 2015-2022 timeframe.", this is an Evaluation conducted by the European Drug Forecasts, June 2016.¹⁴⁰ Evaluation that makes the pharmaceutical sector, a big contributor to the EU's trading and commercial power.¹⁴¹ Furthermore, the EMA seems to be appealing enough for other EU countries to make lobby in order to get the Agency post-BREXIT.

There are already EU countries vying to be the future host of the EMA. The UK vied for the EMA in negotiations that made UK a MS to the EU, thus it is no surprise that several MSs are vying just as hard, if not harder now to become the EMA's new home. One of the benefits is to establish a biopharmaceutical epicenter in their borders and to reap all the infrastructure benefits that the UK has enjoyed, with the potential of scientific and professional expertise to boost their own biopharmaceutical sectors and advance their own scientific technology. Without any doubt, acquiring the EMA headquarters will be a political and regulatory coup for whichever country succeeds. "The successful candidacy is

likely to significantly raise the investment profile of the host country in the pharmaceutical and life science sectors.¹⁴² Making the host country the epicenter of the EU's pharmaceutical market process.

More than a dozen countries had expressed an interest in hosting the EMA after it leaves the UK, cities like Milan, Brussels, Copenhagen, Dublin, Lille, Stockholm and Warsaw are in the race.¹⁴³ "There is also hope, however distant, to keep the agency in the U.K., too: No law explicitly states the agency cannot sit outside the union and London has a solid case."¹⁴⁴ This fray for becoming the EMA's new home is complemented by movements to both maintain the London presence and another to move the EMA to one of the EMA's newer members Croatia or even Bulgaria. The latter is supported by the same considerations that are fueling competition to claim the EMA—to fuel scientific capabilities and their biopharmaceutical capabilities, both in the science and in complementary professional services. However, "experience shows that agencies located in very remote places face severe difficulties to attract and retain staff from the rest of Europe."¹⁴⁵ In addition, "[t]o be in contention, countries will need to generate political support at an EU level, and this process will tend to favor the larger EU countries over smaller members."¹⁴⁶

However, the decision about who is going to be the hosting country will not be taken by the EMA, thus it will be decided by a "common agreement" between the representatives of the MSs.¹⁴⁷ Therefore, since the moment UK will trigger the Article 50 of the Lisbon Treaty, a fierce two-year battle among the European capitals will be generated for the privilege in hosting the EMA institution.¹⁴⁸

C. Top Contenders for the EMA - A Battle of Looms¹⁴⁹

The Nordic countries, Sweden and Denmark, began preparing for the likelihood of BREXIT to happen in the early days of February 2016.¹⁵⁰ "Sweden's claims to eminence in the pharmaceutical and healthcare arena include the fact that it is home to the Karolinska Institute, which awards the Nobel Prize in medicine."¹⁵¹ Furthermore, Sweden is already the home of the European Centre for Disease Prevention and Control ("ECDC"), which could make it a logical choice for the new site of the EMA.¹⁵² "Despite its small size, Sweden is particularly well placed to become the next base for the EMA. On a political level, the country has relatively strong pro-EU credentials, and is regarded as politically and economically stable, and therefore a potential safe harbor for the medicines regulator."¹⁵³

Alternatively, Denmark announced its candidacy for the EMA with strong and insightful slogan: "The strong Danish tradition for safeguarding patient safety, an important research environment and a thriving and innovative pharmaceutical industry, Denmark has excellent preconditions for hosting the EMA".¹⁵⁴ "Denmark has one of the world's leading pharmaceutical industries, [because they already hosted] the WHO's Regional Office for Europe, [also] Copenhagen is a centrally located and [has a] dynamic bridge [in comparison] with to the rest of Europe."¹⁵⁵ In addition, "Denmark has a high-profile

supporter in its bid to become the new home of the EMA – the diabetes giant Novo Nordisk.¹⁵⁶ Furthermore, the Danish government delegated Lars Rebién Sørensen, former CEO of Novo Nordisk, as special envoy of the government.¹⁵⁷

Another top contender could be The Netherlands, which made their official bid by offering the EMA and its staff a new and impressive location.¹⁵⁸ The Government strongly points out that “the Dutch Medicines Evaluation Board (CBG) is a major contributor of expertise to the European network of pharmaceutical authorities coordinated by [the] EMA”.¹⁵⁹ Furthermore, Bert Koenders, Dutch foreign minister, said: “We are conveniently situated, with excellent transport links and we also have expertise in hosting international organizations.”¹⁶⁰

“Ireland emerges as a strong outside contender.”¹⁶¹ The Irish government, supported by the pharmaceutical division of its influential lobby, the Irish Business and Employers Confederation (“IBEC”), has joined the cluster of countries that expressed a strong interest in hosting the EMA.¹⁶² When manufacturing presence is taken into account, “the country is currently home to over seventy-five pharmaceutical companies, including nine of the top ten-pharma companies globally, and forty FDA-approved pharma and biopharma plants.”¹⁶³ Also as of 2014, “Ireland was the seventh largest exporter of medicines and pharma products in the world.”¹⁶⁴ According to Tommy Fanning, head of biopharmaceuticals for IDA Ireland “[I]n the last 10 years, there have been over \$10 billion in biologics manufacturing investments in Ireland highlighting Shire’s \$400 million investment in a 400-person biologics facility announced earlier this year.”¹⁶⁵ Moreover, Bristol-Myers Squibb, a global pharmaceutical company, has announced its plans to build a \$900 million facility in Ireland and to hire 500 people.¹⁶⁶ Definitely, the transition from London to Dublin would be much easier and without causing major disruption in its process given the background and connections the two capitals already share, and the fact that Dublin can be viewed as an “epitome of multilingual cultures.”¹⁶⁷

Italy also is vying to become the EMA’s new home and had emerged as a strong challenger because Italians constitute a high proportion of the agency’s permanent workforce, (12.36%),¹⁶⁸ and the EMA’s present CEO is Italian, Mr. Guido Raisi.¹⁶⁹ Italy ranks second after France (12.77%) and ahead of Spain (10.51%) with the highest proportion of full-time EMA staff.¹⁷⁰ Government officials in Milan are believed to have identified a site near the Human Technopole EXPO research and exhibition Centre on health and ageing as a possible future location for the EMA. The EUR 1.5 billion (USD 1.6 billion) multi-phase project is scheduled for completion by 2040.¹⁷¹

However, the strength of Italy’s effort is weakened “by the rise of populist political parties led by the Five Star Movement (Movimento 5 Stelle: M5S) and a significant weakening of the main centrist parties on both the center-right and center-left of Italian politics”¹⁷². Which can build an unstable climate for the Agency given the fact that “M5S are building for an in-out referendum on Italy’s membership of the EU.”¹⁷³

IV. A LAW-POLICY PROPOSAL FOR THE EU TO WIELD DAMOCLES' SWORD TO ENSURE PHARMACOVIGILANCE POST-BREXIT

The patients in the EU and their providers deserve nothing less than reliable pharmacovigilance over the medications the EMA has deemed safe and efficacious—medications they are taking in their daily lives.

While immediate and direct intervention regarding EMA's status is required and needed, as soon as possible, in order to ensure no disruption of ongoing regulatory oversight of prescription medications available to patients across Europe. Also, to give assurances of safety and efficacy for its particular pharmacovigilance function.¹⁷⁴ It is impracticable at this time while the UK's Government just exercised its right profiled in Article 50 of TEU and notified the office of European Council President, Donald Tusk about their withdrawal intentions, and the process can take up to two years.¹⁷⁵

Correspondingly, with Article 50, second paragraph, after the notification, the EU will negotiate an agreement with the withdrawing State in accordance with Article 218(3) of the Treaty on the Functioning of the EU ("TFEU").¹⁷⁶ These arrangements should also cover the departing MSs future relationship with the Union.¹⁷⁷ In addition, the Union and the MS wishing to withdraw have a time frame of two years to agree on these arrangements.¹⁷⁸ After that, membership ends automatically, unless the European Council and the MS concerned jointly decide to extend this period (Article 50(3) TEU).¹⁷⁹

Furthermore, before concluding the arrangements the consent of the European Parliament is required, states the second paragraph of Article 50 TEU.¹⁸⁰ In the end the final agreement will be taken by the European Council with a qualified majority in accordance with Article 238(3)(b) of the TFUE.¹⁸¹

The immediate effect of this agreement will be the suspension of all EU [laws] that have direct effect.¹⁸² Ergo, the Regulation (EC) No. 726/2004¹⁸³ that contains all the provisions regarding the legal foundations of the EMA, hence, all the legal basis of the EMA will cease to apply in the UK. However, their emergence and magnitude will very much depend on the withdrawal negotiations and the post-exit relationship between the withdrawing MS and the EU.¹⁸⁴ Therefore, unless the UK Parliament adopts a substantial law that can replace the current EU Regulation regarding the EMA, after the two-year agreement negotiation passes, there will be no legal foundation to keep the Agency in London given the fact that the withdrawing agreement will suspend all EU Regulations in the withdrawing State. In addition, if the Regulation (EC) No. 726/2004 will be suspended there will be no legal basis for the EMA to function in the UK. However, the secondary sources, such as the Directive 2012/26/EU, regarding the pharmacovigilance function,¹⁸⁵ will not be affected given the fact it did not have direct effect in the first place and the MSs had to regulate it through national laws which will still be applicable regardless of the agreement negotiated based on Article 50 of TEU.¹⁸⁶ Until the national authorities decide to amend or repeal them.¹⁸⁷

Having all that in mind the EMA board already approved a slightly increased budget for 2017 in order to prepare for the UK's departure from the EU.¹⁸⁸ As part of its

preparedness, “the Agency will continue carrying out impact assessments to identify the main risks and propose possible mitigating measures to maintain the Agency’s ability to protect public health.”¹⁸⁹

Therefore, as a first proposal, this paper recommends that the EU prioritize and implement a transitional regulatory reform on the acquired rights of the EMA.¹⁹⁰ To protect the pharmacovigilance mission and function of the EMA during the Agency’s state of post-BREXIT transition. “The arrangements for the withdrawal could aim at attenuating its consequences over the Agency, including transitional application of some EU legislation in the withdrawing state,”¹⁹¹ to protect its very mission, ongoing oversight of the EU market during the transition. Also, immediately there should be a EU agreement reached to keep this function of the EMA intact and centralized in London for a period of time, as a temporary measure, so that would give the Agency time to shift all the operations to the new host country.

A second visualize scenario could be the so-called “Norway model (sometimes called associate membership): the UK would remain inside the EU but with a more separate status than now, rather than trying to re-connect with the EU after leaving it.”¹⁹² Moreover, in this way the UK Government could lobby during the negotiations to keep the EMA in London as a permanent measure.¹⁹³

The *Blitzkrieg* Proposal – A New Host Country

A third proposal, implicates moving the EMA from London to a new host country, this paper suggests that the EU institutions should prioritize and act in a *blitzkrieg* manor and shift the operations of the EMA, even from the beginning of withdrawal negotiations, to the new host country, rather than wait for the whole two years’ timeframe of the negotiations to reach an agreement. The two-year period could have a highly negative impact on its pharmacovigilance function that can cause major disruption and can pose an enormous public health threat on both the health care providers and their patients in the European market.¹⁹⁴

Even though there are other countries that have a solid background in their health care system, countries like Germany, Sweden, The Netherlands, even France or Italy, this paper proposes the new host country to be Denmark for the following reasons.

The Danish health care system offers, by far, the strongest and the most persuasive argument to foster the EMA post BREXIT. Copenhagen offers an excellent research environment, “where expertise and easy access to both researchers and professional research collaboration will be an excellent setting for the activities of the EMA.”¹⁹⁵ In addition, “[i]n terms of investment in R&D, Denmark is the only country among the EU members that invest the most public funds in R&D per capita.”¹⁹⁶ “Medical and health sciences are by far the most prioritized research area in Denmark, with more than thirty-three per cent of all public investments going into this scientific field.”¹⁹⁷ Furthermore, “[t]here is also a long-standing tradition and solid foundation for pharmaceutical research in Denmark, moreover, they already facilitated the establishment of a cluster of biotech companies in Medicon Valley.”¹⁹⁸

Second argument could be made by its “innovative and vibrant life science cluster albeit the not only the R&D but also the manufacturing of pharmaceutical products represent Denmark’s commercial strength.”¹⁹⁹ Among the EU MSs, “Denmark ranks sixth with regard to foreign investments per capita in pharmaceuticals and biotechnology.”²⁰⁰ Furthermore, “Denmark ranks number one among the EU MSs in terms of private investments in pharmaceutical research per capita.”²⁰¹ As the EMA does, Denmark also adopted a strong standard to protect public health and to prioritize patient safety, “[by introducing] a compulsory system for reporting adverse events in healthcare in order to improve patient safety through the monitoring, analysis and knowledge sharing of adverse events.”²⁰²

Aside from its highly known infrastructure, Denmark provides a multicultural environment where the workforce is “skilled and efficient and it can thus constitute a qualified, local supplement to the EMA’s international staff when required.”²⁰³ In addition, “health science is the field with the highest number of PhDs awarded in Denmark, which underlines Denmark’s specialization in this area.”²⁰⁴ All these qualities will be of great importance in order to secure a successful and smooth relocation of the EMA.²⁰⁵

V. Conclusion

The EU, its patients, providers, and health care systems, depend on consistent, ongoing EMA pharmacovigilance function.²⁰⁶ Now more than ever, in an age of infusion of technology and complexity any shattering of focus in its operations and fundamental functions can pose a major disruption to its very core and can cause an enormous threat on the EU public health.²⁰⁷ It is needless to say that the biopharmaceutical sectors and enormous related professional infrastructure that towers over the EMA, anchored in London from its beginning, now stands on shifting soil. Fifteen per cent of all applications via the centralised procedure are currently handled by the UK Medicines and Healthcare Product Regulatory Agency (“MHRA”), the UK notified body.²⁰⁸ These would have to be redistributed amongst the remaining notified bodies.²⁰⁹

Furthermore, half of the EMA’s staff left the Agency since the BREXIT decision the so-called “brain drain”. Alongside the economic and social implications, the disruption over the pharmacovigilance reliability, decision-making, the professional and scientific expertise to make those decisions, are the most critical ones.²¹⁰ If Brexit results in less co-operation and sharing of expertise and information, the resulting pharmacovigilance would be less efficient and more costly.²¹¹

This paper proposes that the EU prioritize and implement regulatory reform measures to protect this particular mission and function of the EMA during the Agency’s state of post-BREXIT transition. The paper proposes that pharmacovigilance is distinguishable and should be prioritized given the ongoing reliance of health care providers and their patients on these products under the regulatory assurances of safety, efficacy, and ongoing oversight that have made them available for treatment us.

BIBLIOGRAPHY

A. Books

- DAVID EDWARD & ROBERT LANE, EDWARD AND LANE ON EUROPEAN UNION LAW, EDWARD ELGAR PUBLISHING LIMITED, (2013).
JOHN FAIRHURST, LAW OF THE EUROPEAN UNION, 8TH EDITION, PEARSON EDUCATION LIMITED, (2010).
MICHAEL J. MALINOWSKI, HANDBOOK ON BIOTECHNOLOGY LAW, BUSINESS AND POLICY, WEST ACADEMIC PUBLISHING, (2016).

B. Articles

- Aurelie Mahalatchimy, Emmanuelle Rial-Sebbag, Nathalie De Grove-Valdeyron. Virginie Tournay, Anne Cambon-Thomsen; Anne-Marie Duguet, Florence Taboulet, *The European Medicines Agency: A Public Health European Agency*, 31 Med. & L. 25, 42 (2012).
Michael J. Malinowski & Grant G. Gautreaux, *All That Is Gold Does Not Glitter In Human Clinical Research: A Law– Policy Proposal To Brighten The Global “Gold Standard” For Drug Research And Development*, 45 Cornell Int’l L.J. 185 (2012).
Michael J. Malinowski & Grant G. Gautreaux, *“Drug Development--Stuck In A State Of Puberty? Regulatory Reform Of Human Clinical Research To Raise Responsiveness To The Reality Of Human Variability”*, 56 St. Louis U. L. J. 363 (2012)
Herwig C. H. Hofmann, *Agency Design In The European Union*, 28 Windsor Y.B. Access Just. 309, 324 (2010).
Lacie Glover, *Why Are Biologic Drugs So Costly? A Look At How Biologics Are Made, How Much They Cost And Why*, U.S. News (2015).
Phedon Nicolaides, *Withdrawal From The European Union: A Typology Of Effects*, 20 Maastricht Journal Of European And Comparative Law, (2013).
Symposium, *Proceedings Of “The Genomics Revolution? Science, Law, And Policy*, 66 La. L. Rev. 1, 2 (2005).

C. Treaties and European Legislation

- Treaty of Lisbon.
Treaty of Paris.
Treaty on European Union - Maastricht Treaty.
Treaty on the Functioning of the European Union.
Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC).
Treaties of Rome: EEC and EURATOM treaties.
Regulation (EU) 726/2004.
EEC Regulation No. 2309/93.
Regulation (EU) No. 658/2014.
Regulation (EU) No. 1235/2010.
Regulation (EU) No. 1027/2012.
Directive 2010/84/EU.
Directive 2012/26/EU.
Directive 2001/83/EC.

D. Other Sources

http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/1999/21042lbl.pdf
<https://www.grantthornton.com/~media/content-page-files/advisory/pdfs/2016/brexit/Brexit-industry-update-HCLS-160711.ashx>
<https://www.drugs.com/vioxx.html>
<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/136982/impact-of-brexit-on-life-sciences-and-healthcare>
<http://www.fticonsulting.com/~media/Files/emea--files/insights/articles/brexit-impact-healthcare.pdf>
<http://emacph.eu/EMAtoCPH.pdf>
<http://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/o1546.htm>
<https://www.cancer.gov/types/leukemia/patient/adult-aml-treatment-pdq>
<http://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/h037.htm>
<https://www.cancer.org/cancer/acute-myeloid-leukemia/about/what-is-aml.html>
<http://raps.org/Regulatory-Focus/News/2016/12/19/26416/EMA-Board-Signs-Off-on-2017-Budget-as-Brexit-Questions-Linger/#sthash.cGkGdkqu.dpuf>
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU\(2015\)536489_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU(2015)536489_EN.pdf)
https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2013_RP07_olv.pdf
http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-648_en.htm
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=en>
http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-793_en.htm
<https://www.gov.uk/government/news/article-50-to-be-triggered-on-march-29>
http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/54
<https://www.biosimilardevelopment.com/doc/the-case-for-moving-the-ema-to-ireland-0001>
<http://www.raps.org/Regulatory-Focus/News/2017/01/20/26650/European-Regulatory-Roundup-The-Netherlands-Bids-to-Host-EMA-20-January-2017/>
<https://www.government.nl/latest/news/2017/01/16/government-wants-european-medicines-agency-to-relocate-to-the-netherlands>
http://medwatch.dk/Top_picks_in_english/article9351299.ece
<https://www.thepharmaletter.com/article/denmark-s-ema-bid-backed-by-novo-nordisk>
<http://um.dk/en/news/NewsDisplayPage/?newsID=1B20AB10-35B9-4B7C-A2AD-17048E2CF4D2>
<http://www.reuters.com/article/us-britain-eu-medicines-idUSKCN0VZ25P>
<http://www.relocatemagazine.com/news/battle-looms-over-relocation-of-eu-medicines-agency-david-sapsted>
<http://www.politico.eu/article/bidding-war-for-europes-medicines-regulator-kicks-into-high-gear-ema-brexit-drug-regulator-uk-eu/>
<https://www.ihs.com/country-industry-forecasting.html?ID=10659116441>
<http://info.evaluategroup.com/rs/607-YGS-364/images/2016-EDF-Pharma-Innovation.pdf>
https://www.nytimes.com/2016/12/25/world/europe/eu-medicines-agency-britain-brexit.html?_r=1#story-continues-1
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2016/10/WC500214054.pdf
<https://www.fda.gov/Drugs/DevelopmentApprovalProcess/HowDrugsareDevelopedandApproved/ApprovalApplications/TherapeuticBiologicApplications/Biosimilars/ucm241718.htm>
<http://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/02/06/why-are-biologic-drugs-so-costly>

http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/news/2016/07/news_detail_002566.jsp&mid=WC0b01ac058004d5c1
<https://www.ft.com/content/2ca416ba-c8f8-11e6-8f29-9445cac8966f>
<http://www.fiercebiotech.com/biotech/brexit-opportunity-but-ema-likely-to-leave-london-says-astrazeneca>
<http://www.sciencemag.org/news/2017/01/least-seven-countries-are-jockeying-host-eus-medicine-watchdog-after-britain-leaves>
<http://www.fiercebiotech.com/biotech/japan-to-u-k-keep-ema-post-brexit-or-our-drugmakers-may-move-r-d-to-mainland-europe>
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/about_us/general/general_content_000091.jsp&mid=WC0b01ac0580028a42
<http://www.ema.europa.eu/ema>
<http://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/02/06/why-are-biologic-drugs-so-costly>
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Annual_report/2016/05/WC500206482.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/medicines/000121/human_med_001145.jsp&mid=WC0b01ac058001d124
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2015/03/WC500184383.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/general/general_content_000456.jsp&mid=WC0b01ac05801ae8fb#
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/general/general_content_000433.jsp&mid=WC0b01ac058067fa25
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2014/08/WC500171674.pdf
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2011/03/WC500104236.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/general/general_content_000491.jsp&mid=WC0b01ac058058f32d
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/document_listing/document_listing_000318.jsp&mid=WC0b01ac0580281bf0
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Annual_report/2016/05/WC500206482.pdf
http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/reg_2004_726/reg_2004_726_en.pdf
http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.1.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/general/general_content_000433.jsp&mid=WC0b01ac058067fa25
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2017/01/WC500219993.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages%2Fmedicines%2Flanding%2Fepar_search.jsp&mid=WC0b01ac058001d124&searchTab=searchByAuthType&alreadyLoaded=true&isNewQuery=true&status=Authorised&status=Withdrawn&keyword=humira&searchType=name&taxonomyPath=&treeNumber=&searchGenericType=generics&genericsKeywordSearch=Submit
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2015/05/WC500186917.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/regulation/document_listing/document_listing_000345.jsp&mid=WC0b01ac058058f32c
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2016/01/WC500199756.pdf
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/referrals/Benfluorex/human_referral_000220.jsp&mid=WC0b01ac05805c516f
http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/regulation/general/general_content_000679.jsp&mid=WC0b01ac05800250b5

http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf
<https://www.theguardian.com/science/political-science/2016/oct/14/why-losing-the-european-medicines-agency-is-bad-news-for-patients-jobs-and-the-nhs>
<https://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/OfficeofMedicalProductsandTobacco/CBER/ucm123340.htm>
<https://www.fda.gov/>
<https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/2004/ucm108361.htm>
<https://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafetyInformationforPatientsandProviders/ucm106274.htm>
<https://www.drugwatch.com/vioxx/recall/>
<https://www.grantthornton.com/~media/content-page-files/advisory/pdfs/2016/brexit/Brexit-industry-update-HCLS-160711.ashx>
<http://www.fticonsulting.com/~media/Files/emea--files/insights/articles/brexit-impact-healthcare.pdf>
http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.1.2.pdf
<http://genome.cshlp.org/content/23/7/1063.full#aff-2>
<https://www.gov.uk/government/topical-events/eu-referendum>
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS_BRI\(2016\)577971_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS_BRI(2016)577971_EN.pdf)
[http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(11\)60334-6.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(11)60334-6.pdf)
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:348:0001:0016:EN:PDF>
http://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-uk-after-referendum/?utm_source=facebook.com&utm_medium=social&utm_campaign=29032017_brexit&utm_content=animation
<https://www.bio.org/>
<http://www.pharmacompliancemonitor.com/biosimilars-vs-generics-major-differences-in-the-regulatory-model/>
http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2013/05/WC500143294.pdf

¹ Paper submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of LL.M., Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University.

Acknowledgements:

My sincere gratitude to Professor Dr. Mircea Dan-Bob, without whom I would not have the privilege to study in this LL.M. program and write the said thesis. In addition, I would like to express my appreciation and gratefulness to recently passed away Professor A. N. Yiannopoulos and its fellowship foundation for the financial support and the honor to be part of the Yiannopoulos endowed scholarship.

J'aimerais également dire toute ma sincère gratitude à, mon Professor, Dr. Olivier Moréteau pour tout le support et le guidage au cours du programme et pour toutes les choses que j'ai appris, merci beaucoup.

I want to express my sincere gratitude to my supervisor, Professor Michael J. Malinowski, for his endless support, encouragement and guidance throughout this thesis without who this project would not be possible, thank you.

Finally, yet importantly, I am thankful to all my relatives and friends for their unwavering moral and emotional support.

* LL.M., Hebert Law Center, Louisiana State University; telecan.f.sebastian@gmail.com

- ² See generally EMA, official site, available at <http://www.ema.europa.eu/ema/> (last visited 18th of February 2017).
- ³ Although each has an independent regulatory gatekeeper, there is much regulatory coordination such as data acceptance and good manufacturing practices through the International Conference of Harmonization (“ICH”) Visit ICH, official site, available at <http://www.ich.org/home.html> (last visited 18th of February 2017).
- ⁴ See generally the mission of the EMA, official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/about_us/general/general_content_000091.jsp&mid=WC0b01ac0580028a42 (last visited 2nd of April 2017).
- ⁵ *Id.*
- ⁶ For a more detailed and substantial analysis over the genomics revolution and the Human Genome Project. See Michael J. Malinowski, Handbook on Biotechnology Law, Business and Policy, WEST ACADEMIC PUBLISHING 13, (2016). Even though the genomics revolution began globally with the new informatics industry just lunched it’s important to give full credit to the USA for being the core of it, by investing so many resources and realizing such an illustrious achievement for the human race, mapping the human genome which was made possible by the fact we are 99.9 percent the same genetically. *Id.* at *Science Primer*. Also see generally, Jessica Alföldi, Kerstin Lindblad-Toh, Comparative genomics as a tool to understand evolution and disease, available at <http://genome.cshlp.org/content/23/7/1063.full#aff-2> (last visited 28th of February 2017).⁶ See National Human Genome Research Institute (NHGRI), an overview of the Human Genome Project (2012), available at <http://www.genome.gov/12011239> (with links to related sources). The future for genomic medicines is bright, and its circle of shining light is intensifying and expanding with advancement of the underlying science. Biologics are introducing the means to provide care for complex, life-threatening diseases for which no sufficient treatment exists, including cancer and auto-immune disorders such as multiple sclerosis and Crohn’s disease. See generally Lacie Glover, Why Are Biologic Drugs So Costly? A Look at How Biologics Are Made, How Much They Cost and Why, U.S. NEWS (Feb. 6, 2015), available at <http://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/02/06/why-are-biologic-drugs-so-costly> (last visited 27th of March 2017).
- ⁷ See generally information about Vistide, EMA official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/medicines/000121/human_med_001145.jsp&mid=WC0b01ac058001d124 (last visited 2nd of April 2017).
- ⁸ Its purpose was to treat the effects of the disease, which can cause loss of vision. Vistide is used in patients with acquired immunodeficiency syndrome (“AIDS”) who do not have kidney disease. See generally EMA, official site, summary for the public, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/EPAR_-_Summary_for_the_public/human/000121/WC500052073.pdf (last visited 18th of February 2017).
- ⁹ The centralized procedure allows the marketing of a medicine based on a single EU-wide assessment and marketing authorization, which is valid throughout the EU. For more details about the centralized procedure see generally Chapter 2, Subsection A, *infra*.
- ¹⁰ European Commission Decision, available at <http://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/h037.htm> (last visited 18th of February 2017).
- ¹¹ For more details, see generally EMA, official site, List of withdrawn medicinal products, 30 January 2015, available at <http://www.ema.europa.eu/ema/> (last visited 18th of February 2017). See also Official Statement by the EMA, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/

- Supply_shortage/2013/11/WC500153782.pdf (last visited 18th of February 2017). In addition, the difference between the EU market/EMA v. the U.S. and FDA is that typically in the U.S., with no “second gate” to uptake through individual health services, withdrawals are much more frequently mandated, either directly by the FDA or through FDA demands of issuance of warning letters. See generally FDA, official site, available at <https://www.fda.gov/>.
- ¹² The Decision is available at <http://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/h037.htm> (last visited 18th of February 2017).
- ¹³ See generally EMA, official site, Summary for the public, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Orphan_designation/2015/10/WC500194593.pdf (last visited 6th of March 2017).
- ¹⁴ See Symposium, *Proceedings of “The Genomics Revolution? Science, Law, and Policy*, 66 LA. L. REV. 1, 2 (2005).
- ¹⁵ The medical product is made of stem cells from the umbilical cord. *Id.* For comprehensive understanding of the science and law and policy behind the human embryonic stem cells (“hESCs”) see also Malinowski, *supra* note 3, at Science Primer xx, 16-17.
- ¹⁶ European Commission Decision, *supra* note 9.
- ¹⁷ See general information about the Orphan designation, EMA official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/orphans/2015/10/human_orphan_001639.jsp&mid=WC0b01ac058001d12b (last visited 2nd of April 2017)
- ¹⁸ For more details about the disease see National Cancer Institute, official website, available at <https://www.cancer.gov/types/leukemia/patient/adult-aml-treatment-pdq> (last visited 13th of March 2017). See also American Cancer Society, official site, available at <https://www.cancer.org/cancer/acute-myeloid-leukemia/about/what-is-aml.html> (last visited 13th of March 2017).
- ¹⁹ *Id.*
- ²⁰ European Commission, official site, available at <http://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/o1546.htm> (last visited 19th of February 2017).
- ²¹ *Id.*
- ²² See *supra* the previous two examples given.
- ²³ See generally The European regulatory system for medicines leaflet published by EMA, official site, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2014/08/WC500171674.pdf (last visited 13th of March 2017)
- ²⁴ See generally FDA Fundamentals, official site, available at <https://www.fda.gov/AboutFDA/Transparency/Basics/ucm192695.htm> (last visited 2nd of April 2017).
- ²⁵ Professor Michael J. Malinowski, Biotechnology course, Paul M. Herbert Law Center, Louisiana State University, 2017.
- ²⁶ *Id.*
- ²⁷ Pain medication for instances at least somewhat already treatable. See generally information about Vioxx, available at <https://www.drugs.com/vioxx.html> (last visited 16th of March 2017).
- ²⁸ See generally FDA, official site, available at http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/1999/21042lbl.pdf (last visited 16th of March 2017).
- ²⁹ FDA Issues Public Health Advisory on Vioxx as its Manufacturer Voluntarily Withdraws the Product, available at <https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/2004/ucm108361.htm> (last visited 16th of March 2017).

- ³⁰ See Alternatives to Vioxx if Heart Disease Present — TheFamily HealthGuide, available at <http://www.health.harvard.edu/heart-health/alternatives-to-vioxx-if-heart-disease-present--thefamily-healthguide> (last visited 16th of March 2017).
- ³¹ Why Vioxx played out differently in each market? See Michael J. Malinowski & Grant G. Gautreaux, "Drug Development--Stuck in a State of Puberty? Regulatory Reform of Human Clinical Research to Raise Responsiveness to the Reality of Human Variability, 56 ST. LOUIS U. L. J. 363" (2012). Available at http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/50 (last visited 2nd of April 2017).
- ³² See generally European Medicines Agency statement following withdrawal of Vioxx (rofecoxib), available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/news/2009/11/news_detail_000352.jsp&mid=WC0b01ac058004d5c1 (last visited 16th of March 2017).
- ³³ See FDA, official site, available at <https://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafetyInformationforPatientsandProviders/ucm106274.htm> (last visited 16th of March 2017).
- ³⁴ See generally Vioxx Recall Information, available at <https://www.drugwatch.com/vioxx/recall/> (last visited 16th of March 2017).
- ³⁵ See *infra* The EMA's Law Origins and Fundamentals regarding the definition of pharmacovigilance. See also *infra* note 55.
- ³⁶ See generally EMA's Annual Report 2015, official website, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Annual_report/2016/05/WC500206482.pdf (last visited 13th of March 2017).
- ³⁷ Its Pharmacovigilance system, the EudraVigilance system, The European Risk Management Strategy ("ERMS"), Good Pharmacovigilance Practice ("GVP"), etc.
- ³⁸ Malinowski, *supra* note 5, at Preface.
- ³⁹ Doctor Francis Collins, director of National Institute of Health ("NIH"), respected and brilliant scientist once said that "Iron sharpens iron", and the EMA can be considered an iron that needs constant sharpness, available at <https://www.brainyquote.com/quotes/quotes/f/franciscol555127.html> (last visited 11th of April 2017).
- ⁴⁰ Meaning the safety, effectiveness, and overall ongoing oversight of prescription medications approved for market use. See *infra* The EMA's Law Origins and Fundamentals regarding the definition of pharmacovigilance.
- ⁴¹ Regulations, as a secondary legislation source under the EU – see generally, Articles 289, 290 and 291 from the Treaty on the Functioning of the EU [hereinafter TFEU] which establish a hierarchy of secondary legislation between legislative acts, delegated acts and implementing acts – have binding force throughout every Member State as soon as they enter into force and do not need to be transposed into national law. Whereas, the Directives, which lay down certain results that must be achieved, but each Member State is free to decide how to transpose directives in their national laws. For more details about the sources and the scope of the EU law, see also, European Parliament, official site, available at http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.1.pdf (last visited 25th of February 2017).
- ⁴² Regulation (EC) No. 726/2004 of the European Parliament and of the Council, of 31 march 2004, O.J. (L 136). Was replaced because "in the light of the Commission's report on the experience gained, it has proved necessary to improve the operation of the authorization procedures for the placing of medicinal products on the market in the Community and to amend certain administrative aspects of [the Agency]", paragraph two of the said Regulation. European Commission, official site, available at http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/reg_2004_726/reg_2004_726_en.pdf (last visited 25th of February 2017).

- ⁴³ Because the No. 726/2004 Regulation is the current law, it will be cited from now on whilst leaving the old aside. For more details about the No. 2309/93 Regulation, see generally European Commission, official site, available at http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/reg_1993_2309/reg_1993_2309_en.pdf (last visited 25th of February 2017).
- ⁴⁴ See *supra*, EMA, official site, see also, Herwig C. H. Hofmann, *Agency Design in the European Union*, 28 Windsor Y.B. Access Just. 309, 324 (2010); see also, Aurelie Mahalatchimy; Emmanuelle Rial-Sebbag; Nathalie De Grove-Valdeyron; Virginie Tournay; Anne Cambon-Thomsen; Anne-Marie Duguet; Florence Taboulet, *The European Medicines Agency: A Public Health European Agency*, 31 Med. & L. 25, 42 (2012).
- ⁴⁵ Malinowski, *supra* note 5, 127.
- ⁴⁶ See generally FDA, official website, available at <https://www.fda.gov/> (last visited 14th of March 2017).
- ⁴⁷ *Id.*
- ⁴⁸ See *supra* note twenty-three addressing FDA's ongoing oversight and recalls. Also, see *supra* *Introduction Chapter* regarding EMA's ongoing oversight and recalls function.
- ⁴⁹ See *supra* note 20, at Article 55.
- ⁵⁰ *Id.* at Article 57, paragraph 1, (a)-(s).
- ⁵¹ See The European regulatory system for medicines leaflet published by EMA, official site, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2014/08/WC500171674.pdf (last visited 26th of February 2017).
- ⁵² The centralized procedure allows the marketing of a medicine based on a single EU-wide assessment and marketing authorization, which is valid throughout the EU. Pharmaceutical companies submit a single authorization application to EMA. The Agency's Committee for Medicinal Products for Human Use ("CHMP"), then carries out a scientific assessment of the application and gives a recommendation to the European Commission on whether or not to grant a marketing authorization. Once granted by the European Commission, the centralized marketing authorization is valid in all EU MSs. The use of the centrally authorized procedure is compulsory for most innovative medicines, including medicines for rare diseases. *Id.* at page 2; See also, the centralized procedure is "compulsory for high technology medicinal products, particularly those resulting from biotechnical processes, [t]his is particularly important in the context of the emergence of new therapies, such as gene therapy and associated cell therapies, and xenogenic somatic therapy, to ensuring the effective operation of the internal market in the pharmaceutical sector." Para. 7 from No. 726/2004 Regulation.
- ⁵³ The decentralized procedure is based on companies that can apply for the simultaneous authorization of a medicine in more than one EU Member State if it has not yet been authorized in any EU country and does not fall within the scope of the centralized procedure. See The European regulatory system for medicines leaflet published by the EMA, *supra*, at page 2.
- ⁵⁴ The mutual-recognition procedure can be used when companies that have a medicine authorized in one EU MSs can apply for this authorization to be recognized in other EU countries. This process allows MSs to rely on each other's scientific assessments. *Id.* See also, Mutual recognition in decentralized procedures between MSs, Chapter 4, Article 28, DIRECTIVE 2001/83/EC of The European Parliament and of The Council, of 6 November 2001, on the Community code relating to medicinal products for human use. O.J. (L 311). Available at http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf (last visited 26th of February 2017).
- ⁵⁵ The Agency published a 20th Anniversary Book, see generally EMA, official site, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2015/03/WC500184383.pdf (last visited February 26th 2017).

- ⁵⁶ Also called European Public Assessments Reports (EPAR) based on Article 13 (3) of No. 726/2004 Regulation, which requires the EMA to publish assessments reports for each medical product granted or refused a marketing authorization via the centralized procedure. See generally EMA, European public assessment reports: background and context, official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/general/general_content_000433.jsp&mid=WC0b01ac058067fa25 (last visited 28th of February 2017).
- ⁵⁷ The European Commission has the right of initiative by proposing or amending legislation in the pharmaceutical sector, it can adopt implementing measures as well as oversee the correct application of EU law on pharmaceuticals and it ensures appropriate collaboration with relevant international partners and promotes the EU regulatory system globally. See The European regulatory system for medicines leaflet published by EMA, *supra*, at 3.
- ⁵⁸ *Id.*
- ⁵⁹ Malinowski, *supra* note 5, at Preface. A detailed drug development continuum can be applied by analogy in the EMA's framework of medical products as well.
- ⁶⁰ Pharmacovigilance is the science and activities relating to the detection, assessment, understanding and prevention of adverse reactions and other medicine-related problems. See EMA leaflet on Pharmacovigilance, official site, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2011/03/WC500104236.pdf (last visited 27th of February 2017).
- ⁶¹ See EMA, official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/general/general_content_000456.jsp&mid=WC0b01ac05801ae8fb# (last visited 27th of February 2017).
- ⁶² See EMA Pharmacovigilance legislation, official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/general/general_content_000491.jsp&mid=WC0b01ac058058f32d (last visited 27th of February 2017).
- ⁶³ Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:348:0001:0016:EN:PDF> (last visited 27th of February 2017).
- ⁶⁴ Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:348:0074:0099:EN:PDF> (last visited 27th of February 2017).
- ⁶⁵ See Medscape Newspaper Article, available at <http://www.medscape.com/viewarticle/758430> (last visited 27th of February 2017); see also The Lancet, Vol 377 March 12, 2011, available at [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(11\)60334-6.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(11)60334-6.pdf) (last visited 27th of February 2017).
- ⁶⁶ Benfluorex was used as an add-on treatment in patients with diabetes who are overweight. In a combination with an appropriate diet. Benfluorex works by making the cells more sensitive to insulin, which means that the body makes better use of the insulin it produces and the blood glucose is reduced. Following several reports of cardiac valvulopathy (thickening of the heart valves) and pulmonary arterial hypertension (high blood pressure in the artery that leads from the heart to the lungs) both French and Portuguese authorities recalled the medical product. See EMA, official site, available at http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/referrals/Benfluorex/human_referral_000220.jsp&mid=WC0b01ac05805c516f (last visited 27th of February 2017).
- ⁶⁷ *Id.*
- ⁶⁸ See *supra* note 22.
- ⁶⁹ See PRAC strategy on measuring the impact of Pharmacovigilance activities, EMA official website, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2016/01/WC500199756.pdf (last visited 15th of March 2017).

- ⁷⁰ A centralized European database of suspected adverse reactions to medicines that are authorized or being studied in clinical trials in the European Economic Area (“EEA”). For more information, see EMA EudraVigilance, official site, *available at* http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/regulation/general/general_content_000679.jsp&mid=WC0b01ac05800250b5 (last visited 2nd of April 2017).
- ⁷¹ See *supra* note 68.
- ⁷² *Id.*
- ⁷³ See generally EMA Good pharmacovigilance practices, official website, *available at* http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/regulation/document_listing/document_listing_000345.jsp&mid=WC0b01ac058058f32c (last visited 15th of March 2017).
- ⁷⁴ *Id.*
- ⁷⁵ For a more detailed and substantial analysis over the genomics revolution and the Human Genome Project, see *id* at 13. Even though the genomics revolution began globally with the new informatics industry just lunched it is important to give full credit to the USA for being the core of it, by investing so many resources and realizing such an illustrious achievement for the human race, mapping the human genome which was made possible by the fact we are 99.9 percent the same genetically. *Id* at *Science Primer*; see also, Jessica Alföldi, Kerstin Lindblad-Toh, Comparative genomics as a tool to understand evolution and disease, *available at* <http://genome.cshlp.org/content/23/7/1063.full#aff-2> (last visited 28th of February 2017).
- ⁷⁶ *Id* at 135.
- ⁷⁷ See 10-year report highlights published by the EMA, *available at* http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2017/01/WC500219993.pdf (last visited 4th of March 2017).
- ⁷⁸ Product groups on which EMA published assessment reports (“EPAR”) based on Article 13 (3) of No. 726/2004 Regulation, which requires the EMA to publish assessments reports for each medical product, granted or refused a marketing authorization via the centralized procedure. See generally, EMA, European Public Assessment Reports: Background and Context, official site, *available at* http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/general/general_content_000433.jsp&mid=WC0b01ac058067fa25 (last visited 28th of February 2017).
- ⁷⁹ Similar biological or 'biosimilar' medicine is a biological medicine that is similar to another biological medicine that has already been authorized for use. Biological medicines are medicines that are made by or derived from a biological source, such as a bacterium or yeast. They can consist of relatively small molecules such as human insulin or erythropoietin, or complex molecules such as monoclonal antibodies. See generally Biosimilar medicines EMA, official site, *available at* http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/document_listing/document_listing_000318.jsp&mid=WC0b01ac0580281bf0 (last visited 2nd of April 2017).
- ⁸⁰ See EMA’s Guideline on good pharmacovigilance practices (GVP) Annex I - Definitions (Rev 3), at 9, *available at* http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2013/05/WC500143294.pdf (last visited 15th of March 2017).
- ⁸¹ Because biologics are introducing the means to provide care for complex, life-threatening, and otherwise seriously life-debilitating diseases for which no sufficient treatment exists, including cancers and autoimmune disorders such as multiple sclerosis and Crohn’s disease. Malinowski, *supra* note 3 at xxi
- ⁸² Terry G. Mahn & Dr. Gauri M. Dhavan, *Biosimilars vs. Generics – Major Differences in the Regulatory Model*, *Pharma*. COMPLIANCE MONITOR (identifying similarities and differences between generics and these new classes of drugs), *available at* <http://www.pharmacompliancemonitor.com/biosimilars-vs-generics-major-differences-in-the-regulatory-model/> (last visited 2nd of April 2017).

- ⁸³ See EMA, official site, *available at* http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages%2Fmedicines%2Flanding%2Fepar_search.jsp&mid=WC0b01ac058001d124&searchTab=searchByAuthType&alreadyLoaded=true&isNewQuery=true&status=Authorised&status=Withdrawn&keyword=humira&searchType=name&taxonomyPath=&treeNumber=&searchGenericType=generics&genericKeywordSearch=Submit (last visited 28th of February 2017).
- ⁸⁴ *Id* at Biosimilar (browse by type).
- ⁸⁵ For drug development pipeline visit the internet sites of Pharmaceutical Researchers and Manufacturers of America (“PhARMA”), the world leading pharmaceutical trade organization, *available at* <http://www.phrma.org/> (last visited 4th of March 2017). The Biotechnology Industry Organization (BIO), the worlds’ leading biotechnology industry trade organization, *available at* <https://www.bio.org/> (last visited 4th of March 2017). Malinowski, *supra* note 3, at 96.
- ⁸⁶ See *supra* note 43, at 63.
- ⁸⁷ *Id.* at 86.
- ⁸⁸ *Id.*
- ⁸⁹ See EU and the UK after the referendum on 23 June 2016, Timeframe, European Commission, official site, *available at* http://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-uk-after-referendum/?utm_source=facebook.com&utm_medium=social&utm_campaign=29032017_brexit&utm_content=animation (last visited 28th of March 2017).
- ⁹⁰ In a referendum on 23 February 1982, Greenland decided – by 53% to 47% – to leave the then European Communities (EC). However, the 1985 'exit' of Greenland from the EC is legally speaking not a 'withdrawal' as Greenland was not a Member State of the EU but was, and remains, part of an EU Member State, Denmark. So Greenland cannot be held as a withdrawal precedent. See *generally* European Parliament Brief on Article 50 TEU, official site, *available at* [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS_BRI\(2016\)577971_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS_BRI(2016)577971_EN.pdf) (Last visited 3th of March 2017).
- ⁹¹ See UK Government, official site, *available at* <https://www.gov.uk/government/topical-events/eu-referendum> (Last visited 3th of March 2017).
- ⁹² The decision to pool the coal and steel industries of six European countries, [after the disastrous effects of the World War II] brought into force by the Treaty of Paris, the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC), in 1951, symbolized the birth of a common purpose and marked the first step towards European integration. The Treaties of Rome of 1957, The Treaties establishing the European Economic Community (EEC) and the European Atomic Energy Community (EAEC, otherwise known as “Euratom”), strengthened the foundations of this integration and the notion of a common future for the six European countries involved and conferred quasi-constitutional status on them. The six founding countries were Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands. See European Parliament, official site, *available at* http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.1.1.pdf (Last visited 3th of March 2017).
- ⁹³ The UK joined on 1 January 1973, together with Denmark and Ireland. *Id* at http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.1.2.pdf (Last visited 3th of March 2017).
- ⁹⁴ See *supra* note 88. See also John Fairhurst, *Law of the European Union*, 47, 8th Edition, Pearson Education Limited, (2010).
- ⁹⁵ See *supra* note 88 at 2.
- ⁹⁶ See *generally* David Edward & Robert Lane, *Edward and Lane on European Union Law*, 80-83, Edward Elgar Publishing Limited, (2013).

⁹⁷ See *supra* note 88 at 3.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* at 4.

¹⁰⁰ The myriad other issues, like review and approvals, and implications are beyond the scope of the paper.

¹⁰¹ See *supra* Background Chapter, The EMA's Law Origins and Fundamentals; see also *infra* note 115, about the National Human Genome Research Institute, media coverage of biologics/genomics in new drug development and the amazing accomplishments in oncology; see also Brexit's Impact on Healthcare and Life Sciences, available at <http://www.fticonsulting.com/~media/Files/emea--files/insights/articles/brexit-impact-healthcare.pdf> (last visited 29th of March 2017).

¹⁰² The overall implications are immense and beyond the scope of this paper.

¹⁰³ See *infra*. The EMA has also been aligning its policies with the U.S. FDA to make it easier for companies to submit applications to both the European and U.S. markets. As such, many experts predict that Brexit could hamper drug innovation in the UK. The impact of Brexit on the health care and life sciences industries, available at <https://www.grantthornton.com/~media/content-page-files/advisory/pdfs/2016/brexit/Brexit-industry-update-HCLS-160711.ashx> (last visited 29th of March 2017).

¹⁰⁴ CBER's mission is to protect and enhance the public health through the regulation of biological and related products including blood, vaccines, allergenics, tissues, and cellular and gene therapies. Biologics, in contrast to drugs that are chemically synthesized, are derived from living sources (such as humans, animals, and microorganisms), are not easily identified or characterized, and many are manufactured using biotechnology. See generally FDA, official site, About CBER, available at <https://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/OfficeofMedicalProductsandTobacco/CBER/ucm123340.htm> (last visited 30th of March 2017).

¹⁰⁵ See *supra* Background Chapter, The EMA's Law Origins and Fundamentals.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ See generally *infra*, EMA's infrastructure and its potential disruption; see also *infra*, The overall impeding effect of BREXIT on the EMA as regulatory body and its potential new home.

¹⁰⁹ See *infra* EMA's Infrastructure and Its Potential Disruption; see also note 121, London-based regulator for EU drugs fears staff exodus.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ See generally Why losing the European Medicines Agency is bad news for patients, jobs – and the NHS, available at <https://www.theguardian.com/science/political-science/2016/oct/14/why-losing-the-european-medicines-agency-is-bad-news-for-patients-jobs-and-the-nhs> (last visited 17th of March 2017).

¹¹² See *supra* note 54, at 35.

¹¹³ *Id.* at 56.

¹¹⁴ See 1995-2015 Working together for safe and effective medicines leaflet, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2015/05/WC500186917.pdf (last visited 17th of March 2017).

¹¹⁵ For more details, see *supra* Background Chapter.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ See *supra* note 54, at 52.

¹¹⁸ See EMA's 2015 Annual Report, at 90, available at http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Annual_report/2016/05/WC500206482.pdf (last visited 17th of March 2017).

¹¹⁹ Regulation (EU) No 658/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on fees payable to the European Medicines Agency for the conduct of pharmacovigilance activities in respect of medicinal products for human use, OJ L 189 p. 112 27.06.2014.

¹²⁰ See *supra* note 117, at 91.

¹²¹ *Id.* at 81.

¹²² London-based regulator for EU drugs fears staff exodus, *available at* <https://www.ft.com/content/2ca416ba-c8f8-11e6-8f29-9445cac8966f> (last visited 17th of March 2017).

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ See *generally* Brexit ‘an opportunity,’ but EMA likely to leave London, says AstraZeneca, *available at* <http://www.fiercebiotech.com/biotech/brexit-opportunity-but-ema-likely-to-leave-london-says-astrazeneca> (last visited 17th of March 2017).

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ See At least seven countries are jockeying to host EU's medicine watchdog after United Kingdom leaves, *available at* <http://www.sciencemag.org/news/2017/01/least-seven-countries-are-jockeying-host-eus-medicine-watchdog-after-britain-leaves> (last visited 18th of March 2017).

¹²⁹ See *generally*, Japan to U.K.: Keep EMA post-Brexit or our drug makers may move R&D to mainland Europe, *available at* <http://www.fiercebiotech.com/biotech/japan-to-u-k-keep-ema-post-brexit-or-our-drugmakers-may-move-r-d-to-mainland-europe> (last visited 17th of March 2017).

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² See EMA official statement, *available at* http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/news/2016/07/news_detail_002566.jsp&mid=WC0b01ac058004d5c1 (last visited 18th of March 2017).

