TEISĖ BESIKEIČIANČIOJE EUROPOJE

LAW IN THE CHANGING EUROPE

LE DROIT DANS UNE EUROPE EN CHANGEMENT

Liber Amicorum Pranas Kūris

MRU ©

MRU © MRU © MRU



Pranas Kūris

MRU

UDK 341(4)
Te24

Recenzavo:

Stasys Vėlyvis, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Civilinio proceso katedros profesorius

Egidijus Šileikis, Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Konstitucinės ir administracinės teisės katedros profesorius, Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo teisėjas

Atsakingasis redaktorius prof. dr. Saulius Katuoka

Redaktorių kolegijos nariai:

prof. dr. Alvydas Pumputis
prof. dr. Egidijus Jarašiūnas
prof. habil. dr. Vytautas Nekrošius
doc. dr. Dainius Žalimas

Leidinys svarstytas Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto tarybos 2008 m. balandžio 24 d. posėdyje (protokolas Nr. 2T-11) ir rekomenduotas spausdinti

Leidinys svarstytas Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Tarptautinės teisės katedros 2008 m. balandžio 17 d. posėdyje (protokolas Nr. 1TTK-9) ir rekomenduotas spausdinti

Mykolo Romerio universiteto mokslinių-mokomųjų leidinių aprobavimo spaudai komisija 2008 m. gegužės 29 d. posėdyje (protokolas Nr. 2L-5) leidinį patvirtino spausdinti

Visos leidinio leidybos teisės saugomos. Šis leidinys arba kuri nors jo dalis negali būti dauginami, taisomi arba kitu būdu platinami leidėjui nesutikus.

ISBN 978-9955-19-089-9 © Mykolo Romerio universitetas, 2008

Turinys

11 / MOKSLININKAS, DIPLOMATAS, EUROPOS BENDRIJOS TEISINGUMO TEISMO TEISĖJAS PRANAS KŪRIS
/ Vytautas Andriulis Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Teisės istorijos katedros profesorius /
/ Saulius Katuoka Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Tarptautinės teisės katedros profesorius /

I. Žmogaus Teisės
Human Rights
Les droits de l'homme

35 / L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DES COURS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME
/ Ireneu Cabral Barreto Juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme /

59 / UN JURISCONSULTE À LA COUR DE STRASBOURG
/ Vincent Berger Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, Professeur au Collège d'Europe /

69 / THE SOCIAL RIGHTS DOCTRINE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF LITHUANIA AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
/ Toma Birmontienė Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo teisėja, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Konstitucinės teisės katedros profesorė /

95 / COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: VERS UN PARTENARIAT ENREGISTRÉ?
/ Jean-Claude Bonichot Juge à la Cour de Justice des Communautés eu ropéennes /

MRU ©

111 / LES OPINIONS SÉPARÉES DES JUGES: EST-CE UNE BONNE INSTITUTION DANS UNE JURIDICTION INTERNATIONALE?
/ Jean-Paul Costa Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseiller d'État honoraire /

123 / BENDROSIOS RINKOS LAISVĖS IR PAGRINDINIŲ TEISIŲ SANTYKIS: TEISĖ Į STREIKĄ EUROPOS TEISINGUMO TEISMO JURISPRUDENCIJOJE
/ Tomas Davulis Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Darbo teisės katedros docentas /

151 / EUROPOS ŽMOGAUS TEISIŲ TEISMO DIDŽIOJI KOLEGIJA: PASKIRTIS IR JURISPRUDENCIJOS PRINCIPAI 1998–2007 M. AIŠKINANT IR TAIKANT KONVENCIJOS 2, 3 IR 6 STRAIPSNIUS
/ Danutė Jočienė Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėja, Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės katedros docentė /

193 / LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
/ Rosario Silva De Lapuerta Juge de la Cour de justice des Communautés européennes /

237 / LA PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES
/ Koen Lenaerts Président de chambre à la Cour de justice des Communautés européennes et professeur extraordinaire à la Katholieke Universiteit Leuven /

261 / THE CONFIDENTIALITY OF THE LAWYER-CLIENT RELATIONSHIP AND THE LIMITS THEREOF
/ Uno Lõhmus Judge of the Court of the European Communities /

281 / THE LEGACY OF CARLO RUSSO: CREATION OF A SUPREME EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
/ Paul Mahoney President of the European Union Civil Service Tribunal /
/ Jonathan Sharpe Former Deputy Director of Administration of the Council of Europe /

295 / L'ÉVALUATION DES INCIDENCES DE CERTAINS PROJETS SUR L'ENVIRONNEMENT, UNE PROCÉDURE AU SERVICE DE LA RECONNAISSANCE CONCRÈTE DU DROIT DE L'HOMME À L'ENVIRONNEMENT PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE?
/ Jerzy Makarczyk Juge à la Cour de justice des Communautés européennes /

321 / POREIKIS KAIP ŽMOGAUS TEISIŲ RAIDOS PAGRINDAS
/ Alvydas Pumputis Mykolo Romerio universiteto rektorius, Teisės fakulteto Konstitucinės teisės katedros profesorius /

337 / LA PROTECTION DE LA VIE FAMILIALE DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE
/ José Narciso da Cunha Rodrigues Juge à la Cour de justice des Communautés européennes /

363 / INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS IN THE CASE-LAW OF EUROPEAN COURT OF JUSTICE
/ Allan Rosas Judge of the Court of Justice of the European Communities /

383 / LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION EUROPÉENNE DANS LA PERSPECTIVE DE LA RATIFICATION DU TRAITÉ DE LISBONNE
/ Vassilios Skouris Président de la Cour de justice des Communautés européennes /

401 / THE RIGHT TO PROTECTION OF REPUTATION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
/ Dean Spielmann Judge of the European Court of Human Rights /
/ Leto Cariolou Legal Officer at the European Court of Human Rights /

425 / LES RELATIONS ENTRE LE NÉGATIONNISME ET LES DROITS DE L'HOMME. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
/ Françoise Tulkens Juge à la Cour européenne des droits de l'homme Présidente de la Deuxième Section /

447 / "TO BE OR NOT TO BE" HUMAN RIGHTS DIMENSIONS (APPROACHING THE EUTHANASIA DILEMMA)
/ Mindia Ugrekhelidze Doctor of Law, Professor, Rt. Judge of the European Court of Human Rights /
/ Eva Gotsiridze Doctor of International Law, European Human Rights Law Adviser at the Supreme Court of Georgia /

479 / TEISĖ Į TEISMINĘ TEISIŲ GYNYBĄ EUROPOS TEISINGUMO TEISMO PRAKTIKOJE
/ Vilenas Vadapalas Europos Bendrijų Pirmosios instancijos teismo teisėjas /

497 / ŽMOGAUS TEISIŲ UŽTIKRINIMAS ADMINISTRACINIUOSE TEISMUOSE TAIKANT EUROPOS ŽMOGAUS TEISIŲ IR PAGRINDINIŲ LAISVIŲ APSAUGOS KONVENCIJĄ
/ Virgilijus Valančius Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Civilinio proceso katedros docentas, Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo pirmininkas /

525 / THE "OLD" AND THE "NEW" EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
/ Luzius Wildhaber Professor emeritus and Past Rector, University of Basel, Past President of the European Court of Human Rights /

II. Tarptautinė ir Europos Sąjungos teisė
International and European Union Law
Droit international et droit de l'Union européenne

533 / EUROPOS SĄJUNGOS TEISĖS STANDARTAI LIETUVOS RESPUBLIKOS BAUDŽIAMOJOJE TEISĖJE
/ Armanas Abramavičius Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo teisėjas, Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Baudžiamosios teisės katedros docentas /

545 / IF NOT EEA STATE LIABILITY, THEN WHAT? REFLECTIONS TEN YEARS AFTER *SVEINBJÖRNSDÓTTIR*
/ Carl Baudenbacher President of the EFTA Court, Director of the Institute of European and International Law at the University of St. Gallen /

569 / ACADÉMICIEN P. KŪRIS, THÉORICIEN ÉMINENT DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
/ Volodymyr Boutkevitch Docteur ès sciences juridiques, professeur en titre, juge de la Cour européenne des droits de l'homme élu au titre de l'Ukraine /
/ Olga Boutkevitch Candidat ès sciences juridiques /

597 / THE CONCEPT OF STATE AID IN LIBERALISED SECTORS
/ Thomas von Danwitz Judge of the Court of Justice of the European Communities /

613 / KELIOS MINTYS APIE LIETUVOS DALYVAVIMO TARPTAUTINIUOSE SANTYKIUOSE KONSTITUCINIUS PAGRINDUS
/ Egidijus Jarašiūnas Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto dekanas, Konstitucinės teisės katedros profesorius /

645 / EUROPEAN CRIMINAL LAW BEFORE AND AFTER THE TREATY OF LISBON
/ Juliane Kokott Advocate General Court of Justice of the European Communities /

669 / EUROPOS SĄJUNGOS TEISĖ LIETUVOS RESPUBLIKOS KONSTITUCINIO TEISMO JURISPRUDENCIJOJE: SAMBŪVIO ALGORITMO PAIEŠKOS
/ Egidijus Kūris Vilniaus universiteto Teisės fakulteto ir Tarptautinių santykių ir politikos mokslų instituto profesorius, buvęs Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo teisėjas (1999–2008 m.) ir pirmininkas (2002–2008 m.)/

709 / LA METAMORPHOSE TOUJOURS INACHEVÉE DE L'ARBITRE INTERNATIONAL EN JUGE INTERNATIONAL
/ Jiří Malenovský Juge à la Cour de justice des Communautés européennes /

739 / THE EC CASE LAW AND THE IMPLEMENTATION OF THE UNSC RESOLUTIONS AFTER THE KADI AND YUSUF CASES
/ Paolo Mengozzi Advocate General Court of Justice of the European Communities /

761 / LE RECOURS EN ANNULATION ET SES EFFETS INSTITUTIONNELS AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
/ Marie-Laure Messe-Roth, Denis d'Ersu, Darius Arbačiauskas Référendaires au Cabinet du Juge Kūris à la Cour de justice des Communautés européennes /
/ Inga Jablonskaitė l'assistance /

787 / EUROPOS SĄJUNGOS SUMARINIAI PROCESAI – AR ESAME KELYJE Į BENDRĄ EUROPOS SĄJUNGOS CIVILINĮ PROCESĄ?
/ Vytautas Nekrošius Vilniaus universiteto Teisės fakulteto dekanas, Civilinės teisės ir civilinio proceso katedros profesorius /

799 / REFLEXIONS SUR L'AVENIR DE LA COUR DE JUSTICE
/ Dámaso Ruiz-Jarabo Avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes /

811 / EUROPOS SĄJUNGOS BAUDŽIAMOSIOS TEISĖS TENDENCIJOS IR PERSPEKTYVOS
/ Gintaras Švedas Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Baudžiamosios teisės katedros vedėjas, docentas /

829 / WHAT HAS MADE EUROPEAN LAW SO IMPORTANT?
/ Christiaan Timmermans Judge of the Court of Justice of the European Communities /

839 / LES RAPPORTS ENTRE LA COUR COMMUNAUTAIRE ET LES COURS CONSTITUTIONNELLES DES ÉTATS MEMBRES
/ Antonio Tizzano Juge à la Cour de justice des Communautés européennes /

859 / NOTARŲ IR ADVOKATŲ TEISĖS LAIKINAI IR NUOLAT TEIKTI PASLAUGAS KITOJE NEI KILMĖS VALSTYBĖJE PAGAL EUROPOS BENDRIJOS TEISĘ
/ Ignas Vėgėlė Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Europos Sąjungos teisės katedros docentas /

885 / NAUJAUSIOS ĮSISTEIGIMO LAISVĖS TENDENCIJOS EUROPOS SĄJUNGOJE
/ Skirgailė Žaltauskaitė-Žalimienė Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės katedros docentė /

917 / 1990-ŲJŲ METŲ KOVO 11-OSIOS LIETUVOS RESPUBLIKOS NEPRIKLAUSOMYBĖS ATKŪRIMO AKTO REIKŠMĖ TARPTAUTINEI TEISEI
/ Dainius Žalimas Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės katedros docentas /

MOKSLININKAS, DIPLOMATAS, EUROPOS BENDRIJOS TEISINGUMO TEISMO TEISĖJAS PRANAS KŪRIS

Vytautas Andriulis, Saulius Katuoka

Lietuvos ir tarptautinės teisės mokslą daugiau kaip 40 metų nuolat turtina Prano Kūrio kūryba: straipsniai, studijos, monografijos, tarptautinės teisės šaltinių publikacijos. Dabar Jis, jau seniai dėl savo darbų ir veiklos puikiai žinomas ir pripažįstamas Europos Sąjungos valstybių kaip Žmogaus Teisių Teismo bei Europos Teisingumo Teismo teisėjas, švenčia mokslo ir veiklos tikrosios brandos sukaktį. Taigi yra proga ir galimybė pabandyti pagerbti sukaktuvininką. Tos pagarbos išraiška yra ši profesoriui Pranui Kūriui dedikuota kolektyvinė tarptautinės teisės studija.