¹³³ See National Human Genome Research Institute (NHGRI), An overview of the Human Genome Project (2012), *available at* <http://www.genome.gov/12011239> (with links to related sources). The future for genomic medicines is bright, and its circle of shining light is intensifying and expanding with advancement of the underlying science. Biologics are introducing the means to provide care for complex, life-threatening diseases for which no sufficient treatment exists, including cancer and autoimmune disorders such as multiple sclerosis and Crohn's disease; see *generally* Lacie Glover, Why Are Biologic Drugs So Costly? A Look at How Biologics Are Made, How Much They Cost and Why, U.S. NEWS (Feb. 6, 2015), *available at* <http://health.usnews.com/health-news/health-wellness/articles/2015/02/06/why-are-biologic-drugs-so-costly> (last visited 27th of March 2017); see also *supra*, the Background Chapter, The EMA's Pharmacovigilance Assessments. See also FDA, Information for Consumers (Biosimilars), *available at* <https://www.fda.gov/Drugs/DevelopmentApprovalProcess/HowDrugsareDevelopedandApproved/ApprovalApplications/TherapeuticBiologicApplications/Biosimilars/ucm241718.htm> (last updated: 27th of August 2015).

¹³⁴ The cost for development of a new medicine is about €1 billion and it takes on average 12-13 years for a new active substance to reach the EU market; see The work of the European Medicines Agency, *available at* http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Leaflet/2016/10/WC500214054.pdf (last visited 17th of March 2017). The immediate significance of the reliability of approvals already made is not the equivalent of making new ones—the former already are being used with expectations of safety, efficacy. The longer-term effects may very well be more significant on the review and approval side, but this paper is focusing on pharmacovigilance. The above paragraph has the purpose to show that other fundamental functions of the EMA will be affected by the potential disruption.

¹³⁵ See *supra* note 121, London-based regulator for EU drugs fears staff exodus.

- ¹³⁶ The myriad of other issues and implications are beyond the scope of the paper.
- ¹³⁷ See E.U. Agency in Limbo as Hidden Costs of ‘Brexit’ Continue to Mount, *available at* https://www.nytimes.com/2016/12/25/world/europe/eu-medicines-agency-britain-brexit.html?_r=1#story-continues-1 (last visited 18th of March 2017).
- ¹³⁸ *Id.*
- ¹³⁹ See *supra* note 133.
- ¹⁴⁰ See Pharmaceutical Innovation in Europe, figure 1, *available at* <http://info.evaluategroup.com/rs/607-YGS-364/images/2016-EDF-Pharma-Innovation.pdf> (last visited 18th of March 2017).
- ¹⁴¹ See *supra* note 133.
- ¹⁴² See EU members line up to host EMA headquarters, regulator seeks to calm pharma sector by reporting business as usual, *available at* <https://www.ihf.com/country-industry-forecasting.html?ID=10659116441> (last visited 18th of March 2017).
- ¹⁴³ See Bidding war over lucrative Brexit spoil, *available at* <http://www.politico.eu/article/bidding-war-for-europes-medicines-regulator-kicks-into-high-gear-ema-brexit-drug-regulator-uk-eu/> (last visited 18th of March 2017).
- ¹⁴⁴ *Id.*
- ¹⁴⁵ *Id.*
- ¹⁴⁶ See *supra* note 141, EU members line up to host EMA headquarters, regulator seeks to calm pharma sector by reporting business as usual.
- ¹⁴⁷ See *supra* note 91; see *generally supra*, Section C, Background Chapter, The Legal Consequences of the BREXIT Decision – Short Overview of Article 50 of TEU.
- ¹⁴⁸ *Id.*
- ¹⁴⁹ See Battle Looms Over Relocation of EU Medicines Agency, *available at* <http://www.relocatemagazine.com/news/battle-looms-over-relocation-of-eu-medicines-agency-david-sapsted> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁵⁰ See Swedish Industry Wants European Medicines Agency if UK quits EU, *available at* <http://www.reuters.com/article/us-britain-eu-medicines-idUSKCN0VZ25P> (last visited 19th of March 2017)
- ¹⁵¹ *Id.*
- ¹⁵² See Sweden Joins Campaign for Post-Brexit Host of EMA, *available at* <http://xtalks.com/Sweden-for-Post-Brexit-Host-of-EMA-590.ashx> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁵³ See *supra* note 141, EU members line up to host EMA headquarters, regulator seeks to calm pharma sector by reporting business as usual.
- ¹⁵⁴ See The Danish Government’s press release about Denmark’s candidacy for hosting the EMA, official site, *available at* <http://um.dk/en/news/NewsDisplayPage/?newsID=1B20AB10-35B9-4B7C-A2AD-17048E2CF4D2> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁵⁵ *Id.*
- ¹⁵⁶ See Denmark’s EMA Bid Backed by Novo Nordisk, *available at* <https://www.thepharmaletter.com/article/denmark-s-ema-bid-backed-by-novo-nordisk> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁵⁷ See *generally*, Former Novo CEO is Denmark’s joker in the fight for EMA, *available at* http://medwatch.dk/Top_picks_in_english/article9351299.ece (last visited 9th of April 2017).
- ¹⁵⁸ See Government wants European Medicines Agency to relocate to the Netherlands, official site, *available at* <https://www.government.nl/latest/news/2017/01/16/government-wants-european-medicines-agency-to-relocate-to-the-netherlands> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁵⁹ *Id.*

- ¹⁶⁰ See European Regulatory Roundup: The Netherlands Bids to Host EMA (20 January 2017), available at <http://www.raps.org/Regulatory-Focus/News/2017/01/20/26650/European-Regulatory-Roundup-The-Netherlands-Bids-to-Host-EMA-20-January-2017/> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁶¹ See *supra* note 141, EU members line up to host EMA headquarters, regulator seeks to calm pharma sector by reporting business as usual
- ¹⁶² *Id.*
- ¹⁶³ See The Case for Moving The EMA to Ireland, available at <https://www.biosimilardevelopment.com/doc/the-case-for-moving-the-ema-to-ireland-0001> (last visited 19th of March 2017).
- ¹⁶⁴ *Id.*
- ¹⁶⁵ *Id.*
- ¹⁶⁶ *Id.*
- ¹⁶⁷ *Id.*
- ¹⁶⁸ See *supra* note 115, at 92.
- ¹⁶⁹ See *supra* note 141, EU members line up to host EMA headquarters, regulator seeks to calm pharma sector by reporting business as usual.
- ¹⁷⁰ *Id.*
- ¹⁷¹ *Id.*
- ¹⁷² *Id.*
- ¹⁷³ *Id.*
- ¹⁷⁴ See generally Michael J. Malinowski & Grant G. Gautreaux, *All that is Gold Does Not Glitter in Human Clinical Research: A Law – Policy Proposal to Brighten the Global “Gold Standard” for Drug Research and Development*, 45 Cornell Int’l L.J. 185 (2012), available at http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship/54 (last visited 24th of March 2017).
- ¹⁷⁵ The UK’s Permanent Representative to the EU, Sir Tim Barrow, has informed on 20th of March 2017, the office of European Council President, Donald Tusk, of the UK’s intention to invoke Article 50 of the Lisbon Treaty on March 29, 2017. Information available at <https://www.gov.uk/government/news/article-50-to-be-triggered-on-march-29> (last visited 24th of March 2017); see also, Statement by the European Council (Art. 50) on the UK notification, Brussels, 29 March 2017, available at http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-793_en.htm (last visited 29th of March 2017).
- ¹⁷⁶ See generally the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=en> (last visited 24th of March 2017).
- ¹⁷⁷ See *supra* note 77, at 3.
- ¹⁷⁸ See Article 50 of the Treaty on European Union – Q&A, Timeframe Diagram, European Commission, official site, available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-648_en.htm (last visited 29th of March 2017).
- ¹⁷⁹ *Id.*
- ¹⁸⁰ *Id.* at 4.
- ¹⁸¹ The qualified majority is defined in this case as at least 72% of the members of the Council, comprising at least 65% of the population of the MSs (without the withdrawing state) (Article 238(3) b TFEU). *Id.*
- ¹⁸² See generally Phedon Nicolaidis, *Withdrawal from the European Union: A Typology of Effects*, 20 Maastricht Journal of European and Comparative Law 209, 218, (2013).
- ¹⁸³ See *supra*, Background Chapter.
- ¹⁸⁴ See Tim Oliver, *Europe Without Britain – Assessing the impact on the European Union of a British withdrawal*, Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs,

- Berlin, September 2013, *available at* https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2013_RP07_olv.pdf (last visited 24th of March 2017).
- ¹⁸⁵ *See supra*, Background Chapter, Pharmacovigilance Assessment.
- ¹⁸⁶ *See supra* note 89. *See also supra* Sub-Chapter, The Legal Consequences of the BREXIT Decision – Short Overview of Article 50 of TEU
- ¹⁸⁷ *Id.*
- ¹⁸⁸ EMA’s management board signed off on a budget of 322 million Euros for 2017, a 4.4% increase over 2016; *see generally* EMA Board Signs Off on 2017 Budget as Brexit Questions Linger, *available at* <http://raps.org/Regulatory-Focus/News/2016/12/19/26416/EMA-Board-Signs-Off-on-2017-Budget-as-Brexit-Questions-Linger/#sthash.cGkGdkqu.dpuf> (last visited 25th of March 2017).
- ¹⁸⁹ *Id.*
- ¹⁹⁰ *See supra* note 89, at 6.
- ¹⁹¹ *Id.*
- ¹⁹² *See generally* Bruno De Witte, Charles Grant, Jean-Claude Piris, United Kingdom’s Renegotiation of its Constitutional Relationship with the EU: Agenda, Priorities and Risks, EP Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C, PE 536.489, December 2015, at page 30, *available at* [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU\(2015\)536489_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536489/IPOL_STU(2015)536489_EN.pdf) (last visited 25th of March 2017).
- ¹⁹³ Although Article 50 TEU does not seem to be the right legal instrument to achieve the goal of such a “partial withdrawal,” with the state concerned remaining a Member State of the EU, not least because Article 50 adopts a ‘black or white’ approach. *Id.* at 19.
- ¹⁹⁴ *See supra* note 162.
- ¹⁹⁵ *See generally* Relocation of the European Medicines Agency – Copenhagen offers the optimal conditions, published by the Government of Denmark, *available at* <http://emacph.eu/EMAtoCPH.pdf> (last visited 30th of March 2017).
- ¹⁹⁶ *Id.*
- ¹⁹⁷ *Id.*
- ¹⁹⁸ *Id.*
- ¹⁹⁹ *Id.* at 7.
- ²⁰⁰ *Id.*
- ²⁰¹ *Id.*
- ²⁰² *Id.*
- ²⁰³ *Id.* at 22.
- ²⁰⁴ *Id.*
- ²⁰⁵ *Id.* at 25.
- ²⁰⁶ *See* Brexit’s Impact on Healthcare and Life Sciences, *available at* <http://www.fticonsulting.com/~media/Files/emea--files/insights/articles/brexit-impact-healthcare.pdf> (last visited 29th of March 2017).
- ²⁰⁷ *See supra* note 117.
- ²⁰⁸ *Id.* at 2.
- ²⁰⁹ *Id.*
- ²¹⁰ *See* The impact of Brexit on the Health Care and Life Sciences Industries, *available at* <https://www.grantthornton.com/~media/content-page-files/advisory/pdfs/2016/brexit/Brexit-industry-update-HCLS-160711.ashx> (last visited 29th of March 2017).
- ²¹¹ *See* Impact of Brexit on life sciences and healthcare, *available at* <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/136982/impact-of-brexit-on-life-sciences-and-healthcare> (last visited 29th of March 2017).

ARTICOLE

**EXTRANEUS ÎN CADRUL DREPTULUI DE SUCCESIUNE DIN TRANSILVANIA ÎN
PRIMA JUMĂTATE A SECOLULUI AL XIV-LEA**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).3.3

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Bogdan-Sebastian FILIP*

Abstract: *Extraneus, a term used in the transylvanian law of succession during the first half of the XIV-th century. The development of the Roman Law in the twelfth and thirteenth century's in the Law universities in the european space, generated the asimilasion of some Roman Law terminology, having in some cases the same conotation or a changed one, and the introduction of those words in the medieval documents. The term extraneus had been used in the Roman Law from the VI-th century, for defining the heir which was outside the autority of the parents. The term was used for the first time in medieval Hungary in the laws of king Andrew III, and the definition is exactly like that from the sixth century for the heirs which had the extraneus status. The laws of succession from the early Hungarian kings in the eleventh and thirteenth century's was still used, but with the introduction of the new term, extraneus. The use of this new term, extraneus, in the documents which emanated of the juridic autority's from Transsylvania, for the juridic disputes in this administrativ space, demonstrate an connection of Transsylvania with the latest educational developments in the juridic domain from the European universites, and the intoduction of these developments in real juridic cases from the first half of the fourteenth century.*

Keywords: *Medieval law, Roman law, European universities, transfer of terminology.*

Transilvania secolului al XIV-lea a reprezentat o entitate geografică eterogenă, aflată la periferia creștinătății de rit latin și o entitate politico-administrativă aflată sub autoritatea regelui ungar. Transilvania a suferit convulsii în timpul secolului al XIII-lea ca urmare a atacurilor mongolilor și a vidului de autoritate de la începutul secolului al XIV-lea. Totuși, aceste situații nefavorabile în ceea ce privește dezvoltarea organizării administrative și a dezvoltării dreptului de succesiune, nu au reușit să stopeze implementări legislative aplicate la nivelul creștinătății de rit latin, care s-au transplatat în Regatul Ungar.

Progresul în cadrul dreptului de succesiune aplicat în Regatul Ungar se poate observa și în cadrul Transilvaniei, iar pentru a demonstra acest fapt, o să prezentăm cazul de utilizare a termenului de *extraneus*, care deține o istorie particulară și interesantă în ceea ce privește dreptul de succesiune din Transilvania, termenul fiind un liant între spațiul transilvănean și dezvoltarea dreptului din perioada secolelor XII-XIII.

Noțiuni generale și cadrul general

Termenul de *extranei* apare în cadrul lucrării împăratului Iustinian, destinată studenților de drept, *Institutiones Iustiniani*, și a reprezentat denumirea pentru moștenitorii care nu se aflau sub autoritatea părinților, dar dețin capacitatea de moștenitori numiți. Persoanele care au avut statutul de moștenitor *extraneus*, au fost copiii care s-au emancipat și copiii pe linie maternă, deoarece mamele nu au avut autoritate asupra copiilor, precum tatăl. Moștenitorii *extranei* au avut capacitatea de a refuza moștenirea patrimoniului, față de cei care au avut statutul de *sui heredes necesarii*¹. Astfel, moștenitorii cu titlul de *extranei* au avut posibilitatea de a intra în procedura de succesiune, au deținut dreptul de a dobândi patrimoniul persoanei care a decedat, dar și posibilitatea de a renunța la acest patrimoniu, ceea ce îl diferențea de moștenitorul necesar și direct

Același termen a fost folosit în dreptul roman pentru a desemna o persoană care nu are nici o legătură de rudenie cu o familie sau cu o persoană, așadar, este în afară acesteia. *Extraneus* a avut și rol de a desemna o persoană care nu a luat nici o parte într-o tranzacție sau nu a posedat un bun care s-a aflat în cazul unor dispute litigioase între două persoane².

Termenul de *extraneus* într-o tranzacție este asemănător cu cel care prevede moștenitorii *extranei*, adică se află în afara autorității familiale, dar nu au deținut nici un fel de legătură de rudenie între aceștia și nici nu au avut un drept de succesiune asupra unui bun, pe care a ajuns să îl integreze în patrimoniul său. Situație juridică ce îl diferențiază pe *extraneus* de moștenitorii direcți. Definiția termenului pe care îl vom prelua în explicarea termenului de *extraneus*, este cel de moștenitor din afara familiei, care nu este identificabil cu un străin.

În perioada secolelor XII-XIII a avut loc dezvoltarea studiului dreptului roman în cadrul universității de la Bologna, prin activitatea lui Irnerius, Bulgarus, Martinus, Hugo și Iacob, în cadrul studiului dreptului secular, iar la îndemnul papei Inocențiu al II-lea, Bulgarus a realizat un tratat de procedură juridică, implementat de către papa Inocențiu al II-lea³. Pentru dreptul canonic lucrarea lui Grațian, *Decretum*, a impulsionat studiul dreptului roman de către studenții de drept canonic, deoarece lucrarea a fost influențată de terminologia din dreptul roman⁴.

Toată această activitate din universitățile de drept canonic sau secular, a pătruns în documentele din perioada secolelor XI-XII, la nivelul redactării lor⁵, și de impunere a procedurilor din dreptul roman în cadrul proceselor ecleziastice⁶. Măsurile care au creat o nouă categorie socială și profesională, cea a profesioniștilor în drept, canonic sau secular, în perioada secolului al XIII-lea⁷. Dreptul roman a fost utilizat în formularea unor noi proceduri juridice și de a defini clar anumite drepturi juridice și personale⁸.

Progresul în educația dreptului canonic și civil întreprinsă în universitățile europene a pătruns și în mediul ecleziastic din Regatul Ungar, prin educația primită la universitățile din Bologna și Paris de unii înalți demnitari ai Bisericii din Regatul Ungar, precum arhiepiscopul de Esztergom, Lucas, și episcopii Bethlehem, Katapan, Adrian, Job, Damasus

și Paulus Hungarus. În universitatea de la Bologna la jumătatea secolului al XIII-lea a existat destui studenți, încât să stabilească o comunitate de *natio hongroise*⁹. Această situație a creat un mediu prielnic de dezvoltare a studiului de drept și de formare de profesioniști în administrația Regatului Ungar către sfârșitul secolului al XIII-lea¹⁰, care a necesitat lucrări scrise de juriști de drept canonic și secular, regăsite pe teritoriul Regatului Ungar din secolul al XIII-lea¹¹.

În Regatul Ungar s-au luat măsuri riguroase de implementare a dreptului în cadrul sinodului de la Esztergom, stabilit în perioada domniei regelui Coloman I. Decizia cu numărul LXV a stabilit ca *omnes archidiaconi breviarium canonum habeant*¹², ceea ce însemna că s-a încercat aplicarea normelor înscrise din dreptul canonic în implementarea judecării de către arhidiaconi. Reglementările au fost preluate și adoptate în Regatul Ungar după reforma Bisericii Romane inițiată de către Scaunul Pontifical de la jumătatea secolului al XI-lea¹³.

Alte măsuri de implementare a rigorilor dreptului canonic au fost deciziile luate în cadrul Sinodului de la Buda, din 1279, prezidat de către legatul pontifical Filip de Fermo. O decizie care s-a concentrat pe arhidiaconi și pregătirea lor în dreptul canonic, a fost formulată în capitolul XL¹⁴, care a impus viitorilor candidați pentru funcția de arhidiacon un studiu minim de trei ani în științe, iar fără respectiva educație să nu fie numiți ca arhidiaconi. În timp ce arhidiaconii care au exercitat funcția în momentul respectiv și nu au întreprins o educație în aceste științe, să fie educați și să termine cei trei ani de învățământ.

Impactul deciziei de la Sinodul de la Buda se poate observa în anul 1288, când apare în documentul emis de către capitulul Arhanghelul Mihail din Transilvania un arhidiacon, Kylian, cu titlul *dedoctor decretorum*¹⁵. Acest doctor în drept canonic, Kylean, arhidiacon de Tyleag, mai apare menționat în documentul emis de către episcopul de Transilvania, prin care se confirmă testamentul efectuat de arhidiaconul de Tyleag în anul 1301¹⁶. Prin acest exemplu de secol al XIII-lea, se poate observa pătrunderea în cadrul Transilvaniei a unor clerici pregătiți în drept canonic, în conformitate cu deciziile luate de către sinodul de la Buda.

Decretele emise de către regele Andrei al III-lea în anul 1290, redactate de către vice-cancelarul regelui și provost de Alba-Regală, magistrul Theodor, menționează la *articulus XXIII* că *in possessiones nobilium seu Saxonum predictorum non possit introire extraneus ratione dotis aut ratione quarte filiabus debite*¹⁷, iar respectivele posesiuni pot să fie răscumpărate de către moștenitori sau de către rude apropiate, în funcție de valoarea acestora, după decesul fiicelor sau surorilor. Prin acest decret s-a stopat introducerea partenerilor matrimoniali în proprietățile pe care soțiile lor le-au primit cu titlul de dotă de la familie sau de la rude. Reglementarea s-a aplicat și pentru posesiunile cu titlul de *qvarta*, destinate exclusiv moștenitorilor pe linie feminină, drept introdus în anul 1222. Din acest decret se poate extrage informația că după decesul partenerelor de viață, soțul avea posibilitatea de a stăpâni proprietățile soției, și că, prin termenul de *extraneus* utilizat, respectivele proprietăți erau sustrate de sub autoritatea parentală sub care se aflau fiicele, în cea a soțului, caz care se aplica în situația lipsei de moștenitori avuți de către soție.

Dreptul de succesiune pentru patrimoniul unui nobil implica și rude apropiate sau îndepărtate, membri care au format un neam nobiliar. Neamul a deținut o autoritatea

socială și legislativă¹⁸. Tocmai din cauza acestor drepturi de succesiune pe care unii membrii sau totalitatea lor le-au deținut asupra unui patrimoniu individual, au fost introduse legile din 1290, pentru a nu se vătăma drepturile de succesiune ale rudelor, prin acordarea proprietăților unor *extranei*.

În *articulus XXVII* din 1290 se prevede ca pentru nobilii care au pierdut proprietățile sale din cauza unor pedepse decise de către judecători, prin efectuarea unor fapte penale sau prin excese, rudele au dreptul de a răscumpăra respectivele proprietăți, pentru ca proprietățile să fie *in possessionibus propriis et avitis extraneum doleant possessorem*¹⁹. Astfel, termenul inițial de *extranei/extraneum* din dreptul roman, în Regatul Ungar a fost folosit pentru a desemna o persoană care nu se afla sub autoritatea titularului proprietății sau a rudelor acestuia, ceea ce a însemnat o preluare exactă a termenului din perioada secolului al VI-lea, atât în ceea ce privește moștenitorii cât și pentru denumirea din tranzacții, și introdus în legislația de la sfârșitul secolului al XIII-lea. Preluarea s-a aplicat în conformitate cu legile de proprietate din Regatul Ungar.

Folosirea acestui termen mai evocă o necesitate a Regatului Ungar de a delimita și clasifica persoanele care nu au deținut drepturi de succesiune în conformitate cu regulile adoptate de către regii maghiari. Din această cauză a fost preluat termenul de *extraneus/extraneum*.

O măsură de a limita dreptul de liberă dispunere persoanelor care au deținut proprietăți, drept care a fost atribuit în perioada domniei regelui Ștefan I²⁰, s-a luat în cadrul lucrării juridice denumită *Compilatio*, redactată la începutul secolului al XIV-lea. Decretul al X-lea prevede ca dacă un nobil intenționează să vândă, să acorde în zalogire sau să înstrăineze orice fel de proprietate pe care o deține, trebuie inițial ca acesta să se adreseze fraților, rudelor, neamului, rudelor codivizionarilor, vecinilor sau megieșilor. Ei au trebuit să se decidă dacă vor să cumpere sau să închirieze respectivele proprietăți pe care proprietarul dorește să le implice în acțiuni financiare²¹. Articolul legislativ a atribuit preempțiunea celor care au drepturi de succesiune asupra posesiunilor respective, indiferent de titlul juridic pe care posesiunile le-au deținut. Legea emisă a fost ca o măsură profilactică în încălcarea unor drepturi de succesiune ale unor persoane care au deținut asemenea drepturi la posesiunile deținute de către posesor și înstrăinate de el. Acordarea posesiunilor către alte persoane, ar fi generat pagube celor îndreptățiți să obțină drepturile respective. Astfel, cei clasificați cu termenul de *extraneus* trebuiau să fie din afară celor enumerați în articolul X, deoarece nu aveau drepturi de succesiune la posesiunile respective.

Aplicarea legilor Regatului Maghiar în Transilvania

În ceea ce privește decizia luată în cadrul legislației din anul 1290, decretul XXIII, se poate identifica aplicarea ei în spațiul Transilvaniei, în documentul emis de către capitlul bisericii Sfântul Arhanghel Mihail din Transilvania, la data de 18 septembrie 1304, prin care un nobil, Renold, reprezentându-se pe sine, a cerut înscrierea faptului că Ioan, Gyleth, Grigore și Iacob, îi vor acorda totalul de o sută de mărci, deoarece aceștia sunt rude cu

soții surorilor lui Renold, adică cu Dionisie și Bartolomeu. Renold a declarat că a primit suma și i-a eliberat de îndatorirea de a plăti zestrea și sfertul pentru surorile sale, și se mai adaugă faptul că Renold a renunțat la proprietățile respective, și o să-i apere pe Dionisie și Bartolomeu în legătură cu proprietățile acestora²². Această renunțare se explică doar ca o răscumpărare a unor proprietăți care au intrat în patrimoniul lui Dionisie și a lui Bartolomeu, dobândite prin intermediul dotei și a zestrei, iar drepturile de succesiune ale nobilului Renold au fost răscumpărate în acest fel.

Același capitlu din Transilvania a emis la data de 24 iunie 1305 o înțelegere între nobilii Ioan, Petru și Mihail, care s-au reprezentat pe sine și pe frații lor, dar și cu consensul rudelor lor, cu Petru, *zis cel Negru*, care a fost ginerele lui Mihail, înțelegere prin care s-a acordat o posesiune cu titlul de moștenire către Petru cel Negru. Cei trei au luat decizia să-l apere pe Petru cel Negru de diferitele chemări în judecată privind posesiunea, în caz că ar fi fost nevoie, și au adăugat o clauză în donație, ca în caz de desherență a lui Petru cel Negru cu fiica lui Mihail, posesiunea să fie returnată la Ioan, Petru și la frații lor²³. Documentul respectă articolul XXIII privind intrarea în patrimoniul rudelor a unor proprietăți care ar fi intrat în posesiunea unor *extranei*, iar clauza adăugată reflectă reglementarea introdusă în anul 1290.

Persoanele menționate în documentul de la 1304, apar și în documentul emis la 2 august 1325, de către același capitlu din Transilvania, prin care nobilul Ștefan primește de la Iacob, fiul lui Iacob, fiul lui *Apa*, ca reprezentant al tatălui și al fraților săi, o plată de douăzeci și cinci de mărci, care reprezenta plata pentru zestre și daruri de nuntă acordate văduvei lui Grigore, fiul lui *Apa*. Ștefan a fost fratele soției lui Grigore, care a decedat și a devenit văduvă, iar în urma unei judecăți, Iacob și rudele sale au trebuit să plătească cincizeci de mărci către văduvă²⁴. Documentul relevă o situație, care a fost consemnată de o decizie judecătorească, de plată a drepturilor soției lui Grigore, de către rudele acestuia, ca văduva să se poată recăsători sau să părăsească locuința soțului, precum s-a legiferat în perioada regelui Ștefan I²⁵, iar dota și darul de nuntă, dacă au fost atribuite în proprietăți imobile, revin rudelor soțului.

Legea din articolul XXVII din anul 1290 este observabilă clar în documentul emis de către capitlul din Transilvania, din 22 septembrie 1325, prin care Ladislau, Mihail și Beche, fiii lui Geleth, acordă lui Dominic, căsătorit cu sora lor, *qvarta* care îi aparținea acesteia. Donația s-a efectuat la dorința tatălui lor, inclusă în testament, dar și pentru un împrumut de cincizeci de mărci (*quingaginta marcis*), acordat de către Dominic fiilor lui Geleth. La această donație se adaugă clauza de răscumpărare a proprietății de la Dominic, în situația de desherență linie masculină, prin returnarea celor cincizeci de mărci lui Dominic de către fiii lui Geleth²⁶. Clauza prevede exact legea din 1290 privind răscumpărarea rudelor pentru proprietăți în caz de dotă sau de *qvarță*, ca acestea să nu ajungă în proprietatea unui *extraneus*. Persoanele din documentul emis la 1325, mai apar în documentele vremii la 1333, prin documentul emis de către capitlul de la Alba-Iulia la 19 iulie, și prin care se rectifică înțelegerea din 1325, deoarece a intervenit anumite schimbări juridice și de fapt în perioada 1325-1333. Schimbarea juridică a fost dată de faptul că Dominic a inițiat construcția unei biserici de piatră pe moșia respectivă, ceea ce i-a determinat pe frații

soției lui Dominic, Ladislau, Mihail și Beche, să acorde dreptul de posesiune a respectivei proprietăți, în caz de desherență a cuplului Dominic-Margareta, pe toată perioada vieții lui Dominic, proprietatea revenind la Ladislau, Mihail și Beche la decesul lui Dominic²⁷. Documentul specifică faptul că proprietatea o să revină fraților surorii, precum s-a legiferat în anul 1290.

Termenul de *extraneum* în Transilvania

În cadrul Transilvaniei, prima menționare de *extraneum* apare într-un document emis de către capitlul din Transilvania în anul 1331, 21 aprilie, prin care un nobil, *luunca*, a protestat la vânzarea inițiată de către unchiul său din partea tatălui, a unei porțiuni de proprietate. În cazul protestului de vânzare inițiat de *luunca*, se menționează că tatăl său a efectuat o acțiune de împotrivire a tranzacției, dar documentul a ars, iar din această cauză tranzacția inițiată de unchiul său s-a efectuat. Prin acest document, *luunca* protestează și se opune (*protestacione et prohibicione*) la înstăpânirea efectuată prin vânzare a respectivei porțiuni a oricărei persoane fără dreptul de succesiune (*quod nullum extraneum*)²⁸. Cazul prezintă o trecere peste drepturile de succesiune ale nepotului efectuat de către unchiul său, care a ignorat împotrivirea inițiată de către fratele său și a beneficiat și de arderea documentului care a consemnat respectiva împotrivire. În acest mod a vândut porțiunea de posesiune care ar fi intrat în stăpânirea nepotului, și a atribuit respectiva porțiune unei persoane care nu a deținut nici un drept asupra acesteia de succesiune. Prin tranzacția în cauză, unchiul a produs o vătămare a dreptului de succesiune asupra nepotului său, și a încălcat articolul din *Compilatio* privind preemțiunea rudelor la tranzacția de proprietăți.

Tot capitlul din Transilvania emite un document în anul 1341, 11 martie, prin care nobilul Ștefan, din neamul Hunthpaznan, a cerut un document de împotrivire pentru înstrăinarea unei pătrimi dintr-o moșie, de către nobilul Nicolae de Diviciori, care acordase a patra parte dintr-o proprietate cu titlul de moștenire, soțului surorii sale, cu titlul de donație, iar respectivul soț a intrat în posesia pătrimii acordate. Nobilul Ștefan, în acțiunea lui de împotrivire, invocă drepturi de succesiune la respectiva proprietate, prin statutul de megieș pe care îl avea Ștefan, și se face trimitere la legile Regatului Ungar, adică la articolul X din *Compilatio*. În document se afirmă că nobilul Ștefan nu acceptă intrarea în stăpânirea respectivei proprietăți a unui *extraneum* (*nullum extraneum intromitteret*)²⁹. Împotrivirea nobilului Ștefan s-a efectuat în conformitate cu *articuli XXVII* din 1290, prin stoparea celor cu titlul de *extraneum* de a intra în stăpânirea unor proprietăți cu titlul de moștenire, întocmai prin procedura de acordare a pătrimii pentru fiică, și pe articolul X, care a desemnat megieșii cu drept de preemțiune și cu drept de succesiune privind înstrăinarea unei proprietăți. Prin această împotrivire Ștefan a dorit să intre în posesia respectivei proprietăți, prin plata efectuată către soț care reprezenta răscumpărarea dreptului de pătrime.

Însă cel mai reprezentativ document emis de către capitlul din Transilvania, privind statutul de *extraneus*, a fost cel din 12 aprilie 1347, prin care nobilul Toma, fiul lui Toma, fiul lui Dionisie de Reghin, a cerut un document de împotrivire destinat blocării acțiunilor

de tranzacție pe care le dorea să le efectueze tatăl lui, Toma, fiul lui Dionisie de Reghin. Toma a dorit interzicerea ca orice rudă, vecini, megieși sau oricare *extraneo (sive etiam extraneo)* să intre în stăpânirea unor proprietăți pe care tatăl său dorea să le tranzacționeze. Toma, fiul, a invocat dreptul său de succesiune la respectivele proprietăți (*quia cum de iure praedictus magister Thomas..., in hereditate paterna succedere debeat...*) ca motiv pentru a iniția acțiunea juridică de împotrivire și de stopare a oricărei tranzacții inițiată de tatăl său³⁰. La doi ani de la emiterea documentului din 1347, la 2 noiembrie 1349, regele Ludovic I emite un document pentru a stopa tranzacția inițiată de către tatăl lui Toma și de către fratele său, Ștefan, privind proprietățile din partea Transilvaniei. Tranzacția a fost inițiată când fiul Toma s-a aflat în slujba regelui, deci s-a inițiat o tranzacție fără știrea unui moștenitor direct. Acțiunea a dus la pierderea de drepturi de succesiune a fiului asupra respectivelor proprietăți, iar prin documentul emis de către rege, s-a declarat nulă tranzacția și încetarea oricărui tip de tranzacție³¹.

Încetarea apariției în documentele emise după a doua jumătatea a secolului al XIV-lea a termenului de *extraneus* are legătură, susținem noi, cu interzicerea dreptului de liberă dispoziției a proprietarilor de către regele Ludovic I în anul 1351³². Prin care termenul de *extraneus* nu mai are valabilitate, deoarece orice acordare de proprietăți după 1351 pentru persoane care nu au avut o legătură de rudenie cu proprietarul, a reprezentat o vătămare a drepturilor de succesiune a rudelor și neamului.

Concluzii

Aceste exemple date din documentele emise de către capitulul bisericii din Transilvania, demonstrează aplicarea definițiilor termenilor de *heres extranei/ extraneus/ extraneum* din dreptul roman în cadrul legilor emise în 1290 și a celor de la începutul secolului al XIV. Aplicarea acestor concepții au fost introduse în cazurile particulare din Transilvania, și evidențiază o folosință a legilor scrise din Regatul Ungar în Transilvania, dar și o cunoaștere a dreptului roman de către clericii care au redactat documentele. Astfel, termenii de drept roman au făcut referire la persoanele din afara familiei, rudelor sau neamului, care nu ar fi avut nici un drept de succesiune asupra unor proprietăți sau posesiuni. Situație care provoca prejudicii și încălcări de drepturi ale unor persoane care au avut drept de succesiune la respectivele proprietăți sau posesiuni.

Termenii din dreptul roman care au pătruns în procedura folosită în Transilvania, ne relevă o imagine care leagă Transilvania de procesele de dezvoltare a studiului de drept roman petrecute în Europa secolelor XII-XIII. Preluare care a fost efectuată cu un decalaj relativ scăzut, ceea ce înseamnă că entitatea administrativ-geografică, Transilvania, a fost racordată la ultimele evoluții juridice din perioada medievală, deși s-a aflat la periferia creștinătății de rit latin, pentru a identifica mai precis mecanismele de succesiune din Transilvania, și de a acorda posibilitatea respectării de drepturilor de succesiune ale persoanelor care au deținut legături de rudenie.

- * Filip Bogdan-Sebastian, doctorand an III, Academia Română, Școala doctorală a Academiei Române, Filiala Cluj-Napoca, str. Mihail Kogălniceanu, nr. 12-14, etaj III-IV; bogdandsebastian@gmail.com.
- ¹ *Institutiones Iustiniani*, Vladimir Hanga, Dan Mircea Bob, București, 2009, p. 185-187.
- ² *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Adolf Berger, New York, 1953, p. 466; *Idem*, Ioan Trifa, *Dicționar juridic latin- român*, „**Extraneus** (adj.), extern, din afară, străin. **Legatum** ~ **adscribere** ~ a lăsa un legat unei persoane străine (de familie); ~heredes, moștenitor străin de familie”, Cluj-Napoca, 2009, p. 67.
- ³ Kenneth Pennington, *The “Big Bang”: Roman law in the early twelfth-century*, în: *Rivista internazionale di diritto comune*, 18, 2007, pp. 43-70.
- ⁴ Anders Winroth, *The Making of Gratian’s Decretum*, 2004, p. 146-156; Michael H. Hoeflich and Jasonne M. Grabher, *The Establishment of Normative Legal Texts The Beginnings of the Ius commune*, în: *The history of medieval canon law in the classical period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of pope Gregory IX*, edit. Wilfried Hartmann and Kenneth Pennington, Washington D.C., 2008, pag. 4.
- ⁵ Jean Gaudement, *Le droit romain dans la pratique et chez les docteurs aux XIe et XIIe siècles*, în: *Cahiers de civilization médiévale*, (n°31-32), 1965, p. 372-376.
- ⁶ Kenneth Pennington, *Roman Law at the Papal Curia in the Early Twelfth Century*, în: *Canon Law, Religion, and Politics: Liber Amicorum Robert Somerville*, Uta-Renate Blumenthal, Anders Winroth, Peter Landau, Washington, DC, 2012, p. 233-252.
- ⁷ James A. Bundage, *Legal Aid for the Poor and the Professionalization of Law in the Middle Ages*, în: *The Journal of Legal History*, 1988, p. 169.
- ⁸ Emanuel Conte, *Roman Law vs Custom in a Changing Society: Italy in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, în: *Custom. The Development and Use of a Legal Concept in the Middle Ages. Proceedings of the Fifth Carlsberg Academy Conference on Medieval Legal History*, ed. Per Andersen and Mia Münster-Swendsen, Copenhagen, 2008, p. 38.
- ⁹ Gergely Kiss, *La culture juridique des clercs dans le Royaume de Hongrie sous les rois angevins au XIVe siècle*, în: *Belvedere meridionale*, 2, 2015, p. 24.
- ¹⁰ *Ibidem*, p. 25.
- ¹¹ Péter Bónis, *Bartolus in Medieval Hungary*, în: *Fundamina*, 18 (2), 2012, p. 12-14.
- ¹² *Decreta Regni Mediaevalis Hungariae*, vol. I, János M. Bak, György Bónis, James Ross Swenney, Pál Engel, Leslie M. Domonkos, Paul B. Harvey Jr., Ferecn Döry, Péter Banyó, Martyn Rady, Budapest, 1999, p. 64, (DRMH).
- ¹³ Gergely Kiss, *Protection of the Church by hungarian royal decrees and synodal statutes in the 11th-early 14th centuries*, in *Ecclesia et Violentia: Violence against the Church and Violence within the Church in the Middle Ages* Edited by Radoslaw Kotecki and Jacek Maciejewski, Cambridge, 2014, p. 317-320.
- ¹⁴ Șerban Turcuș, Vasile Rus, *Sinodul General de la Buda, Quum tam de jure, quam de generali consuetudine multarum ecclesiarum, archidiaconi jurisdictionem habeant causas matrimoniales et plerasque alias audiend, examinandi, atque decidendi; satuimus atque praecipimus; quod nulli de cetero in regno Ungariae et provincia Poloniae in archidiaconatum assumantur, nisi in jure canonico latiter sint instructi atque periti, ... , et si tales in archidiaconatum assumi contigerit, teneantur ad minus triennio in canonico jure studere, dimissis in ipsis archidiaconatibus talibus vicariis, qui honeste possint supplere vices eorum....*, Cluj-Napoca, 2001, p. 176- 177, 230-231.
- ¹⁵ *Documente privind istoria românilor, C, Transilvania*, vol. II, Ion Ionașcu, L. Lăzărescu-Ionescu, Barbu Cămpina, Eugen Stănescu, D. Prodan, Mihail Roller, București, 1952, p. 302-303.
- ¹⁶ *Documente privind istoria României, sec. XIV, C, Transilvania*, vol. I, Ion Ionașcu, L. Lăzărescu-Ionescu, Barbu Cămpina, Eugen Stănescu, D. Prodan, Mihail Roller, 1953, vol. I sec. XIV, p. 8. (DIR, C, sec. XIV).

- ¹⁷ DRMH, vol. I, *Item in possession nobilium seu Saxonum predictorum non possit introire extraneus ratione dotis aut ratione quarte filiabus debite, sed heredes decedentium vel proximiores de generatione sua redimant eas secundum extimationem iustiam regni nostri consuetam*, p. 45.
- ¹⁸ Erik Fügedi, *The Elefánthy: The Hungarian Nobleman and His Kindred*, review by: Martyn Rady, în: *The Slavonic and East European Review*, vo. 77, no.2, p. 295-308; Martyn Rady, *Nobility, Land and Service in Medieval Hungary*, 200, p. 22-23; Diana Iergar, *Neamul nobiliar în secolele XIII-XIV. Considerații terminologice (The Noble Kindred in the 13th-14th Century. Terminological concepts)*, în: *Muzeul Județean Satu Mare, studii și comunicări*, vol. XXVI/II, 2010, p. 14; Charles d'Eszlary, *Histoire des institutions publiques hongroises*, vol. I, Paris, 1959, p. 52-53.
- ¹⁹ *Ibidem*, p. 45.
- ²⁰ *Ibidem*, ... *sicuti ceteris facultatem dedimus dominandi suorum rerum, ita etiam res, milites, servos es quicquid ad nostram regalem dignitatem pertinent...*, p. 3.
- ²¹ *Ibidem*, *item si quis nobilium possessionem seu possessiones aut particulas suas possessionarias necessitate prepeditus vendere vel impignorare aut a se alienare intenderet, tunc primo et principaliter easdem el ipsam fratribus et hominibus sue generationis vel condisionalibus vel commetaneis aut vicinis suis tali modo vendere possit, ut talem possessionem seu portionem possessionariam...*, p. 73.
- ²² DIR,C, vol. I, sec. XIV, p. 40-41; A római szent birodalmi gróf széki Teleki család oklevéltára, vol. I (1206-1437) (Teleki, vol. I), *Nos capitulum ecclesie beati Michaelis archangeli Transsilvane presentium per tenorem significamus quibus expedit universis, quod comite Renoldo filio Iohannis de Erkud ab una parte et Gregorio comite filio Apa pro se et Iacobo fratre suo, necnon pro magistro Iohanne et Gyleth filiis Beche ex altera coram nobis personaliter constitutis per eundem comitem Renoldum propositum extitit et relatam, quod per viam pacis et concordie super dote et rebus parafernalis dominarum sororum suarum, quas Dionysio et Bartholomeo filiis Dionysii, cognatis seu propinquis ipsorum filiorum Apa et filiorum Beche, nuptui et in consortem tradiderat, iam dictus comes Gregorius cum Iacobo fratre suo ac Iohanne et Gyleth prelibatis plenam et omnimodam satisfactionem impendissent persolvendo pro ipsa dote et rebus parafernalis predictorum dominarum centum marcas, de quibus quidem marcas idem comes Gregorius et Iacobus frater suus cum filiis Beche prenotatis sexaginta marcas pariter persolvent, quadraginta vero marcas dicti Gregorius et Iacobus comites per se sibi persolvent. Item confessus est etiam idem comes Renoldus, quod Gregorius et Iacobus supra dicti cum Iohanne et Gyleth filiis Beche prenotatis pro quarta filie Dionysii memorati persolvendo eidem comiti Renoldo triginta marcas similiter super ipsa quarta ad prenum satisfecissent, qua quidem satisfactione contentus idem comes Renoldus ipsos Gregorium et Iacobum comites filios Apa, ac Iohannem et Gyleth filios Beche cum suis heredibus, propinquis pariter et cognatis universis super causa dicte dotis et rerum premissarum ac super quarta prenotata a se suisve successoribus, consanguineisqu omnibus et cognatis in nostri presentia reddidit expeditos et perhempniter absolutos ab actionibus, que oriri possent ex premissis et specialiter ratione possessionum Dionysii et Bartholomei predictorum renuncians spontanea voluntate...*, Budapesta, 1895, p. 28-29.
- ²³ *Ibidem*, p. 44-45; *Codex diplomaticus Hungaricus Andegavensis*, vol. I (1301-1321), Nagy Imre, ... *quod Johannes filius Martini de Kodor et Petrus filius Laurencij fratris suis pro se et pro Moog ac Herceeg fratribus suis nec non dominico filio Perglyn coram nobis personaliter constituti confessi sunt quandam terram suam hereditariam Komlous vocatam... in comitatu de Clus existentem...*, ex consensu et bona voluntate omnium propinquorum et cognatorum suorum prout retulerunt dedisse racione proximitatis et donasse Petro dicto nigro genero suo, perpetuo in filiis filiorum possidendam..., specialiter Mychaele filio Dyonisij de sancto Petro sororio dicti Petri filij Laurencij consenciente, <...> tali tamen condicione interfecta quod si idem Petrus sine herede a predicta domina procreato uiam universe carnis ingrederentur, extunc ipsa terra komlous ad eosdem Johannem et Petrum ac predictos fratres suos necnon ad heredes eorundem revertetur in perpetuum possidenda..., Budapesta, 1878, p. 97-98.

- ²⁴ DIR,C, vol. II, sec. XIV, p. 158; *Urkundenbuch*, vol. I, *magistri Stephani filii Dyonisii ad una parte, pro Iacobo filio Iacobi filii Apa, pro se et patre suo et Andrea, Nycolao, Johanne, Apa et Dyonisio fratribus suis ex altera concorditer coram nobis retulerunt, quod super causa dotis et rerum paraphernalium dominae Anich relictæ quondam Gregorii filii Apa... eiusdem ac magistrum Stephanum filium Dyonisii nomine procuratorio prædictæ dominae Anich sororis suæ./// iudicii eiusdem de quinquaginta marcis Ungaricalium denariorum pro tempore currentium, de quibus convicti ratione dictæ dotis exstiterant,..., tamen numerum viginti quinque marcarum quia voluerunt a debitis eorum expediri, cum servis et ancillis... eidem magistro Stephano nomine Anich sororis suæ complevisent...*, p. 397.
- ²⁵ DRMH, vol. I, ... *si vero mutato voto iterato nubere voluerit et orphanos deserere, de rebus orphanorum nichil omnino sibi vendicet, nisi tantum sibi congrua vestimenta. si autem vidua sine prole remanserit et se inuuptam in sua viduitate permanere promiserit, volumus, ut potestatem habeat omnium bonorum suorum et quidquid velit inde facere, faciat. Post obitum autem eius eadem bona ad suos redeant parentis mariti, si parentes habet, sin autem, rex sit heres...* p. 6-7.
- ²⁶ DIR,C, vol. II, sec. XIV, *Capitulum ecclesie Transsilvane... coram nobil Ladislao, Michaele et Beche filiis Geleth,..., ab una parte et Dominico filio Andree,..., ex altera,... filii Geleth confessi sunt oraculo vive vocis, quod quandam possessionem eorum hereditariam Sumkerek vocatam, in comitatu de Zonuk existentem, cum omnibus utilitatibus suis et pertinentiis,... tam ratione testamenti quia nobilis vir pater ipsorum Geleth prefatam possessionem in extremis suis, ipsi consentientibus et presentibus, nobili Dominic Margareta filie sue, sorori ipsorum, et consorti ipsius Dominici,..., in testamento duxerat legandam seu legaverat pro sua quarta videlicet quam ex debito iure nature ipsa domina Margareta de possessionibus prefati Geleth patris habere debuisset, quam etiam pro quinquaginta marcis fini argenti, quass prefatus Dominicus,..., ipsorum inminente dederat seu accomodaverat, prefato Dominico... proximo ipsorum dedissent, donassent et assignassent et coram nobis sub modo predicto dederunt donaverunt seu assignaverunt predicto Dominico... iure perpetuo et irrevocabiliter possidendam tenendam pacifice et habendam; tali conditione interiecta, quod si predictam nobilem dominam Margaretam, consortem eiusdem Dominici, domino vocante sine herede masculino decedere contingat, extunc quinquaginta marcis fini argenti prius prefato Dominico... per ipsos filios Geleth plene persolutis, ad predictos filios Geleth prefata possessio... devolvatur possidenda...*, p. 160-161, 368-369 .
- ²⁷ *Ibidem*, vol. III, sec. XIV, p. 299; Teleki, vol. I, ... *coram nobil Ladislao filio Geyleth(igy) nobili de Wyragusberek pro se, Michaele et Weche fratribus suis absentibus, ex una parte et Dominico filio Andree nobili de Gumbas ex altera,..., vive vocis est confessus, quod cum dictus Dominicus ... in villa Sumkerek nominata ecclesiam lapideam... construeret, quam quidem possessionem Sumkerek Ladislaus, Michael et Webhe prenotati cum domina Margareta sorore ipsorum, consorte eiusdem Dominici ipsi Dominico dedissent et donassent,... Dominicus ipsis hoc assumpsisset et ad hoc se obligasset, quod si dicta domina Margareta consors sua,... sine heredum decederet solatio, tunc possessio Sumkerek... ad Ladislaum et Michaelem ac Weche ante dictos deberet devolvi et devenire,... eidem Dominico... assumpserunt et ad hoc coram nobis se obligaverunt, quod si dictam dominam Margaretam sororem ipsorum, consortem Dominici sepe dicti sine herede decederet contineret, tunc idem Dominicus ipsam possessionem ... cum omnibus utilitatibus et pertinentiis suis usque ad finem vite sue tanquam suam propriam possessionem deberet possidere et fructus ac reditus percipere eiusdem possessionis...*, p 46-47.
- ²⁸ DIR, C, vol III, sec. XIV, p. 10; Történelmi Társ., Budapesta, 1888, p. 81-82; Jakó Zsigmond, *Erdélyi okmánytár*, vol. II. 1301-1339, Budapesta, 2004, p. 258-259.
- ²⁹ *Ibidem*, vol.IV, p. 13; vol. III, 2008, p. 47.

- ³⁰ *Ibidem*, p. 349-350; *Oklevéltar a Tomaj nemzetségbeli losonczi Bánffy család történetéhez*, vol I., 1214-1457, Budapest, 1908, p. 139; vol. III, p. 148.
- ³¹ *Ibidem*, p. 514, *ipso ignorante et in servitiis nostris, sicut dicit, existente, praedictus magister Thomas filius Dyonisii pater suus et Stephanus filius suus, frater eiusdem...*, *hic in partibus Transilvanis et in Hungaria habitis et existentibus...*, *vendidissent et a se alienassent, ipso...*, *penitus ignorante. Unde protestatione huiusmodi facta coram nobis...* *famulis suis donatione, alienatione et pro pignore vel cambio traditione quarumlibet possessionum eorundem... prohibuit coram nobis. In cuius prohibitionis et protestationis testimonium praesentes eidem magistro Thomae filio dicti magistri Thomae...*, p. 162-163, p.209-210.
- ³² *DRMH*, vol. II, *excepto solummodo uno articulo modo prenotato de eodem privilegio excluso, eo videlicet, quod nobiles homines sine herede decedentes possint et queant ecclesiis vel aliis, quibus volunt, in vita et in morte dare vel legare, possessiones eorum vendere vel alienare, ymo ad ista facienda nullam penitus habeant facultatem, sed in fratres, proximos et generationes ipsorum possessione eorundem de jure et legitime, pure et simpliciter absque contradictione aliquali devolvantur...*, p. 9.