Pranas Kūris gimė 1938 m. rugpjūčio 20 d. 1956 m. įstojo į Vilniaus universiteto Teisės fakultetą. Tuo metu, kai jis siekė mokslų, Teisės fakulteto dekanas buvo Vytauto Didžiojo universitetą Kaune baigęs doc. K. Domaševičius, katedrų dėstytojai – prof. K. Jablonskis, prof. J. Žeruolis, vyr. dėstytojas E. Medžys, doc. A. Žiurlys, doc. A. Liakas, vyr. dėstytojas A. Klimka, doc. A. Blieka. Ir jeigu kuris nors iš jų anksčiau teoriškai bent kiek simpatizavo sovietinei santvarkai, tai, pamatę siaubingas sovietines (1940–1941) ir nacių (1941–1944) okupacijas, per kurias buvo iššudyta ir ištremta šimtai kolegų teisininkų ir tūkstančiai Lietuvos žmonių, jie tikrai netapo ideologiniais marksistais arba jų rėmėjais. Jie, antrosios sovietinės okupacijos metu pasilikę su naikinama ir žeminama tauta, labiau buvo tautinio tapatumo puoselėtojai ir saugotojai nuo plūstančios iš Rytų bolševikinės propagandos. Studentai, klausydami jų paskaitų, negirdėjo nei liaupsių sovietinei valdžiai, nei pagyrų sovietinei teisinei sistemai. Taip buvo ugdomas, kiek leido realybė, galimai objektyvus požiūris į tikrovę.

Reikia pasakyti ir tai, kad senstantys sovietinės valdžios ideologijos vykdytojai, iki 1940 m. dirbę slaptai arba buvę izoliuoti nuo Lietuvos visuomenės, po 1944 m. vėl atėję į valdžią, natūraliai keičiantis kartoms neturėjo galimybės rinktis, ir nestebina, kad gerai besimokantys jaunuoliai, kurių artimieji nebuvo paliesti represijų, buvo kviečiami įsitraukti į mokslinę, visuomeninę veiklą bei užimti valstybines pareigybes.

Teisės mokslus su pagyrimu baigusiam P. Kūriui 1961 m. rugsėjį buvo pasiūlyta dirbti Teisės fakulteto Valstybės ir teisės teorijos ir istorijos katedroje tarptautinės teisės dėstytoju. 1963 m. spalį jis įstojo į Maskvos valstybinio universiteto aspirantūrą. Tiesa, kaip P. Kūris prisimena, stojimas buvo gerokai apsunkintas, nes tarptautinės teisės specialybė Lietuvai nebuvo skirta. Pasirinkta disertacija tema „Laisvojo miesto statusas tarptautinėje teisėje" buvo parašyta per 13 mėnesių ir 1965 m. apginta, suteiktas teisės mokslų daktaro laipsnis. Taip prasidėjo P. Kūrio pedagoginė ir mokslinė karjera. 1965–1967 m. jis dirbo Vilniaus universiteto Teisės fakulteto vyr. dėstytoju. 1967 m. spalį buvo komandiruotas į mokslinę stažuotę Paryžiaus universiteto Aukštųjų tarptautinių studijų institute. Grįžęs iš ten 1968 m. rugpjūčio mėnesį, dirbo Teisės fakulteto docentu, nuo 1969 m. sausio – Teisės fakulteto dekanu. 1970 m. stažavosi Hagos tarptautinės teisės akademijos Tyrimų centre. 1971 m. vasarį Vilniaus universiteto Tarybos nutarimu pervestas į vyr. mokslinius bendradarbius baigti mokslinei disertacijai ir komandiruotas į Maskvos valstybinį universitetą. 1973 m. apgynė habilituoto teisės mokslų daktaro disertaciją „Valstybių atsakomybė ir jos pagrindai šiuolaikinėje tarptautinėje teisėje" ir vasario mėnesį grįžo į Teisės fakultetą eiti docento pareigas. 1974 m. kovą jis vėl išrinktas dekanu, 1976 m. jam suteiktas profesoriaus vardas.

Į 1977 m. LSSR vyriausybėje atsiradusį laisvą teisingumo ministro postą šią ministeriją kuravęs iš Maskvos atsiųstas Komunistų partijos centro komiteto sekretorius buvo numatęs sovietinei nomenklatūrai priklausantį asmenį, tačiau, prolietuviškai partinei grupei pasirinkus P. Kūrio kandidatūrą bei tuometiniam Vilniaus universiteto rektoriui Jonui Kubiliui patarus, jis tapo ministru, taip pat iki 1990 m. dėstė Vilniaus universiteto Teisės fakulteto tarptautinės teisės kursą. Tuo laiku ir vėliau P. Kūris skaitė pranešimus tarptautinėse konferencijose Paryžiuje, Hagoje, Londone, Karakase, Delyje, Jeruzalėje, Briuselyje, Liuvene, Ruane ir kt.

P. Kūris prisimena, kad, sovietmečiu dirbant ministru, jam yra tekę kurti teisinius aktus, imtis švietėjiškos veiklos, su bylom ir teismo procesais jis nebuvo susidūręs, todėl, kai 1988 m. prasidėjo Sąjūdis ir pildėsi viltis atkurti Lietuvos Respublikos nepriklausomybę, į jį ne kartą buvo kreiptasi kaip į tarptautinės teisės specialistą. Taip P. Kūris įsitraukė į šį judėjimą. Ir tai nebuvo pažiūrų kaita, nes, įvertinus studijų Teisės fakultete aplinką, 1939–1940 m. įvykdytą Lietuvos aneksiją ir okupaciją, darbo patirtį, tarptautinės teisės išmanymą, pažintį su Vakarų Europa bei visiems gerai žinomus sovietinio režimo įvykdytus nusikaltimus, P. Kūris neabejotinai buvo išsiugdęs platų mąstymą, kuris reikiamu metu jį paskatino aktyviai įsitraukti į Lietuvos valstybės nepriklausomybės atkūrimo darbus. Be kitų darbų, P. Kūris prisidėjo ir rengiant galutinę 1990 m. kovo 11 d. „Akto dėl Lietuvos nepriklausomos valstybės atstatymo" redakciją. Esant tokioms politinėms aplinkybėms taip pat elgėsi absoliuti dauguma lietuvių inteligentų: specialistų, profesorių, intelektualų. Tarp jų buvo ir dalis asmenų, užėmusių įvairius atsakingus postus sovietinėse institucijose. Ir tą vyksmą lėmė ne kokie nors pragmatiniai skaičiavimai, bet pilietinė, politinė ir dorinė nuostata.

Atkuriant Lietuvos Respublikos Nepriklausomybę bei įvertinus P. Kūrio, kaip tarptautinės teisės specialisto, veiklą formuojant Vyriausybę, 1990 m. kovo 23 d. jis buvo paskirtas teisingumo ministru, sudarant naują Vyriausybę 1991 m. birželį – Lietuvos Respublikos valstybės patarėju.

P. Kūris, prisimindamas šį Lietuvos valstybingumo įtvirtinimo laikotarpį, yra sakęs, kad jam, kaip valstybinės delegacijos derėtis su Sovietų Sąjunga nariui, septynis kartus buvo tekę su kolegomis vykti į Maskvą ir jis galįs paliudyti, kad praktiškai ypač sunkiais dalykais tapo tokios „smulkmenos", kurių teorija net „nepastebi". Pirmieji ledai buvo laužomi pradedant kaip tik tokiomis smulkmenomis. Pavyzdžiui, Sovietų Sąjungos pusė vengė vartoti net tinkamą tokioms deryboms terminiją, įkyriai piršo sampratą „susitikimo komunikatas", tačiau itin vengė sąvokos „derybos". Be to, vengė vartoti pavadinimą „Lietuva" ir siekė mūsų valstybę įvardinti kaip „Lietuvos TSR", bandė atsisakyti žodžio „*storony*", kuris lietuviškai reiškia ir žodį „šalis". Visa tai buvęs sunkus kelias į dvišales tarpvalstybines derybas, kurių metu derasi du lygūs subjektai. Žinoma, laukta atitinkamos Vakarų reakcijos, tačiau

Vakarų valstybių ryžtingumo laipsnis palaikant Lietuvą buvo ne toks, kokio tikėtasi.

1992 m. sausio 8 d. P. Kūriui buvo suteiktas nepaprastojo ir įgaliotojo ambasadoriaus rangas, jis paskirtas ambasadoriumi Belgijos Karalystėje, Nyderlandų Karalystėje ir Liuksemburgo Didžiojoje Hercogystėje. Briuselyje jis įkūrė ambasadą, subūrė personalą, ugdė jo darbo įgūdžius. Dirbdamas ambasadoriumi, Lietuvos Vyriausybei pateikus, 1994 m. balandį jis buvo išrinktas Europos Žmogaus Teisių Teismo, Strasbūre dirbusio sesijomis, teisėju ir tas pareigas, kol teismas buvo pertvarkytas į pastoviai veikiančią instituciją, ėjo iki 1998 m. spalio pabaigos, prireikus ten vykdamas iš Briuselio (1994 m.), o vėliau (1995 m.) iš Vilniaus.

1994 m. pabaigoje P. Kūriui trumpam atvykus į Lietuvą, jam pasiūlytos Lietuvos Aukščiausiojo Teismo teisėjo pareigos. 1994 m. gruodžio 13 d. jis tapo šio teismo teisėju, o gruodžio 20 d. – pirmininku. Teisme laukė daug darbų, iš kurių svarbiausias – teismų pertvarkymas pagal 1994 m. gegužės 31 d. priimtą Lietuvos Respublikos teismų įstatymą, kurio nuostatos buvo beveik tapačios Lietuvoje 1933–1940 m. galiojusioms teismų sistemos nuostatoms. Įgyvendinant šį įstatymą ir 1995 m. sausį pradėjus funkcionuoti pagal jį pertvarkytiems teismams, atsirado galimybė koreguoti materialinę ir procesinę teisę keičiant jas naujai kuriamais kodeksais. P. Kūris, būdamas Teisėjų senato pirmininku, nuo 1995 m. – Lietuvos teisėjų tarybos pirmininku, aktyviai dalyvavo atkuriant nacionalinės teisės pradus bei juos derinant su jau įsisavinta Vakarų Europoje pasitvirtinusia teismų praktika bei aiškinant įstatymus. Tuo tikslu 1995 m. liepą pradėtas leisti Lietuvos Aukščiausiojo Teismo biuletenis. Kol Lietuvos Aukščiausiojo Teismo pirmininko pareigas iki 1998 m. spalio 31 d. ėjo P. Kūris, išleista 10 šio biuletenio tomų (šiuo metu išleisti 27 tomai).

Lietuvai ratifikavus Europos Tarybos pasirašytą Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją, kurią nuo 1998 m. pradėjo įgyvendinti jau nuolat veikiantis Europos Žmogaus Teisių Teismas, P. Kūris 1998 m. lapkričio 1 d. vėl buvo išrinktas šio teismo teisėju ir išvyko į Strasbūrą. Būtina pabrėžti, kad teisėjai Teisme veikia savo, o ne juos pasiūliusios valstybės vardu ir negali atstovauti nei Lietuvos, nei jokios kitos valstybės interesams.

Prisijungus prie minėtos Konvencijos, šis istorinis žingsnis Lietu-

vai sukėlė labai svarbių politinių ir teisinių pasekmių. Šalis ne tik įsipareigojo savo nacionalinius įstatymus derinti su Konvencija ir jos protokolais, bet ir pačią ratifikuotą Konvenciją bei jos protokolus įdiegė į nacionalinę teisės sistemą kaip tiesioginio taikymo aktus, savo teisine galia viršesnius už įstatymus.

Europos Žmogaus Teisių Teismas vadovaujasi Konvencija ir Teismo reglamentu. Į jį renkama po vieną teisėją iš kiekvienos valstybės, Konvencijos dalyvės. Teismas nagrinėja bylas dėl Konvencijos ir jos protokolų pažeidimų, padarytų kitos valstybės – Konvencijos dalyvės, ir teikia konsultacines išvadas teisės klausimais, susijusiais su Konvencijos ir jos protokolų aiškinimu.

Teismą sudaro devynių teisėjų kolegijos, Didžioji kolegija, Teismo Prezidentas arba Viceprezidentas. Sprendžiant bylas dalyvauja ir teisėjas iš valstybės, dėl kurios skundžiamasi. Kolegijos sprendimai bylos šalims prašant gali būti nagrinėjami Didžiojoje kolegijoje, sudarytoje iš dvidešimt vieno teisėjo, o ši – išimtiniais atvejais – gali perduoti bylą nagrinėti Plenariniam teismui. Nagrinėdamas bylą, Teismas siūlo šalims draugiškai susitarti, o susitarus bylos nagrinėjimas nutraukiamas. Jeigu šalys nesusitaria, jos turi paklusti galutiniam Teismo sprendimui, nes ratifikuodamos Konvenciją yra įsipareigojusios tą padaryti. Teismo sprendimo vykdymą prižiūri Europos Sąjungos Ministrų Komitetas.

P. Kūris darbavosi ir kolegijose, ir Didžiojoje kolegijoje, ir Plenariniame teisme. Jis dalyvavo sprendžiant daugiau kaip 500 tarptautinių bylų, buvo daugelio sprendimų redakcinių komitetų narys. Šias pareigas ėjo iki 2004 m. gegužės 10 d., t. y. kol pasibaigė teisėjui nustatyta kadencija.

Tuo metu lankydamasis Lietuvoje, P. Kūris yra padovanojęs Mykolo Romerio universiteto bibliotekai per 40 metų sukauptą daugiau kaip 600 tomų Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimų rinkinį. Tai – neįkainojamas teismo praktikos lobynas studentams, doktorantams, dėstytojams ir praktikuojantiems teisininkams, sudarantis sąlygas tiesiogiai susipažinti su šio teismo sprendimais.

2004 m. gegužę P. Kūris, Lietuvos Respublikos Vyriausybei pasiūlius ir Seimui pritarus, Europos Sąjungos aktų nustatyta tvarka išrinktas Europos Bendrijų Teisingumo Teismo teisėju ir iš Strasbūro persikėlė į Liuksemburgą. Pasibaigus pirmai kadencijai 2006 m. spalį jis bu-

vo išrinktas antrai kadencijai iki 2012 m. spalio 6 d. Šiame teisme P. Kūris dirba vienu iš 25 Europos Bendrijų Teisingumo Teismo teisėjų ir šio teismo kompetenciją apibūdina kaip naują ir labai reikšmingą fenomeną, turintį didelę tarptautinę įtaką Europos Sąjungos valstybių teisei, pasireiškiantį tuo, kad šio teismo sprendimai turi viršenybę kiekvienos nacionalinės teisės atžvilgiu, tiesiogiai veikia ir tiesiogiai taikomi kiekvienoje valstybėje narėje.

Kalbant apie profesoriaus P. Kūrio mokslinę veiklą, pažymėtina, kad jis 1990 m. išrinktas Lietuvos Mokslų Akademijos nariu korespondentu, 1996 m. – tikruoju nariu – akademiku. Pagrindinė mokslinių tyrimų sritis – tarptautinė teisė, Europos Bendrijų teisė. Daugiau kaip dešimt metų akademikas P. Kūris vadovavo Lietuvos Mokslų Akademijos Teisės problemų koordinavimo tarybai, yra Lietuvos ir užsienio mokymo ir mokslo įstaigų doktorantūros komiteto narys, tarptautinės teisės asociacijos narys.

Už indėlį atkuriant Lietuvos valstybingumą, formuojant Lietuvoje europietišką teisėkūrą, nuoširdų rūpestį žmogaus teisėmis, pastangas ugdant jaunąją teisininkų kartą akademikas P. Kūris, 1998 m. minint Lietuvos valstybės atkūrimo 80-ąsias metines, apdovanotas LDK Gedimino ordino Komandoro didžiuoju kryžiumi. Tais pačiais metais jis apdovanotas Norvegijos Karalystės Didžiojo Kryžiaus ordinu, 2008 metais Nyderlandų Karalystės Oranje-Nassau ordino Riterio didžiuoju kryžiumi, 2004 m. – medaliu „Už nuopelnus siekiant Lietuvos narystės ES ir NATO“.

Profesorius P. Kūris nuo 2000 m. yra Mykolo Romerio universiteto leidinio „Jurisprudencija“ redaktorių kolegijos narys. Lietuvos teisės (Mykolo Romerio) universiteto senato 2001 m. vasario 12 d. nutarimu prof. Pranui Kūriui suteiktas garbės daktaro vardas.

Viename straipsnyje apžvelgti visus akademiko Prano Kūrio mokslo darbus bei perteikti jų svarbą nėra lengva vien todėl, kad Pranas Kūris buvo ir yra labai produktyvus mokslininkas. Jo plunksnai priklauso 5 knygos, per 200 straipsnių mokslinėje ir periodinėje spaudoje bei enciklopedijose lietuvių, prancūzų, anglų ir rusų kalbomis, jis taip pat vertė į lietuvių kalbą bei sudarė tarptautinių dokumentų rinkinius, buvo įvairių leidinių mokslinis redaktorius.

Šis solidus akademiko Prano Kūrio indėlis į Lietuvos, Europos ir netgi pasaulio mokslą nebuvo atsitiktinis, o ilgo, kruopštaus ir sunkaus

darbo išdava. Pasirodžius pirmiesiems Prano Kūrio moksliniams darbams tapo akivaizdu, kad jaunasis mokslininkas turi neabejotinų gabumų tirti pamatines ir aktualias tarptautinės teisės problemas.

Prano Kūrio, kaip perspektyvaus tarptautinės teisės mokslininko, kelias prasidėjo 1963 m., baigus Vilniaus universiteto Teisės fakultetą, įstojus į Maskvos valstybinio universiteto aspirantūrą (doktorantūrą). Disertacijos tema jis pasirinko mažai nagrinėtą, bet savaip fundamentalią tarptautinės teisės problemą – „Laisvojo miesto statusas tarptautinėje teisėje“[1]. Dar iki apsigindamas disertaciją jis jau buvo kelių mokslinių publikacijų, nagrinėjančių visiškai naujos šakos – tarptautinės kosmoso teisės – aspektus, autorius. Kitose mokslinėse publikacijose jau atsispindėjo ir Prano Kūrio domėjimasis laisvųjų miestų problematika.

Tuo metu, XX a. septintajame dešimtmetyje, tarptautinėje bendruomenėje kaip tik buvo įsižiebusi diskusija dėl Vakarų Berlyno statuso, miesto-anklavo Vokietijos Demokratinės Respublikos teritorijoje, kurio problemą buvo siūlyta spręsti pasitelkiant „laisvųjų miestų“ kūrimo istorinę patirtį. Taigi teisinis tarptautinis reiškinys, daugiausia egzistavęs tarp dviejų pasaulinių karų, vėl tapo aktualus. Tad toks, atrodytų, istorinės temos pasirinkimas neturėtų stebinti. Be to, šis darbas turėjo glaudžių sąsajų ir su Lietuvos istorine patirtimi. Juk po Pirmojo pasaulinio karo, Klaipėdos kraštui tapus Antantės protektoratu, vienas iš planų buvo paversti Klaipėdą laisvuoju miestu. Tačiau šį nelabai naudingą Lietuvai planą sugriovė 1923 m. Klaipėdos sukilimas. Beje, specialiai Klaipėdos, kaip laisvojo miesto, temai 1962 m. Pranas Kūris paskyrė atskirą straipsnį, kuriame detaliai išnagrinėjo tuometinę situaciją.

Daktaro disertacijoje Pranas Kūris išsamiai ir įvairiais požiūriais ištyrė laisvojo miesto institutą tarptautinėje teisėje ir suformulavo šio tarptautinės teisės reiškinio, kaip tarptautinio teisės subjekto, prigimtį, sąvoką, požymius, ypatybes, sukūrė originalią laisvojo miesto garanto koncepciją. Autorius pateikė šią laisvojo miesto sąvoką: „laisvasis miestas – tai teritorinis politinis savarankiškas valstybės tipo vienetas,

[1] Žr. Курис П. М. Статус вольного города в международном праве: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук (на правах рукописи). – Москва: МГУ, 1965, 20 с.

neutralizuotas ir demilitarizuotas, kurio teisinis režimas nustatomas tarptautine sutartimi ir garantuojamas valstybių arba tarptautinių organizacijų“[2].

Disertacijoje analizuodamas laisvojo miesto statuso problemą šiuolaikiniuose tarptautiniuose santykiuose, autorius ypač daug dėmesio skyrė dviem laisvųjų miestų projektams: laisvajam Triesto miestui („Laisvoji Triesto teritorija“) tarp Italijos ir Jugoslavijos bei Vakarų Berlyno problemai. Nors šie planuoti laisvieji miestai netapo tarptautine teisine realybe, tačiau jų kūrimo projektų teisinė analizė įnešė svarų indėlį į tarptautinės teisės doktriną. Įdomu tai, kad P. Kūris šiuo darbu taip plačiai ir giliai ištyrė laisvųjų miestų reiškinį tarptautinėje teisėje, kad daugiau reikšmingų šio klausimo studijų taip ir nepasirodė.

1972 m. Pranas Kūris išleido mokomąją priemonę „Tarptautinės teisės teorijos pagrindai“[3], kurios pagrindą sudaro paskaitos, skaitytos studentams neakivaizdininkams 1969 m. per Lietuvos radiją. Tai – vienas iš pirmųjų platesnio pobūdžio leidinių apie tarptautinę teisę lietuvių kalba po Antrojo pasaulinio karo. Šioje knygoje nagrinėjamos teorinės tarptautinės teisės kurso problemos, vadinamoji „bendroji dalis“: tarptautinės teisės ypatumai, jos šaltiniai, subjektai, pagrindiniai tarptautinės teisės principai. Įdomu, kad net tokiame chrestomatiniame leidinyje Pranas Kūris vis dėlto rado galimybę padiskutuoti ir apie tam tikrus ginčytinus teorinius aspektus, leidinyje pateiktos nuorodos į tyrimus ne tik įprasta rusų, bet ir prancūzų, vokiečių, anglų kalba, o tuo metu tai buvo tikrai išimtinis reiškinys. Įvadiniame žodyje autorius teigė, jog rengiant šį leidinį jam teko susidurti su tarptautinės teisės terminijos pritaikymo lietuvių kalbai sunkumais. Taigi Pranas Kūris gali būti laikomas ir vienu iš pirmųjų lietuviškos tarptautinės teisės terminijos kūrėjų.

1973 m. Pranas Kūris apgynė habilituoto teisės mokslų daktaro disertaciją „Valstybių atsakomybė ir jos pagrindai šiuolaikinėje tarptautinėje teisėje“. Tai – bene žinomiausias teisininkų tarptautininkų bendruomenei Prano Kūrio darbas. Remiantis disertacija buvo išleisti du leidiniai: fundamentali monografija „Tarptautinės teisės pažeidi-

[2] Ibid., p. 16.

[3] Kūris P. Tarptautinės teisės teorijos pagrindai. – Vilnius: Mintis, 1972, 135 p.

mai ir valstybių atsakomybė“[4], o kiek anksčiau – mokymo leidinys „Atsakomybės tarptautinėje teisėje problemos“[5].

Kaip teigė minėtą monografiją recenzavęs teisės mokslų daktaras E. Usenko, šis „darbas pasižymi ne tik didžiuliu aktualumu ir plačia tyrimo klausimų apimtimi, bet ir fundamentaliu jų išnagrinėjimu, aukštu teoriniu lygiu, naujų idėjų gausa [...]. Recenzuojamame darbe daug svarbių nuostatų ir išvadų, praturtinančių [...] tarptautinės teisės mokslą. Tarp jų reikia paminėti: praktikai labai svarbią nuostatą, kad atsakomybės subjektas yra valstybė kaip vienetas, valstybės institucijų (įstatymų leidžiamųjų, vykdomųjų ir teisminių) neteisėto veikimo ar neveikimo pagal tarptautinę teisę analizė, draudimas remtis nacionalinės teisės normomis siekiant pateisinti tarptautinės teisės pažeidimą [...] ir kt. Darbas liudija apie didelę autoriaus erudiciją ne tik tyrinėjamos temos ribose, bet ir daugelyje mišrių klausimų, kuriuos liečia monografija“[6]. Be to, recenzentas buvo priverstas pripažinti, jog „autorius taip pat išsako kritinių pastabų dėl kai kurių teiginių, keliamų sovietinių mokslininkų, ir ne vienu atveju jo kritika yra pakankamai pagrįsta“[7]. Apie šį fundamentalų darbą teigiamai atsiliepė ir vienas žymiausių to laikotarpio tarptautinės teisės specialistų, prof. G. Tunkinas, kuris, rašydamas įvadinį žodį P. Kūrio monografijai, pastebėjo: „Valstybių atsakomybės klausimuose, t. y., kiek tai susiję su pasekmėmis, kylančiomis valstybei pažeidus tarptautinės teisės normą, matyti didžiulė spraga ir pačioje tarptautinės teisės sistemoje, ir tarptautinės teisės doktrinoje [...]. Autorius ėmėsi nelengvo, bet kilnaus uždavinio ištirti fundamentalias valstybės atsakomybės problemas, tokias kaip tarptautinė teisinė atsakomybė kaip teisinė kategorija, santykis sąvokų „sankcija“ ir „atsakomybė“ tarptautinėje teisėje, tarptautinės teisinės atsakomybės pagrindas, tarptautinių teisės pažeidimų samprata ir klasifikacija, objektyvūs tarptautinės teisės pažeidimo elementai, kaltės problema ir kt. [...] Sėkmingai išnagrinėja šias problemas šiuolaikinės

[4] Курис П. М. Международные правонарушения и ответственность государства. – Вильнюс, 1973, 280 с.