ARTICOLE

**"THE PRIMARY RESPONSIBILITY OF THE LICENCE HOLDER":
A PRINCIPLE OF EUROPEAN NUCLEAR LAW**

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017).3.4

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Handrlica JAKUB*

Abstract: *The very special nature of radioactive waste triggers variable challenges to the allocation of responsibilities between the state and waste generators. To identify some clear delineation between the responsibility of the waste generator (operator of nuclear power plant, of a research reactor, reprocessing facility, or other industrial or medical licence holder) and that of the concerned state to protect its citizens, this contribution turns its attention to the legal framework created in this field of by means of European law. In order to identify some clear delineation between the responsibility of the waste generator (licence holder) and that of the state to protect its citizens, we turn our attention to the legal framework created in the field of radioactive waste management by means of European law. In the following parts, major legal instruments will be examined, analysing the allocation of responsibility between the waste generator and the state in whose territory radioactive waste is produced.*

Keywords: *radioactive waste management, primary responsibility of the licence holder, ultimate responsibility of the state.*

Introduction¹

Currently, fourteen out of the twenty eight Member States of the European Union have nuclear power plants in operation, and a further two have nuclear power plants which are being decommissioned.² At the same time, some of Member States already have *official phase-out policies*, such as Germany, or a *de facto phase-out* situation where no replacement capacity is planned as current nuclear power plants are closed, such as Spain. Three Member States (Finland, France and the Slovak Republic) are constructing new nuclear power plants. Bulgaria, the Czech Republic, Lithuania, the Netherlands, Romania and the United Kingdom are planning the construction of new units, while also Hungary, Italy, Poland, Slovenia are considering proposals for new build. Nuclear power generation and its associated processes e.g. fuel manufacture, reprocessing and decommissioning are to be

considered the largest generators of radioactive waste. However, radioactive waste is also generated as a result of non-power uses of radioactive materials, such as the manufacture of radioactive materials for use in medical and industrial applications, or research facilities such as laboratories, research reactors, etc. Therefore, in total, some 2 500 tonnes of radioactive waste in a form of heavy metal and 110 700 m3 of other radioactive waste are generated in the European Union each year.³

It is a matter of fact, that the very special nature of radioactive waste triggers variable challenges to the allocation of responsibilities between the state, which permitted the concerned activity in its territory and the waste generators, than is usual by conventional types of wastes, such as municipal (household, commercial and demolition), by clinical wastes and also by certain other hazardous wastes (electronic, etc.).⁴In general, the "polluter pays" principle applies to waste generators in most of the jurisdictions.⁵ However, in the field of radioactive waste management, governments basically do not limit their involvement to the pure creation of legislative and regulatory frameworks. Given their longevity, radioactive waste introduces a "new time dimension in the field of radiation risk management."⁶ Whatever the future of nuclear power and other nuclear non-power applications, the implementation of disposal solutions, as the end of managing radioactive waste, are needed for assuring both safety and sustainability. Only adequate disposal provides workers, the public and the environment with protections from the hazards radioactive waste may pose over time. Consequently, governments must bear the overall responsibility for formulating and implementation comprehensive national policies for long-term management of radioactive waste, reflecting the interests and positions of all affected parties.⁷

In order to identify some clear delineation between the responsibility of the waste generator and that of the state to protect its citizens, we turn our attention to the legal framework created in the field of radioactive waste management by means of European law. In the following parts, major legal instruments will be examined, analysing the allocation of responsibility between the waste generator and the state in whose territory radioactive waste is produced.

The principle of "primary responsibility" of the licence holder

In the field of international law, the legal framework created under the auspices of the International Atomic Energy Agency (IAEA) is to be analysed to tackle the question of how responsibilities are distributed among the polluters and the state, regarding radioactive waste. Here, the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management of 1997⁸ plays an eminent role, its having been adopted as one of the salient reactions of the international community of states on the accident in Chernobyl.⁹ The Joint Convention intends to address the issues of safety of radioactive waste management "through the enhancement of national measures and international co-operation, including where appropriate, safety-related technical co-operation." Further, it also intends to "ensure that during all stages of spent fuel and

radioactive waste management there are effective defenses against potential hazards so that individuals, society and the environment are protected from harmful effects of ionizing radiation, now and in the future, in such a way that the needs and aspirations of the present generation are met without compromising the ability of future generations to meet their needs and aspirations" and to "to prevent accidents with radiological consequences and to mitigate their consequences should they occur during any stage of spent fuel or radioactive waste management." Consequently, the Joint Convention is the first legal instrument to address the issue of spent fuel and radioactive waste management safety on a global scale.

The Joint Convention shall apply to the radioactive waste those results from the operation of civilian nuclear reactors or from other civilian applications.¹⁰ Consequently, wastes resulting from the operation of any military nuclear facilities are not to be covered by the provisions of this Convention, unless declared as radioactive waste for the purposes of this Convention by the respective Contracting Party. Further, neither is the radioactive waste held at reprocessing facilities as part of a reprocessing activity covered in the scope of this Convention, unless the Contracting Party declares reprocessing to be part of radioactive waste management. Under the scope of the Convention, also do not fall any waste that contains only naturally occurring radioactive materials and that does not originate from the nuclear fuel cycle, unless it constitutes a disused sealed source or it is declared as radioactive waste for the purposes of this Convention by the Contracting Party.¹¹

The Joint Convention follows the concept of the "*ultimate responsibility*" of the state, stipulating that each Contracting Party shall provide for the establishment of applicable national safety requirements and regulations for radiation safety, which will cover national licensing systems, prohibition of the operation of a radioactive waste management facility without a licence, a system of appropriate institutional control, regulatory inspection, documentation and reporting, the enforcement of applicable regulations and of the terms of the licences and clear allocation of responsibilities of the bodies involved in the different steps of radioactive waste management.¹² In relation to allocation of responsibility between the waste producer and the state, the Joint Convention explicitly declares¹³ that "each Contracting Party shall ensure that *prime responsibility* for the safety of spent fuel or radioactive waste management rests with the holder of the relevant licence and shall take the appropriate steps to ensure that each such licence holder meets its responsibility" (emphasis added). As the "licence" is to be considered as "any authorization, permission or certification granted by a regulatory body to carry out any activity related to management of radioactive waste"¹⁴, we deduce that the "polluter" and the "licence holder" are one and same person.¹⁵ Both those subjects to private and public law can be involved in the field of radioactive waste management. The Joint Convention takes the position of the state into consideration (and enables it), when stipulating for the "effective independence of the regulatory functions from other functions where organizations are involved in radioactive waste management and in their regulation"¹⁶.

However, it is a matter of fact that the Joint Convention does not provide for further definition of the licence holders "*prime responsibility*". As each Contracting Party

must "establish and maintain a legislative and regulatory framework to govern the safety of radioactive waste management"¹⁷, it is understood that shaping a precise definition of this „prime responsibility“ is in the hands of the respective Contracting Party. Consequently, the Joint Convention deliberately fails to channel the major responsibilities to the "licence holder" (polluter), but remains (also deliberately) neutral in this regard, enabling the Contracting Parties to decide upon the type and range of state involvement in the field of radioactive waste management. E.g., the Contracting Party is basically free to decide on the form of a financing scheme in this area. Similarly, the Contracting Party is free to decide whether the necessary research and development will be conducted by the state, or by the licence holder. Such a neutral construction clearly reflects the fact, that when adopting the Convention, different states had already developed various financial and organisational systems in the field of radioactive waste management. Last but not least, the Joint Convention explicitly provides that, if there is no licence holder or „other responsible party“, the responsibility rests with the Contracting Party that has jurisdiction over the radioactive waste.¹⁸ Thus, this rule also reflects the concept of the "*ultimate responsibility*" of the state, which points to potential hazards that may arise during the long-term operation of storages and repositories.

In this connection, reference may also be made to the Convention on Nuclear Safety of 1994, which provides for the same principle in relation to holders of a licence for the operation of a nuclear power plant.¹⁹

The concept of the "*prime responsibility*" of the state licence holder and of the "*ultimate responsibility*" of the state has been receipted also in provisions, created in the framework of the European Atomic Energy Community (Euratom). It is a matter of fact, that the European Atomic Energy Community and all Member States with exception of Malta are currently Contracting Parties to the Joint Convention, with Portugal (2009) and Cyprus (2010) having become a Contracting Party only recently. In this regards, the European Parliament stated in 2007 that it "regrets the absence of a legislative corpus on harmonised standards for nuclear safety, the management of radioactive waste" and "calls on the Commission and the Member States to finally make progress on the issue of final disposal". In the "2007 Report on Assessing Euratom – 50 Years of European nuclear energy policy"²⁰, the European Parliament invited the Commission "to review the relevant drafts of its legislative proposal and submit new proposals for Directives on the safety of nuclear facilities, on waste management, and on closure and decommissioning of nuclear facilities taking into account the '*polluter-pays*' principle". Further, also the European Economic and Social Committee expressed "an urgent need for Member States utilising nuclear power to put in place national plans for management of nuclear fuel and radioactive waste. Anything else is to be seen as irresponsibly passing on the present generations' obligations to next generations". The provisions of the Council Directive 2011/70/Euratom of 19 July 2011 establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent fuel and radioactive waste²¹ reflects these developments and for the first time, it creates a comprehensive framework of minimal requirements for the safe management of spent

fuel and radioactive waste in the European Union. Pursuant to the Directive, Member States shall ensure that the prime responsibility for the safety of spent fuel and radioactive waste management facilities and/or activities rest with the licence holder. That responsibility cannot be delegated.

Consequently, the principle of the "primary responsibility" of the licence holder for radioactive waste management is to be considered a common principle of European nuclear law.²² However, similar to the Joint Convention, the Directive also fails to provide for a clear-cut between the "primary responsibility" of the licence holder and the "ultimate responsibility" of the state. The Member States have a rather broad discretion upon the shaping and specification of both organisational (e.g. research, development, operation of the final disposal facilities) and financial responsibilities between the state and the licence holder. This is confirmed by the wording of the Art. 9, which provides that the Member States shall ensure that the national framework requires that adequate financial resources be available when needed for the implementation of national programmes, especially for the management of SF and RAW, „taking due account of the responsibility of spent fuel and radioactive waste generators.“ It is a matter of fact, that the principle of "primary responsibility" of the licence holder finds a variety of applications in the concerned Member States:

1/ Any allocation of responsibilities between the state and waste generators represents a considerable challenge to the field of radioactive waste management. Existing binding legal instruments fail to provide for an exact determination between the "primary responsibility" of the waste generator (licence holder) and the "ultimate responsibility" of the state.

Under current Finnish legislation, the *Nuclear Energy Act of 1988* provides that a licence holder, whose operations generate or have generated radioactive waste, shall be responsible for all management measures and their appropriate preparation, as well as their costs. Basically, this "primary responsibility" expires when the final disposal of radioactive waste and the decommissioning of a nuclear facility has been carried out in accordance with the safety regulations, and the licensee under a waste management obligation has paid a lump sum to the State for the monitoring and control of the nuclear waste. The Finnish legal framework provides for licence holder responsibility for radioactive waste management in the course of (long-term) storage, until their final disposal. Such a construction triggered considerable efforts of the licence holders to address the challenges arising from SF and RAW management. Therefore, in 1995, two major NPP licence holders (*Teollisuuden Voima Oyj* and *Fortum Power & Heat Oy*) together established a waste management company „Posiva Oy.“ Posiva has been held responsible for research into the final disposal of spent nuclear fuel and for the construction, operation and eventual decommissioning and dismantling of the final disposal facility.

The French legal framework opted for a rather different model than the Finnish legislation described above. In the French legislation, the Planning Act on sustainable management of radioactive materials and waste of 2006²³ provides that the National Radioactive Waste Management Agency (*L'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs*), a public industrial and commercial establishment (*établissement public*

industriel et commercial), is responsible for the long-term management of radioactive waste. The Agency shall fulfil duties regarding managing existing long-term storage centres (either directly or by means of third parties acting on its behalf), designing, installing and building new storage centres, bearing in mind the long-term prospects for the production and management of waste. Consequently, despite the proclamation, that the "producers of spent fuels and radioactive wastes are responsible for these substances, without prejudice to the responsibility their holders have as nuclear activity operators" (Art. 2 par. 3), the Planning Act on sustainable management of radioactive materials and waste provides for a centralised, state controlled system of management, beginning with the long-term storage of these wastes and ending with their disposal in the repository. Thus, the "primary responsibility" of the waste producers is rather limited to various financial obligations *vis-à-vis* the Agency and the state. Thus, in contrast to the Finish system, where the licence holders bear an overall responsibility for the produced RAW and SF until these are disposed into the (final) repository in accordance with the safety regulations, the French system provides for an integrated, state controlled system of RAW and SF management. The "primary responsibility" of the licence holders is reduced to pure financial obligations.

In the legislative framework of the Czech Republic, the Nuclear Energy Act of 2017 provides that the licence holder shall bear all costs associated with its management, from its time of origin to its disposal, including monitoring of radioactive waste repositories after their closure, as well as necessary research and development activities. Under the terms of this Act, the state „guarantees safe disposal of all radioactive waste, including monitoring and supervision of repositories after their closure.“ While the (long-term) storage of radioactive waste remains the responsibility of waste generators, managing final repositories (including pursuing the option of the deep-geological repository) falls under the responsibility of the Radioactive Waste Repository Authority (*Správa úložišť radioaktivních odpadů*). Consequently, in the Czech Republic, the "primary responsibility" of the licence holders is reflected not only in their financial obligations, but also in their obligation to transfer the RAW and SF to the custody of the Authority in certain quality, in accordance with the safety regulations. The concept of the "ultimate responsibility" of the state has been reflected by establishment of the Authority, which has been entrusted to custody the radioactive waste, manage the research and development activities and pursue the option of the final deep-geological repository.

2/ It seems clear that licence holders' "primary responsibility" entails (at least) financial responsibility. In this regard, it is worth to mention, that the Commission presented its first report to the European Parliament on the use of financial resources earmarked for the decommissioning of nuclear power plants already in 2004.²⁴ With respect to this article of this study, the reports included following findings:

The collected data showed that ten Member States chose the option of *external management*; i.e. separate from the accounts of the nuclear operator,²⁵ which is considered to be a mode of management offering the greatest transparency and probably the best guarantee as to the ultimate use of financial resources, particularly in the event

of an Licence holder going bankrupt. Most of these funds were segregated from revenues obtained on the basis of nuclear activities – primarily through a levy – during the plant's operational life. However, there are several notable variations; e. g. in Italy, Slovak Republic, Bulgaria and Lithuania, the funding for decommissioning and waste management is provided by more than one system. Further, in France and Germany, financial resources earmarked for decommissioning are entered into the accounts of the electricity producers, in the form of provisions (*internal management*). This mode of management allows very flexible use to be made of resources. It means that the same entity, in this instance the nuclear operator, has both financial and technical responsibility. However, it does not offer the same transparency as external management. A priori, it does not ensure that the resources will be available when the time comes or that they will not be used for purposes other than those for which they were created. Technically, the options for using these resources are vast and could possibly give rise to anti-competitive practices on the internal markets in electricity,

These differences between Member States are largely explained by historic factors, stemming from the economic context which preceded the creation of the internal market in electricity. "The polluter-pays-principle requires operators to set up adequate funds, which are available when necessary. This principle is not always strictly applied, usually for well-defined historic reasons (...) Differences in decommissioning strategies and fund management may lead to a distortion on the liberalised EU energy markets. Decommissioning costs, including the final disposal of the waste, must be seen as part of electricity production costs and should be compatible with state aid rules.." ²⁶ Therefore, following consultation with Member State experts and taking advantage of its research in the field, the Commission adopted a Recommendation on decommissioning funds in 2006. ²⁷ It proposes measures to ensure that adequate financial resources are available at the scheduled time for all decommissioning activities of nuclear installations and for the management of spent fuel and radioactive waste. Pursuant to this Recommendation, "the polluter pays principle should be fully applied throughout the decommissioning of nuclear installations. In this regard, the primary concern of nuclear operators should be to ensure the availability of adequate financial resources for safe decommissioning by the time the respective nuclear installation is permanently shut down". ²⁸

3/ In strict contrast to a rather reserved definition of licence holders "prime responsibility" for the safety of radioactive waste management in the Joint Convention and in the Directive, the existing nuclear third party liability treaties channel all liability for damages (arising from a nuclear incident) in the "nuclear installation" to the person designated or recognised by the competent public authority as being the "operator of the installation." Thus, the operator of a reprocessing and storage facility is *exclusively* liable for all damages, arising from the radioactive, toxic, explosive or other hazardous properties of nuclear fuel, or radioactive products, or waste, or with any of them, or from ionizing radiations emitted by any source of radiation inside these installations.

It is a matter of fact, that the relation between nuclear third party liability treaties and radioactive waste management has been the subject of long academic discussion. ²⁹ There is no

EU legislation in this field currently. The core of these discussions represents the issue of the applicability of these conventions to those facilities where the radioactive waste are temporary stored, or definitively disposed.³⁰ Under the legal framework of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, the following facilities („nuclear installations“) are covered: „reactors other than those comprised in any means of transport; factories for the manufacture or processing of nuclear substances; factories for the separation of isotopes of nuclear fuel; factories for the reprocessing of irradiated nuclear fuel; facilities for the storage of nuclear substances other than storage incidental to the carriage of such substances; and such other installations in which there are nuclear fuel or radioactive products or waste as the Steering Committee for Nuclear Energy of the Organisation shall from time to time determine.“³¹ The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage provides for a very similar definition of the same term: „any nuclear reactor other than one with which a means of sea or air transport is equipped for use as a source of power, whether for propulsion thereof or for any other purpose; any factory using nuclear fuel for the production of nuclear material, or any factory for the processing of nuclear material, including any factory for the re-processing of irradiated nuclear fuel; and any facility where nuclear material is stored, other than storage incidental to the carriage of such material.“³²

Consequently, both liability treaties basically apply to the reprocessing facilities and to facilities, where radioactive waste has been temporary stored since the 1960s. However, neither treaty explicitly addressed the issue of the final disposal facilities (repositories), which became gradually more and more relevant over the course of the last decades.³³ This challenge was reflected by both the Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of 1997³⁴ and the Protocol to Amend the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 2004.³⁵ In the legal framework of the Amended Vienna Convention, the Board of Governors of the International Atomic Energy Agency was empowered to determine which installations with nuclear fuel, Radioactive products or waste are to be considered „nuclear installations“ in the sense of the treaty. That brings the possibility of also extending the application of the treaty to waste repositories.³⁶ The Amended Paris Convention also extended the definition of the “nuclear installation” to “installations for the disposal of nuclear substances.” However, the progressive effects of these changes are rather limited in reality, as only three Member States belong to the legal framework created by the Amended Vienna Convention (Latvia, Poland and Romania). Further, the Amended Paris Convention has not yet entered into force.

Both liability systems allow only very limited liability exonerations (armed conflict, hostilities, civil war, insurrection, grave natural disaster of an exceptional character). Further, in contrast to a vague limitation of financial obligations among the state and polluter in the Joint Convention, the nuclear third party liability treaties unambiguously prefer the direct allocation of financial responsibilities on the operators’ part. Therefore, the operator is obliged to have and maintain some other financial security in order to cover his exclusive liability.

However, neither of the nuclear liability treaties create a liability system free of state intervention. On contrary, the treaties provide for a whole range of interventions

from the side of the Contracting Parties, which shape the contours of operator liability: As a *quid pro quo* for the principle of exclusive liability and for very limited liability relief, the Contracting Party *must* limit operator liability for damages under the Paris Convention of 1960.³⁷ The same system also applies, in slightly modified form, under the Vienna Convention of 1963, which enables the Contracting Parties to limit the operator liability,³⁸ or to provide for unlimited operators liability. To cover operator liability under the Paris Convention of 1960, the operator shall be required to have and maintain insurance or other financial security of the amount established and of such type and terms as the Contracting Party provides.³⁹ Also, under the Vienna Convention of 1963, the operator shall be required to maintain insurance or other financial security covering his liability for nuclear damage in such amounts, of such types and in such terms as the Contracting Party shall specify.⁴⁰ However, in contrast to the Paris Convention of 1960, the Vienna Convention of 1963 also provides that the Contracting Party shall ensure the payment of claims for compensation for nuclear damage that have been established against the operator by providing the necessary funds to the extent that the yield of insurance or other financial security is inadequate to satisfy such claims, but not in excess of the limit established in national legislation. Further, the Vienna Convention of 1963 provides that nothing shall require a Contracting Party or any of its constituent sub-divisions, such as States or Republics, to maintain insurance or other financial security to cover their liability as operators.

Consequently, though the nuclear third party liability conventions link liability for damages directly to the operator, they also provide a rather wide field of state intervention and basically assign their Contracting Parties to define these rules in national legislation.⁴¹ Thus, even in the field of liability for damages that may occur by operating the facilities serving for reprocessing of spent fuel, storage and final disposal, international law itself fails to provide a clear cut between operator liability and state responsibility to protect. Further, liability limitations and a system of state guarantees represent a major modification to the "polluter pays" principle in this area.

Also, while not exactly stipulated in the provision of the treaties, in the area of damage compensation, certain "ultimate responsibility" rests in the state. *Nemo dat quot not habet*. Even by opting for the regime of unlimited liability (which is possible under the Vienna Convention in both 1963 and 1997 versions) and under the Amended Paris Convention, after the financial funds of the operator are exhausted, any remaining damages remain a burden of the state, depending on its solvency and willingness to cover them. Further, within the meaning of the liability treaties, each disposal facility must have an operator liable with financial coverage of his liability. The question raised at this stage is to determine, who in this system must ensure that there will be the effective and continuous presence of an operator liable. Here, the treaties provide for no explicit answer to this question, however, the very definition of a nuclear operator entails a specific obligation of a state to designate or recognise an operator for any nuclear installation. Consequently, it would be reasonable to consider by extension, that this provision also includes the obligation to ensure, that someone will always remain liable for the radioactive waste disposed of. One

possibility envisaged is that this liability be transferred to the state or a public agency it has designated.⁴² In this scenario, victims would have no other recourse but to claim compensation directly from the state where the radioactive waste disposal facility is located.

Conclusions

Taking the above presented perspectives into consideration, one can argue that any allocation of responsibilities between the state and waste generators represents a considerable challenge to the field of radioactive waste management.⁴³ Existing binding legal instruments of international law fail to provide for an exact determination between the "primary responsibility" of the waste generator (licence holder) and the "ultimate responsibility" of the state. Notwithstanding the "ultimate responsibility" of the state, under the polluter pays principle, the generators are responsible for managing the waste. It seems clear that licence holders' "primary responsibility" entails (at least) financial responsibility. "Beyond this core, the contours of the polluter pays principle become blurred."⁴⁴ It is commonly held that the polluter pays principle is, in the field of radioactive waste management, subject to further shaping and specification by the state and therefore its function is rather to "justify the imposition of physical or operational responsibility on waste generators."⁴⁵ Such responsibility seems to be common as regards interim storage (which is also not the case of all jurisdictions), but may be extended to final disposal and/or to research and development obligations. *A vice versa*, the obligations mentioned can also rest in the state. This possible extension shows that there is no a clear-cut borderline between the polluter pays principle and the state obligation to protect in this field.

In any case, the state bears its "ultimate responsibility" once the radioactive waste have finally been disposed into the repository, if responsible polluter is not known, does not exist, ceases or has become unable to duly fulfil his obligations.

* JUDr. Jakub Handrlica, Ph.D., Assistant Professor, Department of Administrative Law, The Faculty of Law, Charles University, Czech Republic. Email: jakub.handrlica@prf.cuni.cz.

¹ This article has been supported by the Czech Science Foundation – GACR through its project N. 17-16764S „Radioactive waste and spent nuclear fuel management – identifying challenges for the Czech legal framework.”

² Member States that have nuclear power plants in operation are: Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Finland, France, Germany, Hungary, the Netherlands, Romania, Slovenia, Spain, Sweden and the United Kingdom. Italy and Lithuania have only nuclear power plants under decommissioning.

³ It should be mentioned, that these figures does not include RAWs, arising from the operation of military nuclear facilities in France and in the United Kingdom.

⁴ Riley, P. *Nuclear Waste: Law, Politics and Pragmatism*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2004, at pp. 33-56.

⁵ Montjoie, M. *Droit international et gestion des déchets radioactifs*, L.G.D.J., Paris 2011, at p. 60.

- ⁶ Vial, E. 'Le concept de responsabilité envers les générations futures dans la gestion et le stockage des déchets radioactifs', *Bulletin de droit nucléaire*, 2004, at p. 16.
- ⁷ Kelson, J. 'State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity', *Harvard International Law Journal*, 1972, at p. 199.
- ⁸ The Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management of 24th December 1997 entered into force on 18th June 2001. The Convention was adopted under the auspices of the International Atomic Energy Agency and covers a number of states worldwide (Albania, Argentina, Armenia, Australia, Belarus, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Brazil, Bulgaria, Canada, Chile, China, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Gabon, Georgia, Ghana, Gabon, Greece, Hungary, Iceland, Indonesia, Ireland, Italy, Japan, Jordan, Kazakhstan, Korea, Kyrgyzstan, Latvia, Lesotho, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Macedonia, Malta, Mauritania, Mauritius, Montenegro, Morocco, Netherlands, Niger, Nigeria, Norway, Oman, Peru, Poland, Portugal, Moldova, Romania, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Tajikistan, Ukraine, UAE, United Kingdom, USA, Uruguay, Uzbekistan, Vietnam).
- ⁹ Kageneck, A., Pinel, C. 'The Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management', *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, at p. 410.
- ¹⁰ Art 3, Par. 1 and 2.
- ¹¹ Tonhauser, W., Jankowitsch-Prevor, O. 'The Joint Convention on the Safety of SF Management and on the Safety of RAW Management', in OECD (ed.), *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period*, OECD, Paris 2006, at pp. 208-209.
- ¹² Art. 19, Par. 1.
- ¹³ Art. 21, Par. 1.
- ¹⁴ Art. 2, letter /e/.
- ¹⁵ Cans, Ch. 'Droit nucléaire et droit de l'environnement: mariage de raison, mariage sans raison', in Guézou, O., Manson, S. (eds.) *Droit public et nucléaire*, Ed. Bruylant, Bruxelles 2013, at p. 316.
- ¹⁶ Art. 20, Par. 2.
- ¹⁷ Art. 19, Par. 1.
- ¹⁸ Art. 21, Par. 2.
- ¹⁹ Kamminga, M. 'The IAEA Convention on Nuclear Safety', *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, at p. 874.
- ²⁰ 2006/2230(INI).
- ²¹ O.J. of 2nd August 2011, L 199/48.
- ²² Graff, T. 'Les modulations des principes du droit international face à la menace nucléaire', in: Guézou, O., Manson, S. (eds.) *Droit public et nucléaire*. Bruxelles: Bruylant, 2013, at pp. 136-138.
- ²³ The articles of this Planning Act of 2006 are now part of the Chapter II of Title IV of Book V of the Code of Environment.
- ²⁴ Report on the use of financial resources earmarked for the decommissioning of nuclear power plants, COM (2004)719 final.
- ²⁵ They are the Czech Republic, Finland, Hungary, Italy, Lithuania, the Netherlands, Slovakia, Slovenia, Spain and Sweden.
- ²⁶ Second Report on the use of financial resources earmarked for the decommissioning of nuclear installations, spent fuel and radioactive waste, p. 8.
- ²⁷ Commission Recommendation of 24 October, 2006, on the management of financial resources for the decommissioning of nuclear installations, spent fuel and radioactive waste [2006] OJ L 300/31.

²⁸ Sec. 3, Par. 3.

²⁹ Reyners, P. 'Civil Liability for Long-Term Damage Caused by the Disposal of RAW', in Pelzer, N. (ed.): *Schnittpunkte nationalen und internationalen Atomrechts*, Nomos Verlag, Baden Baden 1997, at pp. 123-143.

³⁰ Pelzer, N. 'Regime of Liability and Compensation for Damage Arising out of Non-Retrieveable Waste Disposal', in OECD (ed.): *Nuclear Third Party Liability and Insurance*, OECD, Paris 1985, at pp. 332-334.

³¹ Art. 1, letter /a/.

³² Art. I, Par. 1, letter /j/.

³³ Therefore, the Steering Committee for Nuclear Energy of the Organisation for Economic Co-operation and Development used its prerogative, anchored in the Paris Convention, and by its Decision of 11. 4. 1984, included those final disposal facilities being in the "pre-closure" phase into the application of this treaty.

³⁴ The Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Liability of 12th September 1997 entered into force on 3rd October 2003.

³⁵ The Protocol to Amend the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 12 February 2004 hasn't yet entered into force.

³⁶ Kissich, S. *Internationales Atomhaftingsrecht, Anwendungsbereich und Haftungsprinzipien*, Nomos Verlag, Baden Baden 2001, at pp. 166-167.

³⁷ The maximum liability of the operator in respect to damage caused by a nuclear incident shall be 15 million Special Drawing Rights under the Paris Convention of 1960. However, any Contracting Party, taking into account the possibility of the operator obtaining insurance or other financial security required and having regard to the nature of the nuclear installation or the nuclear substances involved (and to the likely consequences of an incident originating therefrom), may establish a lower amount, provided that in no event shall any amounts so established be less than 5, 000,000 Special Drawing Rights.

³⁸ The liability of the operator may be limited by the Contracting Party to not less than US \$5 million for any single nuclear incident. Any limits of liability which may be established pursuant to this Article shall not include any interest or costs awarded by a court in actions for compensation of nuclear damage. The United States dollar referred to in this Convention is a unit of account equivalent to the value of the United States dollar in terms of gold on 29 April 1963, that is to say US \$35 per one troy ounce of fine gold.

³⁹ Art. 10.

⁴⁰ Art. VII, Par. 1

⁴¹ Emmerechts, S. 'Environmental Protection under Nuclear Law: Still a Long Way to Go', in OECD (ed.): *International Nuclear Law: History Evolution and Outlook*, OECD, Paris 2010, at pp. 142-143.

⁴² Reyners, P. Civil Liability for Long-Term Damage Caused by the Disposal of Radioactive Waste, in Pelzer, N. (ed.) *Schnittpunkte nationalen und internationalen Atomrechts*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1997, at pp. 124-125.

⁴³ Dagicour, F. 'Une perspective Internationale de la gestion des déchets radioactifs' in *Nuclear Law Under the Sign of Safety and Confidence*, Archaeolingua, Budapest, 2001, at pp. 264-265.

⁴⁴ Streffer, C. et al. *RAW, Technical and Normative Aspects of its Disposal*, Springer, Berlin 2012, at p. 268.

⁴⁵ Segrestain, F. *L'immersion des déchets radioactifs et le droit international*, Université de Paris I, Paris 1980, at pp. 65-67.

ARTICOLE

DRAMA „NOULUI PUBLIC” SAU CRITICA JURISPRUDENȚEI CJUE PRIVIND COMUNICAREA PUBLICĂ A CREAȚIILOR INTELLECTUALE PRIN FURNIZAREA DE HIPERLINKURI

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).3.5

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Réka KIS*

Abstract: *The Drama of the “New Public” Theory in the Case Law of the CJUE regarding the communication to the public of copyright works* - The Court of Justice of the European Union has delivered several preliminary rulings on the interpretation of the right to communication to the public of copyright works. The present article examines the case law of the Court regarding the act of communication to the public in the form of posting hyperlinks and the theory of the “new public” and argues that this theory, as well as the subsequent theories and criteria adopted by the Court with the purpose of correcting the deficiencies of the former, are incompatible with the principles of copyright law and are in conflict with the international norms and the provisions of the Infosoc Directive.

Therefore, the first section of the study sums up the international and European legal background of the right of communication to the public, emphasizing that the international conventions are binding for all their members including the EU. The consequent sections present and analyze those judgements of the Court of Justice which have contributed to the establishment or maintenance of the ‘new public’ theory, in spite of the reproving opinions of numerous copyright specialists. Regarding the widely spread use of hyperlinks and the practical implications of the misinterpretation of the communication to the public, such as the exhaustion of the author’s right or the introduction of formalities for copyright protection, the author of the article hopes that the present study will be of interest not only for researches of copyright law, but for legal practitioners, as well.

Keywords: *copyright, Berne Convention, WCT, Infosoc directive, communication to the public, new public theory.*

Cuvinte cheie: *drept de autor, Convenția de la Berna, WCT, directiva Infosoc, dreptul la comunicare publică, teoria noului public.*

1. Introducere

Unul dintre cele mai utile instrumente ale acquis-ului Uniunii Europene este procedura trimiterii preliminare, prin care Curtea de Justiție a Uniunii Europene are posibilitatea de a asista instanțele naționale în interpretarea corectă a legislației UE¹ și în

unele situații, chiar și de a armoniza legislațiile statelor membre. În acest sens, Curtea adoptă hotărâri obligatorii de interpretare a tratatelor și a legislației secundare a Uniunii. Dezavantajul acestei competențe îl constituie faptul că instanța europeană este nevoită să se pronunțe în toate domeniile acoperite de legislația UE, o arie ce cuprinde o gamă largă de domenii, dintre care unele necesită o specializare aparte, cum sunt și dreptul de autor sau dreptul internetului.

Astfel, Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a confruntat cu o provocare considerabilă atunci când a fost solicitată să decidă dacă postarea unor hiperlinkuri pe o pagină de web constituie comunicarea publică a unei opere protejate prin dreptul de autor în raport cu reglementarea UE și cu respectarea tratatelor internaționale ratificate de UE și de statele sale membre. Pe parcursul deliberării, Curtea era nevoită, pe de-o parte, să asigure o protecție ridicată drepturilor de autor și, pe de altă parte, să conserve libertatea și funcționarea neștirbită a internetului, al cărui element important îl reprezintă hiperlinkurile. Hiperlinkurile simple, care conduc utilizatorii la pagina principală a website-ului, linkurile profunde, care direcționează cititorii către o altă pagină decât cea principală, linkurile realizate prin tehnica de încadrare (framing) sau încorporare (embedding)², precum toate celelalte tipuri de linkuri existente sau în curs de dezvoltare sunt indispensabile pentru funcționarea optimă a internetului. Din perspectiva utilizatorilor de internet, linkurile pot fi o metodă de citare în cursul cercetării științifice, o modalitate de auto-exprimare pe rețelele de socializare sau un instrument comercial folosit cu ocazia încadrării unei reclame publicitare pe un blog. Indiferent de modalitatea utilizat, specificitatea hiperlinkurilor, din perspectiva dreptului de autor este că furnizorul linkului nu efectuează o transmitere a operei, ci direcționează utilizatorul către adresa unde se găsește opera protejată. În prezența acestor condiții specifice și a intereselor deseori antagonice ale diferitelor titulari de drepturi, Curtea a avut sarcina de desluși înțelesul dispozițiilor directivei Infosoc referitoare la dreptul comunicării publice. Curtea a aplicat diferite metode de interpretare a noțiunii de comunicare publică, care însă sunt deseori inconsistente, imprecizabile și în contradicție cu normele internaționale ale dreptului de autor. După părerea unor autori, explicația rezidă (și) în lipsa de expertiză specializată a judecătorilor.³

În studiul de față vom încerca să analizăm evoluția jurisprudenței Curții privitoare la această problematică. Înainte de a trece la analiza critică a hotărârilor relevante, vom prezenta cadrul juridic internațional și cel dezvoltat de UE cu privire la comunicarea publică a operelor protejate de dreptul de autor.

2. Reglementarea dreptului la comunicare publică în dreptul internațional și dreptul Uniunii Europene

Dreptul la comunicare publică este un drept patrimonial exclusiv al autorului, consacrat pe plan internațional prin Convenția de la Berna,⁴ în forma unor prevederi specifice, fragmentate, care, ulterior modificărilor Convenției și în urma încheierii „tratatelor internetului” s-a dezvoltat într-un drept general și cuprinzător.⁵

Convenția de la Berna, adoptată înainte de apariția societății informaționale și utilizarea cotidiană a internetului, nu reușește să satisfacă cerințele protecției dreptului de

autor impuse de mediul digital. În varianta sa actuală, Convenția reglementează două categorii de drepturi privind comunicarea publică. Astfel, prevede, pe de-o parte, dreptul autorului de a autoriza orice tip de comunicare a operelor dramatice, dramatico-muzicale și muzicale (art. 11), operelor literare recitate (art. 11^{ter}) și a operelor cinematografice adaptate (art. 14 (1)(ii)), or, asigură un drept general de a autoriza comunicarea publică, indiferent de modalitatea comunicării, însă numai cu privire la anumite tipuri de operă. Iar pe de altă parte, Convenția asigură dreptul exclusiv și general al autorului de a autoriza radiodifuzarea oricărui tip de operă (art. 11^{bis}).⁶ Prin urmare, dispozițiile Convenției nu acoperă întreaga paletă a modalităților de comunicare publică. De exemplu, Convenția nu reglementează comunicarea publică a programelor de calculator sau a operelor de artă vizuală, cu excepția modalităților enumerate de art. 11bis din Convenție și nu reglementează dreptul autorilor de a autoriza actele de transmitere a operelor „la cerere”, *i.e.* cazurile în care publicul poate alege locul și momentul recepției operelor protejate.⁷

În vederea remedierii acestor lacune, Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale (în continuare OMPI) a elaborat două tratate internaționale, supranumite „tratatele internet”⁸, care constituie de fapt o extensie a Convenției de la Berna. Acestea sunt Tratatul Organizației Mondiale a Proprietății Intelectuale privind dreptul de autor (în continuare WCT) și Tratatul OMPI privind interpretările, execuțiile și fonogramele (în continuare: WPPT)⁹.

Obiectul principal al WCT și WPPT este protecția operelor și a drepturilor titularilor de drepturi, respectiv a drepturilor conexe în mediul digital, conservând un echilibru între drepturile autorilor și diverse interese ale publicului, precum educația, cercetarea științifică și accesul la informații¹⁰. Totodată, articolul 8 al WCT și art. 10 al WPPT extinde – fără a prejudicia articolele relevante din Convenția de la Berna - definiția dreptului la comunicare publică. În acest sens, tratatele înzestreză titularul de drepturi cu dreptul de a autoriza orice comunicare publică a operelor sale¹¹ prin mijloace cu fir sau fără fir, inclusiv de a controla folosirea individualizată și interactivă a operelor sale, sub denumirea de ”punere la dispoziția publicului”¹². Punerea la dispoziția publicului nu presupune în mod obligatoriu transmiterea operei la utilizator, este de ajuns ca acesta să aibă acces la operă în locul și la momentul ales în mod individual de el.

Directiva nr. 2001/29/CE, cunoscută sub denumirea de directiva Infosoc a preluat și a transpus în dreptul comunitar multe dintre prevederile noilor tratate OMPI.¹³ Directiva a fost adoptată de Comunitățile Europene pe baza art. 95 din TCE (art. 114 din TFUE) ca și o măsură necesară instituirii și asigurării funcționării pieței interne și este un instrument de armonizare a legislațiilor statelor membre în domeniul dreptului de autor. Directiva promovează păstrarea unui echilibru între protecția drepturilor de autor, dezvoltarea societății informaționale și drepturile și interesele diverselor categorii de titulari de drepturi, scopul final fiind buna funcționare a pieței interne.¹⁴

În ceea ce privește dreptul la comunicare publică, alineatul (1) al articolului 3 asigură autorilor dreptul exclusiv de a autoriza sau de a interzice orice comunicare publică a operelor lor, prin cablu sau fără cablu, inclusiv punerea la dispoziția publicului a operelor, astfel încât oricine să poată avea acces la acestea din orice loc și în orice moment.¹⁵ Alineatul 2

asigură un drept asemănător titularilor de drepturi conexe, iar alineatul 3 al aceleiași articol subliniază că drepturile menționate la alineatele precedente nu se epuizează.

Uniunea Europeană, ca și membră a Organizației Mondiale de Comerț și prin urmare, a Acordului TRIPS¹⁶ este obligată prin art. 9 alin.(1) al acestuia din urmă să respecte prevederile Convenției de la Berna. Iar prin decizia 2000/278/CE¹⁷, Comunitatea a adoptat și „tratatele internetului”.

3. Prima cauză cu hiperlinkuri: Svensson

Prima cauză în care Curtea s-a pronunțat cu privire la interpretarea actului de comunicare publică în forma postării de hiperlinkuri a fost cauza *Svensson*¹⁸. În litigiul principal, articolele de presă ale reclamanților-jurnaliști au fost publicate în ziarul *Göteborgs-Posten* și pe site-ul *Göteborgs-Posten*, unde puteau fi accesate în mod liber de orice persoană conectată la internet. Cu alte cuvinte, că accesul la opere nu a fost restricționat în niciun fel, precum prin instalarea unui sistem de logare sau obligarea la plata unor redevențe. Retriever Sverige, pârâtul din litigiul principal, exploata un site internet, care furniza clienților săi liste cu hiperlinkuri, care făceau legătura cu site-uri jurnalistice, unde erau publicate diferite articole protejate prin dreptul de autor. Pe lista acestor linkuri se afla și site-ul *Göteborgs-Posten*¹⁹, motiv pentru care reclamanții au chemat în judecată societatea Retriever Sverige, solicitându-i plata unor despăgubiri. Ei au susținut că Retriever Sverige, prin postarea hiperlinkurilor, a adus atingere dreptului lor exclusiv de a pune sau autoriza punerea la dispoziția publicului a articolelor care le aparțineau.²⁰ Retriever Sverige a susținut în apărare, că furnizarea unor liste cu linkuri de internet nu constituie un act susceptibil să afecteze drepturile de autor, întrucât prin simpla furnizare a adreselor de web nu s-a efectuat de fapt o transmitere a operelor protejate, acțiunea sa limitându-se la indicarea adreselor de web unde se regăsesc operele.²¹

Instanța de apel a suspendat judecarea cauzei și a adresat Curții Europene de Justiție patru întrebări,²² pe care Curtea le-a reformulat²³ în felul următor: 1. „reprezintă un act de comunicare publică, în sensul [art. 3 alin. (1) din directiva Infosoc], furnizarea, pe un site internet, de linkuri care pot fi accesate către opere protejate disponibile pe un alt site internet, în condițiile în care pe celălalt site operele în cauză sunt în liber acces”²⁴? 2. art. 3 alin. (1) din directivă „se opune ca un stat membru să poată conferi o protecție mai amplă titularilor de drepturi de autor prevăzând că noțiunea de comunicare publică include mai multe operațiuni decât cele vizate la dispoziția menționată”²⁵?

În mod surprinzător și regretabil, Curtea a adoptat hotărârea *Svensson* fără a solicita concluziile scrise ale avocatului general. Surprinzător, întrucât *Svensson* a fost prima cauză în care Curtea a fost nevoită să se pronunțe cu privire la interpretarea noțiunii de comunicare publică în domeniul digital, raportat la art. 3 alin. (1) din directiva Infosoc, și regretabil, întrucât, după cum vom vedea, Curtea a confirmat vechea teorie a „noului public”, care a fost respinsă de OMPI încă din anul 1948, cu ocazia Conferinței de modificare a Convenției de la Berna la Bruxelles.²⁶

Curții i-au fost adresate două opinii ajutoare de către două organizații internaționale specializate în domeniul drepturilor de autor. Prima opinie provine de la Societatea

Europeană a Drepturilor de Autor²⁷. Potrivit acesteia, în urma analizării celor trei elemente constitutive ale dreptului la comunicare publică, respectiv „opera”, „actul de comunicare” și comunicarea către un „public”, furnizarea de linkuri nu întrunește condițiile actului de comunicare publică. În primul rând, potrivit autorilor, în lipsa unei transmiteri a operei, aceasta fiind o condiție *sine qua non* a actului de comunicare publică, nu se realizează actul de comunicare publică²⁸. Iar prin postarea unui link, furnizorul linkului pune la dispoziția publicului doar adresa operei, dar nu opera în sine, astfel că nu se efectuează o transmitere a operei.²⁹ Prin urmare, linkul joacă rolul unei forme neobișnuite de citare, asemenea unei note de subsol.³⁰ În al doilea rând, chiar dacă, Curtea ar califica linking-ul drept un act de comunicare, lipsește cel de-al treilea element constitutiv al dreptului patrimonial la comunicare publică, respectiv elementul de „public”.³¹ Autorii opiniei invocă concluziile hotărârii SGAE³², în cadrul căreia Curtea a pronunțat pentru prima oară că transmiterea operei, pentru fi considerată un act de comunicare publică, trebuie să se facă unui public diferit de cel către care a fost direcționat actul original de comunicare a operei, adică unui „nou public”.³³

Cea de-a doua opinie provine de la Asociația Internațională Literară și Artistică (în continuare:ALAI)³⁴ în forma unui raport. Potrivit acestuia, actul de punere la dispoziția publicului, ca și modalitate a comunicării publice, are trei condiții, anume să fie efectuat de o persoană fizică, să se adreseze în mod direct sau indirect publicului și să privească opere protejate prin dreptul de autor sau drepturi conexe.³⁵ În ceea ce privește caracteristicile punerii la dispoziția publicului prin postarea pe internet a unor hiperlinkuri, autorii opiniei fac două precizări suplimentare: actul de punere la dispoziția publicului permite publicului să acceseze opere protejate prin dreptul de autor, dar actul nu include acele linkuri, care fac doar referire la sursa unde opera poate fi accesată.³⁶ În lipsa unor explicații mai detaliate, presupunem că autorii sugerează că simpla postare a unui hiperlink, care arată locația operei protejate nu întrunește condițiile actului de punere la dispoziția publicului, pe când, de pildă, încorporarea unui videoclip pe pagina principală a rețelei de socializare facebook, care pornește fără intervenția suplimentară a utilizatorului constituie un asemenea act.³⁷ Autorii mai precizează că este irelevant dacă conținutul pus la dispoziția publicului prin linkul în cauză a fost încărcat pe internet în mod legal sau fără consimțământul titularului de drepturi, deoarece actul de oferire în sine este cel care declanșează actul de comunicare publică.³⁸ Nu în ultimul rând, raportul-opinie insistă asupra noțiunii de public, delimitând publicul de cercul restrâns al familiei sau al prietenilor. Cu ocazia acestei argumentări și acești autori fac referire la teoria „noului public” introdusă de CJUE și într-un mod subtil – dar fără succes - încearcă să reinterpreteze această teorie eronată bazându-se pe limbajul folosit de Curte în hotărârile sale ulterioare în așa fel, încât varianta reformulată să corespundă unei interpretări conforme cu tratatele administrate de OMPI.

În hotărârea din 13 februarie 2014, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a scindat noțiunea de comunicare publică în două elemente constitutive, anume „actul de comunicare” și comunicarea „publică”. În ceea ce privește existența unui „act de comunicare”, Curtea a constatat, făcând referire la jurisprudența sa anterioară, că „acesta trebuie înțeles în sens larg

În scopul garantării, astfel cum rezultă în special din considerentele (4) și (9) ale Directivei 2001/29, a unui grad ridicat de protecție titularilor de drepturi de autor.³⁹ Astfel, în concordanță cu raportul-opinie furnizat de ALAI, a hotărât că furnizarea, pe un site internet, a unor linkuri îndeplinește condiția unui „act de comunicare”, fiind suficient ca opera să fie pusă la dispoziția publicului, astfel încât persoanele care îl compun să poată avea acces la aceasta, chiar dacă ele nu se utilizează de această posibilitate.⁴⁰

În ceea ce privește însă cel de-al doilea element, anume ca opera să fie comunicată „public”, a constatat, în concordanță cu opinia Societății Europene de Drepturile de Autor următoarele: „atunci când totalitatea utilizatorilor unui alt site cărora operele în cauză le-au fost comunicate prin intermediul unui link care poate fi accesat puteau să acceadă în mod direct la operele respective pe site-ul pe care au fost comunicate inițial, fără intervenția administratorului celui alt site, utilizatorii site-ului administrat de acesta din urmă trebuie să fie considerați destinatari potențiali ai comunicării inițiale și, așadar, ca făcând parte din publicul luat în considerare de titularii drepturilor de autor atunci când au autorizat comunicarea inițială. În consecință, în lipsa unui public nou, autorizarea titularilor de drepturi de autor nu se impune în cazul unei comunicări publice precum cea din litigiul principal.”⁴¹ Or, titularul dreptului de autor, care postează pe internet opera protejată fără să restricționeze accesul publicului prin instalarea unor măsuri restrictive, precum accesul pe bază de logare, plata unor redevențe sau geo-blocking, pierde dreptul de a autoriza o nouă postare de către o altă persoană, fiindcă se prezumă că titularul a comunicat opera întregii populații internautice prin postarea inițială. Iar potrivit jurisprudenței Curții, în lipsa unui public nou este imposibilă realizarea unui nou act de comunicare publică prin aceeași metodă tehnică. În hotărârea *Svensson* Curtea a preluat două teorii de interpretare a comunicării publice, respectiv teoria „noului public” și teoria „condițiilor tehnice specifice” și a mai consacrat o nouă teorie, anume cea a „măsurilor restrictive”.

În privința ultimei întrebări, Curtea a statuat, că un stat membru nu poate conferi o protecție mai amplă titularilor de drepturi de autor prevăzând că noțiunea de comunicare publică include mai multe operațiuni decât cele vizate la această dispoziție.⁴²

Înainte de a analiza repercusiunile hotărârii *Svensson* și evoluția subsecventă a noțiunii actului de comunicare publică în forma postării de hiperlinkuri, vom prezenta originea și inconvenientele celor trei teorii menționate, pe marginea jurisprudenței Curții de la Luxembourg.