[5] Kūris P. Atsakomybės tarptautinėje teisėje problemos. – Vilnius, 1970, 104 p.

[6] Усенко Е. Т. П. М. Курис. Международные правонарушения и ответственность государства. – Вильнюс, 1973. 280 с. // Советский ежегодник международного права, 1974. – Москва: Наука, 1976, с. 312–316.

[7] Ibid., p. 312.

tarptautinės teisės kontekste, atsižvelgdamas į pokyčius, kurie įvyko tarptautinėje teisėje per pastarąją pusę amžiaus [...]. Autorius siūlo daugelio svarbių valstybių teisinės atsakomybės problemų sprendimus. Jo tyrimo rezultatas yra svarbus ir teoriškai, ir praktiškai. Yra pagrindas tikėti, kad P. Kūrio darbo publikavimas bus svarbus reiškinys [...] ir patrauks pagrįstą plataus teisininkų rato dėmesį bei visų kitų, kurie domisi tarptautinės teisės problemomis“[8].

Profesorius G. Tunkinas neapsiriko. Nors šis pamatinis Prano Kūrio darbas, parašytas rusų kalba, nebuvo išverstas į kitas užsienio kalbas, tačiau jo tyrimo rezultatai pasiekė ir Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisiją, kuri beveik pusę šimtmečio kūrė tarptautinės konvencijos dėl valstybių atsakomybės projektą, šiuo metu pavadintą Straipsniais dėl valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus, ir 2001 m. patvirtintą Jungtinių Tautų Generalinės Asamblėjos rezoliuciją Nr. A/56/10. Be abejo, tokia įtaka buvo galima tik per Rusijos mokslininkus, dirbusius šioje komisijoje (pvz., prof. I. Lukašuką), – jiems Prano Kūrio tyrimas buvo ypač vertingas dirbant su šiuo dokumentu, ir, galima sakyti, kad Prano Kūrio atlikto mokslinio tyrimo rezultatai bei daugelis jo išvadų atsispindi šiame dokumente, nors Prano Kūrio darbą ir galutinį Straipsnių variantą skiria beveik trys dešimtmečiai.

Taigi šioje monografijoje plačiai ir išsamiai nagrinėjami tokie klausimai kaip tarptautinės teisinės atsakomybės raida, tarptautinės teisinės atsakomybės sąvoka, tarptautinės teisinės atsakomybės pagrindo problema, ypač daug dėmesio skiriama kaltės problemai tarptautinėje teisėje. Tuo metu tarptautinėje teisėje kaip tik vyko tam tikras teorijų virsmas, kai kaltės tarptautinėje teisėje doktriną pamažu ėmė keisti objektyvios atsakomybės doktrina, ir dėl šių klausimų mokslininkai labai aktyviai diskutavo. Pranas Kūris vienas iš pirmųjų tarptautinėje teisėje siūlė atsisakyti tarptautinės valstybių atsakomybės civilinės traktuotės, kuria remiantis dirbtinai siaurinama valstybių atsakomybė, ir nebevartoti termino „deliktas“ kalbant apie valstybių atsakomybę, o rinktis terminą „tarptautinės teisės pažeidimas“. Nagrinėjant tarptautinės teisės pažeidimus, aptariama jų klasifikacija. Anali-

[8] П. Курис. Международные правонарушения и ответственность государства. – Вильнюс: Минтис, 1973, с. 3–4.

zuojamos tarptautinės teisinės atsakomybės subjektų ypatybės: valstybių atsakomybė už savo institucijų ir pareigūnų veiksmus, valstybių atsakomybė už fizinių asmenų veiksmus, kai kurios atskiros atsakomybės rūšys bei fizinių asmenų tarptautinės teisinės atsakomybės pagrindai ir atvejai. Be abejo, tiriant šią temą nagrinėjamos ir tarptautinės atsakomybės formos, taip pat jos kodifikacijos problemos.

Kita vertus, pažvelgus į recenzijas, kurias Prano Kūrio darbui rašė sovietiniai mokslininkai, matyti, kad, nepaisant pagiriamųjų įžangų, nemažai autoriaus minčių buvo vertintos kritiškai, dažnai – net priešiškai, ypač dėl to, kad P. Kūris kėlė tikrai novatoriškas, ir, kaip parodė laikas, pasiteisinusias idėjas. Pavyzdžiui, minėtas E. Usenko nenorėjo sutikti su P. Kūrio teiginiu, kad kaltė nėra privalomas tarptautinės teisės pažeidimo elementas, kritikavo jis ir P. Kūrio siūlomą „nematerialinės atsakomybės" terminą vietoj sovietinių mokslininkų labai pamėgtos, bet labai neaiškios „politinės atsakomybės" sąvokos.

Dar labiau P. Kūrio drąsa ir monografijoje išreikšta atvira polemika su sovietinės tarptautinės teisės mokyklos autoritetais bei rėmimasis užsienio (vadinamaisiais „buržuaziniais") autoriais neįtiko Kijevo universiteto profesoriui J. Kolosovui. Jo recenzijoje nurodyta, kad „autorius ne visada pagrįstai polemizuoja su kitais teisininkais", ypač šiam recenzentui užkliuvo modernus P. Kūrio teiginys, kad „valstybės nepriklausomybė tarptautiniuose santykiuose, paremta valstybės suverenitetu ir reiškianti valstybės valdžios nepavaldumą užsienio valstybei, jokiu būdu nereiškia valstybės veiksmų laisvės santykiuose su kitomis valstybėmis"[9]. Kuo šis teiginys neįtiko? Jis reiškė, kad net ir sovietinės valstybės suverenitetą riboja tarptautinė teisė, o toks teiginys sovietinei teisinei doktrinai buvo visiškai nepriimtinas. Dar daugiau, jis buvo atvirai pavojingas, nes galėjo atverti kelią kitokiems klausimams, pavyzdžiui: ar valstybės suverenumas gali būti pagrindas ignoruoti tarptautinės teisės reikalavimus žmogaus teisių srityje?

Šis Prano Kūrio darbas iki šiol yra vienintelis lietuvių autorių didelės apimties darbas, skirtas pamatiniams bendriesiems valstybių atsakomybės tarptautinėje teisėje klausimams. Kaip matyti, jo reikšmė ir įtaka gerokai pralenkė parašymo laiką, daugelis prognozuotų pokyčių ir pateiktų pasiūlymų vis tvirčiau įsigali tarptautinėje viešojoje teisėje.

[9] Ibid., p. 28.

Reikia pasakyti, kad principinė Prano Kūrio nuostata, jo ištikimybė moksliniams metodams, o ne „generalinei partijos linijai“ atsispindėjo ne tik šioje monografijoje. Tapęs žymiu ir gerbiamu tarptautinės teisės specialistu, Pranas Kūris nesilaikė konformistinio požiūrio į kolegas mokslininkus, kad ir kokius aukštus postus arba įvertinimus jie būtų gavę. Įgijęs tiems laikams retą ne tik sovietinį, bet ir tarptautinį išsilavinimą, Pranas Kūris neužsidarė siauruose sovietinės tarptautinės teisės doktrinos rėmuose, o vienas iš pirmųjų pradėjo vis daugiau dėmesio skirti tarptautinės teisės praktikai, be kurios tarptautinės teisės studijos ir mokslas, ypač Vakarų pasaulyje, buvo tiesiog negalimi.

P. Kūris griežtai kritikavo 1974 m. išleistą sovietinį tarptautinės teisės vadovėlį, apdovanotą SSRS Liaudies ūkio pasiekimų parodos sidabriniu medaliu. Nors minėto vadovėlio atsakingasis redaktorius buvo akademikas G. Tunkinas, visada teigiamai atsiliepdavęs apie P. Kūrio mokslinę veiklą, lietuvių mokslininkas rašė: „būtų gerai, jeigu vadovėlyje būtų daugiau nuorodų (nuorodos į tarptautinius teisinius dokumentus, monografinius tyrimus ne tik teisinio, bet ir istorinio pobūdžio), kurios, nežiūrint į ribotą vadovėlio apimtį, būtų labiau naudingos studijuojantiems tarptautinę teisę [...]. Vadovėlyje iš viso nėra Jungtinių Tautų Organizacijos Tarptautinio Teisingumo Teismo praktikos, nors ji ir neabejotinai padėtų studijuojantiems tarptautinę teisę giliau ir geriau suprasti vaidmenį ir tarptautinių teisminių procesų galimybes“[10]. Taip pat rimtai išanalizuoti ir griežtai įvertinti net atskirų skyrių trūkumai, parašyti žymių SSRS tarptautinės teisės specialistų. Kritikuoti sovietinės tarptautinės teisės mokyklos autoritetų parengtą ir netgi SSRS lygiu apdovanotą vadovėlį reikėjo ne tik mokslinės, bet ir žmogiškosios drąsos. Pranui Kūriui jos nepritrūko, nors tokia griežta nuomonė galėjo atnešti labai nemalonių pasekmių.

1981 m. Lietuvoje išleidžiamas iš pažiūros nedidelis, bet vėl fundamentalus Prano Kūrio darbas: jo, kaip mokslinio redaktoriaus, redaguoti Jungtinių Tautų Organizacijos įstatai (Chartija) bei Tarptautinio Teisingumo Teismo Statutas. Tikriausiai LSSR funkcionieriai net nesusimąstė, kad šių dokumentų išleidimas Lietuvoje (SSRS marionetinis darinys – LSSR – neturėjo ne tik tarptautinio subjektišku-

[10] Курис П. М. Рецензия на: Международное право / Отв. ред. Г. И. Тункин. – Москва: Юридическая литература, 1974, 590 с. // Советский ежегодник международного права, 1975. – М.: Наука, 1977, с. 332.

mo) yra tuo metu dar nenumanomų, nesuvokiamų, bet neišvengiamų pokyčių ženklas.

1985 m. Pranas Kūris išleido tarptautinės teisės vadovėlį „Tarptautinės teisės apybraižos“[11]. Šis vadovėlis ilgą laiką buvo vienintelis tarptautinės teisės vadovėlis Lietuvoje, ir, tikriausiai galima teigti, populiariausia Prano Kūrio knyga (parašyta kartu su bendraautoriumi doc. dr. Mykolu Požarsku).

Šis vadovėlis, apimantis beveik visą tarptautinę viešąją teisę (ir bendrąją, ir specialiąją dalis), buvo išskirtinis reiškinys to meto tarptautinės teisės lektūroje. Kaip rašoma vadovėlio pratarmėje, knyga buvo leidžiama siekiant užpildyti spragą lietuvių teisinėje literatūroje, ir autoriai kėlė tikslą pateikti skaitytojams tarptautinės teisės apybraižas, kuriose aptarti pagrindiniai tarptautinės teisės teorijos ir praktikos klausimai. Tačiau autoriai pratarmėje kalbėjo itin kukliai. Nors buvo atiduota duoklė privalomoms klišėms, vadovėlis labiau priminė Vakaruose išleistas tarptautinės teisės knygas negu dogmatinius SSRS autorių darbus. Nors knyga parašyta lakoniškai, dalykiniu stiliumi, susitelkiant į svarbiausias problemas, tačiau tekste gausu nuorodų į mokslinius straipsnius, monografijas (parašytas įvairiomis užsienio kalbomis), cituoti Tarptautinio Teisingumo Teismo sprendimai, tarptautiniai teisės aktai, Tarptautinės teisės komisijos dokumentai, kiti šaltiniai. Puiki struktūra ir sklandus dėstymas leido studentams lengvai suvokti jame pateiktas žinias. Nors prabėgo jau daugiau kaip dvidešimt metų nuo šio darbo išleidimo, studentai iki šiol, rašydami rašto darbus, net magistro baigiamuosius darbus, neretai remiasi šiuo vadovėliu, ypač dėl klausimų, kurie tarptautinėje teisėje per tą laiką mažai kito (pvz., diplomatinė ir konsulinė teisė, tarptautinė oro teisė ir kt.).