4. Teoria „noului public, teoria „condițiilor tehnice specifice” și teoria „măsurilor restrictive”

a) SGAE: teoria „noului public”

Cauza *SGAE* este considerată hotărârea prin care Curtea Europeană de Justiție a introdus în dreptul de autor teoria „noului public”⁴³. În litigiul principal din această cauză, cunoscută și sub denumirea *Rafael Hoteles*⁴⁴, *Sociedad general de Autores y Editores de España*, organismul de gestiune colectivă a drepturilor de autor în Spania, a dat în judecată

lanțul hotelier Rafael Hoteles S.A., susținând că acesta, prin amplasarea televizoarelor în camerele hotelului și difuzarea de muzică ambientală, a comunicat public opere aparținând repertoriului administrat de SGAE, fără să obțină autorizarea acestuia. Din acest motiv hotelul a încălcat drepturile de autor atașate operelor radiodifuzate. Proprietarul hotelului s-a apărat afirmând, că numărul mic al spectatorilor dintr-o cameră, care de obicei nu excede numărul membrilor de familie, nu întrunește cerința de public, lipsind astfel unul dintre elementele constitutive ale actului de comunicare publică. În faza apelului, Audiencia Provincial de Barcelona a suspendat judecarea cauzei și a întrebat Curtea Europeană de Justiție dacă distribuția de semnal prin televizoarele clienților în camerele de hotel poate fi considerată act de comunicare publică în sensul art. 3 alin. (1) din directiva Infosoc?⁴⁵

În analiza sa, Curtea a observat că directiva Infosoc nu definește noțiunea de comunicare publică. Totodată, potrivit considerentelor directivei, interpretarea drepturilor de autor prevăzute de directivă trebuie să fie suficient de largă pentru a permite asigurarea unui nivel ridicat de protecție a acestor drepturi⁴⁶ și trebuie să fie în concordanță cu dreptul internațional.⁴⁷ În ceea ce privește cea de-a doua condiție, Curtea a recurs la consultarea prevederilor articolului 11bis al Convenției de la Berna⁴⁸ și a interpretărilor aferente din Ghidul Convenției, elaborat de OMPI⁴⁹ în 1978. Astfel, preluând explicația din Ghid, Curtea a stabilit, că atunci „când autorul autorizează radiodifuzarea operei sale, el ia în considerare numai utilizatorii direcți, respectiv proprietarii echipamentelor de recepție, care personal sau în cercul lor privat de familie, recepționează programul. Dacă însă recepția programului vizează un public mai larg, eventual pentru profit, o nouă secțiune a publicului aude sau vede opera și comunicarea programului prin difuzor sau alt instrument analogic, nu mai corespunde unei recepții simple a programului, ci este un act independent prin care opera radiodifuzată este comunicată unui *nou public* (s.n.).”⁵⁰ Clientela hotelului formează un astfel de public nou. Iar hotelul este organizația, care intervine în deplină cunoștință de cauză, în vederea asigurării clientelei sale acces la opera protejată. Fără intervenția hotelului, clienții săi, deși prezenți în acea zonă, nu ar fi avut posibilitatea să audă sau să vizioneze programul în cauză.⁵¹

Deși Curtea a ajuns la o decizie echitabilă și corectă, considerăm că argumentarea Curții este cât se poate de eronată. Posibilele surse ale failibilității argumentării sunt eroarea logică comisă de Curte în forma unui argument *non sequitur* în paragraful 40 și interpretarea greșită a prevederilor unui document internațional fără valoare legală. Astfel, în ceea ce privește argumentul *non sequitur*, nu există raport de cauzalitate între concluzia formulată de Curte în cea de-a doua propoziție din paragraful 40 al hotărârii și premisa formulată în prima propoziție al aceluiași paragraf.⁵² Or, Curtea susține, că ”o comunicare făcută în circumstanțele asemănătoare celor din litigiul principal constituie, potrivit art. 11bis(1)(ii) din Convenția de la Berna, o comunicare făcută de o organizație radiodifuzoare diferită de organizația originală (s.n.). Prin urmare (s.n.), o astfel de transmitere este făcută unui public diferit de cea către care a fost îndreptată actul original de comunicare a operei, adică unui nou public.”(s.n.). În consecință considerăm că, Curtea confundă noțiunea de „noul public” cu „comunicarea unui nou public”.⁵³

În al doilea rând, textul legal invocat de Curte, respectiv art. 11bis alin. (1)(ii) al Convenției este formulat cât se poate de clar, stabilind că autorul beneficiază de dreptul

exclusiv de a autoriza „orice comunicare publică [...] când această comunicare este făcută printr-un alt organism decât cel de origine (s.n.)”, formulare care, în nici un caz, nu susține interpretarea potrivit căreia autorul va autoriza comunicarea către un *alt public*.⁵⁴ Curtea însă nu a procedat la interpretarea textului legal general obligatoriu invocat, ci, contrar dispozițiilor Convenției de la Viena cu privire la dreptul tratatelor⁵⁵, a preluat explicațiile din documentul fără valoare legală, anume Ghidul OMPI din 1978. Mai mult de atât, în opinia lui Ficsor, întrucât Curtea nu a indicat expres paragrafele consultate din Ghid, putem doar intui că s-a referit în mod greșit la paragraful 11bis.12 din Ghid, care se referă de fapt la art. 11bis(1)(iii) din Convenție.⁵⁶ Totodată, autorii Ghidului au avut ca și scop elaborarea unui document asemănător unui manual pentru a asista implementarea și aplicarea prevederilor Convenției de către acele țări membre aflate în curs de dezvoltare, care nu aveau încă o tradiție a dreptului de proprietate intelectuală.⁵⁷ Ghidul nu aspiră la a fi un document *soft law* cu valoare interpretativă, cu toate că este un document orientator de folos. Și nu în ultimul rând, Ghidul incipient din 1978 a fost înlocuit cu Ghidul din 2003, o lucrare realizată în urma analizelor minuțioase ale diferitelor probleme apărute în cursul aplicării Convenției, reflectând poziția actuală a OMPI.⁵⁸ Este însă imposibil de imaginat, formulează galant Ficsor, că dacă, Curtea ar fi fost informată despre existența acestui nou ghid, să fi recurs la explicațiile ghidului învechit.⁵⁹

Aceste opinii ale autorului renumit sunt susținute și de alți autori consacrați.⁶⁰ Astfel, într-un articol intitulat *Comunicare publică? Trei motive pentru care dreptul de autor se descurcă și fără „un nou” public*, autorii relatează că această teorie a noului public a fost abandonată încă din anul 1948, cu ocazia Conferinței de revizuire a Convenției de la Berna din Bruxelles. Propunerea Belgiei de a interpreta noul act de comunicare publică prin retransmiterea operei radiodifuzate sub condiția procurării unui nou cerc de ascultători, a stârnit reacții negative în majoritatea delegaților țărilor membre.⁶¹ Principalul contraargument levita în jurul impracticabilității acestei condiții, în sensul că ar fi aproape imposibil de a decela între publicul „nou” și „cel original”. În consecință, cu contribuția altor trei țări membre, Belgia a formulat o nouă propunere, înlocuind criteriul „noului public” cu cel al „organizației diferite de cea originală”, ceea ce presupune un nou act de comunicare de către o altă organizație decât cea care a radiodifuzat original opera. În final această variantă de propunere a fost adoptată de Conferință și aplicată ulterior de diverse instanțe naționale.⁶²

Critica teoriei „noului public” de către Curte nu este doar un moft al teoreticienilor dreptului de autor, întrucât aceasta poate conduce la urmări grave în practică, precum introducerea unor formalități în protecția dreptului de autor sau epuizarea dreptului la comunicare publică, în ciuda prevederilor contrare ale Directivei Infosoc și contrar politicii internaționale a dreptului de autor.

b) TVCatchup: teoria „condițiilor tehnice specifice”

Curtea de la Luxembourg a invocat în mai multe cauze teoria noului public⁶³, cu toate că la scurt timp după adoptarea hotărârii SGAE, s-a evidențiat deficiența teoriei. Astfel, în cauza *TVCatchup*⁶⁴ reclamantele din litigiul principal, organisme comerciale de

radiodifuziune televizată, dețineau la momentul litigiului, drepturi de autor cu privire la emisiunile de televiziune, precum și cu privire la filmele și la celelalte elemente care erau incluse în emisiunile lor. Pârâtul TVCatchup furniza prin internet servicii de difuzare a unor emisiuni televizate, care permiteau utilizatorilor să recepționeze „în direct” prin internet fluxuri de emisiuni televizate gratuite, inclusiv emisiuni difuzate de reclamantele din litigiul principal. Specificitatea activității TVC era că permitea prin metode tehnice utilizatorilor serviciilor sale, să obțină acces doar la acele emisiuni, pe care le puteau viziona deja în mod legal pe baza abonamentului lor TV și doar dacă consimțeau la restricționarea utilizării serviciilor oferite de TVC pe teritoriul Regatului Unit. Site-ul TVC dispunea de echipamente care îi permiteau să identifice locul în care se afla utilizatorul și să refuze accesul atunci când condițiile impuse nu erau îndeplinite.⁶⁵ Altfel spus, publicul care avea acces la serviciile TVC era același public, căruia îi fusese deja comunicat conținutul protejat prin radiodifuzare de către organismele comerciale de radiodifuziune televizată. În aceste condiții, High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, a suspendat judecarea cauzei și a adresat Curții o serie de întrebări, prin intermediul cărora, solicita, în esență, detalierea modului de interpretare a art. 3 al Directivei Infosoc în oglinda teoriei „noului public”.⁶⁶

Curtea s-a pronunțat fără să solicite concluziile Avocatului general. În primul rând, a respins apărarea TVC, prin care acesta argumenta că, comunicarea conținutului protejat prin tehnica „live-streaming” nu întrunește condițiile actului de comunicare publică, întrucât nu a fost îndeplinită cunoscuta condiție a „noului public”⁶⁷ și a susținut că „situațiile examinate în cauzele în care s-au pronunțat hotărârile menționate diferă în mod clar de situația în discuție în prezenta cauză.”⁶⁸(sic!). Astfel, Curtea a menținut în continuare teoria noului public și a lărgit interpretarea actului de comunicare publică prin introducerea teoriei „condițiilor tehnice specifice”. Or, în viziunea Curții, în situații precum cele din litigiul principal, „fiecare dintre [cele] două transmisii trebuie să fie autorizată în mod individual și separat de autorii în cauză, dat fiind că fiecare dintre ele este efectuată în *condiții tehnice specifice* (s.n.), potrivit unui mod diferit de transmisie a operelor protejate și că fiecare dintre ele este destinată unui public.” Iar în aceste situații nu este necesară examinarea condiției noului public.⁶⁹

Și această motivare a Curții a fost criticată de literatura de specialitate⁷⁰, printre altele, pentru inconsecvența și incompatibilitatea sa cu tratatele internaționale. Astfel, din TVcatchup s-ar putea deduce că retransmișile din hotărârile anterioare ale Curții, precum *SGAE* și *Premier League*⁷¹ nu au fost efectuate în condiții tehnice speciale, utilizând metode diferite de transmitere. De fapt, în *SGAE* prima transmisie a fost una terestră primită de către antena principală a hotelului, în timp ce retransmisia semnalului a fost făcută prin intermediul unei rețele de cablu hotelier. Iar în *Premier League* prima transmisie a fost efectuată prin satelit, pe când a doua a avut loc pe ecranele televizoarelor aflate într-un bar public⁷².

Totodată, art. 11bis(1) din Convenția de la Berna nu limitează dreptul exclusiv al autorului la cazuri în care retransmiterea a fost făcută în condiții tehnice specifice și întrucât prin hotărârea Curții drepturile minime asigurate de Convenție nu sunt extinse, ci dimpotrivă, sunt supuse unor condiții suplimentare, considerăm că hotărârea Curții este în conflict cu prevederile Convenției⁷³ și în mod indirect, și cu prevederile directivei înșăși.

c) Svensson: teoria „măsurilor restrictive” și critica hotărârii Curții

„Problema cu hiperlinkurile este că oricare dintre rezultate poate avea implicații negative. Dacă fiecare hiperlink, care duce la o operă protejată ar reprezenta o comunicare publică supusă autorizării prealabile a titularului de drepturi, acesta ar avea în mod evident consecințe dezastruoase asupra funcționării rețelei de web. Pe de altă parte, dacă [postarea de] hiperlinkuri nu ar constitui în nici un caz un act de încălcare al drepturilor de autor, obiectivul directivei InfoSoc de a oferi un nivel ridicat de protecție pentru autori ar putea fi compromis.”⁷⁴ Prinsă în această dilemă, Curtea de la Luxembourg a încercat prin hotărârea *Svensson* să găsească o cale de mijloc, prin care să asigure o protecție ridicată drepturilor de autor, pe de o parte, și să salveze internetul, pe de altă parte. Din păcate însă, prin menținerea teoriei „noului public” și transpunerea acesteia în domeniul online, Curtea a provocat mai multe deziderate decât avantaje.

Astfel, după cum am arătat mai sus, teoria „noului public”, teoria „condițiilor tehnice specifice”, precum și teoria „măsurilor restrictive” sunt incompatibile cu tratatele internaționale, în special Convenția de la Berna și WCT, deoarece fiecare dintre cele trei teorii supune dreptul la comunicare publică unor condiții suplimentare față de prevederile tratatelor. Art. 11*bis*(i) al Convenției de la Berna stabilește ca și unică condiție a actului de retransmitere prin radiodifuzare, ca retransmiterea să fie efectuată de un organism diferit de cel care a făcut transmisia inițială, iar teoria unui „nou public” a fost abandonată în mod expres de către Conferința de la Bruxelles. Art. 8 din WCT, care este o completare a Convenției de la Berna, vorbește despre „orice comunicare publică”, fără a distinge între transmisiile inițiale și retransmisiile, indiferent de tehnologia utilizată.⁷⁵ Pentru aceste motive, susținem și noi alături de specialiști renumiți în dreptul proprietății intelectuale, că nu există niciun temei legal pentru introducerea condițiilor suplimentare, precum existența unui nou public sau folosirea unor condiții tehnice specifice cu ocazia retransmiterii operei, după cum nu este necesară nici utilizarea unor măsuri restrictive pentru protecția dreptului la comunicare publică.⁷⁶

Alte două efecte nefavorabile ale hotărârii *Svensson*, sunt riscul introducerii unor condiții formale pentru existența protecției și epuizarea parțială a dreptului de comunicare publică. Or, pentru ca dreptul de a autoriza comunicările subsecvente să existe, autorul trebuie să recurgă la formalități, anume să instaleze măsuri restrictive, contrar prevederilor art. 5(2) din Convenția de la Berna, și în cauza de față, și celor din art. 8 din WCT.⁷⁷ Iar în ceea ce privește epuizarea dreptului, un autor care își publică opera pe un website fără măsuri restrictive, își pierde dreptul de a controla comunicările ulterioare prin această modalitate, cu toate că considerentele (29) și art. 3 alin. (3) din directiva Infosoc, în concordanță cu tratatele internaționale, prevăd expres că epuizarea afectează exclusiv dreptul de distribuție, nu și dreptul de comunicare publică. Principiul care stă la baza introducerii în dreptul internațional a ideii de epuizare a dreptului de distribuție este acela de a împiedica titularul de drepturi să exploateze o lucrare după ce a realizat valoarea economică completă a operei prin punerea ei pe piață. În caz contrar, ar împiedica funcționarea optimă a pieței.⁷⁸ Aceeași explicație nu se pretează însă și la dreptul la comunicare publică, din moment ce exploatarea repetată a operei este de însăși esența acestui drept. Nu în ultimul rând, pentru motivele sus-menționate teoria „noului public” favorizează nejustificat utilizatorii operei în dauna titularilor de drepturi.⁷⁹

În următorul capitol vom prezenta două cauze subsecvente legate de activitatea de linking și străduința Curții în restabilirea echilibrului între drepturile de autor și utilizarea liberă a internetului.

5. Jurisprudența corectivă a Curții în BestWater și GS Media

În cauza *BestWater*, un videoclip promoțional realizat de o firmă germană specializată în comercializarea de sisteme de filtrare a apei, reclamanta din litigiul principal a fost încărcat pe YouTube fără autorizarea acesteia. MM. Mebes și Pötsch, doi agenți comerciali care acționau în numele unui concurent al reclamantei, au postat prin tehnica de „încadrare” (framing) videoclipul YouTube pe website-urile lor, motiv pentru care BestWater i-a dat în judecată pentru încălcarea drepturilor ei de autor, solicitând încetarea difuzării și despăgubiri.⁸⁰ Instanța națională, aplicând doctrina *Svensson* și având în vedere specificitatea postării conținutului protejat, a suspendat judecarea cauzei și a solicitat Curții să stabilească dacă încadrarea (framing) sau încorporarea (embedding) pe un website a unui conținut protejat, publicat pe un alt website, constituie un act de comunicare publică în înțelesul directivei Infosoc, chiar dacă noua postare nu întrunește nici condițiile unui nou public și nici condițiile tehnice specifice?⁸¹ Curtea, invocând prevederile art. 99 din Regulamentul de procedură,⁸² a asimilat situația de fapt cazurilor anterior judecate și a emis o ordonanță motivată. A stabilit că, având în vedere, că postarea conținutului protejat s-a realizat prin aceleași mijloace tehnice ca și comunicarea inițială a operei, respectiv opera nu a fost pusă la dispoziția unui nou public, postarea hiperlinkului nu este considerată un act de comunicare publică potrivit art. 3 alin. (1) din directiva Infosoc și prin urmare, nu este necesară nici autorizarea titularilor de drept.⁸³ Astfel, Curtea a confirmat că linkurile încadrate (tehnica framing) sau încorporate (tehnica embedding) nu sunt tratate diferit de hiperlinkurile simple sau profunde (deep links), deși o diferențiere între hiperlinkurile simple, care arată doar locația, unde se regăsește opera protejată, și toate celelalte modalități de linking, astfel cum schițează autorii raportului ALAI, ar fi fost binevenită. Tindem să fim de acord cu opinia autorilor raportului, potrivit căreia, linkurile simple, care direcționează utilizatorul către pagina principală a website-ului, nu ar trebui să constituie un act de comunicare publică, deoarece asemenea notelor de subsol, acestea identifică doar locul în care se află opera, pe când toate celelalte modalități de linking pun la dispoziția publicului opera însăși.⁸⁴

Constatăm totodată cu regret că, Curtea nu a luat în considerare faptul că videoclipul a fost încărcat pe YouTube fără autorizarea titularii de drept și ne întrebăm dacă în oglinda acestui detaliu a fost justificată asimilarea acestui litigiu cauzelor judecate de Curte și pronunțarea unei ordonanțe motivate, în loc de hotărâre. Ne-am întrebat totodată, dacă putem concluziona că punerea la dispoziția publicului a unei opere protejate prin postarea unui link nu constituie act de comunicare publică în sensul art. 3 alin. (1) din Directiva Infosoc, indiferent dacă publicarea inițială a operei a fost făcută cu sau fără autorizarea titularului de drepturi, în situația în care nu există un nou public.

Curiozitatea ne-a fost satisfăcută în privința ultimei întrebări prin hotărârea *GS Media* pronunțată de Curte în 2016. Această cauză a fost o nouă șansă pentru Curte să

renunțe la teoria „noului public” și să se alinieze la exigențele dreptului internațional de autor. Din păcate însă, Curtea nici de această dată nu s-a lepădat de mult criticata doctrină, deși, asemănător cauzei *TVCatchup*, și în *GS Media* a s-a văzut nevoit să lărgască sfera acelor acte, care constituie comunicare publică și în lipsa unui nou public.

În octombrie 2011, *GeenStijl.nl*, unul dintre cele mai vizitate tabloide din Olanda, operat de *GS Media* a publicat un hyperlink care îndrepta cititorii către un site de stocare de date australian, denumit *Filefactory.com*, de unde utilizatorii puteau descărca gratuit fotografiile, care urmau să fie publicate în revista *Playboy* abia în luna decembrie. În pofida somațiilor societății *Sanoma*, *GS Media* a refuzat să șteargă hyperlinkul în discuție. În final, hyperlinkul a fost neutralizat prin îndepărtarea fotografiilor de pe site-ul de origine. Întreaga operațiune a fost repetată de mai multe ori, deoarece *GS Media* a continuat să publice hyperlinkuri, care direcționau utilizatorii către diferite site-uri, care publicaseră fotografiile în cauză fără autorizarea *Sanoma*. *Sanoma* a introdus o acțiune împotriva *GS Media* pentru încălcarea drepturilor ei de autor. În cadrul recursului, *Hoge Raad de Nederlanden* a observat că, deși fotografiile în cauză nu erau de negăsit pe internet înainte ca *GS Media* să posteze hyperlinkul pe site-ul *GeenStijl*, din moment ce *Filefactory* nu era un site cunoscut, *GS Media* a facilitat foarte mult accesul la fotografiile, lărgind mult cercul acelor persoane, care aveau cunoștință de existența fotografiilor.

În aceste condiții, instanța națională a adresat, prin procedura trimerii preliminară, o serie de întrebări Curții,⁸⁵ care ridicau de fapt patru probleme, respectiv, relevanța faptului că operele în discuție nu au fost încă publicate în vreun alt mod cu autorizația titularului, a împrejurării că titularul de drepturi nu a autorizat publicarea operelor în cauză pe acest din urmă site, a faptului că furnizarea hyperlinkurilor facilitează mult găsirea operelor în discuție, precum și a faptului că cel care postează respectivele linkuri cunoștea sau trebuia să cunoască această situație de fapt.⁸⁶

Curtea, după reluarea și menținerea argumentelor consacrate în jurisprudența sa anterioară – anume, cele privitoare la structura actului de comunicare publică, necesitatea interpretării largi a dreptului, cu luarea în considerare a teoriei noului public,⁸⁷ a lipsei măsurilor tehnice restrictive⁸⁸ și a modalităților tehnice specifice⁸⁹ - introduce două elemente noi. Acestea sunt buna credință a celui care a postat linkul și caracterul lucrativ al postării linkului.

În ceea ce privește buna-credință a celui care a postat linkul, Curtea a subliniat „rolul indispensabil al utilizatorului și caracterul deliberat al intervenției sale”⁹⁰, atribuind un caracter constitutiv intențiilor sale. Or, postarea unui hyperlink constituie un act de comunicare publică, în cazul în care o persoană știe sau ar fi trebuit să știe că hyperlinkul în cauză oferă acces la o operă pusă la dispoziția publicului fără autorizarea titularului de drepturi, respectiv postarea nu constituie o asemenea comunicare dacă utilizatorul este de bună-credință.⁹¹ În aceeași ordine de idei, persoana, care evită măsurile restrictive, se prezumă a fi de rea-credință și postarea de către aceasta se consideră a fi o intervenție deliberată fără de care utilizatorii nu ar fi putut beneficia de operele difuzate. Curtea a motivat această soluție prin importanța aparte a internetului pentru libertatea de exprimare și de informare, precum și dificultățile cu care s-ar confrunta utilizatorii cu ocazia verificării dacă site-ul internet către care se presupune că, conduc linkurile postate, conferă acces la opere

protejate și dacă titularii drepturilor de autor ai acestor opere au autorizat publicarea lor pe internet.⁹² Considerăm, alături de alți autori că, cunoașterea de către utilizator al ilegalității primei comunicări nu constituie un element al actului prejudiciabil,⁹³ cunoașterea caracterului ilegal al postării poate fi cel mult, un element al răspunderii celui care se face vinovat de comiterea prejudiciului. Dar nici această soluție nu este acceptabilă din perspectiva dreptului de autor, după cum vom argumenta în continuare.

În al doilea rând, potrivit Curții, persoanele care postează linkuri în scop lucrativ ori în scopul obținerii unui profit, sunt obligați să efectueze verificările necesare pentru a se asigura că opera vizată nu este publicată nelegal pe site-ul la care conduc respectivele hiperlinkuri, și se prezumă relativ că această postare a intervenit cunoscându-se pe deplin natura protejată a operei și lipsa unei autorizații de publicare din partea titularului dreptului de autor.⁹⁴

Hotărârea *GS Media* a provocat reacții ambivalente. Pe de o parte, Curtea a nuanțat, în sfârșit, actul de comunicare publică în cazul în care conținutul protejat a fost postat fără consimțământul titularului de drept⁹⁵. Pe de altă parte însă, în aroganța sa, susține Targosz, Curtea a ignorat zeci (chiar sute) de ani de teorie a dreptului de autor, și în ciuda tuturor criticilor din literatura de specialitate și a concluziilor avocatului general, a oferit o combinație de concepte incoerente.⁹⁶ Curtea, cu o încăpățănare de neînțeles, a păstrat teoria „noului public”. Pentru a putea fi menținută, Curtea a adoptat soluții punctuale, care au rezolvat temporar problemele generate de această teorie inadecvată. De această dată, soluția a fost condiția cunoașterii caracterului ilegal al primei comunicări. Acest criteriu are ca și efect, crearea unei incertitudini legale, întrucât „utilizatorii de internet nu știu și nu dispun de mijloace pentru a verifica dacă comunicarea publică inițială a unei opere protejate, care poate fi accesată în mod liber pe internet, a fost efectuată cu sau fără consimțământul titularului dreptului de autor.”⁹⁷ Pe de altă parte, Curtea a modificat caracterul obiectiv al răspunderii pentru încălcarea dreptului la comunicare publică într-o răspundere subiectivă, dependentă de cunoașterea ilegalității postării inițiale de către prejudiciatorul subsecvent.

În ceea ce privește criteriul caracterului lucrativ al postării, se consideră justificat tratamentul mai sever al aceluși utilizator, care pune la dispoziția publicului opere protejate în scopul de a obține profit pe seama eforturilor depuse de titularul de drepturi, atât timp, cât caracterul lucrativ al postării nu constituie un element al actului de comunicare publică sau o condiție *sine qua non* a răspunderii pentru încălcarea dreptului la comunicare publică.⁹⁸ Or, în cauza *Del Corso*,⁹⁹ Curtea în mod eronat a ajuns la concluzia, că difuzarea de fonograme de către un medic stomatolog în prezența pacienților, ca muzică ambientală, nu constituie act de comunicare publică, deoarece nu conduce la o creștere a clientelei sale și nici la creșterea prețului serviciilor prestate, motiv pentru care o astfel de difuzare nu are caracter lucrativ.¹⁰⁰ Ulterior, în hotărârea *Reha Training*¹⁰¹, printr-o formulare iscusită, Curtea a modificat jurisprudența *Del Corso*, susținând că, caracterul lucrativ al difuzării de emisiuni televizate de operatorul unui centru de refacere în spațiile sale este „de natură a fi luat în discuție la stabilirea cuantumului remunerației datorate,¹⁰² nefiind deci un element al răspunderii.

Observăm însă, cu regret, că în cadrul analizei importanței caracterului lucrativ al postării de hiperlinkuri, Curtea nu invocă concluziile din *Reha Training*, ci se referă la hotărârea *Del Corso*. Cu toate acestea, suntem de acord și cu susținerea lui Ficsor, potrivit căreia din

fericire, în *GS Media*, Curtea nu face nicio declarație, care ar contraveni jurisprudenței corectate în *Reha Training*.¹⁰³

Concluzionând, suntem de părere că, soluția Curții este compatibilă cu dreptul internațional și prevederile directivei Infosoc, cu condiția ca, caracterul lucrativ al activității utilizatorului să nu constituie un element al actului de comunicare publică și nici o condiție a răspunderii celui care furnizează linkul, ci doar un simplu aspect de natură a fi luat în considerare la stabilirea cuantumului remunerației datorate. Din contră, în cazul în care caracterul comercial al activității se consideră a fi un element sau o condiție precum cele menționate, ne aflăm în prezența multiplicării condițiilor prevăzute de tratatele internaționale și directiva Infosoc cu privire protecția dreptului la comunicare publică. În consecință, acest din urmă caz, dispozițiile imperative privind asigurarea protecției minime a drepturilor de autor ar fi încălcate.

7. Concluzii

Curtea a adoptat în hotărârea *SGAE* teoria „noului public” ca și criteriu de interpretare a dreptului la comunicare publică a creațiilor intelectuale, prevăzut de art. 3 alin. (1) directivei Infosoc, în concordanță cu tratatele internaționale administrate de OMPI. Curtea a păstrat această teorie până în prezent, în pofida incompatibilității sale cu prevederile imperative ale tratatelor ratificate de UE și de statele sale membre, în ciuda ineficienței sale, dovedită la scurt timp după consacrare și cu toate că ea a fost abandonată de specialiștii dreptului de autor încă din anul 1948. Mai târziu, în *TVCatchup*, Curtea a încercat să corecteze criteriul „noului public” prin substituirea ei parțială cu teoria „condițiilor tehnice specifice”, care, asemănător primei teorii, rezolvă într-un mod judicios anumite probleme punctuale, însă nu este în măsură să ofere o soluție generală în ceea ce privește dreptul la comunicare publică în mediul digital. În cauza *Svensson*, prima cauză ce presupunea interpretarea dispozițiilor directivei Infosoc referitoare la comunicarea publică a operelor de creație intelectuală prin postarea unor hiperlinkuri, Curtea, în dorința de a salva libertatea internetului pe marginea protecției drepturilor de autor, a extins teoria „noului public” și la activitatea de linking, corectată de această dată prin teoria „măsurilor restrictive”. Și această teorie este în conflict cu dreptul internațional și dispozițiile directivei Infosoc, motiv pentru care și această hotărâre a fost criticată, pe bună dreptate, de literatura de specialitate. Mai mult, hotărârea *Svensson* a cauzat și alte efecte nedorite, anume riscul introducerii formalităților ca șo condiției a protecției dreptului de autor și epuizarea parțială a dreptului la comunicare publică, înclinând balanța mult în favoarea utilizatorilor de internet. Cauza *BestWater* a întărit jurisprudența Curții și aparent a decis că în cazul furnizării unui link este indiferent dacă opera astfel comunicată inițial a fost pusă la dispoziția publicului cu sau fără autorizarea titularului de drepturi. Această aparență a fost însă combătută prin hotărârea *GS Media*, cauză în care Curtea a introdus totodată, criteriul bunei-credințe a furnizorului hiperlinkului și prezumția potrivit căreia acel utilizator, care postează hiperlinkuri în scopul obținerii unui profit, este dator să se asigure că linkul furnizat nu direcționează publicul către un conținut pus la dispoziția publicului fără autorizarea titularului de drept.

Observăm că, Curtea a depus eforturi reale în găsirea unui echilibru între funcționarea liberă și optimă a internetului, și asigurarea unei protecții adecvate drepturilor de autor. Suntem în cunoștința deplină a dificultăților găsirii unei soluții adecvate. Această certitudine ne este susținută prin diversitatea de opinii¹⁰⁴ și multitudinea de soluții propuse, ori aplicate de literatura de specialitate sau instanțele naționale, dintre care niciuna nu este general acceptată sau aplicabilă. Dintre aceste soluții putem aminti teoria licenței implicite,¹⁰⁵ autorizarea expresă, licența colectivă, instrucțiunile încorporate pe website sau introducerea de noi excepții în directivă,¹⁰⁶ sau teoria inexistenței actului de comunicare în lipsa transmiterii operei.¹⁰⁷ Totodată, considerăm că este foarte puțin probabilă, dacă nu chiar imposibilă găsirea unei soluții generale și permanente, care să satisfacă cerințele dreptului de autor fără să sacrifice funcționarea optimă a internetului, mai ales, în lumina schimbărilor tehnologice constante și rapide.

Cu toate acestea, suntem de părere că, calea aleasă de Curte este una dintre cele mai nefericite din perspectiva actualei reglementări internaționale și implicit, a dreptului Uniunii Europene. Putem doar spera că în viitor literatura de specialitate dezvoltată de specialiștii dreptului de autor și evoluția soluțiilor propuse de aceștia vor oferi Curții un sprijin și o alternativă de reformare a jurisprudenței sale în așa fel, încât să restabilească echilibrul real între interesele diverselor categorii persoane, cu respectarea dreptului internațional privind drepturile de autor.

* Doctorand, Universitatea Eötvös Loránd, Facultatea de Drept, Departamentul de Drept Privat European și Dreptul European al Afacerilor, cadru didactic asociat al Universității Sapientia, Departamentul de Științe Juridice, consilier juridic; kis_reeka@yahoo.com.

¹ Gyula Fábíán, Drept instituțional al Uniunii Europene, Editura Hamangiu, Sfera Juridică, București, 2012, p. 404

² Pentru detalii a se vedea Péter Mezei, Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies în *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, octombrie 2016, p. 877-900, disponibil pe <https://ssrn.com/abstract=2784926> (accesat la 23.06.2017., ora 18:14), p. 877 și urm.

³ Sam C. Velze, Communication to a New Public? A Critical Analysis of the CJEU's 'New Public' Criterion in European Copyright Law, Thesis Research Master Information Law, <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1744.pdf> (accesat la data de 23.06.2017., ora 19:20), p. 28

⁴ Pentru protecția operelor literare și artistice completată la Paris la 4 mai 1896, revizuită la Berlin la 13 noiembrie 1908, completată la Berna la 20 martie 1914, revizuită la Roma la 2 iunie 1928, revizuită la Bruxelles la 26 iunie 1948, revizuită la Stockholm la 14 iulie 1967 și la Paris la 24 iulie 1971 și modificată la 28 septembrie 1979

⁵ P. Bernt Hugenholtz, Sam C. Van Velze, Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a „New Public” în *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2016) 47:797-816, p. 798

⁶ *Idem*, p. 799

⁷ *Idem*, p. 801

⁸ a se vedea <http://www.orda.ro/default.aspx?pagina=213> (accesat la 15 februarie 2017, ora 12:52)

⁹ adoptate la Geneva la data de 20.12.1996.

¹⁰ A se vedea preambulul WCT.

¹¹ iar în cazul WPPT, a performanțelor fixate.

¹² L'Association Littéraire et Artistique Internationale –ALAI, Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet, 9 martie 2013, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf> (accesat la 15 februarie 2017, ora 13:01), p.3

¹³ Considerentele (15) ale directivei Infosoc

¹⁴ Considerentele (31) ale directivei Infosoc

¹⁵ Din formularea explicită ”prin cablu sau fără cablu” reiese că directiva nu se aplică performanțelor off-line, acestea rămânând nearmonizate la nivelul UE. Pentru detalii a se vedea ALAI (n. 12), p. 5

¹⁶ Aspecte ale Drepturilor de Proprietate Intelectuală legate de Comerț face parte din Acordul de înființare a Organizației Mondiale a Comerțului, semnat la Marrakesh în aprilie 1994

¹⁷ Decizia Consiliului din 16 martie 2000 de aprobare, în numele Comunității Europene, a Tratatului OMPI privind drepturile de autor și a Tratatului OMPI privind interpretările și execuțiile și fonogramele

¹⁸ Hotărârea din 13 februarie 2014, *Svensson și alții*, C-466/12, EU:C:2014:76

¹⁹ *Idem*, pct. 8

²⁰ *Idem*, pct.9

²¹ *Idem*, pct. 10-11

²² 1) Fapta unei alte persoane decât titularul drepturilor de autor asupra unei opere de a furniza pe pagina sa de internet un link care poate fi accesat spre această operă constituie o comunicare publică a operei în sensul articolului 3 alineatul (1) din Directiva [2001/29]?

2) Examinarea primei întrebări este influențată de împrejurarea că opera la care trimite linkul se află pe o pagină de internet care poate fi accesată fără nicio restricție sau, dimpotrivă, că accesul la această pagină este restricționat într-un fel sau altul?

3) La examinarea primei întrebări, trebuie să se facă o distincție după cum opera, după accesarea linkului, este afișată pe o pagină de internet distinctă sau, dimpotrivă, creează impresia că este afișată pe aceeași pagină [de internet]?

4) Un stat membru poate oferi o protecție mai extinsă dreptului exclusiv al autorilor stabilind că noțiunea de comunicare publică include mai multe operațiuni decât cele care decurg din articolul 3 alineatul (1) din Directiva 2001/29?”

²³ Observăm cu părere de rău, că din varianta reformulată a întrebărilor, Curtea a omis a treia întrebare a instanței naționale, prin care aceasta întreba Curtea dacă trebuie să se facă o distincție cum opera, după accesarea linkului, este afișată pe o pagină de internet distinct (precum în cazul hiperlinkurilor simple sau interne) sau, dimpotrivă, creează impresia că este afișată pe aceeași pagină (precum în cazul linkingului realizat prin tehnica framing sau embedding)?

²⁴ *Svensson*, (n.18), pct. 14

²⁵ *Idem*, pct. 33

²⁶ A se vedea Hugenholtz și Velze (n. 5), p. 808

²⁷ European Copyright Society - ECS: Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson, 15 februarie 2013, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/european-copyright-society-opinion-on-svensson-first-signatoriespaginatedv31.pdf> (accesat la 16 februarie 2017, ora 9:15)

²⁸ *Idem*, par. 11, 26 și urm.

²⁹ *Idem*, p. 8 și urm. Autorii opiniei nu fac diferență între diversele moduri de folosire a linkurilor, precum linkuri simple, linkuri profunde, linkuri încadrate sau încorporate. În opinia noastră, primele două pot fi asemănaute eventual unor adrese de trimitere, întrucât indică utilizatorului adresa la care se regăsește

opera, însă nu putem fi de acord cu afirmația potrivit căreia tehnica de framing sau embedding se limitează la a fi doar o adresă de citare. De exemplu facă o persoană își verifică “news feed”-ul pe pagina de socializare facebook și mișcă cursorul deasupra videoclipurilor YouTube distribuite pe facebook, videoclipul va începe să ruleze mut, fără nicio altă intervenție a persoanei, mulțumită funcției de ‘hover’ dezvoltată de rețeaua de socializare.

³⁰ Autorii opiniei au susținut acest argument inclusiv prin recurgerea la exemple din hotărârile instanțelor naționale. A se vedea hotărârea Curții Federale Germane în cauza *Paperboy*, I ZR 259/00 (17 iulie 2003) [2005], hotărârea Curții Supreme din Norvegia în cauza *Napster.no* (2006) IIC 120 (26 ianuarie 2005) și hotărârea Curții de Apel în cauza *Perfect 10 vs. Google, Inc.*, 416 F.Supp. 2d 828 (C.D. Cal.2006), 487 F.3d 701 (USCA, 9th Cir. 2007)

³¹ ECS, (n.27), par. 46 și urm.

³² Hotărârea din data de 7 decembrie 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764

³³ *Idem*, par. 40, ECS (n.27), par. 27

³⁴ ALAI, 2013 (n. 12)

³⁵ *Idem*, p. 1

³⁶ *Idem*, p.1

³⁷ Despre diferența dintre hiperlinkuri și linkuri inline a se vedea ALAI, 2013 (n.12), p. 8

³⁸ ALAI, 2013 (n.12), p. 1

³⁹ *Svensson*(n.18), pct. 17

⁴⁰ *Idem.*, pct. 19.

⁴¹ *Idem*, pct. 27-28

⁴² *Idem*, pct. 37

⁴³ De fapt, Avocatul general La Pergola a fost cel care a dezvoltat pentru prima oară în cadrul concluziilor din data de 9 septembrie 1999, *Egeda*, C-293/98, EU:C:1999:403

⁴⁴ *SGAE* (n.32)

⁴⁵ *Idem*, pct. 32

⁴⁶ *Idem*, pct. 34-36

⁴⁷ Directiva Infosoc, considerentele (19)

⁴⁸ Art. 11 bis, astfel cum a fost ratificată prin LEGE nr. 77 din 8 aprilie 1998 pentru aderarea României la Convenția de la Berna pentru protecția operelor literare și artistice din 9 septembrie 1886, în forma revizuită prin Actul de la Paris la 24 iulie 1971 și modificată la 28 septembrie 1979:

(1) Autorii de opere literare și artistice beneficiază de dreptul exclusiv de a autoriza: 1* radiodifuzarea operelor lor sau comunicarea publică a acestor opere prin orice alt mijloc servind la difuzarea fără fir a semnalelor, a sunetelor sau a imaginilor; 2* orice comunicare publică fie prin fir, fie fără fir a operei radiodifuzate, când aceasta comunicare este făcută printr-un alt organism decât cel de origine; 3* comunicarea publică a operei radiodifuzate prin difuzor sau prin orice alt instrument asemănător, transmițător de semnale, de sunete sau de imagini.

(2) Revine legislațiilor țărilor Uniunii să reglementeze condițiile de exercitare a drepturilor la care se referă alin. (1) de mai sus, dar aceste condiții nu vor avea decât un efect strict limitat la țara care le va stabili. Ele nu vor putea în nici un caz să aducă atingere dreptului moral al autorului, nici dreptului, care aparține autorului, de a obține o remunerație echitabilă stabilită de către autoritatea competentă, în lipsa unui acord amiabil.

(3) În lipsa unei prevederi contrare, autorizația acordată, potrivit alin. (1), nu cuprinde și autorizația de a înregistra opera radiodifuzată prin intermediul unor instrumente de fixare a sunetelor sau imaginilor. Se rezervă totuși legislațiilor țărilor Uniunii regimul înregistrărilor efemere, efectuate de un organism de

radiodifuziune prin propriile sale mijloace și pentru emisiunile sale. Aceste legislații vor putea autoriza păstrarea acestor înregistrări în arhive oficiale, datorită caracterului lor excepțional de documentare.

⁴⁹ SGAE (n. 32), pct. 41

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Idem*, pct. 42

⁵² Pentru detalii a se vedea Mihály J. Ficsor, Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous “new public” theory, http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=68 (accesat la 01,03,2017., ora 10:07), p. 4 și urm.

⁵³ *Idem.*, p. 5

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Încheiată la Viena la 23 mai 1969, publicată în ediția oficială a Monitorului Oficial „Tratate Internaționale”, volumul 4, pag. 53. A se vedea art. 32 din Tratatul de la Viena, care stabilește procedura de interpretare a textului Convenției, respectiv se poate recurge la mijloace complementare de interpretare, în cazul în care interpretarea dată conform articolului 31, anume o interpretare bazată pe analiza textului legal, lasă sensul ambiguu sau obscur sau duce la un rezultat vădit absurd sau nerațional. În același sens Ficsor (n.52), p. 10, Hugenholtz și Velze (n. 5), p. 808.

⁵⁶ Mai multe detalii cu privire la posibilele interpretări a se vedea Ficsor (n.52), p. 9

⁵⁷ Ficsor (n.52), p. 13 cu trimitere la Cuvântul înainte al Ghidului din 1978

⁵⁸ *Idem*, p. 3

⁵⁹ *Idem*, p. 4

⁶⁰ Sam Ricketson, Jane Ginsburg, International Copyright and Neighboring Rights – The Berne Convention and Beyond, Oxford University Press, 2006, p. 734

⁶¹ Hugenholtz și Velze (n. 5), p. 808

⁶² *Idem*, p. 808-809

⁶³ Hotărârea din 4 octombrie 2011, *Football Association Premier League și alții*, C-403/08, EU:C:2011:631, Hotărârea din 13 octombrie 2011, *Airfield și Canal Digitaal*, C-431/09, EU:C:2011:648.

⁶⁴ Hotărârea din 7 martie 2013, *ITV Broadcasting și alții*, C-607/11, EU:C:2013:147

⁶⁵ *Idem*, pct. 8-10

⁶⁶ Întrebările în forma lor originală se regăsesc la pct. 18 al Hotărârii:

1) Dreptul de a autoriza sau de a interzice «comunicarea publică a operelor lor, prin cablu sau fără cablu», prevăzut la articolul 3 alineatul (1) din Directiva [2001/29], este aplicabil în cazul în care:

a) autorii autorizează includerea operelor lor în programe televizate cu acces liber difuzate pe cale terestră, destinate recepționării fie pe teritoriul unui stat membru, fie într-o zonă geografică determinată a unui stat membru;

b) un terț (și anume un organism care nu este organismul de radiodifuziune sau de televiziune inițial) furnizează un serviciu prin care abonații individuali din zona de recepție a programelor, care pot recepționa în mod legal programele la un aparat receptor de televiziune în locuințele lor, se pot conecta la serverul terțului și pot recepționa conținutul programului în flux continuu prin internet?

2) În vederea răspunsului la prima întrebare, este relevant dacă:

a) serverul terțului permite numai o conectare «individuală» pentru fiecare abonat, prin care fiecare abonat stabilește propria conexiune internet la server, iar fiecare pachet de date transmis de server prin internet se adresează unui singur abonat individual?

b) serviciul furnizat de terț este finanțat prin publicitate, care este prezentată pre-roll (și anume în intervalul de timp de după conectarea unui abonat, dar înainte ca acesta să înceapă să recepționeze conținutul programului) sau in-skin (și anume în cadrul softului de vizualizare care afișează programul

recepționat pe dispozitivul de vizualizare al abonatului, dar în afara imaginii programului), dar publicitatea originală cuprinsă în program este prezentată abonatului acolo unde este inserată în program de organismul de radiodifuziune sau de televiziune?

c) organismul care intervine:

i) furnizează un serviciu alternativ în raport cu serviciul furnizat de organismul de radiodifuziune sau de televiziune inițial, acționând astfel în concurență directă cu organismul de radiodifuziune sau de televiziune inițial în ceea ce privește atragerea audienței sau

ii) acționând în concurență directă cu organismul de radiodifuziune sau de televiziune inițial în ceea ce privește veniturile obținute din publicitate?

⁶⁷ TvCatchup (n. 64), pct. 37

⁶⁸ *Idem*, pct. 38

⁶⁹ *idem*, pct. 39

⁷⁰ A se vedea Hugenholtz și Velze, p. 805, Ficsor (n. 52), Mira Burri, Permission to Link. Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson, 2014, <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4098> (accesat la 28.06.2017, ora 18:00)

⁷¹ *FAPL* (n.63)

⁷² Hugenholtz și Velze (n. 5), p. 805

⁷³ În același sens a se vedea Ficsor (n. 52), p. 20

⁷⁴ Hugenholtz și Velze (n. 5), p. 806

⁷⁵ ALAI, Opinion Proposed to the Executive Committee and adopted at its meeting, 17 September 2014 on the criterion “New Public”, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf> (accesat la 26.06.2017, 16:08), p. 14

⁷⁶ *Idem*, p. 21

⁷⁷ Mihály Ficsor, Svensson and the CJEU’s “new public” theory: what the E.U. may learn from the U.S. to avoid judicial lapses, http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2015/04/Update-Ficsor-Mihaly-3B-Copyright-Session-3B_Ficsor_Svensson_from_new-angles.pdf (accesată la data de 23.06.2017, ora 13:25), p. 2

⁷⁸ Hugenholtz și Velze (n. 5), p. 811

⁷⁹ Velze (n. 3), p. 76

⁸⁰ Ordonanța din 21 octombrie 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, pct. 4-10

⁸¹ *Idem*, pct. 11

⁸² Articolul 99 din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție din 25 septembrie 2012: „Atunci când o întrebare formulată cu titlu preliminar este identică cu o întrebare asupra căreia Curtea s-a pronunțat deja, atunci când răspunsul la o astfel de întrebare poate fi în mod clar dedus din jurisprudență sau atunci când răspunsul la întrebarea formulată cu titlu preliminar nu lasă loc niciunei îndoieli rezonabile, Curtea, la propunerea judecătorului raportor și după ascultarea avocatului general, poate oricând să decidă să se pronunțe prin ordonanță motivată.

⁸³ *BestWater* (n. 80), pct. 20

⁸⁴ A se vedea ALAI, 2013 (n. 12), p. 2 și urm.

⁸⁵ Hotărârea din 8 septembrie 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, pct. 24

⁸⁶ *Idem.*, pct. 26

⁸⁷ *Idem.*, pct. 37, 41 și urm.

⁸⁸ *Idem.*, pct. 42

⁸⁹ *Idem.*, pct. 37

⁹⁰ *Idem.*, pct. 35

⁹¹ *Idem.*, pct. 49

⁹² *Idem.*, pct. 45-46

⁹³ Mihály J. Ficsor, GS Media and Soulier – may the hyperlink conundrum be solved and the “new public”, “specific technical means” and “restricted access” theories be neutralized through the application of the implied licence doctrine and the innocent infringement defense?, http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=73 (accesat la 27.06.21:00), p. 6

⁹⁴ *GS Media* (n. 85), pct. 51

⁹⁵ Curtea a reinterpretat de fapt jurisprudența sa din *BestWater*, susținând că acea cauză se referă la postarea operelor cu autorizarea titularilor de drept, cu toate că din starea de fapt a cauzei reiese contrariul. A se vedea pct. 41 din hotărârea *GS Media*.

⁹⁶ Tomasz Targosz, A New Chapter in the Linking Saga, <http://kluwercopyrightblog.com/2016/09/09/a-new-chapter-in-the-linking-saga-its-becoming-a-horror/> (accesat la 27.06.2017., ora 18:02)

⁹⁷ Concluziile prezentate la 7 aprilie 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:221, pct. 78

⁹⁸ Ficsor (n. 93), p. 6

⁹⁹ A se vedea par. 38 din *GS Media* (n. 85)

¹⁰⁰ Această cauză avea ca și obiect interpretarea prin trimitere preliminară a articolului 8 alineatul (2) din directiva 92/100/CEE privind dreptul de închiriere și de împrumut și anumite drepturi conexe dreptului de autor în domeniul proprietății intelectuale. Curtea a menționat în mod expres „că noțiunea de „comunicare publică” utilizată în cadrul articolului 3 alineatul (1) din Directiva 2001/29 nu corespunde cu noțiunea aferentă articolului 8 alineatul (2) din Directiva 92/100 din moment ce ele sunt utilizate „în contexte care nu sunt identice și privesc finalități care, deși sunt, desigur, similare, sunt totuși parțial divergente.” În urma hotărârii din din 31 mai 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, în special concluziile din par. 31, considerăm însă, că această diferențiere este retrasă de Curte.

¹⁰¹ Hotărârea din 31 mai 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379

¹⁰² *Idem.*, par. 64

¹⁰³ Ficsor (. 93), p. 6

¹⁰⁴ A se vedea, de exemplu, opiniile contrare ale celor două organizații specializate în dreptul de autor, ALAI și SEDA, menționate mai sus.

¹⁰⁵ Jane Ginsburg propune să se înlocuiască criteriul „noului public” cu licența implicită, care, pe de o parte, salvează internetul, dar totodată, asigură o separare strictă între comunicarea publică făcută cu autorizarea titularului de drept, respectiv cea fără autorizare. Pentru detalii a se vedea Burri (. 70), p.252 Aceeași soluție este dezvoltată și de Ficsor, care argumentează că în lumina hotărârii din 16 noiembrie 2016, Soulier și Doke, C-301/15, EU:C:2016:878 și Curtea de Justiție a Uniunii Europene pare să se ralieze acestei opinii. Suntem reticenți cu privire la această presupunere, însă apreciam modul sugestiv al autorului de îndruma Curtea către o soluție mai compatibilă cu dreptul de autor. Pentru detalii a se vedea Ficsor (n. 93) p. 8 și urm. Licența implicită este însă abandonată de ALAI. Pentru detalii, a se vedea ALAI, ALAI Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet, 2015, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/201503-hyperlinking-report-and-opinion-2.pdf> (accesat la 29.06.2017, ora 10:29), p. 2

¹⁰⁶ Aceste soluții sunt propuse de ALAI. Fiecare dintre aceste soluții presupune însă intervenția titularilor de drepturi, a administratorului sau a legiuitorului. Pentru detalii, a se vedea ALAI, 2015, p. 4 și urm.

¹⁰⁷ Această interpretare fost consacrată în jurisprudența instanțelor naționale din Statele Unite, dar care a fost ulterior abandonată din cauză că a condus la rezultate inechitabile. Pentru detalii, a se vedea Andrea Tóth, A linkelés jelene és jövője az Egyesült Államok és az Európai Unió joggyakorlata alapján în Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle 1/2016, p. 64 și urm.

ARTICOLE

ACORDUL DE LA SCHENGEN. SITUAȚIA ROMÂNIEI

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).3.6

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Carmen LAZĂR*

Résumé. *L'accord de Schengen. La situation de la Roumanie.* A l'origine l'Accord de Schengen était un acte de droit international public, c'est-à-dire une convention conclue entre Etats membres qui complétait le droit communautaire parce qu'elle était destinée à atteindre l'objectif de la libre circulation fixé par les traités communautaires: ceux-ci permettaient seulement le déplacement en vertu d'un acte d'identité, tandis que l'Accord permet en plus le déplacement sans contrôles aux frontières entre les Etats parties. Il illustre l'Europe à plusieurs vitesses, représente une forme de coopération consolidée, anticipant dans ce sens le Traité d'Amsterdam. L'Accord a été signé en 1985 par la France, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Allemagne, entré en vigueur d'une façon différenciée et complété par la Convention d'application de Schengen signée en 1990 et entrée en vigueur en 1995. D'autres Etats membres ont adhéré à l'Accord et à la Convention, ce qui fait qu'actuellement sont parties presque tous les Etats membres de l'Union, moins la Grande Bretagne, l'Irlande et le Chypre (les deux premiers n'ont pas désiré être parties, mais participent quand même à certains aspects, le troisième a reçu une dérogation quand il a adhéré à l'Union), la Roumanie et la Bulgarie (qui ne remplissent pas toutes les conditions d'y participer). De même, par l'intermédiaire de conventions distinctes conclues entre eux et les Etats Schengen membres de l'Union, sont parties à l'Accord et à la Convention des Etats tiers comme l'Islande, la Norvège, le Liechtenstein et la Suisse. Par le Traité d'Amsterdam, signé en 1997 et entré en vigueur en 1999, l'Accord et la Convention d'application ont été transférés dans le droit de l'Union, en devenant ainsi partie de l'acquis de l'Union.