1986 m. Pranas Kūris įnešė svarų indėlį ir į anglų kalba Maskvoje išleistą vadovėlį „International Law“[12], kurio atsakingasis redaktorius buvo vienas iš žinomiausių to meto tarptautinės teisės profesorių – G. Tunkinas. Pranas Kūris parengė šio vadovėlio 9 skyrių „Atsakomybė tarptautinėje teisėje“. Kaip vienas iš žymiausių šios srities specialistų, jis jame toliau plėtojo mintis, suformuluotas habilituoto daktaro disertacijoje ir jau minėtoje monografijoje.

[11] Kūris P., Požarskas M. Tarptautinės teisės apybraižos. – Vilnius: Mintis, 1985, 453 p.
[12] International Law. G. Tunkin (ed.). – Moscow: Progress, 1986, 546 c.

1989 m. išleista Prano Kūrio parengta ir redaguota dokumentų rinktinė – „Žmogaus teisių apsauga: pagrindiniai tarptautiniai dokumentai“[13]. Joje pirmą kartą lietuviškai pateikti tokie nepaprastai svarbūs tarptautiniai dokumentai kaip: 1966 m. Tarptautinis pilietinių ir politinių teisių paktas, 1966 m. Tarptautinis ekonominių, socialinių ir kultūrinių teisių paktas, daug kitų žmogaus teises užtikrinančių tarptautinių konvencijų (1948 m. Jungtinių Tautų konvencija dėl genocido nusikaltimo uždraudimo ir baudimo už jį; 1926 m. Jungtinių Tautų konvencija dėl vergovės; 1966 m. Tarptautinė konvencija dėl visų formų rasinės diskriminacijos panaikinimo; 1979 m. Jungtinių Tautų konvencija dėl visų formų diskriminacijos panaikinimo moterims ir kt.). Lietuva tuo metu dar negalėjo tapti šių tarptautinių dokumentų šalimi, tačiau laukti buvo likę labai nedaug.

Tolesnis Prano Kūrio praktinės ir mokslinės veiklos etapas buvo glaudžiai susijęs su Lietuvos nepriklausomybės atkūrimu ir jos įtvirtinimu, taip pat Prano Kūrio karjera tarptautinėse teisminėse institucijose: Europos Žmogaus Teisių Teisme bei Europos Bendrijų Teisingumo Teisme.

Lietuvai rengiantis atkurti Nepriklausomybę, Prano Kūrio, kaip tarptautinės teisės specialisto, kompetencija tapo nepakeičiama. Nepaisydamas grėsmių, kurios tuo metu kilo kiekvienam, nusprendusiam dirbti Nepriklausomybės atkūrimo labui, Pranas Kūris visas savo žinias ir gebėjimus nukreipė nauja linkme – nepriklausomai valstybei atkurti ir jai įtvirtinti.

Apie svarų Prano Kūrio indėlį liudija ne tik tai, kad Pranas Kūris tapo pirmuoju atkurtos Lietuvos teisingumo ministru, bet ir tai, kad 1990 m. kovo 10 d., Nepriklausomybės paskelbimo išvakarėse, 1990 m. kovo 11 d. Aktas dėl Lietuvos nepriklausomos valstybės atstatymo buvo redaguojamas Prano Kūrio bute. Nemažai šio istorinio bei teisinio dokumento formuluočių priklauso profesoriaus plunksnai. Kitaip ir negalėjo būti – juk valstybės Nepriklausomybės atstatymo skelbimas, jos pripažinimas – tai pamatiniai tarptautinės teisės klausimai, kuriuos sprendžiant Pranui Kūriui lygių nebuvo ne tik Lietuvoje. Lakoniškos 1990 m. kovo 11 d. Akto formuluotės apėmė daugybę tarptautinės teisės nuostatų: valstybės teritorinio vientisumo, suverenios

[13] Žmogaus teisių apsauga: pagrindiniai tarptautiniai dokumentai / ats. redaktorius Pranas Kūris. – Vilnius: Mintis, 1989, 164 p.

lygybės, sienų neliečiamumo bei žmogaus teisių gerbimo principų išraišką. Kiekviena iš jų turėjo būti tiksli, kruopščiai pasverta ir įvertinta tarptautinės teisės požiūriu – ypač tokiu sudėtingu etapu.

Atkūrus Nepriklausomybę, profesorius Pranas Kūris tapo ir Lietuvos teisiniu balsu užsienio moksle. 1992 m. pasirodžiusiam leidiniui „Towards the „Rule of Law" in Russia? Political and Legal Reform in the Transition Period"[14], skirtame Sovietų Sąjungos demokratinei raidai ir žlugimui aptarti, profesorius Pranas Kūris parengė straipsnį „Žmogaus teisių standartų įgyvendinimas Lietuvos teisės sistemoje ir teisinės valstybės problema". Ši publikacija labai svarbi vien tuo, kad Pranas Kūris joje tarptautinei bendruomenei pristatė Lietuvos tarptautinio teisinio identiteto tęstinumo koncepciją, kuria buvo paremtas 1990 m. kovo 11 d. Nepriklausomybės Aktas.

Svarbu paminėti, kad tuo metu Vakaruose į Lietuvą dažnai buvo žiūrima kaip į „atskilusią" maištingą SSRS provinciją, jos padėtį vertinant kaip ir kitų buvusių „SSRS respublikų". Tai, kad Lietuvos valstybingumo atstatymo esmė yra visai kitokia, negu, pavyzdžiui, Kazachstano arba Ukrainos nepriklausomybės paskelbimo, reikėjo įrodinėti, nes Vakaruose daug kas to tiesiog nežinojo ir neišmanė. Profesorius Pranas Kūris ir ėmėsi šios misijos, straipsnyje pabrėždamas, kad Lietuva 1940 m. buvo jėga okupuota, aneksuota ir inkorporuota į SSRS. Dabar ji savo nepriklausomybę atkūrė, todėl negali būti laikoma „atsiskyrusia" nuo SSRS, kaip kitos NVS šalys. Atkreiptas dėmesys ir į tai, kad nemažai Vakarų valstybių vykdė nuoseklią prievartinės inkorporacijos nepripažinimo politiką. Straipsnyje taip pat nagrinėti Lietuvos Respublikos prisijungimo prie svarbiausių tarptautinės žmogaus teisių apsaugos sutarčių klausimai, pabrėžta, kad Lietuva yra pasirengusi laikytis visų tarptautinių įsipareigojimų.

Negalima nepaminėti dar vienos akademiko Prano Kūrio mokslinės krypties. Pranas Kūris yra tarptautinės teisės mokyklos Lietuvoje pradininkas. Kaip ilgametis patyręs pedagogas, jis sugebėjo paskatinti jaunus mokslininkus domėtis svarbiais tarptautinės teisės klausimais. Prano Kūrio mokiniai yra profesoriai V. Vadapalas, S. Katuoka, kurie tapo Vilniaus universiteto ir Mykolo Romerio universiteto Tarptautinės teisės katedrų vedėjais.

[14] Toward the „Rule of Law" in Russia: Political and Legal Reform in the Transition Period (ed. Donal D. Barry). – M. E. Sharpe Inc., 1992, 402 p.

1994 m. Pranas Kūris tapo Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėju (šiame Teisme jis dirbo dvi kadencijas). Logiška mokslinė šios veiklos išdava – Prano Kūrio, kaip mokslinio redaktoriaus, darbas į lietuvių kalbą verčiant Vincento Bergerio veikalą „Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija“[15].

Įvadiniame šios knygos žodyje skaitytojui P. Kūris rašė: „Prisijungimas prie Konvencijos nėra tik valstybės įsipareigojimas savo nacionalinius įstatymus derinti su Konvencija ir jos Protokolais. Be to, pats derinimas nereiškia tik tiek, kad nacionalinių įstatymų formuluotės teksto atžvilgiu atitiktų Konvencijos nuostatas. Čia būtina atsižvelgti į tai, kad Europos Tarybos sistemoje vyksta nenutrūkstamas teisės vystymo procesas, pasireiškiantis unikalios jurisprudencijos kūrimu. [...] Ratifikuota Konvencija ir jos Protokolai tapo ne tik sudėtine Lietuvos teisės sistemos dalimi, bet ir tiesioginio taikymo aktu, savo teisine galia prioritetą teikiančiu Konstitucijai, tačiau lenkiančiu kitus įstatymus. Deja, nacionalinės teismo institucijos, vykdydamos teisingumą, labai nedrąsiai ryžtasi pasiremti šiais tarptautiniais (kartu ir vidaus teisės) dokumentais. Matyt, šiame etape žmogaus teisių apsaugos srityje itin aktualus tebelieka edukacinis, švietėjiškas aspektas“[16].

Darbas verčiant šią ilgamečio Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėjo profesoriaus Vincento Bergerio knygą ir buvo tas švietėjiškas, edukacinis aspektas, kurį profesorius Pranas Kūris visada laikė itin svarbiu. Tačiau tame pačiame įvadiniame žodyje P. Kūris pabrėžia: neužtenka perskaityti knygą, kad teisininkas arba kitas žmogus taptų Europos Tarybos žmogaus teisių apsaugos sistemos žinovu. Būtina studijuoti originalius šaltinius.

2004 m. gegužę Pranui Kūriui tapus Europos Bendrijų Teisingumo Teismo teisėju, jo mokslo darbuose taip pat įsivyrauja Europos Bendrijų Teisingumo Teismo veiklos klausimai. Apie šio Teismo veiklą jis yra parašęs du straipsnius – „Prejudicinio sprendimo procedūra Europos Bendrijų Teisingumo Teisme[17]“ bei „Europos Bendrijų Tei-

[15] Berger V. Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija. – Vilnius: Pradai, 1997, 713 p.

[16] Ibid., p. 6.

[17] Kūris P. Prejudicinio sprendimo procedūra Europos Bendrijų Teisingumo Teisme // Jurisprudencija, 2006, Nr. 6(84), p. 7–16.

singumo Teismo veiklos aktualijos“[18].

Pirmajame straipsnyje išdėstyti pagrindiniai prejudicinio sprendimo, svarbiausios Europos Bendrijų Teisingumo Teismo ir nacionalinių teismų bendradarbiavimo formos, ir jo priėmimo procedūriniai klausimai. Atskirai aptarti prejudicinio sprendimo teisinio poveikio, taip pat reformos, būtinos tam, kad jo mechanizmas toliau tinkamai veiktų, aspektai. Prejudiciniu sprendimu, priimamu remiantis Europos Bendrijos (toliau – EB) sutarties 234 straipsniu, siekiama užtikrinti vienodą Bendrijos teisės aiškinimą bei taikymą visose Europos Sąjungos (toliau – ES) valstybėse narėse. Prejudicinis sprendimas yra ir Bendrijos teisės turtinimo šaltinis. Straipsnyje pažymėta, kad prejudicinis procesas yra tik tarpinis procesas nacionaliniam teismui sprendžiant pagrindinę bylą. ES sistemoje jis turi savitų bruožų, lemiamų Bendrijos teisės prigimties bei jos ypatumų. Šiame procese nacionaliniai teismai, pirmieji taikantys Bendrijos teisę, turi teisę, tam tikrais atvejais – ir pareigą, kreiptis į Teisingumo Teismą prašydami priimti prejudicinį sprendimą konkrečiu Bendrijos teisės aiškinimo arba galiojimo klausimu. Pažymėtina, kad Teisingumo Teismas nepareiškė nuomonės nei dėl nacionalinės teisės galiojimo, nei dėl jos taikymo konkrečioje nacionalinėje byloje. Šis Teismas taip pat netaiko Bendrijos teisės nuostatų pagrindinėje byloje. Teisingumo Teismo prejudicinis sprendimas yra privalomas ne tik jo paprašiusiam nacionaliniam teismui, kad šis galėtų išspręsti nagrinėjamą pagrindinę bylą, bet ir kitiems ES valstybių narių teismams, kai toks klausimas kyla nagrinėjant bylas.