Mots clé: accord, Schengen, convention d'application, droit international public, contrôle aux frontières, Traité d'Amsterdam, acquis de l'Union

Cuvinte cheie: acord, Schengen, convenție de aplicare, drept internațional public, control la frontiere, Tratatul de la Amsterdam, acquis-ul Uniunii

1. Acordul de la Schengen era la origine un act de drept internațional public, adică o convenție încheiată între state membre într-un domeniu de competență împărțită, care completa dreptul comunitar, mai precis legislația secundară, în materia liberei circulații a

persoanelor. Astfel, deși tratatele permiteau implicit suprimarea controalelor la frontiere¹, legislația secundară adoptată de Consiliu pentru aplicarea tratatelor permitea doar deplasarea pe baza unui act de identitate, aceasta deoarece unele state membre nu erau de acord cu suprimarea controalelor². Ca atare, statele care au dorit aceasta au recurs la un instrument de drept internațional, Acordul permițând în plus față de dreptul comunitar deplasarea fără controale la frontierele dintre statele părți. El este expresia Europei cu mai multe viteze, statele părți devansând restul Comunității în îndeplinirea obiectivelor stabilite în materie de liberă circulație; el reprezintă o formă de cooperare consolidată, chiar dacă aceasta a fost instaurată expres abia prin Tratatul de la Amsterdam. Semnat în 1985 de Franța, Germania, Olanda, Belgia și Luxemburg și intrat în vigoare în mod diferențiat - unele prevederi imediat, altele ulterior -, el a fost completat prin Convenția de aplicare de la Schengen, semnată în 1990 și, din cauza unor impedimente practice, aplicată abia din 1995, modificată ulterior prin acte de drept unional derivat³. Prin Tratatul de la Amsterdam, semnat în 1997 și intrat în vigoare în 1999, mai precis prin Protocolul care integrează *acquis*-ul Schengen în cadrul Uniunii Europene, Acordul și Convenția⁴ de aplicare au fost transferate în dreptul Uniunii Europene, mai precis în pilonul Justiție și Afaceri Interne, devenind parte a *acquis*-ului unional cu titlul de acte de drept derivat; ca atare, statele membre ale Uniunii care doresc să participe la spațiul Schengen nu mai semnează acorduri de aderare la Acord, ca înainte de integrarea acestuia în dreptul Uniunii, ele participând în virtutea calității lor de membre ale Uniunii în măsura în care, odată cu aderarea la Uniune sau cu semnarea Tratatului de la Amsterdam, nu primesc derogare în acest sens iar Consiliul constată că îndeplinesc condițiile cerute de Acord. La Acord participă actualmente aproape toate statele membre ale Uniunii, mai puțin Marea Britanie, Irlanda, Cipru (primele trei state nu au dorit să fie părți dar participă totuși la anumite aspecte, cel de-al treilea a primit derogare în acest sens când a aderat la Uniune), România și Bulgaria (care nu îndeplinesc toate condițiile de a participa); Danemarca, deși semnatară, participă doar de la caz la caz la diferite măsuri adoptate; de asemenea, prin intermediul unor convenții distincte încheiate între ele și statele Schengen membre ale Uniunii – convenții înlocuite ulterior cu acorduri de asociere cu Uniunea -, respectiv prin intermediul unor acorduri de asociere cu Uniunea, sunt părți la Acord și Convenție și state terțe cum ar fi Islanda, Norvegia, Lichtenstein și Elveția.

Acordul are drept câmp material de aplicare suprimarea controalelor la frontierele interne, în scopul facilitării liberei circulații mai ales pentru resortisanții unionali, o politică comună sau cel puțin o armonizare în materie de vize, sejur, control al imigrației - aspecte care îi vizează pe cetățenii statelor terțe -, armonizarea reglementărilor naționale referitoare la droguri, la arme și materii explozibile, cooperare judiciară și polițienească drept corolar al celor menționate. Pe bună dreptate s-a considerat că Acordul este un precursor sub anumite aspecte ale liberei circulații, el fiind încheiat înaintea Actului Unic European din 1985 care își propunea același obiectiv - un spațiu fără frontiere interne⁵; de aceea el a prezentat de la început interes și pentru celelalte state comunitare, care nu erau încă părți. Odată cu Tratatul asupra Uniunii Europene, semnat în 1992 și intrat în vigoare în 1993, și crearea pilonului Justiție și Afaceri Interne s-a născut o suprapunere între obiectul acestuia din

urmă și cel al Acordului, justificată atunci de faptul că la Acord nu erau părți toate statele membre și Acordul nu făcea parte din dreptul Uniunii; această suprapunere a devenit însă illogică, anormală, odată cu Tratatul de la Amsterdam; mai mult chiar, materiile corespunzătoare aparținând până atunci pilonului Justiție și Afaceri Interne, cu excepția cooperării judiciare și polițienești, au fost transferate în Tratatul de instituire a Comunității Europene; practic, aceleași materii au ajuns să facă atât obiectul Comunității Europene cât și al Acordului Schengen parte a pilonului III, după cum actualmente ele, sub denumirea de spațiu de libertate, securitate și justiție, fac obiectul atât al Tratatului asupra funcționării Uniunii Europene cât și al Acordului Schengen! Aceasta chiar dacă, conform Protocolului menționat, Consiliul a stabilit pentru fiecare prevedere din Acord baza juridică din tratat (la ora aceea Tratatul de instituire a Comunității Europene).

Din punctul de vedere al câmpului personal de aplicare Acordul se plasează parțial într-o perspectivă unională, urmărind liberalizarea circulației pentru toți cetățenii U.E. și nu numai pentru cei ai statelor părți; pe de altă parte îi asimilează totuși străinilor pe cetățenii statelor asociate U.E. și pe membrii de familie - cetățeni ai statelor terțe - ai cetățenilor Uniunii, deși toți aceștia beneficiază de prevederile dreptului unional privind libera circulație; de asemenea, îi asimilează cetățenilor U.E. pe cetățenii unor state terțe care participă la spațiul Schengen - Islanda, Norvegia, Liechtenstein, Elveția -, precum și pe cetățenii unor state terțe aflate în uniune vamală cu state ale U.E. - Andorra, Monaco, San Marino, Vatican. Această distincție nu prezintă însă relevanță pentru aplicarea dispozițiilor referitoare la suprimarea controalelor la frontiere, așa cum vom vedea, ci numai pentru aplicarea celorlalte tipuri de dispoziții.

Din punctul de vedere al conținutului său Acordul cuprinde patru categorii de prevederi. Acestea sunt:

a) Suprimarea controalelor la frontierele interne (art. 1-16 și 23-24 din Acord, art. 2-4 din Convenție)

În ceea ce privește transportul rutier cu vehicule de turism Acordul s-a aplicat imediat după intrarea lui în vigoare, iar pentru celelalte tipuri de transport el s-a aplicat în etape, inclusiv prin intermediul Convenției de aplicare. Aceasta deoarece liberalizarea circulației trebuia corelată cu un control sporit la frontierele externe și în interiorul teritoriilor statelor. Altfel spus, libera circulație nu trebuia să însemne permisivitate și insecuritate⁶. Obiectul acestor dispoziții nu îl constituie numai persoanele, ci și mărfurile și bunurile de uz personal. Suprimarea controalelor înseamnă de fapt desființarea posturilor de frontieră, fie ele terestre, aeriene sau maritime. Oricare stat poate restabili în mod excepțional și limitat aceste controale, din motive de ordine publică sau securitate națională, după consultarea prealabilă sau, în caz de urgență, după informarea ulterioară a celorlalte state părți (art. 2 par. 2 din Convenție). Trecerea frontierelor interne se face deci prin orice loc și oricând (art.2 din Convenție); trecerea frontierelor externe se face prin punctele desemnate de statul căruia îi aparține respectiva parte de frontieră și la orele stabilite de el (art.3 din Convenție), cu excepția relativă a micului trafic de frontieră⁷ și a traficului maritim constând în navigația de plăcere și în pescuitul de coastă.

Beneficiarii acestor dispoziții sunt toate persoanele care intră pe teritoriul statelor Schengen, indiferent că au cetățenia Uniunii sau a unui stat terț.

Teritoriile la care se aplică Acordul sunt teritoriile europene ale statelor părți (deci excluzând Departamentele și Teritoriile franceze de peste mări și dependențele olandeze în aceeași situație), precum și teritoriile Islandei, Norvegiei, Elveției și Liechtensteinului. Rezultă deci că teritoriul Schengen este dintr-un punct de vedere mai restrâns decât al Uniunii, dar din altul este mai extins.

b) Dreptul de azil (art. 28-38 din Convenție)

În ceea ce privește dreptul de azil, drept fundamental al oricărui străin persecutat din motive rasiale, etnice, religioase, politice sau sociale, Acordul se inspiră din reglementările internaționale, adică din Convenția de la Geneva din 1958 referitoare la statutul refugiaților și prin Protocolul de la New-York din 1967 care o modifică. De ce este reglementat dreptul de azil în legătură cu controlul imigrației? Deoarece, în viziunea statelor părți, el poate fi utilizat abuziv de către persoane care doresc să-și părăsească țara din motive economice, devenind astfel un risc de imigrare ilegală⁸. De aceea se distinge, ca și în documentele internaționale, între străinul imigrant și cel care caută azil. Acordul instaurează o procedură de examinare a cererilor de azil care să evite depunerea, simultană sau succesivă, de cereri în două sau mai multe state membre: în principiu un singur stat Schengen este competent să examineze o cerere, pe baza unor criterii clar stabilite, rezultatul impunându-se tuturor celorlalte state (art. 29 par. 3 din Convenție). Prin excepție, în caz de acceptare a unei cereri de azil, unul sau mai multe din celelalte state părți îi pot totuși refuza persoanei accesul pe teritoriul lor, dacă o consideră indezirabilă din mai multe motive; de asemenea, în caz de respingere a unei cereri de către statul competent, precum și în caz de depunere a cererii la alt stat decât cel competent, unul sau mai multe din celelalte state, respectiv statul la care cererea a fost depusă, o pot totuși examina și admite (art. 29 par. 4). Mai există, de asemenea, și alte situații în care criteriile de competență nu operează la modul rigid, absolut: când un stat necompetent, pe teritoriul căruia se află solicitantul de azil, nu cere statului competent, în termen de 6 luni, să-și asume tratamentul cererii, ceea ce face ca el să devină competent (art. 31 par. 3 din Convenție); când un stat necompetent, pe teritoriul căruia se află solicitantul de azil, i-a eliberat acestuia un titlu de ședere cu validitate de 1 an sau superioară unui an, ceea ce face ca el să devină competent (art. 33 par. 2 din Convenție); pentru motive umanitare sau culturale, statul competent poate cere altui stat membru examinarea cererii de azil, cu consimțământul persoanei în discuție (art. 36 din Convenție). De menționat că competența unui stat se extinde și asupra unor membri de familie ai solicitantului, dacă acesta a primit statutul de refugiat și drept de ședere: soțul, copilul celibatar sub 18 ani – dacă solicitantul are 18 ani –, părintele – dacă solicitantul e un copil celibatar sub 18 ani (art. 35 din Convenție). Statul competent este ținut să-l preia pe teritoriul său pe solicitantul de azil aflat ilegal pe teritoriul altui stat Schengen (art. 33 par. 1 din Convenție), exceptând cazul prevăzut de art. 33 par. 2 menționat mai sus. De asemenea, statul competent care a respins o cerere de azil este obligat să-l preia pe solicitantul care s-a deplasat ilegal pe teritoriul altui stat Schengen,

exceptând cazul în care a luat măsurile care se impuneau pentru a asigura îndepărtarea solicitantului de spațiul Schengen (art. 34 din Convenție).

Au fost fixate următoarele criterii de stabilire a statului competent (art.30 par.1 din Convenție):

- statul care a eliberat viza sau, în lipsa vizei, permisul de ședere; dacă sunt mai multe astfel de state, cel care a eliberat documentul cu scadența cea mai îndepărtată; de menționat că, chiar dacă persoana a părăsit teritoriul statului care a eliberat viza sau permisul de ședere, acest stat rămâne competent atâta timp cât documentul respectiv nu a expirat încă; de asemenea, chiar dacă documentul respectiv a expirat, statul competent rămâne tot cel care l-a eliberat atâta timp cât persoana este încă pe teritoriul său

- în lipsa necesității vizei și a permisului de ședere, statul pe teritoriul căruia persoana a intrat prima dată, indiferent că intrarea a avut loc legal sau nu; dacă, în lipsa unei liste comune, dispensa de viză operează numai din partea unor state Schengen, statul competent e cel sau unul din cele care nu pretind viză/permis de ședere, sub rezerva punctelor anterioare

- dacă, în caz de intrare ilegală, nu se pot cunoaște locul și data intrării, statul pe teritoriul căruia a fost semnalată prima dată prezența persoanei (aspect ce se poate proba prin orice mijloc)

- dacă nu se poate determina statul competent pe baza criteriilor de mai sus, statul căruia îi este prezentată cererea de azil

c) Politica de vize, intrare și ședere (art. 17-20 din Acord, art. 5-18 din Convenție)

Liberalizarea circulației prin suprimarea controalelor la frontierele interne a făcut necesară o armonizare a legislației statelor părți privind admiterea pe teritoriu, controlul efectuat la admitere și chiar statutul străinilor în general, aceasta pentru ca potențialii imigranți să nu se folosească de legislația cea mai permisivă pentru a intra pe teritoriul statului respectiv, știind că apoi vor circula liber și în celelalte state părți.

Dispozițiile privind politica vizelor au ca obiect numai vizele de scurtă ședere - de maximum 3 luni dintr-o perioadă de 6 luni de la prima intrare sau de la intrarea anterioară - și vizele de tranzit - de maximum 5 zile -, în acest ultim caz indiferent de tipul vizei de ședere. Ele prevăd recunoașterea reciprocă a vizelor (art. 10 par. 2 și art. 19 par. 2 din Convenție) până la instaurarea unei vize comune (art. 10 par. 1 din Convenție), o viză eliberată de un stat fiind valabilă și pentru celelalte în măsura în care este eliberată în condițiile și după criteriile stabilite conform Acordului, elaborarea unei liste comune a statelor terțe ai căror cetățeni au nevoie de vize (art. 9 din Convenție) și instaurarea unei vize-tip (vigneta). Dacă persoana solicitantă nu îndeplinește toate condițiile prevăzute pentru eliberarea unei vize comune (a se vedea mai jos), din motive umanitare, de interes național sau pentru îndeplinirea unor obligații internaționale un stat membru îi va putea totuși acorda viza dar valabilitatea acesteia va fi limitată la teritoriul său, celelalte state trebuind înștiințate (art. 10 par. 3 și art. 16 din Convenție); la fel și dacă persoanei care nu îndeplinește toate condițiile i se eliberează de către un stat membru un titlu de ședere

(art. 25 din Convenție). Competența pentru eliberarea vizei de ședere aparține statului care constituie destinația principală sau, în caz că aceasta nu poate fi determinată, statul în care persoana intră prima dată (art. 12 par. 2 din Convenție). Pentru vizele de tranzit este competent, evident, statul prin care are loc tranzitul. În lipsa necesității vizei persoana are dreptul la liberă circulație pe teritoriul celorlalte state tot pe o durată de 3 luni dintr-o perioadă de 6 luni (art. 20 par. 1); de asemenea, posesia unui permis de ședere valabil/a unei autorizații provizorii de ședere valabilă eliberate de un stat membru îi dă dreptul la liberă circulație pe teritoriul celorlalte state membre pe o durată de 3 luni dintr-o perioadă de 6 luni, indiferent de perioada de valabilitate a permisului/autorizației (art. 21 din Convenție); în mod excepțional sau în aplicarea unui acord internațional încheiat anterior, șederea poate fi prelungită pentru mai mult de 3 luni de către orice stat membru (art. 20 par.2). Condițiile de formă pe baza cărora se eliberează viza de ședere sau, dacă viza nu este necesară, care condiționează accesul pe teritoriul unui stat și libera circulație pe teritoriul celorlalte state, sunt (art. 5 din Convenție):

- posesia unui document de călătorie (pașaport) valabil pentru toate statele Schengen; în caz că documentul nu este valabil decât pentru unele state, viza sau accesul pe teritoriu vor fi limitate la acestea

- prezentarea, dacă este cazul, de documente care să justifice scopul și condițiile șederii

- dispunerea de mijloace de trai suficiente, atât pentru durata șederii cât și pentru întoarcere sau pentru tranzitul printr-un stat terț, sau prezentarea de garanții că aceste mijloace pot fi legal obținute

- nefigurarea în Sistemul Informatizat Schengen (S.I.S.) ca persoană indezirabilă

- neconsiderarea ca persoană care pune în pericol ordinea publică, securitatea națională sau relațiile internaționale ale unuia dintre statele părți

Pentru vizele de tranzit condițiile sunt aceleași, mai puțin a doua și a treia din cele menționate.

Dacă condițiile menționate nu (mai) sunt îndeplinite, persoanei nu i se poate permite intrarea pe teritoriul Uniunii sau pe teritoriul celorlalte state membre, respectiv trebuie să părăsească teritoriul Uniunii (art. 23 par. 1 din Convenție); prin excepție de la această ultimă obligație, dacă persoana dispune de un titlu de ședere (permis sau autorizație provizorie) eliberat de un alt stat membru decât cel pe teritoriul căruia se află, ea poate intra pe teritoriul aceluia stat membru (art. 23 par. 2 din Convenție); tot în mod excepțional, din motive umanitare, de interes național sau pentru îndeplinirea unor obligații internaționale, statul la frontierele căruia se prezintă persoana îi poate permite acesteia intrarea pe teritoriu dar accesul va fi limitat la teritoriul său, celelalte state trebuind să fie înștiințate (art. 5 din Convenție).

Alte aspecte urmează a fi stabilite de Consiliu.

În ceea ce privește lista comună, ea a fost stabilită prin Regulamentul 539/2001 al Parlamentului și al Consiliului⁹, modificat de Regulamentul 1932/2006 menționat anterior; statele sunt libere să ceară viză și cetățenilor altor state decât cele aflate pe listă (cu obligația de a comunica Comisiei și celorlalte state membre acele state terțe), după cum, în cazuri particulare și în baza cutumelor sau a normelor scrise de drept internațional, pot

acorda scutiri cetățenilor unor state din cele aflate pe listă, în afara scutirilor stabilite de regulamentul însuși.

Controlul la frontierele externe se face în condițiile stabilite prin Acord (art.6-8 din Convenție), tocmai pentru că, admitând un străin pe teritoriul său, un stat își asumă răspunderea pentru toate celelalte state părți; controlul asupra străinilor trebuie să fie complet și aprofundat în comparație cu cel exercitat asupra cetățenilor Uniunii. De asemenea, din aceleași motive, controlul efectuat în cursul șederii în interiorul statelor se supune unor condiții minimale stabilite tot prin Acord (cum ar fi obligația străinilor de a se declara la autoritățile competente, obligația lor de a se înscrie în fișele instituțiilor de cazare etc.; art. 22 din Convenție).

d) Cooperarea polițienească și judiciară în materie penală (art. 39-91 din Convenție)

Asupra acestui aspect nu vom insista, menționăm doar că el este un mijloc de a încadra eficace libera circulație astfel acordată, fără de care aceasta ar deveni poarta unui flux migratoriu. În cadrul cooperării polițienești a fost creat S.I.S. (a se vedea mai jos); în plus, fiecare stat parte este obligat să ofere informații necesare celorlalte state părți și să acționeze atunci când i se cere; în lipsa unei asemenea acțiuni statul reclamant are dreptul de a acționa el pe teritoriul celuilalt, prevederi inedite pentru cooperarea polițienească și pentru suveranitatea națională¹⁰. Astfel, poliția unui stat poate continua, pe teritoriul altui stat, supravegherea (observarea) în anumite condiții¹¹ a unei persoane urmărite judiciar pentru anumite fapte care pot da naștere la extrădare¹² sau a unei persoane despre care există motive serioase să se creadă că poate conduce la identificarea sau localizarea celei care e urmărită judiciar (art. 40 din Convenție); poate continua, pe teritoriul altui stat, la urmărirea în anumite condiții¹³ a unei persoane aflate în flagrant sau în evadare, pentru anumite fapte¹⁴ și pentru faptele care pot da naștere la extrădare (art. 41 din Convenție), și are dreptul de a o interpela în anumite condiții¹⁵ (art. 41 par. 2 b) din Convenție). Polițiile statelor părți își acordă reciproc asistență și fac schimb de informații.

Cooperarea judiciară penală constă în simplificarea procedurilor de transmitere a documentelor (art. 52 și 53 din Convenție), în cereri de comisie rogatorie în scop de percheziție și de ridicare de obiecte și/sau înscrisuri (art. 51 din Convenție), în aplicarea principiului *non bis in idem* (cu condiția ca persoana să fi executat pedeapsa, să fie în curs de executare a ei sau executarea să nu mai fie posibilă conform legii statului de condamnare; art. 54 din Convenție)¹⁶, în simplificarea procedurilor de extrădare (art. 59-66 din Convenție)¹⁷, în transmiterea hotărârilor penale de condamnare în vederea executării lor în alt stat (de exemplu în cazul în care persoana condamnată într-un stat se refugiază în statul de cetățenie iar acesta, din motive constituționale, nu-l poate extrăda¹⁸; art. 67-69 din Convenție).

Sistemul Informatizat Schengen (S.I.S.; art. 92-120 din Convenție)

Acesta este un sistem de informații comun, în care statele membre Schengen semnalează persoane sau obiecte și cu ajutorul căruia ele dispun de aceste semnalări în scopul

efectuării controalelor la frontierele externe sau în interior sau în scopul eliberării de vize și de titluri de ședere. Fiecare stat Schengen creează și întreține partea care îi revine din acest sistem informatizat, la frontierele sale externe cu state nemembre. Protecția datelor personale cu ocazia tratamentului lor trebuie să fie asigurată conform reglementărilor naționale și internaționale, ceea ce implică și un control din partea unei autorități independente.

Comitetul executiv (art. 131-133 din Convenție)

Acesta era organul creat de Convenția de aplicare pentru a veghea la buna aplicare a ei și a Acordului. El se compunea din câte un ministru pentru fiecare stat membru și statua în unanimitate. În urma integrării Acordului și a Convenției sale de aplicare în dreptul Uniunii, Comitetul a fost înlocuit de Consiliul Uniunii.

Dispoziții finale (art. 134-142 din Convenție)

Se prevede că Convenția (și, implicit, și Acordul) nu este aplicabilă decât în măsura în care este compatibilă cu dreptul comunitar (actualmente unional).

Statele membre Schengen se angajează să nu încheie cu state terțe acorduri având ca obiect reducerea sau suprimarea controalelor la frontiere, fără acordul celorlalte state membre și, evident, sub rezerva dreptului pe care îl au statele membre ale Comunității (actualmente ale Uniunii) de a încheia acorduri comune cu terții și exceptând micul trafic de frontieră.

2. În ceea ce privește situația României cu privire la Acordul Schengen, în Acordul de aderare la Uniune se prevede că participarea României la spațiul Schengen nu va avea loc decât în urma unei decizii a Consiliului prin care acesta constată că sunt îndeplinite toate condițiile cerute. Fără o asemenea clauză, participarea României ar fi avut loc de drept, având în vedere apartenența Acordului Schengen la *acquis*-ul unional. Se preconiza ca aderarea să aibă loc în martie 2011.

Prima decizie a Consiliului în acest sens a fost emisă în iunie 2010¹⁹ și vizează aplicarea aspectelor tehnice ale Acordului (S.I.S.) în România, constatând că sunt îndeplinite condițiile de natură tehnică. Legea 141/12.07.2010²⁰ vizează înființarea, organizarea și funcționarea Sistemului Informatic Național de Semnalări și participarea României la sistemul de informații Schengen. De atunci nu a mai fost adoptată nicio decizie formală a Consiliului privind aderarea sau respingerea aderării României la spațiul Schengen²¹, refuzul opus fiind exprimat doar neoficial, politic. Cu ocazia reuniunii Consiliului din decembrie 2013, constatându-se din negocieri imposibilitatea adoptării unei decizii de aderare a României, aceasta – împreună cu Bulgaria – a dat o declarație prin care precizează că va solicita reluarea discuțiilor în Consiliu numai când premisele politice vor fi favorabile unui rezultat pozitiv. De atunci nu există nicio agendă clară de punere la vot a aderării României la spațiul Schengen. Oricum, aderarea se va decide pe baza unui raport de evaluare, raport elaborat la rândul lui în urma unor vizite de evaluare pe categorii de aspecte.

Refuzul unor state (Germania, Finlanda, Austria, Olanda) se bazează pe lipsa reformelor complete în domeniul justiției și pe corupția – implicit și a personalului de frontieră –, aspecte care ar împiedica un control eficient la granițele externe ale României și, deci, ale spațiului Schengen. Totuși, așa cum se recunoaște de altfel de către oficialii ai Uniunii, aceste criterii nu figurează printre cele impuse de Acord, România îndeplinindu-le pe acestea din urmă. Din punct de vedere juridic se poate preconiza o acțiune a României în fața justiției unionale, fie una în carență – dacă Consiliul nu emite nicio decizie –, fie una în anulare – dacă Consiliul emite o decizie de respingere –, deoarece "aderarea", adică participarea la o politică a Uniunii este un drept și o obligație (în lipsa unei derogări) a fiecărui stat membru în măsura în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de dreptul Uniunii.

* Conferențiar, Facultatea de Studii Europene, UBB Cluj-Napoca; crmlazar@yahoo.fr.

¹ Astfel, art. 48 par. 3 din Tratatul de instituire a Comunității Europene, referitor la libera circulație lucrătorilor salariați, prevede că libera circulație comportă, printre altele, dreptul de a se deplasa liber (n.n.) pe teritoriul statelor membre; nefăcându-se nicio precizare cu privire la ceea ce înseamnă liber, interpretarea corectă este că acest termen permite deplasarea fără controale la frontiere. Art. 52-58 referitoare la libertatea de stabilire (libera circulație a lucrătorilor independenți) și 59-66 referitoare la libera circulație a serviciilor nu mai prevăd nimic despre deplasare, ceea ce înseamnă că trebuie să ne raportăm tot la art. 48 par. 3. Aceste prevederi nu au fost modificate prin tratatele ulterioare.

² Suprimarea controalelor trebuia corelată cu politici comune în materie de liberă circulație a cetățenilor statelor nemembre, ca să nu aibă efecte nedorite asupra statelor; or, până la Tratatul asupra Uniunii Europene, care în pilonul său III introducea aceste politici, cele mai multe state membre nu erau pregătite pentru așa ceva.

³ Cum ar fi, de exemplu, Regulamentul 1931/2006 al Parlamentului și al Consiliului – publicat în Jurnalul Oficial L 405/30.12.2006 –, Regulamentul 1342/2011 al Parlamentului și Consiliului - publicat în Jurnalul Oficial L 347/30.12.2011.

⁴ Precizăm că, deși pentru simplificarea exprimării vom folosi doar termenul "Acord", în realitate ne vom referi și la Convenția de aplicare.

⁵ V. Hreblay, „Les accords de Schengen”, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1998, p.16-17.

⁶ idem, p.20.

⁷ Acesta e reglementat de Regulamentul 1931/2006 – citat – și Regulamentul 1932/2006 - publicat în Jurnalul Oficial L 405/30.12.2006 –, ambele ale Parlamentului și Consiliului; prin mic trafic de frontieră se înțelege deplasarea pentru motive economice, sociale, culturale sau familiale, pentru o durată de maxim 3 luni neîntrerupte, într-o zonă de maxim 30 km de la graniță – numită zonă de frontieră - în principiu, a unei persoane care locuiește de cel puțin 1 an în zona de frontieră a statului terț vecin cu statul membru în discuție (persoană numită frontierier); excepția e relativă deoarece statele pot – dar nu sunt obligate –, ținând cont de circumstanțele locale și în mod excepțional, dacă există o nevoie particulară, să permită pentru frontierieri trecerea prin alte puncte decât cele stabilite, după cum pot facilita trecerea lor fie creând puncte de control anume pentru frontierieri, fie creând culoare speciale la punctele obișnuite de control; deplasarea se face pe baza unui permis special și, eventual a unui document de călătorie (dacă acesta e prevăzut în acorduri bilaterale între state membre și state terțe vecine), dar fără viză, chiar dacă statul de cetățenie al frontierierului figurează pe lista comună a statelor ai căror cetățeni au nevoie de viză.

⁸ idem, p.7.

⁹ Publicat în Jurnalul Oficial L 81/21.03.2001.

¹⁰ idem, p.149-150.

¹¹ Existența unei autorizații date de statul pe teritoriul căruia supravegherea are loc, pe baza unei cereri prealabile de întrajutorare judiciară, exceptând cazurile de urgență; în această ultimă situație statul pe teritoriul căruia supravegherea are loc trebuie înștiințat și trebuie să i se ceară între timp autorizarea menționată; agenții supraveghetori nu au dreptul să intre în locurile neaccesibile publicului, nu au dreptul să efectueze interpellări (cu excepția arătată mai jos) și arestări; la cererea statului pe teritoriul căruia are loc supravegherea, aceasta i se va încredința lui; trebuie să dea curs oricărei injoncțiuni din partea statului respectiv.

¹² Acestea sunt: omorul, incendiul, infracțiunile grave de natură sexuală, falsificarea de mijloace de plată, furtul agravat și tănuirea aferentă, șantajul, răpirea și luarea de ostatici, traficul de persoane, traficul ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope, transportul ilicit de deșeuri toxice și dăunătoare, infracțiuni la legislația în materie de arme și explozibile, distrugerea prin explozibile, fuga de la locul unui accident care a antrenat moartea sau vătămări corporale grave, înșelăciunea, filierele de imigrație clandestină, spălarea de bani, traficul cu substanțe nucleare și radioactive, participarea la o organizație criminală, terorismul.

¹³ Atunci când autoritățile statului pe teritoriul căruia are loc urmărirea nu au putut, din cauza urgenței, fi înștiințate la timp, ca să-și dea autorizarea prealabilă; urmărirea poate avea loc într-o anumită perioadă de timp de la trecerea frontierei și într-o anumită zonă sau fără limitarea de timp și spațiu, în funcție de declarația pe care o face fiecare stat membru; agenții urmăritori nu au dreptul să intre în locurile neaccesibile publicului; trebuie să dea curs oricărei injoncțiuni din partea statului respectiv; trebuie să poată fi identificați cu ușurință; urmărirea nu poate avea loc decât pe la frontierele terestre.

¹⁴ Acestea sunt cele menționate la nota 11.

¹⁵ Atunci când agenții statului pe teritoriul căruia are loc urmărirea nu pot interveni suficient de rapid și nici nu au cerut încetarea urmăririi; interpelarea durează până când agenții statului respectiv, informați imediat, pot stabili identitatea persoanei sau pot proceda la arestarea ei.

¹⁶ Un stat membru poate declara că nu va aplica acest principiu în anumite cazuri, stabilite de Acord (art. 55 din Convenție): când fapta care face obiectul condamnării în alt stat a fost comisă parțial pe teritoriul primului; când fapta este o infracțiune la siguranța primului stat; când fapta a fost comisă de un funcționar al primului stat. Chiar în caz de neaplicare a principiului, statul care urmărește a doua oară trebuie să țină cont de perioadele în care persoana a fost privată de libertate pe teritoriul statului de condamnare, pentru a i le deduce din pedeapsa pe care o va aplica; de asemenea, în măsura în care acest lucru e permis de legislația sa, el va trebui să țină cont și de alte sancțiuni decât cele privative de libertate.

¹⁷ Cu precizarea că dispozițiile referitoare la extrădare nu mai sunt valabile între statele membre UE, ele fiind înlocuite de Decizia-cadru 584/2002/JAI a Consiliului referitoare la mandatul european de arestare, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 190/18.07.2002; extrădarea în general vizează persoanele urmărite pentru a fi judecate și condamnate sau persoane căutate în vederea executării unei pedepse sau a unei măsuri de siguranță.

¹⁸ Sub imperiul mandatului european de arestare problema nu se mai pune.

¹⁹ Decizia 365/29.06.2010, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 166/1.07.2010.

²⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 498/19.07.2010.

²¹ Aceasta deși procedura a fost declanșată, obținându-se și avizul pozitiv al Parlamentului European în iunie 2011; Consiliul a adoptat concluzii cu privire la finalizarea procesului de evaluare a stadiului de pregătire a României, concluzii prin care decide amânarea votului, ca urmare a existenței opoziției unor state.

ARTICOLE

**INTERPRETĂRI ALE INSTANTELOR EUROPENE CE VIZEAZĂ DREPTUL LA
IDENTITATE AL COPILULUI**

DOI:10.24193/SUBBjur.62(2017).3.7

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Ioana NICOLAE*
Georgeta-Bianca SPÎRCHEZ**

Abstract: *Interpretations of European Courts concerning the child's right to personal identity.*

This paper aims to contribute to the knowledge of the relevant aspects that configures the child's right to personal identity. To achieve this goal, we analyzed the main elements of the right to identity content that a child should enjoy, namely: the child's right to name, the right to citizenship, the child's right to know his parents and to be cared for, raised and educated by them. The vectors of our analysis are represented by the jurisprudential guidelines in this field of the European Courts - the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, as well as by the exposure of the most current doctrinal opinions expressed both nationally and internationally.

Keywords: *the right to identity, right to name, citizenship, affiliation.*

Cuvinte cheie: *dreptul la identitate, dreptul la nume, cetățenie, filiație.*

Introducere

Prezentul studiu s-a conturat în contextul preocupărilor ce există, nu numai în plan național, dar și internațional, de asigurare a unui mediu propice creșterii și dezvoltării armonioase a copilului. În acest cadru vorbim, în general, de protecția copilului, adică de acel „pachet de măsuri de protecție, asistență și apărare, preconizat de stat și pus în aplicare de organismele sale specializate cu ajutorul factorilor sociali (organizații neguvernamentale, familie, etc.) în vederea asigurării unui trai decent pentru ființa umană, constând în dezvoltarea sa armonioasă.”¹ Fără îndoială, dincolo de normele edictate de Stat, un reper important², și în această materie, îl constituie interpretările instanțelor europene și ne referim aici la Curtea Europeană a Drepturilor Omului³, respectiv la Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

În cele ce urmează, nu ne propunem să tratăm întreaga problematică a protecției drepturilor copilului, ci vom supune examinării noastre doar aspectele legate de identitatea personală a copilului. Opțiunea noastră este justificată și de importanța acestui drept, sens în care

avem în vedere faptul că, așa cum sugestiv s-a stabilit în literatura de specialitate⁴, identitatea unui individ reprezintă afirmarea existenței sale într-o societate și, totodată, o dimensiune a recunoaștii individualității sale, prin care se diferențiază față de ceilalți subiecți de drept.

Astfel, în plan internațional, la nivelul Convenției Europene a Drepturilor Omului nu vom regăsi prevăzut, distinct, dreptul la identitate, dar vom reține, urmare a cercetării literaturii de specialitate⁵, că acesta face parte din conținutul dreptului la viață privată garantat de art.8 al Convenției⁶.

La nivelul Uniunii Europene, drepturile copilului fac obiectul de reglementare al art. 24 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene⁷, după cum urmează: *“1. Copiii au dreptul la protecția și îngrijirile necesare pentru asigurarea bunăstării lor. Ei își pot exprima în mod liber opinia. Aceasta se ia în considerare în problemele care îi privesc, în funcție de vârsta și gradul lor de maturitate. 2. În toate acțiunile referitoare la copii, indiferent dacă sunt realizate de autorități publice sau de instituții private, interesul superior al copilului trebuie să fie considerat primordial. 3. Orice copil are dreptul de a întreține cu regularitate relații personale și contacte directe cu ambii părinți, cu excepția cazului în care acestea sunt contrare interesului său”*.

Deși din cele citate mai sus nu se disting dispoziții exprese privitoare la dreptul la identitate al copilului, nici la nivelul Uniunii Europene, astfel cum vom avea prilejul a evidenția, multe din aspectele juridice ale dreptului la identitate sunt interpretate de Curtea de Luxemburg în relație cu libertatea de circulație.

După cum a stabilit doctrina⁸, pornind de la dispozițiile Convenției internaționale privind drepturile copilului, cele ale Pactului Internațional cu privire la drepturile civile și politice și ale Legii nr. 274/2004⁹, elementele relevante a fi analizate din conținutul dreptului la identitate al copilului sunt: dreptul copilului la nume, dreptul la cetățenie, dreptul copilului de a-și cunoaște părinții și de a fi îngrijit, crescut și educat de aceștia.

Dreptul copilului la nume

După cum știm, numele este un mijloc de individualizare a persoanei fizice, sau, așa cum sugestiv s-a exprimat în literatura de specialitate¹⁰, „numele este o asociere de cuvinte, care este învestită prin lege cu calitatea de a desemna o anumită persoană fizică, în contextul raporturilor juridice la care aceasta participă”.

Din punct de vedere structural, numele cuprinde, în general, numele de familie și prenumele. Astfel, numele de familie se referă la legătura persoanei fizice cu o anumită familie și, de regulă, se dobândește conform legii¹¹, pe când prenumele cuprinde una sau mai multe cuvinte ce se atribuie în mod voluntar de către părinți copiilor lor¹².

Doctrina¹³ notează că dobândirea unei identități și stabilitatea acelei identități sunt garantate de caracterele juridice ale acestui drept personal nepatrimonial: inalienabilitatea, imprescriptibilitatea, insesizabilitatea, opozabilitatea *erga omnes*, personalitatea, universalitatea, legalitatea și unitatea.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că alegerea prenumelui unui copil de către părinții săi se încadrează în sfera noțiunii de viață privată iar refuzul unei autorități de a înregistra acel prenume poate constitui o încălcare a art.8 din Convenție¹⁴.

În cauza *Johansson c. Finlandei*¹⁵, autoritățile cu atribuții în domeniu au refuzat să înregistreze un prenume ales de părinții copilului, motivând că acesta nu corespundea cu procedura de numire de la nivel național. În analiza pe care a realizat-o, Curtea de la Strasbourg a pus în balanță practica națională (adică interesul public de respectare a acestei reglementări pentru a păstra identitatea lingvistică și culturală a statului) și interesul privat de a înregistra copilul cu numele ales. Atâta timp cât a constatat că prenumele ales nu era nepotrivit, ridicol și nu îl prejudicia pe copil, mai mult, putea fi pronunțat în limba țării și fusese înregistrat în sistemul de evidență a populației, pentru alte cazuri de copii, a constatat că aprecierile de ordin public susținute de Guvern nu trebuiau să prevaleze asupra interesului privat de a înregistra copilul cu numele astfel ales.

În dreptul Uniunii Europene, ne vom referi la un caz¹⁶ care pune problema dreptului la nume în relația cu libertatea de circulație, libertate de bază în cadrul Uniunii Europene care se opune ca un stat membru al Uniunii să refuze recunoașterea numelui de familie al unui copil astfel cum fusese înregistrat pe teritoriul altui stat membru unde se născuse copilul.

Astfel, rezumând această cauză, vom reține că o familie de cetățeni germani s-au stabilit în Danemarca unde s-a și născut fiul lor. În virtutea legislației daneze în certificatul de naștere danez al copilului s-au înscris numele reunite ale părinților săi. Serviciile de stare civilă din Germania au refuzat, însă, recunoașterea numelui copilului înregistrat în Danemarca, aducând în favoarea refuzului lor argumentul potrivit căruia numele de familie al unei persoane este reglementat de legea statului al cărui cetățean este, iar dreptul german nu permite unui copil să poarte numele reunite ale părinților săi.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost solicitată, față de circumstanțele cauzei descrise mai sus, să stabilească dacă dispozițiile Uniunii se opun ca autoritățile dintr-un stat membru să refuze recunoașterea numelui de familie al unui copil care fusese înregistrat în alt stat membru. În răspunsul pe care l-a oferit¹⁷, Curtea a identificat o serie de inconveniente majore care se constituiau într-un obstacol în calea liberei circulații, inconveniente atât de ordin profesional cât și privat, care rezultă, în special, “din dificultatea de a beneficia, în statul membru al cărui resortisanți sunt, de efectele juridice ale actelor sau ale documentelor întocmite sub numele recunoscut într-un alt stat membru, a cărei cetățenie o au de asemenea”¹⁸.

Astfel, în raport de faptul că, în multe din acțiunile din viața cotidiană, se impune a se face dovada identității unei persoane, copilul risca să se confrunte cu îndoieli privind identitatea sa cauzate de diferența între numele din registrele autorităților daneze și cel care figurează în pașaportul său german. În plus, față de împrejurarea că acest copil locuia, la momentul la care s-a pronunțat Curtea, cu mama sa în Danemarca, dar se deplasa periodic în Germania la tatăl său care s-a stabilit acolo după divorț, exista inconvenientul ca, de-a lungul anilor, să beneficieze de o serie de documente între care să existe o divergență în privința numelui de familie.

Față de cele prezentate mai sus, a constatat Curtea¹⁹, “de fiecare dată când numele utilizat într-o situație concretă nu corespunde cu cel care figurează în documentul prezentat cu titlu de dovadă a identității unei persoane, în special în vederea obținerii beneficiului unei prestații sau a unui drept oarecare ori a constatării reușitei la examene sau a validării unor capacități ori când numele care figurează în două documente prezentate

împreună nu este același, o astfel de divergență de nume de familie poate provoca îndoieli cu privire la identitatea acestei persoane, precum și la autenticitatea documentelor prezentate sau la veridicitatea datelor pe care acestea le conțin”.

Dreptul copilului la cetățenie

În literatura de specialitate²⁰, pornind de la principiile din dreptul internațional, se admite că reglementarea cetățeniei este o problemă internă a fiecărui stat. Cu toate acestea, sunt de reținut²¹ câteva din principiile internaționale de care nu se poate face abstracție atunci când se examinează acest aspect al identității unei persoane: „orice persoană are dreptul la o cetățenie”; „nimeni nu poate fi lipsit în mod arbitrar de cetățenia sa sau de dreptul de a-și schimba cetățenia”; „orice persoană are dreptul la cetățenia statului pe teritoriul căruia s-a născut dacă nu are dreptul la alta”.

La nivel de lămuriri terminologice, redăm o definiție pe care doctrina²² a dat-o cetățeniei române: „acea calitate a persoanei fizice ce exprimă relațiile permanente social-economice, politice și juridice dintre persoana fizică și stat, dovedind apartenența sa la statul român și atribuind persoanei fizice posibilitatea de a fi titularul tuturor drepturilor și îndatoririlor prevăzute de Constituția și de legile României”.

De asemenea, trebuie să avem în vedere faptul că în actualul context nu ne mai putem mărgini doar la analiza națională, ci în mod just trebuie să vorbim și despre o cetățenie europeană, “care vine astfel în completarea cetățeniei naționale, mai exact ea se suprapune, fără a se substitui, cetățeniei naționale, făcând posibilă exercitarea unora dintre drepturile cetățeanului Uniunii pe teritoriul statului membru în care locuiește”²³.

Astfel, potrivit art.9 din Tratatul privind Uniunea Europeană „este cetățean al Uniunii orice persoană care are cetățenia unui stat membru” iar „cetățenia Uniunii nu înlocuiește cetățenia națională, ci se adaugă acesteia”.

Cu referire la cetățenia europeană, trebuie să menționăm că prin hotărârea în cauza Grzelczyk²⁴, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a ridicat statutul de cetățean al Uniunii la nivel de statut fundamental al cetățenilor statelor membre. În interpretarea acestor statuări ale Curții, se concluzionează²⁵ asupra ideii de dezvoltare, de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, a conceptului de „cetățenie socială”, abandonându-se distincția dintre cetățeni activi și non activi din punct de vedere economic. În același plan de idei s-a afirmat²⁶ că de la cetățenia Uniunii Europene bazată pe paradigma economică a pieței interne, Uniunea Europeană se îndreaptă spre o nouă paradigmă în organizarea legislației, care se bazează, în esență, pe protejarea intereselor vitale ale cetățenilor prin intervenția legislației Uniunii Europene.

Legat de aceste aspecte, în cele ce urmează, avem ocazia de a reda interpretarea Curții de Justiție a Uniunii Europene privitoare la dreptul de ședere acordat părintelui, resortisant al unui stat terț, care asigură întreținerea copiilor săi minori, ce s-au născut într-un stat membru și deci sunt cetățeni ai Uniunii. Această cauză este una de referință, având în vedere opiniile exprimate în literatura de specialitate internațională²⁷ potrivit cărora

clarificarea limitelor impuse de legislația Uniunii Europene, în privința competențelor statelor membre în definirea cetățeniei de stat, a determinat o evoluție cu un impact semnificativ asupra configurației cetățeniei Uniunii, astfel cum a fost ea înțeleasă inițial.

Astfel, Curtea de la Luxemburg a stabilit²⁸ că refuzarea dreptului de ședere al părintelui în a cărui îngrijire se afla copilul născut pe teritoriul unui stat membru lipsește copilul de „beneficiul efectiv al esenței drepturilor conferite de statutul lor de cetățean al Uniunii” întrucât are drept rezultat faptul că acel copil, cetățean al Uniunii este obligat să părăsească teritoriul Uniunii, alături de părinții lui.

În cauza în care Curtea a statuat astfel cum am redat mai sus, este vorba despre un cuplu de naționalitate columbiană care a solicitat azil în Belgia unde intrase pe baza unei vize emise de Ambasada Belgiei din Columbia. Autoritățile belgiene au respins cererile lor, astfel încât după foarte multe demersuri în fața autorităților cei doi soți au depus o nouă cerere de regularizare, întemeindu-se și pe o împrejurare nouă-aceea a nașterii celui de-al doilea copil al lor pe teritoriul statului belgian, fapt de natură a-i îndreptăți să se prevaleze de dispozițiile art.3 din Protocolul nr.4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului care se opun ca respectivul copil să fie constrâns să părăsească teritoriul statului a cărui cetățenie o are.

Analizând modul în care statele membre vor aplica interpretarea dată de Curte, sunt autori²⁹ care consideră că cel puțin câteva state membre, fie ca o chestiune de preferință politică, fie din conservatorism juridic, vor susține faptul că principiile cauzei Zambrano nu se aplică în afara tipului foarte specific al situației. În sprijinul acestei opinii se face trimitere la orientarea autorităților olandeze care consideră că expulzarea unui părinte, în cazul în care celălalt părinte este capabil să îngrijească copiii, nu este în contradicție cu Tratatul Uniunii deoarece copilul nu este forțat să plece.

Pentru a evita aplicările neunitare a principiilor din cauza Zambrano, se propune³⁰ realizarea testului de proporționalitate, de altfel testul standard al Uniunii Europene pentru măsurile naționale care interferează cu drepturile cetățenilor din statele membre. Cu alte cuvinte, ceea ce trebuie să primeze, în astfel de spețe, este examinarea măsurii în care decizia privind expulzarea părintelui/părinților are un efect disproporționat asupra vieții de familie a copilului și calității șederii acestuia pe teritoriul Uniunii, al cărui cetățean este.

Totodată, mai trebuie să menționăm că, legat de cele statuate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în *cauza Zambrano*, în doctrina internațională s-au conturat două curente de opinie³¹. Astfel, pe de o parte s-a considerat inadecvată abordarea teleologică a Curții referitoare la consecințele deportării domnului Ruiz Zambrano-asupra drepturilor decurgând din cetățenia europeană a copiilor săi, aceasta întrucât încalcă un domeniu clasic al competențelor statelor membre, domeniu ce este sensibil din punct de vedere politic și totodată pentru că au fost ignorate celelalte dispoziții ale Tratatului care prevăd combaterea imigrației ilegale (art.79 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene). Pe de altă parte s-a susținut că evoluția Curții în materie de cetățenie a Uniunii Europene este atât legală cât și justificabilă din punct de vedere politic. În fundamentarea acestei teze s-a avut în vedere și faptul că aplicarea dispozițiilor citate din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene ar fi părut exagerată, deoarece imigrația ilegală nu este atât de mult încurajată de

extinderea dreptului de ședere derivat pentru părinții cetățenilor Uniunii, ci, în primul rând, de obținerea automată a naționalității³². Ceea ce s-a impus pentru concluziile Curții a fost faptul că negarea dreptului de ședere pentru domnul și doamna Zambrano ar fi avut drept rezultat privarea copiilor de o șansă realistă de a-și folosi drepturile în calitate de cetățeni ai Uniunii și de a-și dezvolta identitatea ca cetățeni europeni, ceea ce ar fi însemnat, totodată, și faptul că aceștia ar fi suportat costul acțiunilor ilegale ale părinților, fapt ce ar fi depășit limitele rațiunii combaterii imigrației ilegale³³.

De asemenea, mai sunt autori³⁴ care apreciază că nu este surprinzătoare pronunțarea în favoarea drepturilor de ședere ale părinților aflați într-un caz precum cel descris mai sus, având în vedere și art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului care a fost invocat în mod regulat de Curte pentru a sublinia faptul că separarea membrilor de familie trebuie să fie justificată corespunzător.

În sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului, se consideră încălcare a art.8 din Convenție – care garantează dreptul la viață privată, refuzul discriminatoriu al acordării cetățeniei. De exemplu³⁵, s-a considerat refuz discriminatoriu de a acorda cetățenia acela care a vizat un copil născut în afara căsătoriei. Curtea a reamintit și cu ocazia acestei analize că o diferență de tratament de genul celei descrise este discriminatorie dacă nu are o justificare rezonabilă și obiectivă, nu urmărește un scop legitim și nu există proporționalitate între măsura adoptată și scopul legitim presupus a fi urmărit.

Dreptul copilului de a-și stabili identitatea biologică

Un element de bază pentru statutul civil al persoanei fizice îl constituie dreptul de a-și cunoaște ascendența, de a-și stabili, cu alte cuvinte, filiația³⁶. Importanța stabilirii filiației rezidă și în efectele pe care aceasta le produce, efecte legate de nume, drepturi și îndatoriri părintești, vocație succesorală, obligație de întreținere³⁷, etc.

În optica instanței de contencios european procedurile legate de paternitate intră sub incidența art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului care protejează nu numai viața „de familie”, dar și viața „privată”, ce include aspecte legate de identitatea fizică și socială a unei persoane, aspecte care conferă fiecărui om posibilitatea de a stabili detaliile identității sale de ființă umană.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut³⁸ că persoanele care caută să-și stabilească identitatea ascendenților lor au un interes vital protejat de Convenție în a obține informații necesare pentru a descoperi adevărul despre un important aspect al identității lor. În cauza citată, „imposibilitatea de a obține efectuarea unei analize ADN a unor țesuturi din rămășițele pământești ale presupusului tată biologic al reclamantului a fost considerată o ingerință disproporționată cu dreptul la identitate, neputând fi justificată prin protecția memoriei defunctului și intangibilitatea corpului acestuia”³⁹.