Kodėl prejudicinio sprendimo problematika taip sudomino profesorių Praną Kūrį? Jis rašo: „Šis mechanizmas yra labai vertinamas teisės doktrinoje. Galima rasti tokių apibūdinimų kaip, pavyzdžiui, pateikiamas Y. Gautier, kad „prejudicinio kreipimosi mechanizmas yra savitos teisinės sistemos, nustatytos Bendrijų sutartimis, branduolys“. Neseniai EB Teisingumo Teismo pirmininkas V. Skouris pabrėžė, kad „prejudicinio kreipimosi mechanizmas sudaro vieną kertinių mūsų teisinės apsaugos sistemos akmenų“. Taigi Pranui Kūriui ir vėl įdomus ne tik praktinis Europos Bendrijų teisės taikymas, bet ir doktriniai šio taikymo aspektai.

Antrajame straipsnyje, skirtame Europos Bendrijų Teisingumo

[18] Pranas Kūris. Europos Bendrijų Teisingumo Teismo veiklos aktualijos // Jurisprudencija, 2007, Nr. 7(97), p. 7–17.

Teismo veikimo problematikai, apžvelgtos trejų metų (2004–2007) Europos Bendrijų Teisingumo Teismo veiklos aktualijos. Per šį laiką ES teisminėje sistemoje įvyko institucinių, vidaus tvarkos ir darbo metodų pokyčių, o Teisingumo Teismo jurisprudencija papildyta naujais sprendimais. Profesorius Pranas Kūris straipsnyje toliau nagrinėja prejudicinę procedūrą, atkreipdamas dėmesį į jos pokyčius, mat pastaraisiais metais prejudiciniai sprendimai sudarė daugiau kaip pusę visų Teisingumo Teismo priimtų sprendimų. Trumpai apžvelgtos pagrindinės prejudicinio mechanizmo funkcijos: vienodo Bendrijos teisės taikymo ir aiškinimo visose ES valstybėse narėse užtikrinimo bei asmens Bendrijos teise jam suteiktų subjektinių teisių apsaugos stiprinimo, tada analizuojama, kaip šios funkcijos atsispindi EB Teisingumo Teismo pastarųjų metų praktikoje. Išsamiai aptarta ir nauja prejudicinio sprendimo priėmimo skubos tvarka procedūra, skirta su laisvės, saugumo ir teisingumo erdve susijusiems klausimams. Taip pat nagrinėjama naujųjų ES valstybių narių patirtis EB Teisingumo Teisme. Naujosios valstybės narės dalyvauja EB Teisingumo Teismo teisminiame procese kaip ieškovės, kaip atsakovės ir kaip įstojusios į bylą šalys. Pabrėžiamas EB Teisingumo Teismo ir naujųjų valstybių narių nacionalinių teismų bendradarbiavimas taikant prejudicinę procedūrą. Straipsnyje remiamasi naujausia EB Teisingumo Teismo jurisprudencija, pateikiamas jos komentaras.

Neabejotina, kad Pranas Kūris ir toliau nagrinės Europos Bendrijų Teisingumo Teismo veiklą, turtins teisės mokslą.

Ką būtų galima pasakyti apibendrinant šį kuklų bandymą pažvelgti į vieno iš pačių iškiliausių tarptautinės teisės ir Europos Sąjungos teisės specialistų veiklą? Pirmiausia profesorius Pranas Kūris – tai pavyzdys, kaip ne tik gabumai, bet ir ilgas, kruopštus, sunkus darbas sukuria didį žmogų – ne tik puikų savo srities specialistą, bet įvairiapusišką asmenybę – tokią, kokios dažnai vadinamos „Renesanso žmonėmis“. Jo veikla ir siekiai apima net keletą idealų: idealaus mokslininko, idealaus praktiko ir idealaus pedagogo – švietėjo. Todėl ne atsitiktinai Prano Kūrio vardas plačiai žinomas ne tik Lietuvoje, ne tik Europos Sąjungoje, bet ir pasauliniu mastu. Pavyzdžiui, 2007 m. išleistame žinyne „Who is who in public international law“ jis minimas greta žinomiausių šiuolaikinės tarptautinės teisės specialistų – sero Herscho Lauterpachto, Iano Browlie, Makso Schwebelio, Rosalyn Higgins ir kitų.

LE SCIENTIFIQUE, DIPLOMATE, JUGE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES – M. PRANAS KŪRIS

Vytautas Andriulis, Saulius Katuoka

Résumé

Les quarante dernières années on a vu la science lituanienne et internationale s'enrichir constamment par les travaux de M. Pranas Kūris, notamment par ses articles, ainsi que par ses études, monographies et publications des sources de droit international. Grâce à ses travaux et son activité, il est connu et reconnu depuis longtemps parmi les membres de l'Union européenne comme le Juge de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Le voilà en train de célébrer le jubilé d'une véritable maturité de la vie, de la science et de l'activité. Ainsi nous, ses actuels et futurs adeptes sur la route de la science et de l'activité, nous avons l'occasion et la possibilité d'essayer de le commémorer. Notre grande estime est exprimée par la présente étude collective en droit international dédiée à M. Pranas Kūris.

M. Pranas Kūris est né le 20 août 1938 à Šeduva. En 1961 il a obtenu son diplôme de la Faculté de Droit de l'Université de Vilnius, en 1961-1963 il y a travaillé comme enseignant. En 1963-1965 il a poursuivi ses études à la Faculté de Droit de l'Université de Moscou et en 1965 a obtenu le grade de docteur. Après son retour à la Faculté de Droit de l'Université de Vilnius, il y a travaillé comme maître des conférences (1965-1969 et 1971-1973) et comme le Doyen (1969-1971 et 1973-1977). En même temps il approfondît ses connaissances à l'Institut des Hautes Etudes Internationales à Paris (1967-1968) et à l'Académie de droit international de La Haye (1970). Il a soutenu sa thèse d'habilitation à l'Université de Moscou (1973) et en 1974 le nom du professeur en droit international lui a été discerné à l'Université de Vilnius.

M. P. Kūris a commencé sa pratique juridique en 1977, lorsqu'il a été nommé le Ministre de la Justice de la République Soviétique de Lituanie. Après la restauration de l'Independence de la Lituanie le 11 mars 1990, il a été nommé le Ministre de la Justice de la République de Lituanie (en 1991) et plus tard – le Conseiller d'État de la République de Lituanie (1991-1992). En 1990-1992 M. P. Kūris était le membre de la délégation d'État pour mener les pourparlers avec l'URSS. En 1992-1994 il était l'Ambassadeur de la République de Lituanie pour le Royaume de Belgique, le Royaume des Pays-

Bas et le Grand-Duché de Luxembourg. En avril 1994 M. P. Kūris a été élu le Juge de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.

En décembre 1994 il a été nommé le Juge de la Cour Suprême de Lituanie ainsi que le Président de ladite Cour.

A partir de 1998, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a entrepris son activité permanente, M. P. Kūris était élu le Juge pour la deuxième cadence dans cette cour.

A partir du mai 2004, M. P. Kūris est le Juge de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

La principale sphère des recherches scientifiques du professeur P. Kuris est le droit international. Les travaux scientifiques les plus importants sont dédiés à la recherche dans le domaine de la responsabilité d'État pour les infractions de droit international. Plus de 80 travaux sont rédigés sur cette thématique, dont six livres. Sa monographie «Les infractions de droit international et la responsabilité des États» (1973) a connue la plus haute reconnaissance. Ses conclusions ont servit de base pour la Commission du droit international des Nations Unies dans la préparation de la Convention sur la responsabilité des États. Pour propager les connaissances juridiques, plus de 200 articles en lituanien, en français et en anglais ont été publiés dans les encyclopédies et dans la presse périodique. Un grand nombre de documents de droit international ont été traduits en lituanien, quelques ouvrages ont été publiés sous son édition scientifique, notamment le livre de Vincent Berger «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme» traduit du français et paru en 1997.

Le professeur P. Kūris a assisté à plusieurs conférences internationales à Paris, Londres, Delhi, Caracas, Jérusalem, Moscou, Bruxelles, Leuven, La Haye, etc., et a présenté ses rapports scientifiques sur la thématique du droit international, de la protection des droits de l'homme, des relations internationales et autres questions. Il a présidé, pendant de longues années, le Conseil de la coordination des problèmes juridiques auprès de l'Académie des sciences de Lituanie, il est membre des jurys de soutenance des thèses en Lituanie et à l'étranger, il est membre de l'Association internationale de droit, le membre de l'éditeurs du revue «Jurisprudencija» de l'Université Mykolas Romeris.

Pour son apport à la restauration de l'indépendance de la Lituanie, à la création de la législation européenne en Lituanie, pour son véritable souci aux droits de l'homme, pour ses efforts dans l'éducation d'une jeune génération des juristes, M. P. Kūris a reçu, en 1998 (en commémorant le quatre-vingtième anniversaire de la restauration de l'État lituanien), la Grand-Croix Comandor de l'Ordre de Gediminas. En 1998 il a aussi reçu la Grand-Croix

de l'Ordre du Royaume de Norvège. Il est Chevalier Grand-Croix de l'Ordre d'Orange-Nassau du Royaume des Pays-Bas (2008). En 2004 il a reçu une médaille «Pour les mérites dans la poursuite de l'adhésion de la Lituanie à l'UE et à l'OTAN».

Le titre de docteur d'honneur a été attribué à professeur P. Kūris par l'arrêté du 12 février 2001 du Sénat de l'Université Mykolas Romeris.

SCIENTIST, DIPLOMAT, JUDGE OF EUROPEAN COURT OF JUSTICE PRANAS KŪRIS

Vytautas Andriulis, Saulius Katuoka

Summary

Lithuanian and international law science for more than 40 years in enriched by Pranas Kūris creations, first of all studies, monographies, the publications on international law sources. Now he is for already a long time thanks to his works and activity well known and recognized among European Union members as the European Court of Human Rights and European Court of Justice judge and celebrates the anniversary of real human life, science and activity maturity. Therefore the occasion and opportunity occurs to try to honour the celebrant in science and activity field. The expression of this respect is collective international law studio, dedicated to Pranas Kūris.

Pranas Kūris was born on 20 August 1938 in Šeduva, in 1961 he graduated from Vilnius university Law faculty in which he lectured in 1961-1963. In 1963-1965 he continued his studies in Moscow university Law faculty, worked as docent (1965-1969 and 1971-1973), dean (1969-1971 and 1973-1977). At the same time he has deepened his knowledge in Paris university Higher international studies institute (1967-1968), Hague international law academy (1970). He has defended doctoral thesis in Moscow university (1973), in 1974 he became the professor of international law at Vilnius university.

Pranas Kūris has started his practical lawyer's activity since 1977 when he was appointed as USSR minister of justice. After the restoration of Lithuanian statehood by the act of 11 March 1990, he was nominated as the minister of justice of Lithuanian Republic (until 1991), later on – Lithuanian Republic state counsel (1991-1992). P. Kūris was state delegation member for the negotiations with the USSR. In 1992-1994 he was Lithuanian Republic special accredited ambassador in Belgium, the Netherlands and Luxembourg. In April of 1994 P. Kūris is elected as a judge of the European Court of Human Rights.

In December of the same year he is appointed as a president of the Supreme Court of Lithuania.

Since 1998 after the constant operation of the European Court of Human Rights, P. Kūris is elected as a judge for second cadence at this court.

Since May of 2004 P. Kūris is the judge of the European Court of Justice.

The main field of professor P. Kūris scientific research – international law. The most important scientific works are dedicated to state liability for international law breaches. More than 80 works are written on this topic, six of them – books. The greatest recognition came to the monography "International law breaches and state liability" (1973). Its conclusions were used by the United Nations International law commission in the preparation of the convention on state liability. There are over 200 articles published in encyclopedias and periodical press in Lithuanian, French and English. Numerous international law documents are translated into Lithuanian, other publications are edited as scientific editor's. Among these the one which should be mentioned is originally French, therefore translated Vincent Berger book "The jurisprudence of the European Court of Human Rights" (1997).

Professor P. Kūris has delivered scientific presentations on such topics as international law, human right protection, international relations, etc. in numerous international conferences in Paris, London, Delhi, Caracas, Jerusalem, Moscow, Brussels, Leuven, Hague, etc. For many years he has lead the Lithuanian academy of sciences Law problems' coordination council, he also is a member of Lithuanian and foreign education and science institutions' graduate committees, international law association member, Mykolas Romeris university publication "Jurisprudence" editorial committee member.

As an acknowledgment for the contribution to the restoration of Lithuanian statehood, formation of European-oriented law in Lithuania, sincere care on human rights, efforts on educating the younger generation, P. Kūris in commemoration of Lithuanian state restoration 80th anniversary, has been awarded The Grand Duchy of Lithuania Gediminas Order Gunner Grand Cross. In 1998 he was also awarded the Kingdom of Norway Grand Cross Order, in 2008 Knight Grand Cross in the Order of Orange Nassau (Kingdom of the Netherlands). In 2004 he has been awarded with the medal for "The merits pursuing the membership of Lithuania in the EU and NATO".

According to the resolution of Mykolas Romeris university senate dated 12 February 2001 professor P. Kūris has been awarded the title of Doctor Honoris Causa.

I.

Žmogaus Teisės
Human Rights
Les droits de l'homme

MRU © MRU © MRU

L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DES COURS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME

Ireneu Cabral Barreto

I. Introduction

La Déclaration universelle des droits de l'homme, née de la volonté des peuples de mettre fin à la barbarie survenue pendant la Deuxième Guerre mondiale, à été concrétisée en divers instruments régionaux de protection des droits de l'homme.

Parmi eux, se distinguent les Conventions européenne (Convention) et interaméricaine (CAM) des droits de l'homme qui protègent les droits et libertés fondamentaux inhérents à la dignité humaine.

Pour le moment[1], ces deux instruments sont les seuls qui ont créé à l'intérieur du système un organe de contrôle – la Cour européenne des droits de l'homme (Cour) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour américaine), avec la compétence pour juger les requêtes contre les États Parties sur les violations des droits de l'homme.

Si à la fin de la procédure, ces organes trouvent que les États ont violé les droits ou les libertés garantis, dans un jugement dûment motivé, ils condamnent les États défaillants.

Les considérations suivantes seront dédiées à l'analyse de la façon dont les États doivent exécuter les décisions de ces organes qui consta-

[1] Il est attendu l'entrée en fonction d'une Cour dans le système de Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

tent des violations et la réaction possible en cas de résistance ou de désobéissance du côté des États.

Dans un premier temps, le système européen sera mis en relief, ensuite les différences principales du système américain à ce niveau seront examinées.

II. Le système européen

1. Les requêtes présentées à la Cour qui n'ont pas été déclarées irrecevables[2] sont examinées au fond.

Sur le fond, la Cour, dans un arrêt, déclare s'il y à eu ou pas violation de la Convention ou de ses Protocoles[3].

Si elle déclare qu'il y à violation, et si les conséquences de cette violation ne peuvent pas être intégralement effacées au niveau interne, la Cour accorde en règle générale[4] à la partie lésée une satisfaction équitable, dans l'arrêt lui-même ou bien, plus tard, dans un arrêt autonome.

Comme la Cour l'a souligné plusieurs fois, les arrêts laissent, en règle générale, aux Parties contractantes le choix des moyens à utiliser dans leur ordre juridique interne pour respecter l'obligation, aux termes de l'article 46 de la Convention, de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties[5].

Cependant, pour aider les États à remplir leurs obligations, la

---

[2] Une requête peut être déclarée irrecevable pour des raisons formelles (non-épuisement des voies de recours internes ou non-introduction de la requête dans le délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive) ou pour des raisons qui touchent au fond (manifestement mal fondée ou abusive) – cf. article 35 de la Convention.

[3] Les parties (l'État et les requérants) peuvent aussi arriver à régler l'affaire à l'amiable; dans cette hypothèse, la Cour raye l'affaire du rôle par une décision qui se limite à un bref exposé des faits et de la solution adoptée – article 39 de la Convention.

[4] Parfois, la Cour arrive à la conclusion que le constat de la violation suffit pour réparer le dommage moral – arrêt Letelier, du 26 juin 1991, Série À 207, p. 23, § 63.

[5] Voir ma contribution pour les Mélanges Wildhaber, «Les effets de la Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre juridique et judiciaire portugais», in «Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg», N.P. Engel, Kehl, 2007, p. 65.

Cour en est venue, chaque fois un peu plus, à préciser les mesures qui doivent être prises pour mettre un terme à une situation structurelle constatée par elle, donnant en quelque sorte suite à l'appel du Comité des Ministres (Résolution (2004)3, du 12 mai 2004) qui invitait la Cour à identifier, dans ses arrêts où elle constate une violation de la Convention «*ce qui, d'après elle, révèle un problème structurel sous-jacent et la source de ce problème*», en particulier lorsque celui-ci est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes, de façon à aider les États à trouver la solution appropriée et le Comité des Ministres à surveiller l'exécution des arrêts[6].

Et il est aussi possible que, dans d'autres cas exceptionnels, la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement le choix et que la Cour soit conduite à indiquer exclusivement les mesures susceptibles d'effacer les conséquences de la violation[7].

De même, dans le contexte de la procédure pénale, le constat de violations de règles élémentaires du procès équitable à amené la Cour à dire qu'un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée[8].

2. Il découle du caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré dans la Convention que les autorités nationales, sauf dans les cas exceptionnels où des mesures spécifiques ont été indiquées par la Cour, sont libres, sous le contrôle du Comité

---

[6] Cette pratique à donné lieu à ce qu'on appelle «les arrêts pilotes», arrêts qui s'occupent des situations de caractère structurel, systémique, ou de fréquence trop élevée: la Cour identifie d'une façon très précise les violations structurelles ou très fréquentes et demande à l'État l'adoption de mesures générales pour remédier la situation et mettre fin aux requêtes répétitives; voir, par exemple, les arrêts Broniowski, du 22 juin 2004, Recueil des jugements et décisions (Recueil), 2004-V, p. 1, Xenides-Arestis, du 22 décembre 2005, et Hutten-Czapska, du 19 juin 2006, où la Cour à fixé expressément des mesures générales et spéciales pour surmonter la situation.

[7] Voir les arrêts Assanidzé, du 8 avril 2004, Recueil 2004-II, p. 210, § 203 (seulement la libération immédiate du requérant pouvait porter remède à la violation constatée) et Ilaşcu et autres, du 8 juillet 2004, Recueil 2004-VII, p. 130, § 490 (la République de Moldova et la Fédération de Russie doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur libération immédiate).

[8] Cf. l'arrêt Öcalan, du 12 mai 2005, Recueil 2005-IV, p. 116, § 210.

des Ministres, de choisir les mesures à prendre pour se conformer aux arrêts définitifs de la Cour[9].

S'il à violé la Convention, l'État est obligé de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à la violation et pour effacer ses conséquences[10].

L'obligation prise par les États de se conformer aux arrêts de la Cour est en même temps une obligation de comportement et de résultat, dès lors que l'État mis en cause est obligé d'arriver à un certain résultat (exécuter l'arrêt) et d'observer le comportement adéquat pour y parvenir[11].

Les effets de l'arrêt dans l'ordre juridique interne d'un État ont besoin de la médiation de celui-ci par le biais d'un acte qui leur donne satisfaction.

Dans l'exécution d'un arrêt, les obligations pesant sur l'État défendeur peuvent être multiples.

Premièrement, **mettre fin à la violation** si, au moment du prononcé de l'arrêt de la Cour, l'illicite se poursuit; tout cela découlant directement de l'obligation inscrite au § 1 de l'article 46 de la Convention:

«*Les hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties*».

Deuxièmement, **effacer les conséquences de la violation constatée**.

Les modalités et la nature des mesures varient d'un État partie à l'autre et peuvent dépasser la situation concrète de l'affaire.

---

[9] Voir ma contribution pour les Mélanges Wildhaber, «Les effets de la Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre juridique et judiciaire portugais», précitée.

[10] Cf., parmi d'autres, ÉLISABETH LAMBERT, «*Les effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*», Bruylant, Bruxelles, 1999, et JOHAN CALLEWAERT, «*L'article 53*», in «*La Convention européenne des Droits de l'homme*», sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert, Economica, Paris, 1995, p. 848; voir encore l'arrêt Maestri, du 17 février 2004, Recueil 2004-I, p. 163, § 47.

[11] Luís Ignacio Sanchez Rodriguez, «*Los sistemas de protección americano y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de la sentencias de las respectivas Cortes de Justicia*», in «*La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*», San José, Costa Rica, 1994, p. 50.

En principe, une fois constatée une violation, l'idéal comme réparation serait la *restitutio in integrum*, avec l'effacement de toutes les conséquences liées à la violation et la restitution de la situation telle qu'elle se trouverait sans la dite violation.

La *restitutio in integrum* est exclue dans le cas d'une impossibilité concrète, due à la nature de la violation, comme, par exemple, dans le cas d'une privation de liberté contraire à l'article 5 déjà purgée, ou dans le cas d'une impossibilité juridique.

Si la Cour conclut qu'il à violation de la Convention ou de ses Protocoles, elle examine, ensuite, si l'ordre juridique interne offre les moyens pour effacer les conséquences d'une telle violation ou, si tel n'est pas le cas, s'il y à besoin d'accorder une réparation à la partie lésée.

La «réparation» comprend, en règle générale, les dommages matériel et moral et les frais et dépens de la procédure interne et devant la Cour.

Dans cette hypothèse, l'arrêt combine son effet déclaratoire avec une décision de «réparation».

Cependant, si la Cour reconnait que la réparation ne peut pas être parfaite et, par conséquent, accorde une indemnisation au requérant, cela ne signifie pas que l'État aura exécuté l'arrêt du simple fait qu'il aura versé une indemnité, dès lors qu'il faut effacer, dans la mesure du possible, toutes les conséquences découlant de la violation constatée[12].

En troisième lieu, prévenir des violations semblables dans le futur: cette obligation prend son fondement tant dans la lettre (articles 46º et 1[er]) que dans l'esprit de la Convention; en ratifiant la Convention, les États s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci[13].

---

[12] Par exemple, même dans les affaires de longueur de procédure, où une violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention à été constatée, les États, au delà du paiement de la somme allouée, ont, parfois, donné des informations sur les mesures prises pour écarter la répétition de nouvelles violations. Cf. les affaires Martins Moreira, arrêt du 26 octobre 1998, Série À nº 143 (Résolution du Comité des Ministres (89) 22, du 19 septembre 1989), et Moreira Azevedo, arrêt du 23 octobre 1990, Série À nº 189, (Resolution du Comité de Ministres (92)10, du 20 février 1992).

[13] arrêt Maestri, précité, § 47.

Cette obligation sera ainsi le corolaire de l'exécution de bonne foi, à laquelle fait référence l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui impose l'élimination dans l'ordre juridique interne de toute disposition ou de toute pratique susceptibles de provoquer une nouvelle violation de la Convention[14].

En conclusion, l'État partie à la procédure dans laquelle il à été condamné est tenu de se conformer à la décision, de l'exécuter de bonne foi et volontairement.

Cette obligation découle des principes sous-jacents au droit international auxquels les États qui souscrivent à des textes internationaux doivent se soumettre.

D'abord, **le principe de la cohérence**: si un État reconnait la compétence de la Cour, il doit harmoniser son ordre juridique interne avec les droits protégés dans la Convention, et notamment les mécanismes juridictionnels internes de protection avec les mécanismes internationaux[15].

En deuxième lieu, **les principes de coordination et de coopération**, acceptés d'une façon implicite et unilatérale par les États, obligent ces derniers à s'accorder avec le système international et à coopérer avec lui, en vue du respect de l'obligation d'exécuter *in foro domestico* la décision de la Cour et, aussi, à prendre toutes les mesures nécessaires pour aboutir ce résultat.

En dernier lieu, le principe de la «constitutionalité démocratique», soit en reconnaissant à la Convention un niveau constitutionnel (par voie d'interprétation ou d'application directe) soit en lui reconnaissant un niveau supralégal[16].

En effet, un État qui, après avoir volontairement accepté un système juridictionnel externe pour la protection des droits fondamentaux, refuserait finalement d'admettre l'efficacité de celui-ci sous prétexte de conflits constitutionnels insurmontables manquerait de cohérence.

---

[14] Elisabeth Lambert, op. cit, p. 112.

[15] Luís Ignácio Sanchez Rodriguez, loc. cit., p. 501.

[16] Pour connaitre la position de la Convention dans la hiérarchie des sources du droit dans les diverses Hautes Parties contractantes, voir José Manuel Cardoso da Costa, «Constitutional Supremacy of Human Rights Treaties», in «The statues of international treaties on human rights», Council de l'Europe, septembre 2006, p. 7.

Les juges nationaux doivent rechercher une interprétation de la Constitution rendant possible une forme d'intégration du système national dans la Convention en vue de l'exécution des décisions de la Cour.

Lorsqu'il interprète la loi ordinaire, le juge national doit le faire d'une façon qui ne contrarie pas la Convention; et si une telle interprétation n'est pas possible, il doit alors signaler la violation de la Convention par la norme en cause et ne pas l'appliquer au litige[17].