O altă problemă ce se poate ridica, în acțiunile ce privesc filiația, este aceea a stabilirii paternității copilului împotriva voinței presupusului tată, având în vedere refuzul acestuia de a se prezenta pentru efectuarea testelor biologice. Cu această ocazie vom vorbi despre un

„conflict” între dreptul copilului de a-și cunoaște identitatea, ca o componentă a dreptului la viață privată și de familie și dreptul presupusului tată de a refuza să fie supus unor teste medicale împotriva voinței sale⁴⁰. În soluționarea acestui „conflict”, principiul aplicat de Curtea de la Strasbourg⁴¹ este acela al proporționalității protecției intereselor din cauză.

Astfel, în *cauza Mikulić/Croația* la care ne raportăm cu prilejul acestei analize, Curtea a constatat că procedurile aplicabile la nivel intern, în Croația, nu erau de natură să asigure un echilibru just între dreptul solicitantului de a i se elimina orice dubiu cu privire la identitatea personală, fără întârzieri inutile și nejustificate și dreptul presupusului tată de a refuza să fie supus testelor ADN. În consecință, ineficiența mijloacelor aflate la îndemâna solicitantului l-au plasat pe acesta într-o situație de incertitudine cu privire la identitatea sa, prelungită nejustificat, autoritățile croate eșuând să-și îndeplinească obligația pozitivă ce le revenea în cadrul asigurării dreptului la viață privată și de familie prevăzut de art. 8 al Convenției.

Și într-o cauză înaintată împotriva României⁴², Curtea a constatat faptul că „dreptul intern nu prevede nicio măsură care să permită obligarea părții pârâte să se supună ordinelor instanțelor și să accepte să efectueze teste de paternitate, ceea ce poate să corespundă necesității de a proteja terții, excluzând posibilitatea de a-i constrânge pe aceștia să se supună oricărui tip de examen medical, în special teste ADN”. Cu toate acestea, în Hotărârea pronunțată în speță, Curtea a reamintit faptul că, pentru a soluționa o acțiune care are ca scop stabilirea paternității, instanțele trebuie să țină seama de interesul superior al copilului și să respecte un echilibru just între dreptul reclamantului minor de a i se proteja interesele în procedura care avea ca scop risipirea incertitudinii cu privire la identitatea sa și dreptul tatălui său presupus de a nu participa la procedură și de a nu se supune unor teste de paternitate.

Cuceririle științei aduc în discuție și aspecte mai controversate în materia stabilirii filiației. În acest sens vom face referire la recunoașterea legăturii de filiație între copiii concepuți legal prin gestația pentru altul și părinții de intenție⁴³.

Speța care a prilejuit această analiză vizează un cuplu de francezi care după mai multe încercări nereușite de fertilizare in vitro au decis să recurgă la ajutorul unei mame surogat, realizând procedura în California, Statele Unite ale Americii. Conform legislației existente pe țărâmă americană cei doi soți francezi au obținut o hotărâre care indica că la mențiunile de pe certificatul de naștere al gemenilor născuți prin această procedură vor fi trecuți ei, în calitate de părinți. Cu toate acestea, autoritățile consulare franceze au refuzat să transcrie certificatele de naștere, motivându-și refuzul prin argumentul că hotărârea obținută astfel în străinătate este incompatibilă cu ordinea publică de drept internațional franceză. Având în vedere cele prezentate mai sus, cei doi soți s-au plâns la Curtea Europeană a Drepturilor Omului că, în detrimentul interesului superior al copiilor lor, nu au posibilitatea de a obține în Franța recunoașterea filiației legal stabilite în străinătate.

Examinând această cerere, Curtea a recunoscut⁴⁴ că statelor trebuie să li se acorde, de principiu, „o marjă de apreciere, în ce privește nu numai decizia de a autoriza sau nu acest mod de procreare, ci în egală măsură și cea de a recunoaște sau nu o legătură de filiație între copiii

concepuți legal prin gestația pentru altul în străinătate și părinții de intenție”. Totuși, luând în considerare faptul că filiația este un aspect esențial al identității persoanelor, marja de apreciere amintită ar trebui redusă pentru a asigura un just echilibru între interesele Statului și cele ale persoanelor direct vizate de măsurile pe care le adoptă Statul.

Pentru copiii gemeni născuți în atari condiții, Curtea a constatat că aceștia se află într-o situație de incertitudine juridică de natură a crea consecințe negative asupra definirii propriiei lor identități, prin refuzul autorităților franceze de a le transcrie certificatele de naștere emise în altă țară, în registrele lor naționale de stare civilă.

În fundamentarea soluției mai sus redată, s-au reținut o serie de inconveniente pe care urmau să le suporte copiii, după cum urmează: “astfel, nedispunând de acte de stare civilă franceze sau de livrete de familie franceze, reclamantii sunt constrânși să prezinte actele de stare civilă americane – netranscrise – însoțite de o traducere legalizată, de fiecare dată când accesul la un drept sau la un serviciu presupune dovada filiației, și sunt confrunțați uneori cu o atitudine de suspiciune sau cel puțin cu lipsa de înțelegere din partea persoanelor cărora li se adresează. Ei amintesc, în acest sens, de dificultățile intervenite cu ocazia înscrierii celor de-a treia și de-a patra reclamante în sistemul de securitate socială, la cantina școlii sau la un centru de activități în aer liber și a depunerii cererilor de ajutor financiar la oficiul de alocații familiale. Mai mult, faptul că cei doi copii nu au un raport de filiație nici cu primul reclamant, nici cu a doua reclamantă în dreptul francez, are drept consecință, cel puțin în prezent, lipsa recunoașterii naționalității franceze pentru acestea”⁴⁵.

Ceea ce trebuie subliniat cu privire la această speță este că, remarcând existența unei legături biologice cu tatăl, Curtea se referă la importanța unei relații biologice ca parte a identității unei persoane, afirmând că este contrar intereselor unui copil să-l priveze de o legătură juridică de acest fel.

Se observă⁴⁶ că instanța de contencios european nu precizează că o asemenea legătură de familie trebuie să fie stabilită și în cazul soțului/soției părintelui biologic, în ipoteza în care aceasta din urmă nu are o relație biologică cu copilul. De aici concluzia⁴⁷ potrivit căreia Curtea nu va cenzura neapărat decizia unei țări de a recunoaște doar relația stabilită în străinătate față de unicul părinte biologic (cel mai adesea tatăl), mai ales că acest lucru nu aduce atingere posibilității ca soția să stabilească o relație de familie urmare a adopției. De altfel, în acest context de analiză, s-a remarcat⁴⁸ faptul că țările care acceptă procedura reproducerii prin mamă surrogat solicită, cel mai adesea, utilizarea gameților de la cel puțin un membru al cuplului, ca în cazurile din Regatul Unit și Africa de Sud și de la cei doi membri în cazurile din Olanda și Rusia și refuză să recunoască ca fiind surogație o sarcină heterologă totală, această din urmă practică semănând mai mult cu vânzarea unui copil decât cu o reproducere asistată medical.

În esență, se reține⁴⁹, cu privire la cele decise în *cauza Mennesson împotriva Franței*, că deși Curtea recunoaște statelor membre posibilitatea de a interzice procedura surogației, totuși limitează impactul acestei interdicții, mai ales pentru acele cazuri unde există o legătură biologică cu unul dintre părinți. Procedând de maniera aceasta, Curtea Europeană a Drepturilor Omului se asigură că efectele refuzării surogației sunt limitate dar

mai ales conforme cu respectarea art.8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁵⁰. De asemenea, se apreciază⁵¹ că hotărârea Menesson împotriva Franței este un alt exemplu de cauză care contribuie la extinderea conținutului art.8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, ceea ce reflectă schimbarea culturii occidentale, făcând din autonomia individuală o nouă valoare fundamentală.

Nu putem finaliza studiul nostru fără a menționa și faptul că, în lumina jurisprudenței dezvoltate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, doctrina⁵² a evidențiat și câteva limitări a dreptului la identitate personală. Astfel, într-o cauză în care reclamantul nu a dorit să se stabilească că este fiul defunctului “nici pentru a obține securitatea emoțională ce rezultă din faptul de a se considera că face parte dintr-o anumită familie, nici pentru a crea legături cu membrii în viață ai familiei persoanei decedate, ori pentru a înlătura orice dubii privitoare la identitatea sa personală, ci a urmărit numai să obțină succesiunea defunctului prin înlăturarea unicului moștenitor legal al acestuia”, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că dispozițiile art.8 din Convenție nu au fost încălcate în cauza dată⁵³.

Concluzii

După cum s-a afirmat în literatura de specialitate⁵⁴, o constanță a vieții de familie este reprezentată de respectarea principiului interesului superior al copilului, acest principiu fiind opozabil deopotrivă părinților dar și autorităților care au competențe de a lua măsuri în legătură cu persoana copilului.

Importanța protejării intereselor copilului a fost relevată, o dată în plus, și cu prilejul analizei pe care am realizat-o cu privire la respectarea dreptului la identitate al copilului. Examenul jurisprudențial întreprins la nivelul Curților europene conturează următoarele concluzii:

- în sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului, raționamentul Curții se centrează pe realizarea unui echilibru just între interesele copilului legate de identitatea sa, interesele persoanelor terțe vizate de soluțiile adoptate de autorități pentru respectarea drepturilor copilului, respectiv interesul general. În cele mai multe cazuri, cel care a prevalat a fost interesul copilului. Cu toate acestea, la nivel conclusiv nu se poate absolutiza acest principiu, admitându-se faptul că există anumite limite în valorificarea dreptului supus examinării noastre;

- la nivelul Uniunii Europene, deși nu am identificat, în această materie, o jurisprudență la fel de bogată ca cea a Curții Europene a Drepturilor Omului, ceea ce reținem este faptul că statele membre se bucură de recunoașterea unei marje de apreciere proprii, condiția de respectat fiind aceea de a nu intra în conflict cu principiile dreptului unional, respectiv cu principalele libertăți recunoscute la nivelul Uniunii Europene. De asemenea abordarea utilă este cea a realizării testului de proporționalitate, acesta fiind principiul obiectiv de aplicat pentru a ști dacă măsurile naționale adoptate ating substanța drepturilor de care se bucură cetățenii europeni.

* Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Transilvania Braşov, ioana.nicolae@unitbv.ro

** Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Transilvania Braşov, bianca.tarata@gmail.com

- ¹ A. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei. Ediția 7. În reglementarea Noului Cod civil*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p.323
- ² Această apreciere se conturează și prin raportare la art.20 și 148 din Constituția României, respectiv art.4, 5 Cod civil
- ³ Pentru opinia potrivit căreia jurisprudența CEDO în materia protecției copilului este un reper important pentru orientarea reglementărilor și a jurisprudenței naționale, a se vedea M. Avram, *Drept civil. Familia*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013, p.453
- ⁴ În acest sens, a se vedea, A. Drăghici, I. Didea, R. Duminică, *The Right of Children to Know their Parents – a Constitutive Element of the Child’s Identity*, Acta Universitatis Danubius.Juridica, vol. 9, no. 1/2013, p.116
- ⁵ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, Bucureşti, 2005, p.605
- ⁶ Art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului are următorul conținut normativ: “1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale. 2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora”.
- ⁷ Astfel cum a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, C 202, 7 iunie 2016
- ⁸ A se vedea, în acest sens, A. Drăghici, *Protecția juridică a drepturilor copilului*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p.103
- ⁹ Lege privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.159/05.03.2014, cu modificările și completările ulterioare
- ¹⁰ E. Poenaru, *Drept civil. Teoria generală. Persoanele*, Editura All Beck, Bucureşti, 2002, p.329
- ¹¹ E. Chelaru, *Drept civil. Persoanele. În reglementarea Noului Cod civil*. Ediția a 3-a, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p.80, T. Prescure, R. Matefi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 262 și urm.
- ¹² E. Chelaru, *op. cit.*, p.81
- ¹³ A. Drăghici, *op. cit.*, p.108
- ¹⁴ A se vedea, în acest sens, C. Bîrsan, *op. cit.*, p.604 și cauza citată acolo-Guillot c. Franței
- ¹⁵ Hotărârea CEDO din 6 septembrie 2007 în cauza Johansson/Finlanda (cererea nr.10163/02)
- ¹⁶ Cauza C-353/06, Stefan Grunkin și Dorothee Regina Paul
- ¹⁷ Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene (Marea Cameră) din data de 14 octombrie 2008, EU:C:2008:559
- ¹⁸ Paragraful 23 din Hotărârea *cit. supra*.
- ¹⁹ Paragraful 28 din Hotărârea *cit. supra*.
- ²⁰ D.C. Dănişor, *Constituția României comentată. Titlul I. Principii generale*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p.207
- ²¹ A se vedea, în acest sens D.C. Dănişor, *op. cit.*, p.207
- ²² I. Muraru, S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ediția a IX-a revăzută și completată, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p.137
- ²³ R. Duminică, A. Drăghici, *A Short Analysis of Children’s Right to a Citizenship as a Constitutive Element of Their Identity*, Valahia University Law Study, Supplementary Issue, 2013, pp. 141-147

- ²⁴ Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 20 septembrie 2001, în cauza C-184/99, EU:C:2001:458, paragraful 31
- ²⁵ Wiesbrock, Anja, *Union Citizenship and the Redefinition of the 'Internal Situations' Rule: The Implications of Zambrano* (2011). German Law Journal, Vol. 12, pp. 2083-2084, articol consultat în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2117197> (accesată la 10.04.2017)
- ²⁶ Kochenov, Dimitry and Plender, Sir Richard, *EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text* (2012). 37 European Law Review 369 (2012), p.395, articol consultat în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2137680> (accesată la 10.04.2017)
- ²⁷ Hailbronner, Michaela and Iglesias Sánchez, Sara, *The European Court of Justice and Citizenship of the European Union: New Developments Towards a Truly Fundamental Status*. Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol. 5, Issue 4, December 2011, p.500, lucrare consultată în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1927198> (accesată la 10.04.2017)
- ²⁸ Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene (Marea Cameră) din 8 martie 2011 în cauza C-34/09, Ruiz Zambrano, EU:C:2011:124
- ²⁹ Davies, Gareth T., *The Family Rights of European Children: Expulsion of Non-European Parents* (February 10, 2012). EUI Working Paper No. RSCAS 2012/04, pp.8-9 lucrare consultată în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2002706> (accesată la 10.04.2017)
- ³⁰ Davies, Gareth T., *op. cit.*, p.11, lucrare consultată în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2002706> (accesată la 10.04.2017)
- ³¹ Cele două teze au fost expuse în lucrarea: Hailbronner, Michaela and Iglesias Sánchez, Sara, *op. cit.*, p.520, lucrare consultată în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1927198> (accesată la 10.04.2017)
- ³² Hailbronner, Michaela and Iglesias Sánchez, Sara, *op. cit.*, p.521-522
- ³³ *Idem*
- ³⁴ Davies, Gareth T., *Op. Cit.*, p.1, lucrare consultată în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2002706> (accesată la 10.04.2017)
- ³⁵ Hotărârea CEDO din 11 ianuarie 2012 în cauza Genovese/Malta (cererea nr.53124/09)
- ³⁶ Filiația este formă a rudeniei, fiind socotită ca „punct de pornire al acesteia”- în acest sens M. Avram, *op. cit.*, p.350
- ³⁷ În acest sens a se vedea M. Avram, *op. cit.*, p.404; M. M. Oprescu, M.A. Oprescu, M. Șcheaua (coord.), *Noul Cod civil comentat și adnotat. Despre familie. Art.258-534*, Editura Rosetti International, 2015, p.318
- ³⁸ Hotărârea CEDO din 13 iulie 2006 în cauza Jäggi/Elveția (cererea nr.58757/00)
- ³⁹ Pentru considerații asupra Hotărârii CEDO în cauza Jäggi/Elveția, a se vedea B.A. Selejan-Guțan, *Protecția europeană a drepturilor omului*, ediția 4, Editura C.H. Beck, 2011, lucrare consultată în baza de date Legalis (accesată la 10.03.2017)
- ⁴⁰ Pentru aceste referiri la jurisprudența relevantă CEDO, a se vedea G.C. Frențiu, *Dreptul familiei. Practică judiciară conform noului Cod civil. Jurisprudență CEDO*, Editura Hamangiu, 2013, p.183-184
- ⁴¹ În acest sens Hotărârea CEDO din 7 februarie 2002 în cauza Mikulić/Croația
- ⁴² Cauza A.M.M. împotriva României (cererea nr.2151/10)
- ⁴³ Cauza Mennesson împotriva Franței (cererea nr.65192/11)
- ⁴⁴ Hotărârea CEDO din 26 iunie 2014, cauza Mennesson/Franța (cererea nr.65192/11), paragraful 44
- ⁴⁵ Hotărârea CEDO din 26 iunie 2014, cauza Mennesson/Franța (cererea nr.65192/11), paragrafele 53 și 54

- ⁴⁶ Puppinck, Gregor and Hogue, Claire de La, *ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the Mennesson v. France and Labassee v. France Cases (N°65192/11 & N°65941/11)*. Revue Lamy Droit Civil, nr. 118, September 2014. p.78., articol consultat în limba engleză în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2500075> (accesată la 10.04.2017)
- ⁴⁷ Puppinck, Gregor and Hogue, Claire de La, *op. cit.*, în baza de date SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2500075> (accesată la 10.04.2017)
- ⁴⁸ *Idem*
- ⁴⁹ *Ibidem*
- ⁵⁰ *Ibidem*
- ⁵¹ *Ibidem*
- ⁵² C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului, ediția 2*, Editura C.H. Beck, 2010 (lucrare accesată în baza de date Legalis, la 10.03.2017)
- ⁵³ Cauza Haas/Olanda (cererea nr.36983/97) astfel cum a fost amintită în C. Bîrsan, *op. cit.* ediția 2, 2010, (accesată în baza de date Legalis, la 10.03.2017)
- ⁵⁴ E. Florian, *Dreptul familiei. Ediția a 4-a*, Editura C.H. Beck, 2011, p.11

ARTICOLE

**ASPECTE DE DREPT EUROPEAN PRIVIND ALEGEREA
LEGIIL APPLICABILE REGIMULUI MATRIMONIAL**

DOI:10.24193/SUBBjur.62(2017).3.8

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Alina OPREA*

Résumé. *Aspects de droit européen concernant la loi applicable au régime matrimonial.* Vu les divergences significatives des règles de conflit objectives en matière de régimes matrimoniaux, dont la mise en œuvre, au-delà des difficultés entraînées, porte également atteinte aux attentes légitimes des époux, l'admission du jeu du principe de l'autonomie de la volonté est une solution salutaire. Celui-ci est de nature à assurer tant la réalisation des intérêts substantiels des conjoints, que la certitude et la prévisibilité juridique et un plus de simplicité dans la résolution des problèmes dans un contexte transfrontière. L'étude est dédiée aux solutions concrètes retenues en la matière par le législateur européen dans le règlement 1103/2016, en vue de délimiter le plus clairement le régime de ce principe du point de vue de son admissibilité et des limites. Les règles du nouveau Code civil roumain (art. 2590 et art. 2591) et de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux seront pris en compte comme repère comparatif, afin d'assurer un contexte suffisamment large aux discussions et d'illustrer adéquatement les implications des textes européens.

Mots clé : *régimes matrimoniaux, règlement 1103/2016, autonomie de la volonté, accord d'electio juris, systèmes pluri-législatifs, modification de la loi applicable*

Cuvinte cheie : *regimuri matrimoniale, Regulamentul 1103/2016, autonomia voinței, acord de electio juris, sisteme plurilegislative, modificarea legii aplicabile*

1. Determinarea legii aplicabile regimului matrimonial cunoaște o importanță deosebită astăzi în Uniunea europeană, în contextul în care, pe de o parte, sistemele juridice naționale consacră soluții extrem de diferite în planul dreptului substanțial¹, și, pe de altă parte, libera circulație a persoanelor face ca raporturile familiale cu elemente de extraneitate să fie o realitate mai mult decât frecventă. Materia se situează la intersecția mai multor ramuri de drept – efecte ale căsătoriei, regimul bunurilor, contracte, succesiuni –, ceea ce creează dificultăți considerabile atunci când elementele de legătură obiective prevăzute pentru fiecare din categoriile aferente trebuie articulate pentru a se ajunge la

soluții coerente. Pentru că soluțiile de drept internațional privat privitoare la regimuri matrimoniale cunosc ele însele divergențe profunde, admiterea autonomiei de voință a părților apare ca o soluție salutară. Aceasta permite asigurarea previzibilității și certitudinii juridice, dar și satisfacerea intereselor substanțiale ale părților²; de asemenea, ea facilitează depășirea unora din dificultățile legate de punerea în practică a elementelor obiective de legătură (precum cele legate de determinarea reședinței obișnuite, de soluționarea conflictului mobil, de permanența sau mutabilitatea automată a legii aplicabile)³ sau corectarea unora din inconvenientele prezentate de acestea (precum acela al admiterii scizunii regimului matrimonial și a legii aplicabile, în funcție de localizarea bunurilor sau a unora dintre ele).

2. În materie, originile principiului autonomiei de voință sunt foarte vechi : în Franța, Dumoulin îl admitea în ceea ce privește regimurile matrimoniale în 1525 deja, chiar înainte de consacrarea lui în materia contractelor⁴; la mijlocul secolului al XIX-lea, jurisprudența franceză era fixată în sensul admiterii posibilității părților de a desemna legea ce guvernează relațiile lor patrimoniale⁵. Și în alte state europene principiul autonomiei de voință este admis, fie direct de legislațiile naționale de drept internațional privat – precum în art. 15 EGBGB (Germania), art. 19 IPRG (Austria), art. 30 din LDIP Italia sau în art. 49 din Codul belgian de DIP, fie indirect, prin intermediul convențiilor internaționale în vigoare – în esență, Convenția de la Haga din 1978 privind legea aplicabilă regimurilor matrimoniale (art. 3 și 6)⁶.

3. Regulamentul 1103/2016 – aspecte introductive. Continuând demersurile de uniformizare a dreptului internațional privat din statele membre ale Uniunii, legiitorul european a adoptat în 2016, în baza art. 81 TFUE, regulamentul 2016/1103 al Consiliului din 24 iunie 2016 *de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, al legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale*⁷. Acesta reprezintă o materializare a programului de la Haga, intitulat „*Consolidarea libertății, a securității și a justiției în Uniunea Europeană*”⁸, în cadrul căruia Consiliul european a invitat Comisia să prezinte o carte verde privind reglementarea conflictelor de legi în materia regimului matrimonial, dar mai ales a programului de la Stockholm („*O Europă deschisă și sigură în serviciul cetățenilor și pentru protecția acestora*”⁹), care a reiterat necesitatea extinderii principiului recunoașterii reciproce inclusiv în domeniul regimurilor matrimoniale, cu respectarea ordinii publice și a tradițiilor naționale din domeniu. Obiectivele declarate ale acestui regulament, ce a intrat în vigoare în luna iulie 2016 și va fi aplicabil de la 29 ianuarie 2019¹⁰, sunt menținerea și dezvoltarea spațiului de libertate, securitate și justiție, în cadrul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor, dar și rezolvarea dificultăților cu care se confruntă cuplurile în Europa în cazul lichidării bunurilor comune¹¹; acesta era cu atât mai necesar cu cât celelalte regulamente europene de drept internațional privat exclud problematica regimurilor matrimoniale din sfera lor de aplicare¹².

4. Din păcate, succesul textului este doar relativ. În fapt, la fel ca și regulamentul 1259/2010 privind legea aplicabilă divorțului, regulamentul 1103/2016 a fost adoptat prin punerea în practică a mecanismului cooperării consolidate (prevăzut de art. 20 al. 1 Tratatul UE), ce permite acelor state membre care doresc să avanseze mai rapid în atingerea obiectivelor prevăzute de Uniune, după autorizare din partea Consiliului de miniștri¹³, să adopte acte de drept uniform care vor fi obligatorii doar pentru ele (iar nu și pentru restul statelor membre, neparticipante). Deși soluțiile consacrate de propunerea regulament în materie de regimuri matrimoniale nu au fost atât de novatoare încât să suscite rezerve serioase din partea unui număr semnificativ de state, în fapt Comisia a prezentat în același pachet legislativ și o propunere de regulament privind efectele patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate¹⁴; pentru că aceasta din urmă ridică probleme mult mai delicate pentru statele europene care urmează o concepție tradițională în materie de familie – printre care și România -, soluția cooperării intensificate a fost un compromis necesar.

5. **Aplicare universală.** Chiar dacă regulamentul se substituie normelor de drept internațional privat în materie de regimuri matrimoniale doar în statele membre în care este obligatoriu¹⁵, normele din Capitolul III din regulament (Legea aplicabilă) se bucură de aplicare universală (art. 20) și vor primi aplicare indiferent că legea desemnată este aceea a unui stat membru ce aplică regulamentul, a unui stat membru ce nu a participat la cooperarea intensificată sau a unui stat neeuropean. Astfel, sub rezerva îndeplinirii exigențelor privitoare la competența internațională a instanțelor sau autorităților din statele membre în care regulamentul este aplicabil, regulile de conflict instituite vor fi avute în vedere indiferent de naționalitatea sau de reședința obișnuită a soților. Din acest punct de vedere, soluțiile din regulament interesează bineînțeles și cuplurile în care cel puțin unul dintre soți este român sau rezidă în România și a căror situație patrimonială este susceptibilă să fie analizată într-un stat membru în care regulamentul este aplicabil, dar și notarii români care vor redacta convenții matrimoniale sau avocații care vor oferi consiliere unor astfel de cupluri.

6. **Delimitarea subiectului.** În continuarea unui trend reflectat în prezent de regulamentele europene de drept internațional privat care interesează dreptul familiei și succesiunilor¹⁶, legiuitorul european admite principiul autonomiei de voință și în materia regimurilor matrimoniale. Prezentul studiu are ca obiect analiza textelor aferente, în încercarea de a contura cât mai clar regimul acestui principiu din perspectiva admisibilității lui, dar și a limitelor care-i însoțesc exercitarea concretă. Soluțiile din Noul Cod civil (art. 2590 și art. 2591)¹⁷, respectiv din articolul 3 din Convenția de la Haga din 14 martie 1978 privind legea aplicabilă regimurilor matrimoniale¹⁸ vor fi avute în vedere ca reper comparativ, pentru a oferi un cadru suficient de larg discuțiilor.

7. **Libertatea soților de a alege legea aplicabilă.** În conformitate cu articolul 22 din regulament, soții pot desemna legea aplicabilă regimului matrimonial¹⁹. Legea aleasă va avea un domeniu de aplicare amplu²⁰; intervenția acesteia va fi în principiu cenzurabilă doar în temeiul excepției de ordine publică internațională (art. 31), ce va interveni foarte

rar în practică, sau al legilor de aplicație imediată ale forului (art. 30)²¹. La fel ca în Codul civil (art. 2590) sau în art. 3 din Convenția de la Haga²², libertatea conferită nu este una nelimitată, precum în materie contractuală; dimpotrivă alegerea poate viza doar o lege cu care soții (sau viitori soți) prezintă legături.

8. Opțiunea în favoarea legii de la reședința obișnuită. Astfel, pe de o parte, ținându-se cont de integrarea într-un anumit mediu social, este admisibilă opțiunea în favoarea legii din statul de la reședința obișnuită a oricăruia dintre soți (sau viitori soți) în momentul alegerii²³. Schimbarea elementului de legătură pe parcursul căsătoriei este irelevantă, opțiunea va rămâne valabilă chiar dacă în momentul în care se ridică problema legii aplicabile regimului niciunul dintre soți nu mai locuiește în acel stat²⁴.

9. Opțiunea în favoarea legii naționale. Pe de altă parte, este admisibilă opțiunea în favoarea legii naționale a oricăruia dintre soți în momentul alegerii, lege ce reflectă cât mai bine identitatea sau originea aceluia soț și astfel, probabil, și a cuplului (deși nu este necesar ca cetățenia să fie comună). Soluția prezintă un interes practic indeniabil : pe de o parte, schimbarea cetățeniei nu va afecta validitatea opțiunii; pe de altă parte, cetățenia este modificabilă mult mai greu și mult mai rar decât reședința obișnuită, astfel încât între legea aleasă și situația soților care circulă frecvent va exista în permanență o legătură reală, suficient de strânsă.

10. Dubla cetățenie. Atunci când unul dintre soți are dublă sau multiplă cetățenie, principiul autonomiei de voință ar impune ca oricare dintre legile naționale în discuție să poată fi aleasă. Dificultățile în interpretare pot apărea totuși în contextul considerentului 50 din preambul²⁵, ce exclude din domeniul de aplicare al regulamentului „*chestiunea referitoare la modul în care trebuie considerată o persoană având cetățenie multiplă*”, pentru care se trimite la dreptul statal²⁶ : or, în mod normal, în materie, fiecare stat consacră reguli obiective, prin care se acordă prevalență doar uneia dintre legile naționale ale unei persoane²⁷. În contextul regulamentului, o astfel de soluție – posibilitatea alegerii doar a uneia dintre multiplele legi naționale ale unuia dintre soți (de regulă, legea cetățeniei efective) – ar putea părea justificată de considerente de proximitate; totuși, argumentul nu este extrem de convingător în condițiile în care, de fapt, proximitatea nu a fost urmărită cu prea mare fidelitate de legiuitorul european în contextul art. 22 din regulament : astfel, textul legal se mulțumește să precizeze că soți pot alege legea cetățeniei unuia dintre ei în momentul alegerii, fără să conteze că în momentul lichidării regimului matrimonial aceasta poate să nu mai fie deținută de respectivul soț și, deci, că situația prezintă sau nu legături, în momentul rezolvării ei, cu legea statului respectiv.

În opinia noastră, dincolo de „perturbarea” produsă de prezența considerentului 50, posibilitatea alegerii oricăreia dintre legile naționale ale unuia dintre soți este în continuare deschisă. În fapt, în același considerent, se precizează pe de o parte că aplicarea normelor naționale pentru soluționarea conflictului de cetățenie este condiționată de

„respectarea deplină a principiilor generale ale Uniunii”; or, în jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii europene a refuzat stabilirea unei ierarhii între diversele cetățenii (ale unor state membre) pe care le poate avea o persoană și a cenzurat, în aplicarea principiilor nediscriminării și libertății de circulație, normele naționale ce consacrau soluții contrare²⁸. Pe de altă parte, considerentul 50 final prevede, de asemenea, că luarea în considerare a normelor naționale pentru soluționarea conflictului de cetățenii „nu ar trebui să afecteze valabilitatea unei alegeri a legii făcute în conformitate cu prezentul regulament”; inspirat de dorința garantării previzibilității cu privire la legea aplicabilă și a respectării voinței părților, textul militează și el în sensul admiterii posibilității de alegere a oricăreia dintre legile naționale ale unuia dintre soți²⁹.

11. Diferențe față de Codul civil sau de Convenția de la Haga. Implicații. În plus de cele două alternative consacrate astăzi în cuprinsul regulamentului, Codul civil și Convenția de la Haga din 1978 oferă, fiecare, și o a treia : art. 2590 admite opțiunea în favoarea legii din statul de la prima reședință obișnuită comună a soților după celebrarea căsătoriei, iar art. 3 din Convenția de la Haga permite alegerea legii statului pe al cărui teritoriu oricare dintre viitorii soți urmează să își stabilească reședința obișnuită după căsătorie.

Se pune problema de ce legiitorul european a renunțat la această opțiune suplimentară, deși Convenția de la Haga fost bineînțeles avută în vedere ca și sursa comparativă. Explicația este simplă : este posibil ca alegerea legii aplicabile regimului matrimonial să intervină anterior celebrării căsătoriei, în timp ce după acest moment soții (sau unul dintre ei, în cazul Convenției de la Haga) să nu își stabilească reședința obișnuită în statul a cărui lege a fost aleasă; pentru a evita ca eventuala opțiune a părților să nu fie privată de efecte pe acest temei, cu toate consecințele nefaste din perspectiva certitudinii juridice, legiitorul european a suprimat această alternativă. Aceasta nu înseamnă că avantajele conferite de art. 2590 lit. c) Cod civil sau art. 3 al. 2 c) din Convenția de la Haga ar dispărea complet în cadrul reglementării europene; dimpotrivă, ele revin prin intermediul posibilității modificării legii aplicabile, prevăzută bineînțeles de regulament.

12. Diferența de soluții ridică totuși problema implicațiilor pe care le poate avea evantaiul mai restrâns de opțiuni în contextul regulamentului, atunci când o convenție matrimonială încheiată în condițiile art. 2590 lit. c) Cod civil va ajunge să fie analizată într-un stat în care regulamentul este aplicabil. În concret, de exemplu, este posibil ca doi soți români, ambii cu reședința obișnuită în România, dar deținând bunuri în afara țării, să încheie înainte de celebrarea căsătoriei o convenție matrimonială prin care aleg ca aplicabilă legea franceză, a statului în care amândoi își vor stabili reședința obișnuită după încheierea căsătoriei. Dacă ei se stabilesc ulterior în Franța, țară în care se va ridica, prin ipoteză, și problema legii aplicabile regimului lor matrimonial, nu este evident că acea convenție de alegere a legii aplicabile, neîncheiată în condițiile art. 22 din regulament, va fi eficace în statul respectiv. De aceea, notarii ce încheie convenția vor trebui să atenționeze viitorii soți atât cu privire la eficacitatea spațială limitată a acesteia, dar și cu privire la

alternativele disponibile, cea mai simplă ca alternative : după schimbarea reședinței obișnuite în Franța (sau într-un stat în care regulamentul 1103/2016 este aplicabil), reiterarea convenției cu privire la legea aplicabilă este necesară, pentru ca manifestarea de voință a părților să se bucure de eficacitate deplină.

13. Sisteme de drept plurilegislative. În cazul în care legea ce urmează a fi desemnată aparține unui stat plurilegislativ teritorial (precum Spania, Maria Britanie, Canada, SUA)³⁰ sau interpersonal (Liban, Siria, Iran, India)³¹ sunt posibile o serie de dificultăți, în ciuda faptului că, după modelele întâlnite în alte regulamente europene de drept internațional privat³², regulamentul 1103/2016 consacră o serie de reguli privitoare la soluționarea conflictelor de legi aferente. În ceea ce privește conflictele teritoriale de legi, art. 33 instituie principiul aplicării normelor de conflict interne din statul a cărui lege este competentă și edictează direct soluții subsidiare în cazul absenței acestora. Pentru conflicte interpersonale de legi, art. 34 dispune aplicarea de principiu a regulilor de conflict interne în vigoare în statul în cauză; pentru ipoteza excepțională a absenței acestora, a fost prevăzută, ca soluție subsidiară, aplicarea direct a normelor substanțiale din sistemul de drept sau ansamblul de norme cu care soții prezintă legăturile cele mai strânse).

14. O primă întrebare este aceea de ști cum trebuie procedat atunci când soții desemnează general legea unui stat plurilegislativ teritorial (precum Statele Unite, Elveția, Spania), iar nu aceea a unei unități teritoriale specifice a acestuia (ex. California sau Louisiana). În mod normal, în conformitate cu art. 33 al. 1, pentru a determina dreptul în concret aplicabil, vor fi avute în vedere „normele naționale privind conflictele de legi ale statului respectiv”, în măsura în care ele există. Totuși, atunci când aceste norme nu sunt unificate (ci, din contră, diferă la nivelul fiecărei unități teritoriale), situația se complică și problema este aceea de a ști dacă art. 33 al. 1 va fi operant (și eventual sub ce formă) sau dacă, dimpotrivă, va fi surclasat în detrimentul regulilor uniforme stabilite în subsidiar de legiuitorul european în cuprinsul art. 33 al. 2. În materie succesorală, doctrina susține luarea în considerare în aceste cazuri a regulilor de conflict interne nu din statul, ci din unitatea teritorială a cărei lege este desemnată de regulament³³; în opinia noastră, o asemenea soluție poate fi operantă eventual doar atunci când soții au optat eventual pentru legea din statul de la reședința obișnuită a ambilor sau a unuia dintre ei, dar nu și pentru legea națională. În aceste din urmă cazuri, ea este susceptibilă să conducă frecvent la blocaje pentru că nu permite să se stabilească regulile cărui stat federat/cărei unități teritoriale vor fi avute în vedere pentru soluționarea conflictului inter-teritorial; ea nu permite să se determine, de exemplu, cum trebuie procedat atunci când legea americană, legea națională a unuia dintre soți, este aleasă ca lege aplicabilă regimului matrimonial. Pentru considerente de simplitate, dar și de coerență în soluții, am prefera în aceste cazuri direct recursul la soluțiile subsidiare prevăzute în cuprinsul art. 33 al. 2 - aplicarea dreptului substanțial al unității teritoriale în care își au reședința obișnuită soții sau unul dintre ei, atunci când s-a optat pentru legea de la reședința obișnuită (a soților, a viitorilor

soți, a unuia dintre ei), respectiv aplicarea legii unității teritoriale cu care soții au legătura cea mai strânsă, atunci când opțiunea a privit legea națională (a unuia sau a ambilor, lege națională ce include mai multe sisteme legislative)³⁴.

15. O altă problemă este aceea de a ști ce eficacitate au acordurile de *electio juris* prin care soții desemnează direct ca lege aplicabilă regimului lor matrimonial legea unei unități teritoriale specifice din statul pe al cărui teritoriu și-au avut unul sau ambii reședința obișnuită în momentul alegerii sau a cărui naționalitate o aveau unul sau ambii în momentul alegerii.

În mod normal, în cuprinsul art. 33 nu se distinge după cum legea aplicabilă este desemnată de părți sau este stabilită pe baza unor criterii obiective și acest text ar trebui să primească aplicare indistinct, inclusiv în ipoteza avută în discuție. În concret, atunci când normele interne de conflict interteritorial ale statului desemnat permit o asemenea opțiune, clauza ar fi perfect eficace. Atunci când o asemenea desemnare nu ar fi fost posibilă/admisă de regulile interne de conflict ale statului în cauză, voința părților riscă să fie cenzurată³⁵ atunci când ea conduce la soluții diferite de cele impuse de regulile interne de conflict din statul în cauză; de aceea rolul de consiliere al notarului se dovedește extrem de important. În fine, atunci când în statul în cauză nu există reguli de conflict interteritorial și trebui avute în vedere soluțiile de la art. 33 al. 2, o distincție trebuie făcută. În cazul în care legea aplicabilă regimului matrimonial este determinată pe baza criteriului reședinței, clauza de *electio juris* va fi operantă doar atunci când opțiunea părților a privit concret legea unității teritoriale în care unul sau ambii își aveau reședința obișnuită în momentul alegerii; având în vedere termenii art. 33 al. 2, într-o asemenea ipoteză nu este posibilă alegerea legii oricărei unități teritoriale din statul în discuție. Regula obiectivă permite un plus de certitudine și de previzibilitate pentru părți, nu la fel stau lucrurile atunci când criteriul de desemnare a legii aplicabile este acela al cetățeniei unuia sau ambilor soți; legiuitorul european prevede în aceste cazuri aplicabilitatea legii unității teritoriale cu care există legăturile cele mai strânse și chiar dacă doctrina consiliază luarea în considerare a opțiunii părților ca unul dintre factorii ce permit determinarea acestor legături celor mai strânse³⁶, nu este evident că voința acestora va produce întotdeauna efecte.

16. Unicitatea legii alese. În Convenția de la Haga se permitea dépeçage-ul³⁷ în materie de regimuri matrimoniale: astfel, în ceea ce privește imobilele (sau unele dintre acestea), soții puteau alege separat, ca lege aplicabilă, legea (legile) de la locul situării lor. Soluția potența autonomia de voință și era de natură să permită optimizarea situației patrimoniale a cuplului, prin corelarea legii aplicabile regimului matrimonial și a celei aplicabile succesiunii³⁸; în același timp, odată cu opțiunea aferentă, cuplul putea fi supus mai multor regimuri matrimoniale, corespunzând legilor multiple aplicabile.

Elemente de diferență. Regulamentul 1103/2016 și art. 2590 C. civ. conduc la o lege unică, pentru toate bunurile, indiferent de momentul dobândirii și indiferent de localizarea lor³⁹; autonomia de voință nu poate conduce (la acest stadiu) la o divizare a regimului

matrimonial și o supunere a acestuia la două sau mai multe legi. Indivizibilitatea este foarte importantă în practică. Ea evită eventualele dificultăți pe care le-ar putea ridica, de exemplu, stabilirea naturii exacte a unor bunuri (mobile sau imobile, calificare ce trebuie în mod normal făcută în conformitate cu *lex rei sitae*⁴⁰), respectiv aceea a localizării lor în spațiu. De asemenea, ea evită conflictele și diferențele ce pot apărea atunci când relațiile patrimoniale dintre soți, supuse unor regimuri diferite, ar fi guvernate de mai multe legi⁴¹. În fine, ea susține previzibilitatea legii aplicabile regimului matrimonial în ceea ce îi privește pe terții interesați să contracteze cu soții (sau cu unul dintre aceștia).

17. Unicitatea legii aplicabile este susținută de altfel de faptul că art. 32 din regulament nu permite retrimiteria⁴². Soluția *retrimiterii* este în mod normal considerată incompatibilă cu autonomia de voință⁴³ și nu este rezonabil să se considere că, alegând un sistem de drept, părțile au ales și regulile de drept internațional privat din acel sistem de drept; opțiunea privește în mod necesar legea internă a statului în cauză.

18. O singură lege va fi aplicată nu doar bunurilor din statul forului, ci și bunurilor din străinătate. În acest context, este relevant și art. 29 din regulament, privitor la adaptarea drepturilor reale : „În situația în care o persoană invocă un drept real la care are dreptul în temeiul legii aplicabile regimului matrimonial, iar în legea statului membru în care este invocat dreptul real nu există dreptul real în cauză, dacă este necesar și în măsura în care acest lucru este posibil, dreptul respectiv se adaptează la cel mai apropiat drept echivalent în temeiul legii statului respectiv, luând în considerare obiectivele și interesele urmărite de dreptul real specific și efectele acestuia”.

19. Opțiunea în favoarea unui regim matrimonial specific. O problemă practică ce poate apărea este aceea de a ști dacă odată cu alegerea legii aplicabile regimului lor matrimonial, soții pot opta, de asemenea, și pentru un regim matrimonial specific prevăzut de legea aleasă⁴⁴. Legiitorul european nu a oferit în mod expres o soluție. Luarea în considerare a considerentului 18 din preambul, ce prevede că „în sensul prezentului regulament, sintagma „regim matrimonial” ar trebui interpretată ca un concept autonom și ar trebui să includă nu numai normele de la care nu pot deroga soții, dar și orice alte norme opționale asupra cărora pot conveni soții, în conformitate cu legea aplicabilă, precum și orice norme implicite ale legii aplicabile”, ar permite totuși reținerea unui răspuns afirmativ : astfel, dacă legea aplicabilă (aleasă de soți) oferă facultativ, alături de regimul legal, și unul sau mai multe regimuri convenționale, ar trebui ca odată cu alegerea legii soții să poată opta și pentru unul din aceste regimuri, în conformitate cu prevederile legii alese⁴⁵. O astfel de soluție nu face decât să confirme valențele multiple ale principiului autonomiei de voință a părților.

În practică, convenția matrimonială ar trebui să precizeze clar regimul matrimonial asupra căruia s-au oprit soții; în lipsa vreunei precizări, simpla alegere a legii unui anumit stat va fi interpretată în sensul alegerii indirecte a regimului matrimonial legal prevăzut de aceasta.

20. Consimțământul și validitatea substanțială a acordului de alegere a legii aplicabile regimului. Articolul 24 al. 1 din regulament prevede că existența și valabilitatea unui acord privind alegerea legii sau ale oricărei clauze a acestuia sunt stabilite de legea care l-ar reglementa în temeiul articolului 22 dacă acordul sau clauza respectivă ar fi valabile. Soluția reținută – aplicarea însăși a legii alese pentru chestiunile de validitate substanțială a acordului de *electio juris* -, întâlnită și în alte regulamente europene⁴⁶, are beneficiul simplității și este conformă așteptărilor legitime ale părților.

Sfera de aplicare a textului necesită o delimitare. În măsura în care, în conformitate cu art. 1 al. 2 lit. a), capacitatea soților este exclusă din sfera de aplicare a regulamentului, legea aplicabilă acesteia trebuie stabilită în conformitate cu normele de drept internațional privat ale statului căruia îi aparțin instanțele sau autoritățile sesizate. Legea aleasă de soți pentru a governa regimul matrimonial se va aplica în mod normal în ceea ce privește eventualele vicii de consimțământ (eroare, dol, violență) sau consecințele acestora.

Suplimentar, art. 24 al. 2 instituie o regulă derogatorie, ce poate fi invocată (doar de soțul care dorește să se stabilească absența consimțământului lui cu privire la acord : acesta se poate prevala de legea statului în care își are reședința obișnuită la data sesizării instanței judecătorești, dacă din împrejurările cauzei reiese faptul că nu ar fi rezonabil să se stabilească efectul comportamentului său în conformitate cu însăși legea aleasă. Dovedirea acestor circumstanțelor speciale nu este o sarcină ușoară, iar instanțele se bucură de o marjă de apreciere. În acest context, este necesară o scurtă precizare. Dacă în materie contractuală - unde regulile în materie de formă sunt mult mai suple (și consideră uneori eficace un consimțământ tacit, decurgând chiar din tăcerea sau lipsa de reacție a uneia dintre părți) - un text precum art. 10 al.2 din regulamentul 593/2008 (Roma I)⁴⁷, ce a servit drept sursă de inspirație art. 24 al. 2 din regulamentul 1103/2016, pare perfect justificat de dorința de a garanta existența consimțământului și are un teren suficient de amplu pentru a fi pus în practică, în schimb, nu la fel stau lucrurile în materie de materie de regimuri matrimoniale. În fapt, în condițiile în care în cuprinsul art. 23 se precizează cu claritate că alegerea soților trebuie să apară în scris, iar acordul aferent trebuind să fie semnat, art. 24 al. 2 din regulamentul 1103/2016 (text aproape identic art. 10 al. 2 menționat) va fi probabil foarte dificil de utilizat.

21. Exteriorizarea alegerii părților și legea aplicabilă formei convenției de alegere a legii aplicabile. O problemă de interes practic este reprezentată de legea aplicabilă exigențelor de validitate formală a acordului de alegere a legii aplicabile regimului matrimonial⁴⁸. Acestea sunt reglementate de legiuitorul european în cuprinsul art. 23, text al cărui obiectiv declarat este acela de a susține certitudinea juridică, de a facilita o alegere informată și de a garanta că soții sunt conștienți de consecințele alegerilor lor⁴⁹. Astfel, pe de o parte, prin intermediul unei reguli materiale uniforme prevăzute în art. 23 al. 1, acesta dispune în mod obligatoriu încheierea în scris a acordului de alegere sau de modificare a legii aplicabile regimului matrimonial, datarea și semnarea acestuia de ambii soți; la fel ca și în alte regulamente europene de drept internațional privat, art. 23 al. 1

final prevede că *“orice comunicare sub formă electronică care permite consemnarea durabilă a acordului este considerată echivalentă formei scrise”*. Cu aceasta, certitudinea juridică apare întărită cel puțin la prima vedere, iar munca practicienilor facilitată. O soluție similară se poate deduce și din prevederile art. 2591 al. 2 Cod civil, acesta din urmă fiind totuși ușor mai liberal⁵⁰, sau ale art. 13 final din Convenția de la Haga⁵¹.

22. În planul conflictelor de legi, legiuitorul european se distanțează totuși de soluția reținută de Codul civil⁵² sau de Convenția de la Haga⁵³. Pentru a proteja soțul considerat vulnerabil, al. 2 obligă suplimentar la respectarea condițiilor de formă imperativ stabilite pentru convențiile matrimoniale în statul membru pe al cărui teritoriu ambii soți își au reședința obișnuită în momentul încheierii acordului⁵⁴, dacă acestea există; *per a contrario*, atunci când soții (chiar cetățeni europeni) locuiesc pe teritoriul aceluiași stat terț, simpla redactare în scris, datare și semnare ar fi suficientă pentru validitatea formală a acordului de *electio juris*. Dincolo de faptul că ea nu poate să garanteze că soții au fost efectiv conștienți de implicațiile alegerii, așa cum își propune legiuitorul european, soluția limitativă a aplicării doar a exigențelor de formă din statele membre nu este neapărat nici una prea coerentă⁵⁵. Oricum, pentru că legiuitorul nu trimite la condițiile de formă din legea statului pe al cărui teritoriu se încheie acordul de alegere a legii aplicabile (ce poate fi diferit de acela unde se află reședința obișnuită a părților), în practică este posibil să apară o problemă de echivalență - actul notarial întocmit în conformitate cu *lex loci actus* este sau nu echivalent actului autentic impus de legea de la reședința obișnuită ?⁵⁶ -, ce trebuie rezolvată în concret de autoritatea sau notarul sesizat.

În fine, al. 3 și 4 prevăd două reguli de conflict suplimentare pentru ipotezele în care soții nu își au reședința obișnuită pe teritoriul aceluiași stat în momentul încheierii acordului. Dacă este vorba de reședințe pe teritoriul unor state membre diferite, exigențele uniforme europene vor fi completate de exigențele de formă prevăzute de oricare din legile statelor respective; pentru că cele două legi sunt prevăzute alternativ, este suficientă respectarea dispozițiilor de formă prevăzute de cea mai liberală dintre acestea pentru ca acordul de desemnare a legii aplicabile să fie valabil. Dacă dimpotrivă, doar reședința unui dintre soți este localizată pe teritoriul unui stat membru, validitatea acordului de alegere a legii aplicabile este condiționată și de respectarea exigențelor prevăzute de legislația celui stat membru (și doar a acestuia).

Dacă se alege și un regim matrimonial (convențional, specific)⁵⁷, prevăzut de legea aleasă, validitatea formală a convenției matrimoniale este condiționată, în plus de exigențele prevăzute mai sus, care se regăsesc și în cuprinsul art. 25 al. 1-3, și de respectarea eventualelor condiții suplimentare de formă prevăzute de legea care va governa pe fond regimul matrimonial (art. 25 al. 4 din regulament).

23. Momentul alegerii. În art. 22 din regulament nu există prevederi cu privire la momentul alegerii. Totuși, considerentul 45 din preambul prevede că *„alegera poate fi făcută în orice moment, anterior căsătoriei, în momentul încheierii căsătoriei sau pe*

durata acesteia”; soluția este identică celei regăsite în Codul civil, art. 2591 al. 1, ce prevede că convenția de alegere a legii aplicabile regimului matrimonial se poate încheia fie înainte de celebrarea căsătoriei, fie la momentul încheierii căsătoriei, fie în timpul căsătoriei. În Convenția de la Haga, art. 3 prevede că alegerea legii aplicabile trebuie să fie realizată înaintea căsătoriei; în absența altor precizări, această alegere poate figura în cuprinsul convenției matrimoniale a soților sau poate face obiectul unui contract distinct, separat, având ca obiect tocmai alegerea legii. Soluția poate părea mai restrictivă decât aceea din regulament sau din Cod; totuși, în contextul în care art. 6 din convenție permite modificarea legii aplicabile (evident, în timpul căsătoriei), aceasta nu este în realitate mult mai severă.

24. Modificarea legii alese. Toate textele analizate permit modificarea voluntară a legii ce guvernează regimul matrimonial. În fapt, permanența legii aplicabile este în general considerată o soluție mult prea rigidă și neadaptată, în condițiile în care schimbarea reședinței (și chiar a cetățeniei) pot fi frecvente în practică, astfel încât legea inițial aleasă sau aceea obiectiv aplicabilă în momentul încheierii căsătoriei să nu mai prezinte legături suficient de relevante cu situația actuală a soților⁵⁸. Dimpotrivă, atât art. 22 din regulamentul 1103/2016, cât și art. 2591 C. civ. sau art. 6 din Convenția de la Haga admit posibilitatea desemnării unei alte legi decât aceea anterior aplicabilă, astfel încât situația patrimonială a soților să fie adaptată eventual mai bine situației lor personale.

În principiu, modificarea este posibilă indiferent dacă anterior fusese aleasă o lege aplicabilă regimului matrimonial sau dacă aceasta trebuia determinată pe baza criteriilor obiective. De asemenea, în principiu, modificarea este posibilă ori de câte ori doresc soții. La fel ca și în cazul alegerii anterioare sau concomitente mariajului, opțiunea poate viza doar legea națională sau legea de la reședința obișnuită a unuia dintre soți⁵⁹. Codul civil român nu prevede expres acest lucru în cuprinsul art. 2591 al. 3 C. civ., dar soluția se deduce indirect (art. 2591 fiind continuarea logică a art. 2590 C. civ.).

25. În contextul regulamentului, prezintă interes și regula de conflict de legi în timp de la art. 69 al. 3, ce prevede aplicabilitatea Capitolului III (privitor la determinarea legii aplicabile) în cazul soților care s-au căsătorit sau care au desemnat legea aplicabilă regimului lor matrimonial după 29 ianuarie 2019. Astfel, indiferent de momentul încheierii căsătoriei, soții vor putea proceda, după data de 29 ianuarie 2019, la modificarea legii aplicabile anterior regimului lor matrimonial, în condițiile prevăzute de art. 22 din regulament⁶⁰.

26. Problema modificării atât a legii aplicabile, cât și a regimului matrimonial. O problemă delicată, nerezolvată expres de niciunul dintre textele în prezență, este aceea de a ști dacă cu ocazia modificării legii aplicabile părțile ar putea să opteze direct și pentru un regim matrimonial specific prevăzut de legea aleasă. Textele vorbesc doar despre modificarea legii aplicabile și despre opțiunea pentru o nouă lege (care, în mod normal, echivalează cu opțiunea în favoarea regimului legal, de drept comun, prevăzut de acea lege⁶¹). În opinia noastră, odată cu schimbarea legii aplicabile, soții pot să opteze și pentru un regim

convențional specific prevăzut de legea nouă : astfel, atunci când părțile erau supuse unui anume regim convențional specific prevăzut de legea inițială, pare excesiv ca pentru a se ajunge la același regim convențional, dar guvernat de o altă lege, să se ceară părților să treacă la regimul legal din legea nouă, pe care, pe baza prevederilor acesteia, să-l modifice ulterior în regimul dorit⁶².

27. O întrebare suplimentară ce trebuie să primească răspuns este aceea de a ști dacă atunci când legea inițial aplicabilă regimului lor matrimonial prevede, asemenea art. 369 C. civ., respectarea unui anumit termen de la data încheierii căsătoriei, înainte de a putea schimba regimul matrimonial, acest termen trebuie să fie respectat și înainte de o eventuală schimbare a legii aplicabile (care antrenează indirect și o schimbare a regimului, prin modificarea regulilor care îl guvernează). În opinia noastră, răspunsul ar trebui să fie unul negativ, în considerarea diferențelor care există între autonomia de voință în plan substanțial, respectiv în planul conflictelor de legi. Limitele autonomiei de voință în plan substanțial sunt stabilite de legea internă ce guvernează regimul (astfel că astfel de termene trebuie respectate în situațiile pur interne). În schimb, libertatea și limitele de acțiune a părților în planul dreptului internațional privat sunt guvernate de texte specifice – art. 22 din regulamentul 1103/2016, respectiv art. 2590 C. civ.; din moment ce acestea nu impun condiționări în timp cu privire la modificarea legii aplicabile, trebuie recunoscută posibilitatea lor de a modifica legea aplicabilă oricând, dincolo de exigențele aferente din dreptul intern. Eventualele rezerve suscitade de necesara protecție ce trebuie garantată terților pot fi depășite odată cu luarea în considerare a art. 27 al. 1 din regulament, care prevede opozabilitatea față de terți a legii aplicabile regimului matrimonial doar atunci când *„terțul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască, acționând cu toată diligența necesară, existența respectivei legi”*.

28. Efectele în timp ale legii nou alese. În contextul art. 6 din Convenția de la Haga din 1978, problema de a ști dacă legea modificatoare (legea nou aleasă de soți) în timpul regimului matrimonial are sau nu efecte retroactive a fost una controversată. Doctrina franceză s-a pronunțat în sensul aplicării retroactive a legii noi⁶³; soluția ridică probleme serioase, în special atunci când trecerea trebuie făcută de la un regim de comunitate la unul de separație (retroactivitatea regimului separatist poate duce la rezultate aleatorii, atunci când soții nu au lichidat în prealabil regimul comunității)⁶⁴. De asemenea, atunci când voința părților nu este cu claritate exprimată în acest sens, ea este de natură să afecteze serios certitudinea juridică și previzibilitatea atât de căutate în domeniu.

29. Legiuitorul european, în art. 22 al. 2, dar și legiuitorul roman, în art. 2591 C. civ., au preferat o altă soluție : legea nou aleasă se aplică în principiu pentru viitor. Soluția prezintă avantaje indeniabile : în mod normal, schimbarea legii aplicabile nu va afecta actele realizate și drepturile dobândite de soți sub imperiul legii vechi. Astfel, bunurile dobândite sub regim separatist nu vor deveni automat comune; bunurile dobândite sub regimul

comunității nu vor deveni automat bunuri proprii. Situația acestora poate înregistra însă modificări în timp. În conformitate cu art. 27 lit. b), „*legea aplicabilă regimului matrimonial în temeiul prezentului regulament stabilește, printre altele ... : b) transferul bunurilor aflate în proprietatea soților dintr-o categorie în alta*”; având în vedere că legea nou aleasă de soți va governa regimul bunurilor cuplului pentru viitor, ea va trebui consultată pentru a vedea, de exemplu, dacă, în ce măsură și în ce modalitate bunurile dobândite anterior de soți în coproprietate sub regimul comunității legale pot fi transformate în bunuri proprii⁶⁵. Chiar și în aceste condiții, așa cum s-a remarcat, atunci când legea nouă instituie, de exemplu, reguli diferite în ceea ce privește dreptul de dispoziție asupra bunurilor, nu este totuși evident că drepturile dobândite asupra acestora (prin aplicarea legii vechi) vor rămâne neschimbate⁶⁶. Aplicarea legii noi doar pentru viitor prezintă și inconveniente practice : situația patrimonială a soților va fi guvernată în timp de două legi diferite (ce pot prevedea, evident, soluții diferite, de exemplu cu privire la situația bunurilor dobândite), astfel că în momentul lichidării finale vor trebui lichidate tot atâtea regimuri câte legi au fost aplicabile în timp cu privire la acestea. Doctrina franceză recomandă pentru aceste cazuri lichidarea, în momentul schimbării legii aplicabile, a regimul matrimonial anterior⁶⁷, cu inconveniente implicite, totuși, de plata onorariilor notariale aferente.

30. Soții au posibilitatea să prevadă și că legea nou aleasă va produce efecte retroactiv, iar notarii vor trebui să consilieze părțile asupra problemei, opțiunea finală fiind dictată de interesele specifice ale acestora; oricum, datorită complicațiilor practice, retroactivitatea nu este cea mai oportună soluție atunci când trecerea se va face de la un regim de comunitate la un regim separatist (fără lichidare).

31. Limitarea efectelor legii noi. În mod normal, legea care guvernează regimul matrimonial se aplică și în ceea ce privește efectele regimului matrimonial asupra raporturilor juridice dintre soți (dar, mai frecvent, unul dintre ei) și terți (art. 27 lit. f). Două precizări se impun. Pe de o parte, o rezervă importantă de la aplicarea acestei soluții este totuși prevăzută în cuprinsul art. 27 din regulament (Opozabilitatea față de terți)⁶⁸: legea aplicabilă regimului matrimonial este opozabilă doar terților care *au cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască, acționând cu toată diligența necesară, existența respectivei legi*. Precizările cuprinse în art. 28 al. 2 din regulament, ce detaliază cazurile în care terțul este prezumat a fi cunoscut legea aplicabilă regimului, sunt de natură să aducă un plus de certitudine, atât de binevenit în materie. Deși legiuitorul nu prevede vreo obligație în acest sens, un rol important din acest punct de vedere va reveni notarilor care, cu ocazia încheierii unui act, ar trebui să informeze terții cu privire la legea aplicabilă regimului matrimonial al unui cuplu; eventuala mențiune scrisă cu privire la această lege în cuprinsul actului încheiat ar simplifica mult problemele în practică⁶⁹.

Pe de altă parte, în conformitate cu art. 22 al. 3, „*Nicio schimbare retroactivă a legii aplicabile în temeiul alineatului (2) nu aduce atingere drepturilor terților care decurg din respectiva lege*” : schimbarea legii aplicabile nu aduce atingere drepturilor dobândite

anterior de terți. De exemplu, pentru a evita urmărirea unui bun comun de către un creditor titular al unei datorii comune, soții nu-l pot transforma (prin schimbarea retroactivă a legii aplicabile regimului) în bunul propriu al unuia dintre soți.

32. Concluzii. Cadrul legal existent cu privire la alegerea legii aplicabile regimului matrimonial nu este foarte complex. Regulile aferente sunt suficient de clare, astfel încât eficacitatea acordului de alegere a legii aplicabile să ajungă să fie cenzurată în practică doar într-un număr cât mai redus de cazuri. Pentru ca interesele soțului vulnerabil să poate fi adecvat respectate, au fost instituite încadrări tehnice mai mult sau mai puțin stricte referitoare la consimțământ și la formalitățile exteriorizării lui ; nu este evident însă că acestea sunt apte să asigure mereu rezultatul dorit de legiuitor. În mod similar, au fost instituite un minim de reguli de natură să protejeze terții cu care contractează soții, ceea ce complică în practică rezolvarea concretă a problemelor. Chiar dacă anumite aspecte ar fi meritat poate a fi suplimentar clarificate – precum acela privitoare la posibilitatea alegerii inclusiv a unui regim matrimonial specific odată cu alegerea legii aplicabile sau acela privitoare la opțiunile soților în cazul statelor plurilegislative -, soluțiile existente sunt mai mult decât binevenite. Principiul autonomiei de voință joacă un rol important pentru asigurarea certitudinii juridice și pentru un plus de claritate în materie; admiterea libertății soților de a desemna și de a modifica oricând legea aplicabilă regimului lor ilustrează corelativ deschiderea legiuitorului pentru realizarea cât mai amplă a intereselor acestora, precum acela de a putea adapta cât mai bine raporturile lor patrimoniale noilor realități de viață cu care aceștia se confruntă. În același timp, autonomia de voință este limitată la un evantai de legi care prezintă conexiuni suficiente cu soții sau cu unul dintre aceștia și care reflectă astfel legăturile lor integrative sau identitare, iar proximitatea tradițional urmărită în dreptul internațional privat nu este inutil sacrificată în detrimentul unor interese private.

* Lect. dr., Facultatea de Drept UBB; alinaxoprea@yahoo.fr.

¹ Situația este cu atât mai puțin satisfăcătoare cu cât în general, relațiile patrimoniale familiale cu elemente de extraneitate sunt guvernate, în funcție de natura lor specifică (alimentară, matrimonială, succesorală), de reguli de conflict distincte, figurând în texte diferite, de origine europeană sau națională.

² Pentru că alegerea legii aplicabile este admisă în materia divorțului, a obligațiilor alimentare sau a succesiunilor, soții își pot opta pentru o lege sau legi care să permită optimizarea globală a situației lor patrimoniale.

³ Cu privire la aceste dificultăți, v. de exemplu I. Viarengo, "The EU proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks", *Swiss Yearbook of PIL*, 2011, p. 199, sp. p. 210.

⁴ V. B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 4^e ed. 2008, p. 694, n^o 862. G. Khairallah, „La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux”, in *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 197-208, sp. p. 199. B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd., 2001, n^o 15, p. 134 (arrêt Zelcer, 4 juin 1935). B. Ancel, « Les conclusions sur les statuts et coutumes locaux de DuMoulin, traduites en français », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 21, sp. p. 28 și urm. (n^o 8 și urm.).

- ⁵ Pentru detalii, v. H. Gaudemet Tallon, „Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé”, *TCFDIP*, 1969-1971, p. 197 și urm.; în ceea ce privește diversele evoluții regăsite în jurisprudență și pentru analiza acestora, v. G. Khairallah, *op. cit.*, p. 197-208.
- ⁶ Convenția a intrat în vigoare la 1 septembrie 1992 în trei state europene : Franța, Luxemburg și Olanda. Pentru o prezentare, v. M. Revillard, „La Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Défrenois*, 15.03.1992, n° 5, p. 257. Textul Convenției este disponibil pe site-ul www.hcch.net. Datorită ratificării slabe, Convenția de la Haga nu a putut palia decât extrem de sumar inconvenientele și dificultățile existente în materie în planul relațiilor private cu elemente de extraneitate.
- ⁷ *OJ L 183*, 8.7.2016. Pentru prezentarea generală a regulamentului, v. C. Jugastru, „Regimurile patrimoniale ale cuplurilor internaționale în viziunea legiuitorului european”, *RRDP*, nr. 3, 2016, p.81-126. S. Godechot Patris, „Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif au régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité”, *Recueil Dalloz*, 17.11.2016, n° 39, p. 2292. H. Péroz, „Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux”, *JCP N*, n°29, 22.07.2016, 1241. V. și I. Viarengo, *op. cit.*, p. 199 și urm; C. Nicolescu, „Probleme de drept internațional privat specifice regimurilor patrimoniale. Tendințe comunitare”, *RRDP*, 6/2009, p. 128-157.
- ⁸ JO C 53, 3.3.2005, p. 1.
- ⁹ JO C 115, 4.5.2010, p. 1.
- ¹⁰ Dispozițiile tranzitorii sunt cuprinse în art. 69 din regulament : „(1). *Prezentul regulament se aplică numai acțiunilor judiciare intentate, actelor autentice întocmite sau înregistrate în mod formal și tranzacțiilor judiciare aprobate sau încheiate începând cu 29 ianuarie 2019, sub rezerva alineatelor (2) și (3). (2) Dacă acțiunea intentată în statul membru de origine a fost intentată anterior datei de 29 ianuarie 2019, hotărârile judecătorești pronunțate după data respectivă se recunosc și se execută în conformitate cu dispozițiile capitolului IV, atât timp cât normele de competență aplicate sunt conforme cu cele prevăzute în capitolul II. (3). Capitolul III se aplică doar în cazul soților care s-au căsătorit sau care au desemnat legea aplicabilă regimului lor matrimonial ulterior după 29 ianuarie 2019*”.
- ¹¹ Aceste dificultăți au fost scoase în evidență de Cartea verde privind reglementarea conflictelor de legi în materia regimului matrimonial, inclusiv competența judiciară și recunoașterea reciprocă, publicată de Comisie la 17 iunie 2006. V. de asemenea și raportul Comisiei din 2010 („Raportul privind cetățenia UE în 2010: eliminarea obstacolelor din calea drepturilor cetățenilor UE”, adoptat la 27 octombrie 2010, COM(2010)0603, evocat și în considerentul nr. 8 din preambulul regulamentului 1103/2016), prin care se menționează că incertitudinile cu privire la situația patrimonială a cuplurilor internaționale reprezintă un obstacol semnificativ în viața cotidiană a cetățenilor europeni, în contextul exercitării drepturilor lor prevăzute de legislația europeană.
- ¹² V. regulamentul 1215/2012 (art. 1 al. 2 lit. a), regulamentul 593/2008 (art. 1 al. 2 lit. c), regulamentul 1259/2010 (art. 1 al. 2 lit. e). Cu privire la articularea regulilor în materie de succesiuni și regimuri matrimoniale, v. D. A. Popescu, *Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor*, Magic Print, 2014, p. 16-18.
- ¹³ Această autorizare este acordată atunci când se dovedește că obiectivele urmărite prin intermediul cooperării intensificate nu pot fi atinse într-o perioadă rezonabilă la nivelul Uniunii, de către toate statele membre (art. 20 al. 2 TUE).
- ¹⁴ V. COM (2011) 126 final și COM (2011)127 final.
- ¹⁵ O listă a acestor state figurează în considerentul 11 din preambul : Belgia, Bulgaria, Republica Cehă, Germania, Grecia, Spania, Franța, Croația, Italia, Luxemburg, Malta, Olanda, Austria, Portugalia, Slovenia,

- Finlanda și Suedia; acestor state inițiatore li s-a alăturat și Cipru; după exprimarea voinței proprii în acest sens (prin solicitare adresată Comisiei), și în temeiul unei decizii adoptate de Consiliul de miniștri în conformitate cu articolul 331.1 TFUE, și alte state membre se pot alătura cooperării consolidate.
- ¹⁶ V. art. 5 din regulamentul 1259/2010; v. art. 22 din regulamentul 650/2012, art. 15 din regulamentul 4/2009, ce trimite la protocolul de la Haga din 2007; cu privire la această evoluție, v. E. Jayme, "Party Autonomy in International Family and Successions Law", *Swiss Yearbook of PIL*, 2009, p. 3 și urm.
- ¹⁷ Pentru o prezentare, v. C. Juguștriu, „Convenția de alegere a legii aplicabile – construcție specifică raporturilor de drept privat cu element de extraneitate”, *Revista Universul Juridic*, nr. 11, noiembrie 2016, p. 62-76, sp. p. 64-67. N.C. Aniței, „Agreement of Election of the Law applicable to Matrimonial Regime”, *Procedia, Social and Behavioral Sciences*, 2013, p. 41-45.
- ¹⁸ În conformitate cu art. 62 al. 2 din regulament, acesta prevalează, în relațiile dintre statele membre, asupra convențiilor încheiate între acestea, în măsura în care astfel de convenții privesc aspectele reglementate prin regulament; întrucât statele membre ale Convenției de la Haga sunt și state membre ale UE, iar obiectul Convenției se suprapune (în ceea ce privește conflictele de legi) peste acela al regulamentului, acesta din urma va prevala în viitor.
- ¹⁹ Soluția este explicată în considerentul 45 din preambul: „*Pentru a facilita administrarea de către soții a bunurilor lor, prezentul regulament ar trebui să le permită acestora să desemneze legea aplicabilă regimului lor matrimonial, indiferent de natura sau de situarea bunurilor, dintre legile care au o legătură strânsă cu soții, în virtutea reședinței obișnuite sau a cetățeniei acestora. Această alegere poate fi făcută în orice moment, anterior căsătoriei, în momentul încheierii căsătoriei sau pe durata acesteia*”.
- ²⁰ V. art. 27 din regulament, ce include în sfera de aplicare a legii desemnate probleme precum clasificarea bunurilor aflate în proprietatea fiecăruia dintre soți sau a ambilor soți în diferite categorii în cursul căsătoriei și după căsătorie, transferul bunurilor aflate în proprietatea soților dintr-o categorie în alta, responsabilitatea unui soț pentru pasivele și datoriile celuilalt soț, prerogativele, drepturile și obligațiile fiecăruia dintre soți sau ale ambilor soți cu privire la bunuri, încetarea regimului matrimonial și împărțirea, distribuirea sau lichidarea bunurilor, condițiile de fond ale convenției matrimoniale.
- ²¹ Pentru că foarte frecvent în dreptul comparat regulile naționale privitoare la locuința familiei primesc această calificare de legi de aplicație imediată (legi de poliție), regulamentul permite o minimă intruziune a legii de la reședința obișnuită a soților pentru a limita uneori autonomia de voință a soților.
- ²² Art. 3 : „(1) *Regimul matrimonial este guvernat de legea internă desemnată de soții anterior căsătoriei. (2) Soții nu pot desemna decât una din legile următoare : 1. legea unui stat a cărui cetățenie o are unul dintre soți în momentul acestei desemnări ; 2. legea statului pe teritoriul căruia unul dintre soți își are reședința obișnuită în momentul acestei desemnări ; 3. legea primului stat pe teritoriul căruia unul dintre soți își va stabili o nouă reședință obișnuită ulterior căsătoriei. (3) Legea astfel desemnată se aplică ansamblului bunurilor acestora. (4) Totuși, indiferent că soții au desemnat sau nu legea aplicabilă în conformitate cu alineatele precedente, ei pot desemna, în ceea ce privește imobilele lor sau o parte a acestora, legea de la locul situării acelor imobile. Ei pot de asemenea prevedea că imobilele ce vor fi dobândite în viitor vor fi supuse legii de la locul situării lor*”. (trad. noastră, A.O.).
- ²³ Aceeași soluție – referirea la reședința obișnuită, iar nu la domiciliu - este reținută și în Codul civil sau în Convenția de la Haga. De asemenea, din perspectivă temporală, legiuitorul se referă la reședința obișnuită din momentul alegerii, iar nu din momentul celebrării căsătoriei. Conceptul „reședință obișnuită” nu primește o definiție legală în cuprinsul regulamentului; el a făcut totuși obiectul interpretării Curții de justiție a Uniunii europene în contextul analizării art. 8 din regulamentul 2201/2003 (v. de exemplu CJUE, 2 aprilie 2009, C-523/07, A). Curtea a precizat că acesta trebuie să

primească o definiție autonomă, care combină aspecte obiective și subiective; reședința obișnuită corespunde locului ce reflectă integrarea persoanei într-un anumit mediu social și familial. Cu privire la interpretarea acestui concept și la relația cu domiciliul, respectiv naționalitatea, v. D. A. Popescu, *Ghid...*, *op. cit.*, p. 62-68.

²⁴ Soluția este expresă în cadrul art. 2596 al. 3 C. civ și în art. 7 al. 1 din Convenția de la Haga; ea este dedusă indirect în cuprinsul art. 22 din regulament.

²⁵ *“Atunci când prezentul regulament face referire la cetățenie ca factor de legătură, chestiunea referitoare la modul în care trebuie considerată o persoană având cetățenie multiplă constituie o chestiune prealabilă care nu intră în domeniul de aplicare al prezentului regulament și ar trebui reglementată de legea națională, inclusiv, după caz, de convențiile internaționale, cu respectarea deplină a principiilor generale ale Uniunii. Acest lucru nu ar trebui să afecteze valabilitatea unei alegeri a legii făcute în conformitate cu prezentul regulament”.*

²⁶ Aceleași dificultăți le generează și considerentul 22 din regulamentul 1259/2010, formulat în temeiul similarilor -v. P. Hammje, „Le nouveau règlement (UE) no 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 291, sp. p. 317-318 ; C. Gonzalez Beilfuss, „The Rome III Regulation in the law applicable to divorce and legal separation : much ado about little”, in A. Bonomi, C. Schmid (coord.), *Droit international privé de la famille - Les développements récents en Suisse et en Europe*, Schulthess, 2014, p. 29, sp. p. 41.

²⁷ Pentru România, v. art. 2568 al. 2 C. civil.

²⁸ V. CJUE, 2 octombrie 2003, C-148/02, *Garcia Avello* (în care Curtea de justiție a considerat că, în lumina construcției europene ce plasează pe o poziție de egalitate cetățenii statelor membre, privilegierea sistematică de către un stat membru a propriei lui cetățenii în fața cetățeniei unui alt stat membru este discriminatorie și încalcă prevederile Tratatului. V. și CJCE, 7 iulie 1992, C-369/90, *Micheletti*, în care Curtea de justiție a declarat că dreptul european se opune ca un stat membru să restricționeze exercitarea dreptului de liberă stabilire a unei persoane ce posedă cetățenia unui (alt) stat membru pe motiv că cetățenia efectivă a acesteia este de fapt aceea a unui stat terț; legislația unui stat membru nu poate limita efectele atribuirii cetățeniei unui alt stat membru, impunând o condiție suplimentară pentru recunoașterea acesteia în vederea exercitării libertăților fundamentale prevăzute de tratate (par. 10). V. și hotărârea CJCE, 16 iulie 2009, C-168/08, *Hadadi*, pronunțată în interpretarea regulamentului 2201/2003, în care Curtea de justiție a apreciat că reglementările europene se opun „ca instanța statului membru solicitat să îi considere exclusiv resortisanți ai statului membru solicitat pe soții care dețin amândoi atât cetățenia acestui stat, cât și pe cea a statului membru de origine. Această instanță trebuie, dimpotrivă, să țină seama de faptul că soții dețin de asemenea cetățenia statului membru de origine și că, prin urmare, instanțele din acest din urmă stat ar fi putut fi competente să soluționeze litigiul” (dispozitiv).

²⁹ În acest fel ar fi de altfel respectată și coerența în reglementare la nivelul Uniunii europene; de exemplu, în materia succesiunilor internaționale, art. 22 al. 1 din regulamentul 650/2012 prevede expres că „o persoană care deține mai multe cetățenii poate să aleagă legea oricăruia dintre statele al căror cetățean este în momentul alegerii sau la momentul decesului”. În ceea ce privește divorțul internațional, articularea considerentului 22 cu art. 5 din regulamentul 1259/2010 este mai delicată; doctrina consideră totuși că în cadrul art. 5, desemnarea legii aplicabile este realizată în temeiul voinței părților (element de legătură subiectiv), iar nu direct în baza criteriului obiectiv al cetățeniei așa cum pretinde considerentul 22 („atunci când, în vederea determinării legii aplicabile, prezentul regulament face

trimitere la cetățenie ca factor de legătură....”), astfel că soluția prevăzută de acest ultim text (luarea în considerare a dreptului forului pentru rezolvarea conflictului de cetățenie) nu ar fi operantă – v. P. Hammje, *op. cit.*, n° 26, p. 318; C. Gonzalez Beiffuss, *op. cit.*, p. 40. J. Basedow, „Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit de l’Union européenne”, *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 427, sp. p. 446. În opinia noastră, o interpretare *mutatis mutandis* poate fi avută în vedere și în ceea ce privește relația dintre art. 22 din regulamentul 1103/2016 și considerentul 50 din preambulul acestuia, ca argument suplimentar în favoarea admiterii posibilității alegerii oricăreia dintre legile naționale ale unuia dintre soți ca lege aplicabilă regimului matrimonial.

- ³⁰ Sistemele de drept plurilegislativ teritoriale aparțin unor state pe al căror teritoriu regulile aplicabile în materie de regimuri matrimoniale nu sunt unificate, în cuprinsul fiecărei entități politice sau unități teritoriale fiind aplicate norme specifice -v. B. Audit, *op. cit.*, p. 245 și urm., n° 296 și urm.
- ³¹ În cadrul sistemelor de drept plurilegislativ personale, regulile în materie de regimuri matrimoniale se aplică pe teritoriul statului în cauză în funcție de un criteriu personal (de regulă, apartenența la o anumită comunitate etnică sau religioasă) - v. B. Audit, *op. cit.*, p. 248, n° 302 și urm.
- ³² V. regulamentul Roma I (art. 22), regulamentul Roma II (art. 25), regulamentul Roma III (art. 14-16), regulamentul Roma IV (art. 36-38).
- ³³ V. *mutatis mutandis*, în materie succesorală, pentru interpretarea art. 36 din regulamentul 650/2012, A. Bonomi, în A. Bonomi, P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 556, n° 9.
- ³⁴ Cu privire la soluțiile din Convenția de la Haga din 1978, v. M. Revillard, *op. cit.*, n° 48, afirmând cu claritate că în cazul sistemelor interregionale care nu dispun de reguli de conflict unificate trebuie aplicate direct soluțiile subsidiare din Convenție, iar nu regulile de conflict intern instituite de unul din statele federate. În același sens, cu privire la soluțiile reținute în Convențiile de la Haga în materie de conflicte inter-teritoriale, B. Audit, *op. cit.*, p. 248, n° 300. În general, v. D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 2017, Tome I (partie générale), p. 513, n° 513.
- ³⁵ V. *mutatis mutandis*, în materie succesorală, pentru interpretarea art. 36 din regulamentul 650/2012 privind succesiunile internaționale, A. Bonomi, *op. cit.*, p. 557, n° 11.
- ³⁶ V. *mutatis mutandis*, A. Bonomi, *op. cit.*, p. 560, n° 17.
- ³⁷ Cu privire la acest concept și la limitele lui în materie contractuală, v. A. Oprea, „Observații privind principiul autonomiei voinței în dreptul internațional privat al contractelor”, *RRDP*, 5/2012, p. 90-113.
- ³⁸ V. de exemplu H. Péroz, E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis, coll. Pratique notariale, 2010, p. 156, n° 411 : deși legea succesorală franceză stabilește o rezervă în favoarea copiilor, regulile în materie de regimuri matrimoniale permit, în cadrul regimului comunității, atribuirea unui bun soțului supraviețuitor, astfel că optimizarea situației patrimoniale a acestuia devine posibilă.
- ³⁹ V. art. 21 din regulament : „*Legea aplicabilă unui regim matrimonial în temeiul articolului 22 sau 26 se aplică tuturor bunurilor care se încadrează în respectivul regim, indiferent unde sunt situate bunurile*”. În cadrul expunerii de motive (art. 5.3), dépeçage-ul a fost evocat ca sursă de dificultăți atât în momentul lichidării regimului, dar și în timpul căsătoriei (soții trebuind să se conformeze normelor specifice prevăzute de fiecare din legile aplicabile pentru bunurile în discuție).
- ⁴⁰ Pentru discuții, v. de exemplu P. Lagarde, „La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial”, în *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Defrénois, 2007, p. 209.
- ⁴¹ V. I. Viarengo, *op. cit.*, p. 212.

- ⁴² Art. 32. „Aplicarea legii oricărui stat specificate prin prezentul regulament înseamnă aplicarea normelor de drept în vigoare în statul respectiv, cu excepția normelor sale de drept internațional privat”. O problemă de traducere defectuoasă a textului, în partea finală, trebuie scoasă în evidență : pentru ca sensul frazei în română să fie identic cu acela al celorlalte versiuni lingvistice oficiale ale textului, în loc de „cu excepția” ar fi trebuit să fie folosite expresiile „cu excluderea” sau „cu exceptarea”. Soluția excluderii retrimiterii este extrem de importantă în condițiile în care dreptul internațional privat comparat consacră divergențe importante. În dreptul românesc, aceeași soluție este reținută, în urma coroborării art. 2559 al. 3 și art. 2590 C. civil. În Convenția de la Haga, art. 3 vorbește expres de alegerea legii *interne* a unui anumit stat; această referință, ce nu permite luarea în considerare a normelor de drept internațional privat, este în mod curent interpretată în sensul excluderii retrimiterii.
- ⁴³ V. studiul nostru, A. Oprea, “Repere privind tehnica retrimiterii în dreptul internațional privat”, *RRDP*, 2015, n° 6, p. 132-147. V. în jurisprudența franceză, expres în materie de regimuri matrimoniale, hotărârea *Gouthertz* (Cass. Civ. I, 12 februarie 1972, *JDI*, 1972, p. 594, notă Ph. Khan).
- ⁴⁴ În Franța, discuțiile ample pe această temă au fost stopate de legiuitor, odată cu introducerea prin legea n° 97-987 din 28 octombrie 1997 (de modificare a Codului civil pentru adaptarea la Convenția de la Haga) a art. 1397-3 al.3 C. civ, ce prevede că “*odată cu desemnarea legii aplicabile înaintea căsătoriei sau în timpul acesteia, soții pot stabili natura regimului matrimonial ales de ei*” (trad. noastră). Pentru detalii, v. H. Péroz, E. Fongaro, *op. cit.*, p. 154, n° 402.
- ⁴⁵ V. indirect în acest sens I. Viarengo, *op. cit.*, p. 212. Mult mai dubitativ, v. S. Godechot Patris, *op. cit.*, p. 2296, care arată că posibilitatea de alegerea concomitentă a legii aplicabile și a unui regim convențional prevăzut de aceasta implică o imixtiune în punerea în aplicare a legii alese și apreciază, în consecință, că soluția de la art. 1397-3 al. 3 C. civ. francez ar trebui poate regândită.
- ⁴⁶ V. de exemplu art. 3 al. 5 și 10 al. 1 din regulamentul 593/2008 (Roma I); v. art. 6 al. 1 din regulamentul 1259/2010 (Roma III).
- ⁴⁷ Art. 10 al. 2 din regulamentul Roma I : „*Cu toate acestea, pentru a stabili faptul că nu și-a dat consimțământul, o parte poate să invoce legea țării în care își are reședința obișnuită, dacă din circumstanțele respective reiese faptul că nu ar fi rezonabil să se stabilească efectul comportamentului său în conformitate cu legea menționată la alineatul (1)*”.
- ⁴⁸ Acest acord poate îmbrăca forma unui acord independent, al cărui obiect unic este reprezentat de determinarea legii aplicabile, sau forma unei clauze ce figurează într-o convenție al cărei obiect principal este unul diferit (și mai amplu), precum o convenție matrimonială.
- ⁴⁹ V. considerentul 47 din preambul : „*Ar trebui să fie stabilite norme privind condițiile de fond și de formă ale unui acord privind alegerea legii aplicabile, astfel încât să fie facilitată alegerea informată a soților, iar consimțământul lor să fie respectat, pentru a se asigura securitatea juridică, precum și un acces mai bun la justiție. În ceea ce privește condițiile de formă, ar trebui introduse anumite garanții pentru a se asigura faptul că soții sunt conștienți de consecințele alegerii lor*”.
- ⁵⁰ Textul art. 2591 al. 2 este mai amplu : el permite nu doar alegerea expresă a legii aplicabile, ci și o alegere care rezultă în mod neîndoielnic din clauzele unei convenții matrimoniale. O soluție identică celei din Codul civil este regăsită în art. 11 din Convenția de la Haga.
- ⁵¹ În raportul A. E. Van Overbeck („Rapport explicatif sur la Convention-Régimes matrimoniaux de 1978”), se precizează expres că doar semnătura soților trebuie manuscrisă, în timp ce clauza aferentă și data pot fi dactilografiate – cf. M. Revillard, „La Convention de la Haye...”, *op. cit.*, n° 16.
- ⁵² Conform art. 2591 al. 2, „*Condițiile de formă ale convenției de alegere a legii aplicabile regimului matrimonial sunt cele prevăzute fie de legea aleasă pentru a governa regimul matrimonial, fie de*

- legea locului încheierii convenției de alegere*"; același alineat prevede în fraza finală și o regulă unilaterală : atunci când legea română este aplicabilă (regimului matrimonial, completarea noastră), trebuie respectate și exigențele de formă stabilite de aceasta pentru validitatea convenției matrimoniale (înscris autentificat de notarul public, conform art. 330 al. 1 C. civ.).
- ⁵³ Acest text trimite, pentru forma acordului de alegere a legii aplicabile, la forma prevăzută pentru convențiile matrimoniale, pentru care sunt prevăzute două elemente de legătură alternative (legea aleasă a governa pe fond regimul matrimonial sau legea de la locul încheierii acordului).
- ⁵⁴ În mod normal, referirea la stat membru trebuie înțeleasă ca o referire la legea statului membru în care regulamentul 1103/2016 este aplicabil, deși în cuprinsul regulamentului această precizare lipsește expres: v. S. Godechot Patris, *op. cit.*, p. 2294.
- ⁵⁵ V. M. Buschbaum, U. Simon, "Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés", *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 801, sp. p. 805-806.
- ⁵⁶ S. Godechot Patris, *op. cit.*, p. 2296.
- ⁵⁷ În mod normal, acordul de alegere a legii aplicabile regimului și convenția matrimonială sunt acorduri distincte, autonome ; din punctul de vedere al formei, acordul de *electio juris* va fi valabil dacă respectă doar exigențele prevăzute de art. 23 și de legile la care trimite acesta, iar nu și cele prevăzute de art. 25 și legile corespondente.
- ⁵⁸ V. E. Fongaro, „Le changement de régime matrimonial en droit international privé, entre présent et avenir”, *Droit et patrimoine*, dec. 2012, p. 87, sp. I.A.
- ⁵⁹ O rezervă există totuși pentru Convenția de la Haga, care permite suplimentar, în cazul imobilelor, opțiunea în favoarea *lex rei sitae*.
- ⁶⁰ O soluție similară rezultă și din cuprinsul articolului 21 din Convenția de la Haga : Convenția se aplică și soților care desemnează legea aplicabilă regimului lor matrimonial după intrarea în vigoare a convenției, indiferent de data încheierii căsătoriei.
- ⁶¹ Dacă acordul părților privește doar modificarea legii aplicabile, fără să include vreo precizare cu privire la regimul matrimonial, soții vor fi supuși regimului legal prevăzut de legea nouă.
- ⁶² V. indirect B. Audit, *op. cit.*, p. 712, n° 878; D. Bureau, H. Muir-Watt, *op. cit.*, t. II, p. 221, n° 821.
- ⁶³ V. B. Audit, *op. cit.*, n° 878, p. 713; D. Bureau, H. Muir-Watt, *op. cit.*, t. II, p. 222, n° 823. V. totuși, dubitativ, M. Revillard, *op. cit.*, n° 40.
- ⁶⁴ Cu privire la dificultăți, v. H. Pérez, E. Fongaro, *op. cit.*, p. 174 și urm.; în special, în ceea ce privește argumentele propuse de doctrina franceză în favoarea și, respectiv, împotriva retroactivității legii alese, v. p. 176, n° 478.
- ⁶⁵ O rezervă trebuie făcută totuși : în conformitate cu art. 1 al. 2 lit. h), sunt excluse din sfera de aplicare a regulamentului problemele referitoare la înscrierile în registre publice a „drepturilor de proprietate asupra unor bunuri imobile sau mobile, inclusiv cerințele legale pentru o astfel de înscriere, precum și efectele înregistrării sau ale lipsei înregistrării unor astfel de drepturi într-un registru”; astfel, în măsura în care transferul privește bunuri supuse înregistrării, efectivitatea acestuia este condiționată de respectarea cumulativă a exigențelor legii aplicabile regimului și a legii aplicabile registrului.
- ⁶⁶ V. I. Viarengo, *op. cit.*, p. 215: "given the wide variety of regulations concerning the administration of matrimonial property in EU Member States, it is often impossible to ensure that an act of disposition of an asset and the legal status of such an asset are not in opposition so as to comply with the law applicable at the time of disposition".
- ⁶⁷ V. Pérez, E. Fongaro, *op. cit.*, p. 177; S. Godechot Patris, *op. cit.*, p. 2295; B. Audit, *op. cit.*, n° 878, p. 713.

⁶⁸ „(1) În pofida articolului 27 litera (f), legea aplicabilă regimului matrimonial dintre soți nu poate fi invocată de un soț împotriva unui terț într-un litigiu între un terț și unul dintre soți sau ambii soți, cu excepția cazului în care terțul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască, acționând cu toată diligența necesară, existența respectivei legi. (2) Se consideră că terțul cunoaște legea aplicabilă regimului matrimonial dacă: (a) legea respectivă este : (i) legea statului a cărui lege este aplicabilă tranzacției dintre un soț și terț; (ii) legea statului pe teritoriul căruia soțul contractant și terțul își au reședința obișnuită; ori (iii) în situațiile în care sunt implicate bunuri imobile, legea statului unde se situează bunul; sau (b) oricare dintre soți a îndeplinit cerințele aplicabile privind publicitatea sau înregistrarea regimului matrimonial prevăzute de (i) legea statului a cărui lege este aplicabilă tranzacției dintre un soț și terț; (ii) legea statului pe teritoriul căruia soțul contractant și terțul își au reședința obișnuită; ori (iii) în situațiile în care sunt implicate bunuri imobile, legea statului unde se situează bunul. (3) În situația în care legea aplicabilă regimului matrimonial dintre soți nu poate fi invocată de un soț împotriva unui terț în temeiul alineatului (1), opozabilitatea regimului matrimonial față de terț este reglementată : (a) de legea statului a cărui lege este aplicabilă tranzacției dintre un soț și terț; sau (b) în situațiile în care sunt implicate bunuri imobile sau bunuri ori drepturi înregistrate, de legea statului în care sunt situate bunurile sau în care sunt înregistrate bunurile ori drepturile”.

⁶⁹ H. Péroz, *op. cit.*, JCP N, p. 39.

ARTICOLE

**STATE'S OWN INTERESTS IN THE SPORTS SPHERE AND PUBLIC INTERESTS
IN THE SPORTS SPHERE**

DOI:10.24193/SUBBiur.62(2017).3.9

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

I.V. PONKIN*

A.I. REDKINA**

Abstract: *The article is devoted to research of the state's own interests in the sports sphere. The purpose of this article is to research relevant interests of the state in supporting sports and providing of adequate legal regulation in this sphere, as well as to research public interests in this sphere. The article examines main scientific approaches to this issue, examines using sports as a political tool by the state.*

Main categories of state interests in the management of sports and the use of sports are determined in this article. These interests are: foreign policy and foreign economic interests, domestic interests.

The article shows the importance of this issue for determining objectives of public administration in the sports field. Authors describe public interests in the sports field.

It is concluded that sport provides required resources for public authority: economic resources, image resources, as well as resources that provide social solidarity. It is also concluded that proper consideration of public interests in public administration in sports sport predetermines proper quality of such public administration, its adequacy, rationality, and efficiency.

Keywords: *interest, public interest, public administration in sports sphere, administrative law, sports law, legal regulation in the sports sphere, lex sportiva, sport, autonomy of sport.*

One of the most important issues of general public administration theory (in relation to sports) is the motivation of the state in public administration and government policy in sports, in making decision about how much and to what degree the government should interfere (or, on the contrary, stay away from) sports affairs.

According to the approach suggested by D.N. Bakhrakh, B.V. Rossinskiy and Yu.N. Starilov, "the theory of interests determines the types of interests, which are provided by certain legal provisions (law principles), and identifies the areas of legal regulation of specific public interests or activities. This theory aims, first of all, at revealing the public interest, ensured by the established legal relationships. Public law serves government (public)

interests, while private law regulates private interests... The theory of interests only touches upon the most general aspects of distinguishing between public (administrative) and private (civil) laws. It does not provide any complete and clear distinction between these public law entities, because most legal provisions regulate both public and private interests at the same time”¹.

Apart from the imperatives of the government participation in managing relationships in the sports sphere and assistance of the state in the sports development, provided by law, there are also direct national interests for sports and in the field of sports, as well as public interests in the field of sports. Certain administrative and legal functions of the government are related to these interests. The above to a large extent relates to the resource potential of sports and significance of sports for the state, as well as other specifics of sports, which cannot be ignored by public authorities whatsoever.

At the same time, the concept of “the development of sports”, from our perspective, is interpreted according to the definition provided by Michael Collins, who describes the development of sports as a process, which leads to an increase at all levels of possibilities and efficiency of processes, systems, and structures created to make people (in general, or certain groups, or in certain areas) to participate in sports or sports and recreation activities and/or encourage such participation².

National Interests in the Field of Sports

The degree of government’s commitment in sports throughout history has been different depending on the country and its political regime.

Traditionally, sports have been used by authorities mostly in military training of army officers.

Sports and sports activities have been usually used by the government as instruments for achieving various goals, for example, spectator sports were used as public holiday entertainment for masses. In addition, sports in different ways have been used for political propaganda³.

According to Raymond Sauer, in Ancient Rome sports were used as a monument to political competition. Then, upon the fall of the political regime, it lost its destination. The above author provides a number of other examples when sport is used as a political instrument in various ways. For example, a government can regard sports as the means to enhance people’s physique and skills for military purposes, both for defense and aggressive wars. In England the nationals that were engaged in bow shooting were preferred. At the same time, other kinds of sports fancied by the people were often prohibited. For example, Edward IV banned cricket (in its early form) because it distracted the people from bow shooting. Golf was banned in Scotland for the same reason. Henry VIII even issued a decree obliging all fathers to develop the necessary skills in their sons and provide them with the required equipment (a bow and arrows). However, despite the fact that bow shooting was very popular in England, history shows that the monarchy’s attempts to

prevent people from participating in the preferred kinds of sports failed. The most distinguished kind of sport, which monarchy did not approve of, was a predecessor of modern football popular with common people. This kind of sport, born in the UK, which later became the most popular kind of sport in the world, had been repeatedly banned from 1314 to 1667 (over 30 times). The most extreme examples of the government's interventions into sport are dictator regimes of the 20th century. Thus, Mussolini saw sport as an essential way to "revive and unite" Italy into a hypercentralized state and, although he was not himself interested, for example, in football per se, he recognized the abilities of such kinds of sports to affect mass public. The government restructured the national league, launched a large-scale stadium construction program, invested into the national team (strange as it may be, partly by hiring overseas players), and made sure the media were motivated to cover the events that were taking place⁴.

An aggressive lobbying campaign yielded Italy a victory in the competition for the right to hold the second World Cup in 1934. The Italian national team not only had foreign players, but also a great number of professionals from the national clubs. At the same time, most players did not take national competitions seriously and often refused to take part in them. However, under Mussolini's regime significant efforts were made so that the best players would contribute to the regime's image by playing for their team. From 1934 to 1938, Italy won two international cups and Olympic gold. Like many other leaders, Mussolini made efforts to be systematically seen and photographed with his winning team. According to Raymond D. Sauer, more attractive image was established for calcio, which was actively used under the fascist regime in Italy as an instrument of propaganda. Hitler also took part in implementing similar projects in Germany. As in Italy, in Germany sport was used as an important instrument of propaganda in the Third Reich for the purposes of building a strong society. In particular, high hopes were had for the Olympic Games in Berlin in 1936⁵.

The Olympic Games of 1936 can to a great extent be regarded as an illustration of using sports by the government for political purposes. Hitler used sports along with political education to inspire youth to build a "new order". He also regarded the Olympic Games as an effective way to promote the regime's ideology⁶.

At the moment, sport is used in this way in many world countries and the factors, which led to this in the past, still remain relevant.

Thus, entertaining athletic competitions, used to attract significant audiences for the purposes of political activities, have required and still require relatively little resources⁷.

According to Victor Cha, sport is not merely an instrument of expressing national identity. In some cases positive athletic reputation may enhance the country's global status and its stature on the global stage. From this perspective, high sports results become the «power assets» of the state⁸.

The level of professional development of sports obviously plays a great part in the country's international image. Similarly, the level of professional sports' development, availability of a signature sports club, accommodation and training of a world class professional athlete can be also significant for the image of a city, area, or district.

The impact made through holding such international sporting events as the Olympic Games or the World Football Championship, according to a number of researches, can be regarded in the political sphere as a kind of applying the so-called “soft power” because the country where this event is held uses it for its own purposes. As an example of such situation Aung Ko Min refers to the 2013 Southeast Asian Games held in Myanmar during this country’s democratic transition period⁹.

According to Raymond Sauer, the practice of using the Olympic Games by the government to “make a statement” is also relevant now. This was particularly evident during the Olympic Games in Beijing in 2008. For a politician, sport (his relation to sports) is a powerful way to enhance the level of his awareness and popularity among people, in particular, because the attention of the media is traditionally largely focused on sports. This is especially relevant in such countries as the USA, where the President meets the most talented and popular athletes in the White House, as well as in autocratic countries, where the stadiums are decorated with enormous posters of their national leaders. Raymond D. Sauer gives the following interesting example of the way sports can be used for political purposes to attract people’s attention. Regular hearings are held in the United States Congress on sports issues with participation of sports leaders, for example, to discuss how the National Football League ensures that the rules of the game are observed. At the same time, the US Congress itself plays minimum part in implementing public administration in sports in this country, and the rules of the game are presumed and are an infeasible sports component, free from government influence, in the USA. In addition, the results of such hearings are quite abstract. However, they are held to enhance sports people’s popularity¹⁰.

Therefore, sport provides the necessary resources to public authorities such as economic, image resources, and the resources ensuring social solidarity.

As Chien-Yu Lin, Ping-Chao Lee and Hui-Fang Nai put it, government interference with the field of sports today is in no small measure made to demonstrate social, political or economic living standards of this country¹¹.

According to K.A. Alexeyev, “the country’s sports image is based on history, and cannot exist out of the historic retrospective context”¹². The following quote is attributed to US President John F. Kennedy. “The country’s prestige is truly determined by two things: flying to the Moon and gold Olympic medals”¹³.

In the context of foreign policy, sport is often used to achieve specific goals in certain situations. Thus, China initiated cooperation in sports to show its strive for closer relationships with the West during the Cold War. Sports can also be used in foreign policy as a means to demonstrate disagreement with certain policies of other countries. This has also often taken place in history. Moreover, sports started to play an important part in foreign policy of world countries due to the two following reasons. First of all, sports diplomacy, which combines the aspects of social and cultural diplomacies, is somewhat beyond the traditional diplomacy boundaries, which contributes to enhancing diplomatic relations among nations, and, secondly, sports can also be used as an instrument of “forcing” diplomacy¹⁴.

Sport can also be regarded by the government as a way to keep the workforce in healthy condition and a way to reduce healthcare expenses, which is especially relevant

for industrially developed states, where there is a demographic problem of ageing of the population. From this perspective, high achievement sport assists in fulfilling these goals because it motivates the relevant public to practice sports¹⁵.

Sport encourages economic development because it has high economic potential because it involves, in particular, athletic goods manufacture, arrangement and holding of sporting events, rendering of sports-related services. Moreover, sport is also a potential catalyst of economic development, because, among other things, physically active population is healthier, and its production capacity is higher. Sport also aids economic development by providing cheaper ways to give work prospects, especially among young people, which, in its turn, helps to lower youth crime levels¹⁶.

Investing into the country's sports achievements is a development instrument used to enhance the country's infrastructure, not just the one relating directly to sports (sports facilities, stadiums, etc.), but other physical infrastructure such as highways, railways, airports, ports, telecommunications, hotels¹⁷.

Consequently, it is reasonable to identify the following **main groups of national state interests in sports administration and using sports** as a political instrument¹⁸:

1) foreign policy interests and foreign economic interests:

- country's reputational interests, making, maintaining and development of country's positive image in the international arena;
- interest of using sport as a way to establish (initiate) or maintain relations with other countries;
- interest in promoting one's own interests and goals at the global level;
- interest of using sport as a "forcing" diplomacy means, as a "soft power" instrument (in the positive sense of this concept);

2) domestic interests:

- interest of using sport as a way to maintain population's health to reduce healthcare expenses;
- interest of using sport as an instrument of physical and mental preparation of population masses for long-term purposes to ensure the country's defense capabilities;
- interest of using sport as a means to ensure leisure and recreation of population (in order to meet its interest in employability and productivity of the population, and because of the imperatives of the welfare state);
- interest of using sport as a means to ensure economic development of different regions of the country and the country as a whole as a result of developing the field of sports (as an industry) on its own, but also because its development acts as a catalyst for the development of other fields, provides employment of the population;
- interest of using sport as a means to promote the regime's interests and values at the national (central, federal) level among population;
- interest of using sport as a means to ensure population's loyalty to the government's policy and a way to provide additional contribution into legitimacy of the authorities;

- interest of using sport as an inhibitor (moderator, “restrainer”) and a means to prevent radicalism and extremism among children and young people and in the society in general;
- interest of using sport as a means to ensure social integration, inculturation, moral and patriotic education of the younger generation and the population as a whole, as well as a means to ensure social solidarity;
- interest for using sport as a way of constructive redirecting (channeling) the social energy of the masses.

Public interests in the sports sphere

According to a well-grounded opinion of A.B. Zelentsov, “a lawful state is a country, where public administration, represented by its authorities and officials, acting within the competence provided by law, implements a **public interest** as part of administrative procedures through actions and decisions made based on and pursuant to the law, and controlled by administrative justice institutions”¹⁹.

Public interests are also present in sports, determining certain responsibilities of the country.

As R.D. Grebnev reasonably puts it, “an important factor determining the specifics of social relations in sports, and, more specifically, legal relationships in the field of sports is a complex relation between private and public interests in this field, definitive dominance of public interests at the core of building the entire system of sports relations and sports-related relations”²⁰.

According to D.N. Bakhrakh, B.V. Rossinskiy and Yu.N. Starilov, basically, **one of the specific features of administrative law is its aim to ensure public interests** and implement government functions and tasks. “All key qualities inhering to public administration reflect in administrative-legal relations, as well as public interests implemented over the course of practical performance of functions by the executive authorities... The administrative law itself, first of all, aims to express, defend, and ensure public interests”, this is one of the essential functions of the administrative law; “administration acts as the main form of administration aim to pursue interests of the entire society, its social groups, interests of the country itself and its citizens”²¹. At the same time, according to these authors, “public interests are established and pursued in the administrative law using such legal means as 1) legal regulation of the public interest, identifying its specific features, implication and types; 2) regulatory documentation of the need to recognize public interests’ priority, their ubiquitous, mandatory and direct observance, and establishing the forms and types of legal defense of public interests; 3) identifying legal liability for violating public interests. Consequently, administrative-legal regulation covers an enormous sphere of public interests”²².

Article 1 of the **General Law of Mexico dated 05.06.2013 (revised on 01.06.2016) “On physical culture and sport”**, Article 2 of the **Law of Spain dated 15.10.1990 No. 10/1990 (revised on 01.05.2015) “On sports”**, as well as many other foreign laws on sports cover public interests in sports.

Yu.A. Tikhomirov makes the following statement. “**What are public interests?** In the strict sense, these are common interests, some sort of averaging of individual, group interests. These are social interests, without fulfilling which, on the one hand, private interests cannot be pursued, and on the other hand, integrity, sustainability, and normal development of companies, governments, nations, social strata, and finally, society in general are impossible. These are officially recognized interests supported by the state and having juridical protection. Therefore, **the public interest** is a social community interest recognized by the state and secured by the law, fulfillment of which is a condition and guarantee of its existence and development”²³.

According to R.D. Grebnev’s interpretation, “**the public interest** is recognized (or formed and therefore objectively documented as such and subject to recognition), secured, safeguarded, and protected by public authority (public authorities of several countries), as an expresser and representative of social interests, major (generally valid, of national or international significance) integral set of legal, social, economic, and/or other interests (needs, aspirations, and future expectations-intentions) of the society as a whole or the interests of individual social strata significant for the society... Public interests in sport, provided they are duly (in detail, consistently, clearly) formulated, actually jointly form an axiological and conceptual core of public administration and government policy in sport... Public interests closely relate to foreign policy and domestic policy affairs of the country being both its axiological and conceptual, deontological basis, and the criteria of measuring qualities at a certain period of time (or at a certain stage of country’s development) as part of the specific aspect (specific aspects)”²⁴.

According to the Activity Plan of the Ministry of Sports of the Russian Federation for 2016–2021²⁵, “general focus of the government’s policy in the field of physical culture and mass sports, among other things, ensures 4 national interests (according to our concept, public, – author’s note), specified in the National Security Strategy of the Russian Federation dated 31.12.2015²⁶:

- strengthening national defense, ensuring inviolability of the constitutional order, sovereignty, independence, governmental and territorial integrity of the Russian Federation;
- strengthening of national consent, political and social stability, development of democratic institutions, improving the ways of interaction between the government and the civil society;
- increasing the living standards, promotion of the population’s health, ensuring stable demographic development of the country;
- increasing competitive ability of the national economy”.

R.D. Grebnev identifies the following **generalized public interests in sport**²⁷:

1) a set of public interests in sport, determining the deontological basis for recognizing sport by the government, attitude towards it and building government policy in this field:

- a group of public interests relating to the state’s responsibility to guarantee the constitutional right for sport, integrally including multiple rights (for associations, development, etc.);

- a group of public interests in the field of protecting population's health and ensuring their healthy lifestyle and physical development;
- a group of public interests in the field of demography, ensuring safety and protection from domestic threats;
- a group of public interests relating to upbringing and inculturation of the population, generation and strengthening of social values, social morale including encouragement of social life and forming and reproduction of the national idea;
- a group of public interests relating to social integration and providing equal social opportunities for the citizens (including persons with disabilities) and social groups, forming and development of social solidarity, reduction of social and cultural inequality;
- a group of public interests relating to moral upbringing and socialization of minors, arrangement of their leisure activities and filling them with positive content;
- a group of public interests relating to organization of fight against extremism, other crime and violence across the population (first of all, among children and young people), taking of drugs and alcohol abuse;
- a group of public interests relating to reproduction, protection, safeguarding, strengthening, and development of the country's domestic image (including the media component, which nowadays has become an integral part of the image);
- a group of public interests in the field of economic, tourist, and cultural development (at the level of the country, regions and local communities) through mechanisms of sports development of territories and providing employment of the population;

2) a set of public interests directly relating to pursuing sports activities (public interests within the sports system):

- a group of public interests relating to ensuring law enforcement and legitimacy in sports and in sports fans' environment;
- a group of public interests relating to ensuring morality and honesty in sports, observance of Fair Play principles;
- a group of public interests relating to inadmissibility of using doping substances;

3) public interests relating to international relations:

- a group of public interests in the field of national defense and ensuring safety and sovereignty, protection from external threats;
- a group of public interests relating to reproduction, protection, safeguarding, strengthening, and development of the country's international image.

Proper consideration of public interests in public administration in the field of sport predetermines proper quality of such public administration, its adequacy, rationality, and efficiency.

- * Doctor of science (Law), professor of Sports Law Department of the Kutafin Moscow State Law University, State professor; i@lenta.ru.
- ** PhD (Law), lecturer of Sports Law Department of the Kutafin Moscow State Law University; juriste.ap@gmail.com.
- ¹ D.N. Bakhrakh, B.V. Rossinskiy, Yu.N. Starilov (2005) *Administrative law, Textbook*, 2-nd edition, revised and amended, Moscow, Norma, pp. 60-61.
- ² M. Collins (1995) *Sports Development Locally and Regionally*, Reading (Berkshire, UK), Institute of Leisure & Amenity Management, p. 21.
- ³ R.D. Sauer (2008) *Sport, the State, and the Market*, Occasional Paper, No 49, p. 7.
- ⁴ R.D. Sauer (2008) *Sport, the State, and the Market*, Occasional Paper, No 49, pp. 8-9.
- ⁵ R.D. Sauer (2008) *Sport, the State, and the Market*, Occasional Paper, No 49, pp. 9-10.
- ⁶ K.A. Min (2015) *Sport as a tool of politics: A study on Myanmar's Southeast Asian Games 2013: A Thesis in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of International Relations*, <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4712/thesis.pdf?sequence=1>>, p. 21.
- ⁷ R.D. Sauer (2008) *Sport, the State, and the Market*, Occasional Paper, No 49, p. 7.
- ⁸ V.D. Cha (2009) *Beyond the final score: The politics of sport in Asia*, New York: Columbia University Press, p. 47.
- ⁹ K.A. Min (2015) *Sport as a tool of politics: A study on Myanmar's Southeast Asian Games 2013: A Thesis in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of International Relations*, <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4712/thesis.pdf?sequence=1>>, p. 9.
- ¹⁰ R.D. Sauer (2008) *Sport, the State, and the Market*, Occasional Paper, No 49, pp. 10-11.
- ¹¹ C.-Y. Lin, P.-C. Lee, H.-F. Nai (2009) *Theorizing the Role of Sport in State-Politics*, International Journal of Sport and Exercise Science, Vol. 1, No 1, p. 23.
- ¹² K.A. Alexeyev (2009) *Sports element of a country's image, Country's image, image of a region: modern approaches*, New ideas in communication theory and practice: Collection of research papers, No 3, Saint-Petersburg.
- ¹³ Quoted after: S.V. Kuzmin (2003) *Criminal liability for bribery of the participants and organizers of professional athletic competitions and spectator commercial contests: Dissertation of a PhD (Law)*, Moscow, p. 20.
- ¹⁴ K.A. Min (2015) *Sport as a tool of politics: A study on Myanmar's Southeast Asian Games 2013: A Thesis in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of International Relations*, <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4712/thesis.pdf?sequence=1>>, pp. 20-21.
- ¹⁵ H.E. Meier, *The Rise of the Regulatory State in Sport*, <<http://regulation.upf.edu/ecpr-05-papers/hemeier.pdf>>, p. 3.
- ¹⁶ *Sport as a Tool for Development and Peace: Towards Achieving the United Nations Millennium Development Goals*, <http://www.un.org/sport2005/resources/task_force.pdf>, p. 4.
- ¹⁷ D. Reiche (2014) *Investing in sporting success as a domestic and foreign policy tool: the case of Qatar*, International Journal of Sport Policy and Politics, p. 2.
- ¹⁸ I.V. Ponkin, A.I. Redkina, O.A. Shevchenko etc. (2017) *State administration in the field of sports: Textbook for masters*, Moscow, Sports Law Department of the Institute of Contemporary Applied Law of Kutafin Moscow State Law University, pp. 83-85.
- ¹⁹ A.B. Zelentsov (2015) *Administrative law*, Moscow, 2015, p. 22.
- ²⁰ R.D. Grebnev (2012) *Constitutional right for sport*, Moscow, p. 102.

- ²¹ D.N. Bakhrakh, B.V. Rossinskiy, Yu.N. Starilov (2005) *Administrative law, Textbook*, 2-nd edition, revised and amended, Moscow, Norma, pp. 62, 110, 359.
- ²² D.N. Bakhrakh, B.V. Rossinskiy, Yu.N. Starilov (2005) *Administrative law, Textbook*, 2-nd edition, revised and amended, Moscow, Norma, p. 59.
- ²³ Yu.A. Tikhomirov (1995) *Public law: Textbook*, Moscow, BEK, p. 55.
- ²⁴ R.D. Grebnev (2012) *Constitutional right for sport*, Moscow, pp. 107-108.
- ²⁵ Activity Plan of the Ministry of Sports of the Russian Federation for 2016–2021, approved by the Minister of Sports of the Russian Federation on 24.05.2016, No. 16, <http://www.minsport.gov.ru/2016/doc/Plan2016_2021.pdf>.
- ²⁶ Order of the President of the Russian Federation dated 31.12.2015, No. 683 “On the National Security Strategy of the Russian Federation”, Official Gazette of the Russian Federation, 04.01.2016, No. 1 (part II, P. 212).
- ²⁷ R.D. Grebnev (2012) *Constitutional right for sport*, Moscow, pp. 112-113.

LES OBLIGATIONS DE L'ETAT D'ACCUEIL VIS-A-VIS DE L'INVESTISSEUR ETRANGER

DOI:10.24193/SUBBIur.62(2017)-3.10

Published Online: 2017-09-30

Published Print: 2017-09-30

Chayma ZOUAGHI*

Abstract: *The obligations of the host state towards foreign investors. By need or desire, the political powers of the State of reception choose the promotion of their national economy and this through the foreign investments for certainly an inciting policy. The attraction of the welcoming land of the foreign investment depends on the meeting of certain prerequisites which are far from being exclusively of an economic nature. The economic, social and political stability, in short, the existence of a rule of law is a determinant variable in the attitude of the investments of the image the made of their country.*

The Legal and institutional stability is also a precondition to this attractivity. Recently still, it appeared daring, to see impossible to fix the tools of the implementation of the foreign investment considering their natures.

Keywords: foreign investments, the welcoming land, national economy, the legal stability

Introduction

Ouvrir les frontières devant les investissements étrangers est devenue une nécessité plutôt qu'un choix. En effet, le principe de la « libéralisation économique » passe évidemment par l'adoption du principe de la liberté d'investir. Ce principe qui fait naître le problème du libre accès au marché étranger et le système de contrôle accordé par l'Etat hôte accueillant cet investisseur sur son territoire.

La question qui reste à trancher est celle de savoir si la réglementation interne (droit tunisien) et celle internationale en matière d'investissement privé offre aux investisseurs étrangers la possibilité d'investir librement sans restriction.

En fait, le système du traitement de l'investissement étranger est composé de plusieurs voies : des accords et conventions pour l'incitation à l'investissement, un système de contrôle consacré par la demande de permission à investir sur le territoire étranger et enfin la force d'exclusion exercée par l'Etat d'accueil.

Aujourd'hui cette distinction entre ce système est tout à fait dépassée. Car tous les systèmes juridiques des pays d'accueil font de la promission et de l'incitation. Par conséquent, on doit examiner les manifestations du traitement et de la protection de l'investisseur étranger malgré l'existence des exceptions de ces manifestations de l'autre part.

En se basant sur l'accord bilatéral de 1997 entre la France et la Tunisie relatif à l'investissement international, on dégage deux sortes de définitions, une première définition extensive qui s'étend à l'intérêt, bien et même aux droits des nationaux de l'une des parties du contrat.

Alors que la seconde définition est plus restrictive qui fixe exactement dans une liste limitative ces biens et droits de l'investisseur qui souhaite investir sur son territoire interne¹.

D'un autre côté, les conventions multilatérales concernant l'investissement ne signale que d'une façon très rare la notion d'investissement.

Dans ce même contexte, on témoigne l'échec du projet de l'OCDE de 1967 relatif à la mise en place d'une convention dans le but de faire promouvoir l'investissement étranger².

L'investissement est étranger s'il présente un élément d'extranéité et chaque Etat d'accueil est obligé en quelque sortes d'accorder des garanties à ce dernier soit lors de l'admission ou bien lors de traitement.

La consécration d'un régime d'accès libéral et incitatif

De nos jours, l'investissement étranger est considéré comme l'outil par excellence qui garantit le développement économique et la croissance de chaque Etat. Pour cela l'adoption d'une politique législative incitative en la matière était considérée comme un choix et une opportunité.

L'ensemble de garanties surtout au stade de pré établissement appelées aussi les garanties afférentes à la consistance des investissements étrangers parce qu'elles visent à inviter l'investisseur étranger à travers les avantages qu'elles présentent au niveau d'accueil et de la constitution des investissements étrangers. Ces garanties sont relatives à l'admission (1) et au traitement des investisseurs étrangers par l'Etat d'accueil (2).

1- les garanties d'admission des investissements étrangers

Les garanties relatives à l'admission des investissements étrangers sont de deux ordres. Les garanties de droit, ou les garanties légales consacrées par le législateur de l'Etat d'accueil à travers l'adoption d'un régime d'accès libéral et incitatif (a), et des garanties de nature administrative qui ont pour but de simplifier et d'accélérer l'accès des investisseurs étrangers au territoire de l'Etat d'accueil (b).

a) Les conditions d'admission de l'investissement étranger :

Sur le plan interne, le droit Tunisien, l'entrée des capitaux à travers les investissements étrangers est dominée par le principe qui manipule les éléments du droit de l'investissement international, à savoir la liberté d'investir. Ce principe ainsi que ses manifestations montrent bien à quel point le régime tunisien d'admission est avantageux et garant.

Selon Mr Farhat Horchani « l'un des principales innovations du code de 1993 est d'avoir unifiée et simplifiée la procédure relative à l'admission. L'ancienne législation abrogée était certes

largement initiative quant aux avantages et exonérations offerts, elle était moins en ce qui concerne la procédure de réalisation de l'investissement. L'article 2 du nouveau code a le mérite de lever cette incohérence. Désormais c'est le (principe de la liberté d'investir) qui est expressément prévu et trouve sa consécration dans la procédure de la déclaration.³».

De même l'article 3 alinéa 1 du « code d'incitation aux investissements » dispose en ces termes que « les étrangers ou non-résidents sont libres d'investir dans les projets réalisés dans le cadre du présent code ». En fait si on veut dégager une définition standard, on doit se référer à l'existence ou non d'une réglementation rigoureuse de la part de l'Etat d'accueil⁴. En fait, l'investisseur est libre lorsqu'il est n'est pas soumis à un contrôle sévère de l'Etat accueillant son investissement sur son territoire.

Autrement dit si un investisseur étranger choisit la Tunisie par exemple, sa direction pour l'installation de son investissement, il ne sera pas limité ou bien bloqué par des restrictions sévère prises par la réglementation interne et qui considère en quelque sorte une forme d'abus à la liberté d'investir. Le législateur a élargi les champs des secteurs ouverts à l'investissement et qui sont éligibles à la protection et aux garanties afin d'inciter les capitalistes étrangers à venir investir en Tunisie.

Sur le plan international, on distingue aujourd'hui trois systèmes de formalité d'admissions, un système simple dit de déclaration, un système plus strict dit « d'autorisation » ou d'agrément et un système mixte. L'exemple Tunisien s'oriente vers le système de la déclaration qualifié, comme un système souple⁵, ainsi que la multiplicité des secteurs légalement soumis au régime de déclaration, permet de qualifier le régime de l'investissement comme étant celui de la liberté.

Le principe de la liberté d'investir offre à l'investisseur étranger un ensemble des garanties et de droit. En effet, le promoteur étranger qui désire s'établir sur le territoire étranger dispose d'une pluralité de choix qu'il doit suivre pour la réalisation de son investissement c'est-à-dire au moment du choix du financement, du choix de l'implantation du projet, ou encore du choix de la forme juridique de l'investissement.

Mais qu'est-ce qu'un investisseur étranger, sujet centrale de la présente étude ? La réponse à cette interrogation n'est pas aisée tant la notion est complexe, hétérogène et variable. L'investisseur se définit généralement comme une personne qui détient un droit sur un investissement. Et par "investissement", il est entendu tout droit sur un actif sur laquelle "j'ai" un droit. En effet, l'investisseur étranger dont on s'intéresse à ce niveau, c'est celui qui porte une nationalité différente à celle de l'Etat ou il désire installer son activité. Sur ce qui précède, la notion d'investisseur étranger peut être éclairée par référence à deux éléments : le territoire et la population. L'investisseur étranger sujet de l'investissement international n'est pas forcément une personne physique, possédant de droits, et qui, par conséquent, occupe une place importante dans l'activité juridique⁶, mais il peut être aussi une personne morale en se référant à certains accords qui emploient les termes « ressortissants » et « sociétés ».

La notion d'investissement pose, en fait, un problème de définition juridique en raison de la multiplicité des conceptions adoptées par les différentes sources du droit de l'investissement.

Les définitions du droit interne varient d'un état à un autre car la définition vise l'incitation aux investissements. C'est pour cette raison, les lois internes ne définissent pas

de manière précise la notion d'investissement mais ces lois énumèrent les activités économiques qui peuvent bénéficier des incitations. D'un autre côté, sur le plan international, les définitions varient selon l'objectif du traité relatif à l'investissement. Si le traité porte sur la promotion d'investissement alors la définition qu'il adopte sera une définition large. Par contre si l'objet du traité porte sur la protection des investissements avec des devoirs pesant sur les Etats, la définition sera stricte et limitée. C'est pour ces raisons que l'arbitrage CIRDI a contribué à l'affirmation du critère précis de définition de notion d'investissement par l'interprétation des sources internes et internationales du droit de l'investissement.

Dans ce sens, au sein de l'arbitrage CIRDI, l'article 25(1) de la convention de Washington étend la compétence du centre aux différends entre un Etat contractants et le ressortissant d'un autre Etat contractant. La notion de « ressortissant d'un autre Etat contractant » englobe au sens des articles 25(2) (a) et 25(2) (b), la personne physique et morale. Concernant, l'investisseur personne physique, la condition exigée pour bénéficier de l'arbitrage CIRDI est l'existence d'une nationalité autre que la nationalité de l'Etat accueillant l'investissement étranger. Ainsi, l'article 25 (2)(a) de la convention de Washington fait du critère de la nationalité étrangère de l'investisseur un barrage à la compétence *rationne personae* du centre. A notre sens, une telle limite, dans l'hypothèse d'une faible ratification de la convention fut d'ailleurs regrettée à l'origine aux motifs qu'elle risquait de paralyser des clauses d'arbitrage CIRDI acceptés par les Etat contractants, mais, conclues avec des ressortissants d'Etats non contractants. Une telle crainte s'est heureusement révélée non fondée⁷.

b) La garantie de stabilité juridique du statut de l'investisseur étranger.

La garantie de stabilité juridique du statut est définie comme la garantie qui consiste à promettre à l'investisseur étranger la permanence de la solution favorable qui lui a été initialement concédée⁸. La politique législative de l'Etat d'accueil se sert de cette garantie pour promouvoir les investissements étrangers, ce qui nous mène à démontrer la portée de la garantie de stabilité juridique que le législateur de l'Etat d'accueil risque de dévaloriser.

« A force de refaire les textes et de les modifier aussi rapidement, on risque de provoquer la méfiance et la doute de l'opérateur économique quand à l'existence d'une stratégie politique et économique dans laquelle il peut lui-même arrêter ses choix. La stabilité du droit est presque aussi importante que la stabilité politique. ⁹ ».

Dans ce sens, plusieurs lois règlementant l'investissement prévoient le maintien du régime de faveur accordé à l'investisseur étranger pendant une assez longue période.

Au sein de la législation interne, l'article 15 du code 1969 donne la possibilité à l'Etat tunisien d'offrir à tout investisseur situé sur son territoire un régime fiscal spécial de longue durée, protégeant la stabilité des impôts pour une période n'excédant pas 20 ans. Dans ce même contexte, l'article 12 du code d'incitation aux investissements de 1993, prévoit la déduction de l'assiette de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et l'impôt sur les sociétés, de la totalité des revenus provenant de l'exploitation et pendant une durée de 10 ans, à partir de la première opération d'exportation. Dans ce sens, la politique législative tunisienne se conforme avec celles d'autres pays arabes telle que, la Syrie et l'Algérie où la stabilité est entendue expressément comme la non aggravation du statut de l'investisseur. Mr Horchani affirme que « l'idée est intéressante dans la mesure où elle montre qu'une « instabilité » de la

législation n'est pas en soit défavorable à l'investisseur. Tout dépend de contenu de la législation modifiant le statut de l'investisseur étranger au moment où il investit.¹⁰».

Sur le plan international, les Etats d'accueil partageaient la même idée que le droit interne. En fait, toute modification du régime juridique interne après l'installation d'un investisseur peut désormais contredire le droit international des investissements.

En réalité des choses, on est devant deux hypothèses, la première est dans le cas où le texte d'incitation d'investissement reste stable malgré les changements et l'évolution du cadre mondial de l'investissement. La deuxième hypothèse concerne le changement des textes favorables aux investissements étrangers et son influence sur la stabilité du statut juridique de l'investisseur. Concernant la première hypothèse, il est important de signaler que l'investissement est un domaine actif et variable, il évolue d'une manière rapide selon l'évolution de l'économie elle-même, et l'adoption des textes classiques en la matière, restreint l'opération d'investir et freine le mouvement des investisseurs étrangers vers les Etats nouveaux. Par contre, si l'investisseur déjà installé sur le territoire de l'Etat d'accueil souhaite que son statut juridique reste stable, la première hypothèse protège les investisseurs déjà présents dans l'Etat d'accueil et constitue un obstacle devant les nouveaux investisseurs étrangers qui ont encore la possibilité de se diriger vers la juridiction favorable à leurs activités. Concernant la deuxième hypothèse, on doit se demander avant si la mouvance des textes et leur éparpillement ainsi que leur multiplicité ne constitue pas une atteinte aux garantis de la stabilité juridique ? Prenons l'exemple de la législation interne (le législateur tunisien), on a déjà mentionné que le législateur tunisien a opté pour le régime incitatif et garant des

Investissements étrangers et qu'il a essayé de mettre en place, des textes qui soient favorables aux investissements étrangers. Ce dynamisme législatif constitue aux yeux de certains auteurs une atteinte aux garanties de stabilité juridique. Selon Mr Baccouche « Le rythme de changement des textes relatifs à l'investissement dans le secteur de l'industrie, tourisme, agriculture et autres s'est anormalement accéléré, notamment au cours des années 1980. Ainsi par exemple, le code des investissements touristiques adopté en Septembre 1986 a été remplacé par un code des investissements agricoles de 1982 a été remplacé par un code en 1988. Ce dernier a été globalement abrogé en 1993.¹¹ ».

Pour le pouvoir législatif tunisien, cette instabilité s'explique par un souci légitime de rechercher les mécanismes les plus appropriés pour inciter l'investisseur dans un monde où les Etats se livrent à une véritable guerre fiscale.

En effet, de nos jours tous les Etats, même les Etats qui étaient fermés aux investissements étrangers, comme la Chine communiste et Cuba se sont engagés dans une escalade fiscale. Cette concurrence entre les législations initiatives, pousse les législateurs des Etats en développement à adopter un arsenal législatif mouvant, changeable. Le résultat est qu'il n'existe pas un statut juridique fixe pour l'investisseur étranger, mais en statut qui change souvent.

Cependant ce qui compliquera le plus, le statut de l'investisseur étranger, c'est que le droit de l'investissement ne se limite pas à l'arsenal législatif. Il est constitué de plus en plus d'un arsenal réglementaire. Le cadre tunisien relatif à l'incitation aux investissements de 1993 a généré une inflation de textes réglementaires de toute nature : des décrets, des arrêtés, des circulaires et notes communes. Les textes d'application du code d'incitation

promulgués depuis 1994 connaissent déjà des modifications tellement nombreuses qu'on ne dispose à aucun moment d'un recueil de textes à jour¹².

A l'instabilité des textes législatifs s'ajoute alors une instabilité des textes réglementaires, les deux ont pour conséquence d'affaiblir le régime de sécurité et de garantie des investissements étrangers. Cette instabilité a mené quelques critiques « on a une curieuse impression que rien n'est définit, que tout est provisoire, qu'une législation peut défaire ce qui a fait une législation précédente. En un mot, il n'y a pas une philosophie claire à cet égard, mais une philosophie du « jour au jour » du coup par coup.¹³».

En effet, les modifications successives et les changements répétés et rapprochés dans le temps des textes relatifs à l'investissement applicable surtout dans le domaine fiscal, sont de nature à rendre complexe le régime fiscal des exportations et par conséquent sont de nature à dissuader l'investisseur à investir¹⁴. Car « L'intérêt de tout investisseur est évidemment de réduire au maximum l'incertitude, de façon à pouvoir prendre une décision aussi fondée et rationnelle que possible. C'est pourquoi la stabilité et la prévisibilité des conséquences d'un élément donné sont, en elles-mêmes, un avantage et une incitation à l'investissement. ¹⁵». En d'autres termes, l'inflation de l'instabilité manifeste des textes fiscaux « provoque la méfiance et le doute de l'opérateur économique quand à l'existence d'une véritable stratégie politico-économique dans laquelle il peut lui-même, arrêter ses choix. ¹⁶».

A notre sens, on doit trouver une solution au milieu entre la première hypothèse et la deuxième. En effet, il serait présomptueux de réviser les textes relatifs à l'investissement afin de suivre les mutations économiques et sociales vu que « les systèmes fiscaux des Etats sont forcément tributaires des politiques économiques prédominantes. ¹⁷» sans abuser car cet Etat peut donner lieu à un foisonnement des textes qui rendent la tâche des investisseurs à les suivre assez difficile et celle politique incitative peut perdre sa valeur en raison du caractère instable des incitations qu'elles concèdent.

2- les garanties administratives d'admission :

L'investisseur affronte avec beaucoup d'appréhension l'administration chargée de tutelle de l'investissement, c'est la raison pour laquelle le législateur, en désirant rassurer l'investissement étranger a mis en place le principe de la liberté d'investir (a). Et a atténué la lourdeur de l'appareil administratif (b).

a- La mise en place du principe de liberté d'investir:

Dans le droit interne, l'article 2 du code d'incitation aux investissements pose le principe de la liberté d'investir. Ce principe porte en lui seul une garantie fondamentale pour le promoteur étranger, ce dernier est mis sur un pied d'égalité avec l'investisseur national, il n'est pas tenu d'avoir une autorisation préalable pour être admis, une déclaration lui est suffisante.

Selon Mme Corine Vadcar, la déclaration peut être définie comme « un acte énonciatif, rédigé dans des formes prescrites, et qui a pour but de porter à la connaissance des autorités compétentes des éléments de fait et de droit qu'elles requièrent en conformité du droit applicable¹⁸».

La procédure de déclaration est caractérisée par sa souplesse et sa légèreté. En effet, elle est contrairement à la procédure de l'agrément, la déclaration ne peut être refusé que si le dossier soumis par l'investisseur est incomplet ou bien dans le cas où une condition légale prévue pour le cadre n'est pas présente, en fait « l'administration n'est pas juge de l'opportunité de la décision, dont la légalité est contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir.¹⁹».

A notre sens, le recours à la déclaration comme procédure d'accueil montre bien que le législateur tunisien opte pour la simplification des procédures administratives d'admission. En effet, l'administration est dépourvue de tout pouvoir d'appréciation, elle est liée par la loi, si la régularité de l'opération est établie l'administration ne peut aucunement empêcher la réalisation de l'investissement, le droit d'investir devient alors un droit acquis.

Néanmoins, le législateur interne n'a pas totalement rompu avec la pratique de l'agrément, plusieurs secteurs demeurent encore soumis à l'autorisation préalable, ce qui a pour effet de délimiter le régime de liberté d'investir. La question qui se pose à ce niveau, la liberté d'investir est-elle absolue ?

La réponse est négative. En effet, les limites à la liberté d'investissement sont multiples, ils sont en principe de deux ordres, les limites imposées par les textes, appelées limites légales et des limites liées à la pratique administrative en la matière. En effet, les limites légales à la liberté d'investissement sont prévues explicitement dans l'article 2 du code d'incitation aux investissements tunisien. Ce dernier prévoit la nécessité de l'obtention d'une autorisation préalable pour une longue série d'activités fixées par décrets ou par des lois spécifiques²⁰.

L'autorisation préalable ou bien l'agrément a été définie par Timist comme « un acte administratif unilatéral et discrétionnaire dont l'édition déclenche l'application à l'entreprise agréée d'un régime fiscal prévu par la loi, ou le règlement, autrement dit d'un statut légal et réglementaire.²¹».

Toutefois, la qualification juridique de l'agrément d'acte administratif unilatéral avec toutes les conséquences qui en résultent jouerait en toute évidence un rôle négatif dans l'encouragement des investisseurs privés et mettrait en échec toute la politique de l'Etat de promotion de capitaux²².

A notre sens, l'agrément administratif est comme souligné, à juste titre, se rattache à la notion de puissance publique par un double lien. Il est d'abord un acte administratif unilatéral, par ce caractère il entraîne la soumission de l'entreprise à l'autorité publique. Mais d'un autre côté, l'auteur de la décision dispose d'une entière liberté d'appréciation pour l'accorder ou le refuser, il est le seul juge de l'opportunité de son octroi, c'est là qu'apparaît son caractère fondamentalement discrétionnaire.

Le maintien par le législateur de l'agrément comme condition d'admission des investissements étrangers dans plusieurs secteurs, constitue un handicap majeur au principe de la liberté d'investir et au régime garant d'admission. Cependant, l'examen des textes montre aussi que la liberté d'investir est encore timide puisque selon le code tunisien de 1993, les secteurs légalement couverts par le régime de l'autorisation sont multiples. Il suffit de consulter la liste des secteurs énumérés par l'article premier du code pour se rendre compte que la déclaration de la libéralisation d'investissement est complètement fautive, les investissements étrangers dans divers domaines comme le secteur de tourisme, de l'éducation et même des travaux publics et de la santé, dépendent encore de l'approbation de l'Etat hôte.

Sur le plan pratique, Les organes chargés de délivrer l'autorisation en vertu de décret du 28 Février 1994, portant fixation des listes d'activités d'investir, disposent d'une compétence discrétionnaire dans l'appréciation de l'opportunité d'investir. Le texte réglementaire ne fait référence à aucun critère d'appréciation sur lequel se baserait l'administration pour prendre sa décision d'autoriser ou de refuser l'investissement.

Cependant, l'autorité compétente à fournir une approbation à l'investisseur étranger pour exercer son activité, n'est pas limitée par un délai pour répondre à la demande de ce dernier, « d'autant plus que le code ne met à sa charge aucune obligation de motiver sa décision de refus de cette décision n'est susceptible d'aucun recours administratif. ²³».

L'administration dispose alors d'un véritable pouvoir d'autorisation impliquant un réel pouvoir de contrôle qui peut constituer un obstacle s'il n'est pas lui-même soumis au double contrôle des inspections de haute administration et du juge surtout que l'administration, en général, demeure lourde et mal organisée.

En droit communautaire, le principe est celui de la liberté de l'investisseur opposable à l'Etat, l'exception étant qu'une réglementation étatique peut limiter le régime des investissements étrangers pour des raisons d'intérêt général. Ce principe ne répond pas à la volonté d'effacer les frontières en adaptant une politique d'incitation sans discrimination. En effet, cette idée est le reflet de fondements idéologiques résultant de la nécessité de construire un marché unique européen.

Au sein de la jurisprudence communautaire, l'adoption de ce principe implique non seulement l'idée de lutter contre le protectionnisme économique des Etats membres mais plus largement, d'assurer «la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur²⁴ ».

D'une part, le droit primaire communautaire offre à l'investisseur européen le droit d'exercer son activité économique dans les mêmes conditions que celles des investisseurs nationaux de l'Etat d'accueil européen. Ainsi, il lui confère le droit d'accéder au marché national des Etats membres dans des conditions qui ne soient pas dissuasives.

De ce principe, toutes réglementations nationales discriminatoires sont également condamnées. Sur le plan pratique l'arrêt du 13 mai 2003, Commission / royaume uni, la cour a affirmé qu'un régime national d'autorisation préalable qui restreint la possibilité de participer effectivement à la gestion d'une société ou à son contrôle, quand bien même il serait indistinctement applicable aux résidents et aux non-résidents, constitue une entrave prohibée²⁵.

Le droit international des investissements est plus restrictif que le droit communautaire. En effet, ce droit n'offre pas les mêmes garanties larges que dans le droit communautaire, il ne couvre pas l'accès au marché ou bien l'admission. En droit international, on remarque deux étapes d'investissement : La première est la phase d'admission ; c'est lorsque l'investisseur ait l'intention d'entrer dans le territoire de l'Etat d'accueil, et la deuxième c'est la phase qui intéresse le droit international, celle qui commence après l'admission, c'est là que l'investisseur supporte les risques significatifs, car il devient en quelque sorte « l'otage de l'Etat hôte²⁶ ». La question qui se pose à ce niveau est pourquoi le droit international relatif à l'investissement exclu la phase de l'admission ?

A notre sens, l'élimination de la phase d'admission est justifiée par la nature du droit coutumier de l'Etat d'accueil qui autorise à ce dernier tout contrôle d'admission sur son

territoire souverain. En fait, les traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats européens contiennent « une clause d'admission » selon laquelle chaque Etat a la possibilité d'admettre conformément à son droit national les investissements des ressortissants étrangers.

On déduit que la phase d'admission est plus difficile que l'exercice de l'activité d'investissement elle-même. D'une part, le pouvoir de sélectionner les investisseurs par l'Etat est d'un côté explicable par le fait que chaque Etat souverain est libre de choisir ces investisseurs étrangers et de l'autre côté, ce comportement peut tomber dans le piège d'une discrimination entre les investisseurs étrangers, soit selon leurs origines ou leurs Etats.

Enfin, on doit souligner l'importance de fixer des conditions transparentes au par avance afin d'éliminer toute mauvaise foi lors de l'interprétation des politiques incitatives.

b- La consécration d'un régime procédural favorable à l'investissement étranger:

L'investissement international s'impose désormais comme la forme de transactions économiques internationales la plus importante. Du fait qu'il constitue l'instrument le plus puissant d'intégration économique, une simplification des procédures administratives d'admission est nécessaire. En effet, le droit interne convaincu par l'idée que la dynamisation des investissements étrangers passe nécessairement par la simplification des procédures administratives d'admission, a mis en place toute une stratégie pour la promotion et la modernisation de l'administration, cependant, on doit se demander si l'efficacité d'un tel régime est absolu ou reste à améliorer ?

Dans un souci purement promotionnel de simplification des démarches administratives à accomplir pour constituer un investissement, l'agence de promotion de l'industrie (API)²⁷ a procédé en 1988 à la création en son sein d'un guichet unique²⁸. Historiquement l'expérience du guichet unique a été initialement restreinte au seul secteur de l'industrie. Depuis le décret du 24 juin 1995²⁹, cette expérience a été généralisée à un certain nombre de secteurs d'activités pratiques de réalisation de l'investissement. Toutefois, cette action a été bien accueillie par les investisseurs étrangers car elle leur permet de gagner du temps. D'ailleurs, l'idée du guichet unique a inspiré d'autres pays tels que l'Algérie qui a créé en vertu du décret n° 94-319 du 17/01/1994, un guichet unique au sein même de l'agence de suivi des investissements réunissant un bureau douanier, un bureau fiscal, un bureau de la banque d'Algérie et d'un bureau d'emploi. Le guichet unique qui visait l'accélération des procédures de constitution des sociétés en ligne a mis à la disposition des investisseurs un formulaire en ligne sur l'APPI donnera suite dans les 24 heures et la signature électronique remplace la signature légalisée.

A notre sens, malgré l'encouragement et la sécurisation des investissements étrangers par des moyens qui répondent le mieux aux exigences de rapidité et de transparence, la garantie administrative d'admission n'est pas totalement efficace. En effet, le régime procédural d'admission connaît aussi des défauts et des aléas, qui ont pour effet de décourager l'investisseur étranger savoir la multiplicité des intervenants administratifs.

Le souci des pouvoirs publics d'adopter une politique législative d'attraction des capitaux étrangers afin de développer l'économie nationale a poussé à consacrer le principe de liberté d'investir, énoncé par l'article 2 du code d'incitation aux investissements. En effet, cela était vrai pour le régime procédural d'admission à travers la mise en œuvre du guichet unique. Cependant, l'examen du code d'incitation à l'investissement révèle qu'au-delà du

cadre incitatif qu'on a voulu instaurer, l'investisseur doit emprunter un itinéraire long et s'adresser à une foule de services administratifs aux fonctions mal définies et particulièrement lents et beaucoup trop formalistes. En effet, la liste des services concernés auprès desquels doivent être déposés les dossiers d'investissements est extrêmement longue et variée³⁰.

Les différents services imposent non seulement leurs tarifs d'une manière discrétionnaire et incontrôlables en raison du monopole dont ils disposent, mais aussi et surtout ils imposent leur rythme, leur méthode de travail et leur délai de réalisation et de contrôle. Au-delà de ces divers intervenants dans le processus de réalisation de l'investissement, c'est surtout la complexité des circuits à suivre, le nombre important de pièces à fournir et les délais d'attente généralement longs. La multiplicité des intervenants administratifs engendre une multiplicité de contrôle fiscal, douanier...

A côté d'un régime procédural favorable à l'investissement malgré ses défauts, les pouvoirs publics de l'Etat d'accueil sont portés à accorder un insert particulier à l'exportation vue l'importance de ce secteur dans la croissance économique de chaque pays.

En effet, l'exportation comme secteur stratégique est l'instrument de développement surtout pour un pays dépourvu de richesse naturelle. La Tunisie, par exemple, membre de l'OMC³¹ et signataire de la zone de libre-échange avec l'Union Européenne, a développé une série de mesures dans le cadre de respect de ses engagements internationaux. Ces mesures visent à poser des nouvelles stratégies qui répondent le mieux aux difficultés des prochains plans de développement économique.

Conclusion

Par nécessité ou par désir, les pouvoirs politiques de l'Etat d'accueil optent pour la promotion de leur économie nationale et ceci à travers les investissements étrangers pour certes une politique incitative.

La Tunisie, comme pays d'accueil et élément de notre analyse à ce niveau, remplace le régime de la déclaration par celui de l'agrément, désormais c'est le principe de la liberté d'investir qui règne.

En revanche les investisseurs étrangers bénéficient d'un traitement non discriminatoire, ils sont sur le pied d'égalité que les nationaux, mieux encore les investisseurs étrangers bénéficient d'un traitement fiscal préférentiel autrement dit, parfois la loi nationale leur accorde des exonérations fiscales et des déductions qu'elle n'accorde pas au nationaux.

Mais malgré ces mécanismes d'incitations, on doit se demander si ces derniers sont suffisantes dans l'installation de l'investissement ? Car parfois le régime d'accueil des investissements étrangers est d'apparence libéral et incitatif, alors qu'au fond il souffre des aléas très divers et il reste beaucoup à faire. A côté de ce qui précède, le traitement sur le pied d'égalité touche-t-il au principe de la souveraineté de l'Etat ?

Nous avons pu observer que la protection et le traitement d'un investisseur étranger n'écartait pas de façon absolue la possibilité pour un Etat d'accueil de mettre en œuvre le principe de sa souveraineté interne. D'un autre côté, cette dernière peut se

soumettre à une procédure arbitrale internationale. En conséquence, ce concept ne soumet fournir de prétexte à un Etat pour se soustraire à une telle procédure ou à l'exécution d'une sentence en résultant, lorsqu'il y a initialement consenti.

Enfin, on doit noter que malgré les efforts des législations internationales, le domaine d'investissement évolue plus rapidement que l'évolution des lois, une révision quotidienne est toujours recommandée.

BIBLIOGRAPHIE

- 1- C. VADCAR, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit français et étranger », in DI, fax565-52
- 2- Colloques : « le droit européen et l'investissement », sous la direction de Chatterine Kessedjian et Charles Leben, université Panthéon Assas (partie II), Editions Panthéon Assas 81.
- 3- Décret 94 – 492 du 28/02/1994 portant fixation des listes d'activités relevant des secteurs prévus par les articles 1, 2, 3 et 23 du code d'incitation aux investissements.
- 4- Décret n° 95 – 1095 du 24/06/1995, JORT, 27/06/1995.
- 5- F. HORCHANI, « le code tunisien d'incitation aux investissements étrangers », in JDI, n°1, 1998, p.74
- 6- F. HORCHANI « Quelques réflexions sur la politique législative en matière d'investissement étranger en Tunisie », RTD, 1991, p 321.
- 7- F. HORCHANI, « l'investissement inter- arabe, Recherche sur la contribution des conventions multilatérales à la formation d'un droit régional des investissements », CEREP 1992, p250.
- 8- F. HORCHANI. « Le code tunisien d'incitation aux investissements in JDI, N° 1, 1987, p 74.
- 9- G. TIMIST, les contrats fiscaux, Dallaz, 1964, chronique, p 115.
- 10- H. AYADI « Droit fiscal international », CPU. Tunis 2001, p23.
- 11- I. BEN RJEJ, l'encadrement juridique de l'investissement étranger, Thèse pour le doctorat en droit public, F.D.S.P de Tunis, 2007 – 2008, p 154.
- 12- J. KHEMAIS, «la protection des investissements privés en Tunisie, DES, F.S.P.S, de Tunis, 1981, p 45.
- 13- L'accord sur l'investissement entre la France et la Tunisie du 20 octobre 1997 qui présente une définition non limitative des investissements concernés.
- 14- Les négociations sur l'AMI ont été entamées par les gouvernements hors e la réunion annuelle du conseil de l'OCDE au niveau des ministres en mai 1995. Selon le mandat fixé par le gouvernement, l'AMI devait être un traité international autonome ouvert à tous les pays membres de l'OCDE et de la communauté européenne, ainsi qu'a l'adhésion des pays non membres.
- 15- L. DARGOUTH, « les garanties de l'investissement étranger en Tunisie, la teneur et la portée de la protection internationalisé » in colloque ou va le droit de l'investissement », p11.
- 16- L'arrêt commission / Royaume uni du 13 mai 2003, CJCE, C-98/01, Recueil I - 4641.
- 17- L'agence de promotion de l'industrie remplaçant l'agence de promotion des investissements (instituée par la loi n°72-38 du 27/04/1972 relative aux investissements dans les industries manufacturières a été créé par
- 18- La loi n° 87-51 du 02/02/1987 portant code des investissements, JORT du 14/08/1987.
- 19- L'article 252 du code d'incitation aux investissements tunisiens et les articles 2 à 4 du décret n° 94-492 du 28/02/1994 portant fixation des listes des activités et des secteurs prévus par les articles 1,2,3 et 27 du C.I.I.

- 20- N. CHAABANE, « la liberté d'investissement en Tunisie, entre réglementation et régulation », novembre 2009.
- 21- N. BACCOUCHE ET I. HAMDANE, « L'investissement : cadre juridique et tutelle administrative en question », in Etudes juridiques, 1997, p 7.
- 22- N. BACCOUCHE, « l'environnement fiscal de l'entreprise à l'heure de l'internationalisation de l'économie : le cas tunisien » Etudes juridiques, 2003, N° 1, p85.
- 23- N. BACCOUCHE « Regards sur le cadre d'incitation aux investissements de 1993 et ses prolongations, p 78.
- 24- R. GUILLIEN, G. VINCENT, « lexique des termes juridiques », Dalloz 4^{ème} édition 1978, p. 289
- 25- S. MANCIAUX, "investissements étrangers et arbitrage entre Etat et ressortissants d'autres Etats", 25 années d'activités du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, thèse pour le doctorat en droit, université de bourgogne, Dijon 1998, p.110
- 26- S. KADDOUR, l'apport de la loi relative à l'initiative économique au droit d'incitations fiscales aux investissements, RJI, N°5, 2008, p 39.

* Etudiante en doctorat, Faculté de droit UBB Cluj-Napoca ; czouaghi@yahoo.fr.

- 1 Voir l'accord sur l'investissement entre la France et la Tunisie du 20 octobre 1997 qui présente une définition non limitative des investissements concernés.
- 2 Les négociations sur l'AMI ont été entamées par les gouvernements hors e la réunion annuelle du conseil de l'OCDE au niveau des ministres en mai 1995. Selon le mandat fixé par le gouvernement, l'AMI devait être un traité international autonome ouvert à tous les pays membres de l'OCDE et de la communauté européenne, ainsi qu'a l'adhésion des pays non membres.
- 3 F. HORCHANI, « le code tunisien d'incitation aux investissements étrangers », in JDI, n°1, 1998, p.74
- 4 N. CHAABANE, « la liberté d'investissement en Tunisie, entre réglementation et régulation », novembre 2009.
- 5 C. VADCAR, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit français et étranger », in DI, fax565-52
- 6 R. GUILLIEN, G. VINCENT, « lexique des termes juridiques », Dalloz 4^{ème} édition 1978, p. 289
- 7 S. MANCIAUX, "investissements étrangers et arbitrage entre Etat et ressortissants d'autres Etats", 25 années d'activités du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, thèse pour le doctorat en droit, université de bourgogne, Dijon 1998, p.110
- 8 L. DARGOUTH, « les garanties de l'investissement étranger en Tunisie, la teneur et la portée de la protection internationalisé » in colloque ou va le droit de l'investissement », p11.
- 9 N. BACCOUCHE, « l'environnement fiscal de l'entreprise à l'heure de l'internationalisation de l'économie : le cas tunisien » Etudes juridiques, 2003, N° 1, p85.
- 10 F. HORCHANI, « l'investissement inter- arabe, Recherche sur la contribution des conventions multilatérales à la formation d'un droit régional des investissements », CEREP 1992, p250.
- 11 N. BACCOUCHE ET I. HAMDANE, « L'investissement : cadre juridique et tutelle administrative en question », in Etudes juridiques, 1997, p 7.
- 12 F.HORCHANI «Quelques réflexions sur la politique législative en matière d'investissement étranger en Tunisie», RTD, 1991, p 321.
- 13 F. HORCHANI , op.cit, p 321.
- 14 Ibid, p 320.

- 15 H. AYADI « Droit fiscal international », CPU. Tunis 2001, p23.
- 16 N. BACCOUCHE « Regards sur le cadre d'incitation aux investissements de 1993 et ses prolongations, p 78.
- 17 S. KADDOUR , l'apport de la loi relative à l'initiative économique au droit d'incitations fiscales aux investissements, RJL, N°5, 2008, p 39.
- 18 C. VADCAR « Régime applicable à l'investissement directe étranger en droit français et étranger » in DI, p6.
- 19 F. HORCHANI. « Le code tunisien d'incitation aux investissements in JDI, N° 1, 1987, p 74.
- 20 Voir décret 94 – 492 du 28/02/1994 portant fixation des listes d'activités relevant des secteurs prévus par les articles 1, 2, 3 et 23 du code d'incitation aux investissements.
- 21 G. TIMIST, les contrats fiscaux, Dalloz, 1964, chronique, p 115.
- 22 J. KHEMAIS, «la protection des investissements privés en Tunisie, DES, F.S.P.S, de Tunis, 1981, p 45.
- 23 I. BEN RJEB, l'encadrement juridique de l'investissement étranger, Thèse pour le doctorat en droit public, F.D.S.P de Tunis, 2007 – 2008, p 154.
- 24 CJCE, 5 mai 1982, Schul, aff. 15/81, recueil 1409.
- 25 Voir l'arrêt commission / Royaume uni du 13 mai 2003, CJCE, C-98/01, Recueil I - 4641.
- 26 Voir «le droit européen et l'investissement», colloques sous la direction de Catherine Kessedjian et Charles Leben, université Panthéon Assas (partie II), Editions Panthéon Assas 81.
- 27 L'agence de promotion de l'industrie remplaçant l'agence de promotion des investissements (instituée par la loi n°72-38 du 27/04/1972 relative aux investissements dans les industries manufacturières a été créé par la loi n° 87-51 du 02/02/1987 portant code des investissements, JORT du 14/08/1987.
- 28 « Le guichet unique est un bureau qui a vocation à réunir toutes les administrations concernées parla réalisation de l'investissement, et auprès des quelles doivent être entreprises toutes les démarches administratives ». Imen Ben Rjeb.
- 29 Décret n° 95 – 1095 du 24/06/1995, JORT, 27/06/1995.
- 30 Voir l'article 252 du code d'incitation aux investissements tunisiens et les articles 2 à 4 du décret n° 94-492 du 28/02/1994 portant fixation des listes des activités et des secteurs prévus par les articles 1,2,3 et 27 du C.I.I.
- 31 Organisation mondiale de commerce crée le 15 avril 1994 et entré en vigueur le 01/01/1995