3. Les arrêts de la Cour, une fois définitifs, ont la force de «chose jugée» entre les parties.

Leur exécution par l'État défendeur peut demander de sa part des mesures individuelles adaptées au cas concret mais aussi des mesures de caractère général.

Si cela est clair dans le contexte des requêtes interétatiques, ça l'est aussi pour les requêtes individuelles.

Si la violation se trouve dans la norme elle-même, seule une modification de celle-ci permettra de respecter la décision de la Cour.

Cette exigence implique que la loi en cause doit être rendue inapplicable car chaque application de la loi emporte une violation des obligations qui découlent pour l'État de l'article 46 § 1 de la Convention[18].

Si la violation émane d'un acte administratif ou judiciaire qui n'a pas encore force de «chose jugée», l'exécution de l'arrêt de la Cour ne demandera que la réforme ou l'annulation de l'acte, ce qui ne soulève aucune difficulté dans les États où la Convention est incorporée au droit interne avec une valeur supérieure aux dispositions normatives ordinaires.

Toutefois, si l'acte administratif ou judiciaire à déjà acquis force de «chose jugée», l'exécution de l'arrêt de la Cour, dans les États qui

---

[17] Voir Michel Fromont, «*Le juge français et la Cour européenne des droits de l'homme*», in «*Mélanges Georg Ress*», 2005, p. 965.

[18] S. K. Martens, "*Individual complaints under article 53 of the European Convention on Human Rights*", *in* «*The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe* », *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol III, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 268, note 34, et Frédéric Lazaud, «*L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*», Tomo I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 217.

ne considèrent pas un tel arrêt comme un «fait nouveau» pour la révision des décisions internes, n'est pas chose facile.

Dans le cas où la Cour conclut que la décision interne est contraire à la Convention et que la personne lésée continue de subir des conséquences négatives très graves, la décision interne doit être suspendue et des mesures appropriées doivent être prises afin de réexaminer l'affaire[19].

C'est ce à quoi appellent la Cour[20] et le Comité des Ministres[21], et c'est de plus en plus la pratique suivie dans les États parties à la Convention[22].

4. L'arrêt de la Cour, soulignons-le encore une fois, n'oblige que l'État partie à la procédure, ils n'ont pas une autorité de chose jugée *erga omnes*, entendue dans le sens classique de l'expression: les États non parties ne sont pas obligés de prendre les mesures inscrites dans le dispositif de l'arrêt.

Le principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée s'applique donc aux arrêts de la Cour.

Toutefois, la Cour à souligné que ses arrêts «*servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais, plus largement, à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes*»[23].

L'interprétation de la Convention qui émane de la Cour doit être considérée comme faisant corps avec celle-ci. On peut donc dire que ce ne sont pas les arrêts de la Cour qui ont autorité sur les États membres non parties au litige, mais la Convention elle-même telle qu'interprétée par la Cour[24].

Un arrêt peut exiger d'un État tiers des changements de la législation ou de la pratique judiciaire ou administrative en raison de l'incompatibilité manifeste de l'ordre juridique interne avec les dispo-

---

[19] Sont exclus les cas où il n'existe pas de lien de causalité entre la violation constatée et les conséquences qui découlent de la décision.

[20] Arrêt *Öcalan c. Turquie*, CEDH 2005, § 210, précité.

[21] Recommandation n° R (2000) 2 du 19 janvier 2000.

[22] Exposé des motifs de la recommandation n° R (2000 (2), § 3.

[23] Arrêt *Irlande c. Royaume Uni* du 18 janvier 1978, série À n° 25, p. 62, § 154.

[24] A. Drzemczewski et P. Tavernier, *loc. cit*. p. 38.

sitions de la Convention telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence de la Cour.

Il sera donc prudent pour toutes les autorités, même celles qui n'appartiennent pas à l'État mis directement en cause, d'accueillir la doctrine qui émane des arrêts de la Cour pour éviter d'éventuelles violations de la Convention dans l'avenir.

5. Pour revenir à l'exécution de l'arrêt par l'État mis en cause, il faut reconnaitre que la partie de l'arrêt concernant les sommes accordées par la Cour à été toujours exécutée avec plus ou moins de difficulté.

Toutefois, des difficultés accrues apparaissent en ce qui concerne la partie déclaratoire de l'arrêt où la Cour conclut qu'il y à eu violation de la Convention.

Il faut effacer toutes les conséquences de la violation, ce qui peut demander, par exemple, de refaire, dans la mesure du possible, la carrière d'un fonctionnaire qui à subi des préjudices liés à la méconnaissance de ses droits inscrits dans la Convention.

En plus, l'État en cause doit comptabiliser son ordre juridique et sa pratique judiciaire ou administrative pour écarter la possibilité d'offenser à nouveau la Convention.

6. Au contraire du système interaméricain où, comme on verra, c'est la Cour interaméricaine qui s'occupe de la matière, dans le système européen, la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour est confiée à un organe du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres - § 2 de l'article 46 de la Convention.

Le Comité des Ministres est un organe politique du Conseil de l'Europe, composé de représentants de chaque État membre du Conseil de l'Europe, soit par les ambassadeurs permanents devant l'organisation.

Le Comité des Ministres, surtout au cours de ces dernières années, à accompli une action plus précise et détaillée, visant à arriver, autant que possible, selon le contexte, à une véritable *restitutio in integrum*[25].

---

[25] Gérard Cohen-Jonathan, «*Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des Droits de l'homme*», in «*Mélanges Pierre Lambert*», Bruxelles, 2000, p. 130.

Une fois reçu l'arrêt où la Cour à constaté une violation, le Comité des Ministres invite l'État défendeur à l'informer de toutes les mesures prises en conséquence de l'arrêt.

Si l'État en cause exécute dans le délai imparti toutes les obligations qui découlent de l'arrêt et donne l'information y relative, le Comité des Ministres adopte une résolution constatant ce fait – article 17 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables[26].

Mais les arrêts ne sont pas toujours exécutés avec la célérité demandée.

La lenteur dans l'exécution de l'arrêt peur dériver de plusieurs facteurs, certains inhérents à la complexité de la situation, d'autres résultant d'une absence de volonté ou même d'un refus du côté des États condamnés.

Dans la première hypothèse, qui arrive fréquemment quand il y à besoin de changer la législation, le Comité des Ministres, conscient de la morosité de cette procédure, adopte des résolutions intérimaires, dites d'encouragement, demandant, parfois, l'adoption de mesures provisoires qui, en pratique, puissent prévenir de nouvelles violations découlant de l'application d'une norme jugée incompatible avec la Convention[27].

Ou alors, il charge la Division générale II (droits de l'homme), qui est le service du Conseil de l'Europe qui apporte, à ce niveau, l'appui nécessaire au Comité des Ministres, de fournir toute aide technique aux États pour qu'ils arrivent à exécuter l'arrêt.

La deuxième hypothèse, celle d'une absence de volonté ou d'un refus, est très rare; normalement, les États ne déclarent pas qu'ils ne veulent pas honorer leurs obligations, mais plutôt qu'ils ont des difficultés, de nature économique ou autre, pour faire exécuter l'arrêt.

Il n'y à qu'un seul cas où un État à essayé de se soustraire à ses obligations, par le biais d'une sortie du Conseil de l'Europe: il s'agit de la

---

[26] Adoptées par le Comité des Ministres le 10 mai 2006 lors de la 964e réunion des Délégués des Ministres.

[27] Élisabeth Lambert Abdelgawad, *«L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme»*, «*Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*», Année 18, nº 71, 1 juillet 2007, p. 680.

Grèce du régime des «colonels», qui à dénoncé la Convention et quitté le Conseil de l'Europe le 12 décembre 1969[28].

Toutefois, d'après l'article 58, § 2 de la Convention, la dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie contractante des obligations contenues dans la Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation prend effet.

Dans l'affaire grecque, la dénonciation prenait effet le 13 juin 1970, mais antérieurement, le 10 avril de cette année-là, le Danemark, la Norvège et la Suède avaient présenté une requête contre la Grèce.

La Commission se déclara compétente pour examiner l'affaire, dès lors que la Grèce conservait ses liens avec la Convention, même au-delà du 12 juin 1970 pour les faits pratiqués jusqu'à cette date en violation éventuelle de la Convention[29].

La Grèce est retournée au Conseil de l'Europe et à ratifié de nouveau la Convention le 28 novembre 1974; la requête interétatique susmentionnée à été rayée du rôle puisque les États demandeurs et défendeur ont fait savoir qu'ils n'étaient plus intéressés à poursuivre la procédure[30].

Mais, on le répète, ce fut une situation unique; dans les affaires où on peut déceler que l'État en cause n'exécute pas ses obligations, en avançant des motifs divers, mais qui au fond révèlent une absence de volonté ou un refus caché, le Comité des Ministres essaie, avec des résolutions intérimaires, d'exercer toute la pression politique possible sur cet État, le rappelant à ses responsabilités, en laissant affleurer une allusion plus ou mois claire à des mesures radicales.

Parfois, le Comité des Ministres demande l'aide d'autres partenaires, notamment les autres États parties et l'Assemblée parlementaire[31].

---

[28] Voir mon livre «*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», 3ème édition, Coimbra, 2005, p. 342 (annotation à l'article 58).

[29] Décision du 26 mai 1970, Requête nº 4448/70, Annuaire de la Convention, vol. XIII, p. 109.

[30] Décision du 4 octobre 1976, Requête nº 4448/70, Décisions et Rapports, nº 6, p. 7.

[31] L'Assemblée parlementaire est le Parlement du Conseil de l'Europe, composé d'un nombre variable de députés de chaque pays membre.

Il faut aussi rappeler le rôle croissant que, surtout ces dernières années, l'Assemblée parlementaire à joué dans ce domaine, chargeant sa Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme de suivre l'exécution des arrêts de la Cour qui ont posé plus de difficultés.

L'Assemblée parlementaire à demandé, pour certaines affaires, l'intervention de ses membres devant leurs gouvernements et parlements, et parfois même menacé de suspendre l'accréditation des délégations des États qui n'exécutent pas les arrêts de la Cour[32].

Au niveau des principes, l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe oblige les États membres à reconnaitre la prééminence du droit et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales[33].

Le refus systématique de l'exécution d'un arrêt de la Cour représente une grave violation de l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe, et, partant, dans ce cas, un État «*peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer ....; et, s'il n'est pas tenu compte de l'invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit à cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même*» - article 8 du Statut du Conseil de l'Europe.

Mais cette solution extrême, cette véritable épée de Damoclès, apparaît d'une telle gravité que son application concrète devient, sinon impossible, au moins très délicate[34].

Pour le moment, le dialogue constructif à la possibilité de rompre certaines résistances et de permettre l'adoption de mesures satisfaisantes pour l'exécution des arrêts de la Cour.

Pour un exemple où ce dialogue à donné ses fruits, on doit se référer à l'exécution de l'arrêt *Poitrimol c. France*[35].

---

[32] Ed Bates, «*Supervising the Execution of judgments delivered by the European Court of Human Rights: The challenges facing the Committee or Ministers*», in «*European Court of Human Rights – Remedies and Execution of Judgments*», BIICL, 2005, p. 59; voir aussi Élisabeth Lambert Abdelgawad, loc. cit., p. 695.

[33] Voir «*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», citée, p. 336 (annotation à l'article 54).

[34] Laurent Sermet, «*L'Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*», in «*Annuaire de Droit Européen*», 2003, vol I, Bruxelles, 2005, p. 334.

[35] Du 23 novembre 1993, série A nº 277-A. Cf. Régis de Gouttes, «*Le juge judiciaire français et la Convention européenne des Droits de l'Homme; avancées et réticences*», *in*

Dans cet arrêt, la Cour à conclu à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 c) parce que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait refusé d'admettre la recevabilité d'un pourvoi formé par l'avoué d'un condamné en fuite qui n'avait pas déféré au mandat d'arrestation émis contre lui, car «l'irrecevabilité du pourvoi, pour des raisons liées à la fuite du requérant, s'analysait (...) en une sanction disproportionnée, eu égard à la place primordiale que les droits de la défense et le principe de la prééminence du droit occupent dans une société démocratique» (§ 38).

L'arrêt allait à l'encontre d'une jurisprudence de la Cour de cassation française bien établie depuis le 19ème siècle. Après cet arrêt, la chambre criminelle à réaffirmé sa jurisprudence traditionnelle, en y apportant seulement deux limitations:

– la recevabilité d'un pourvoi formé par le condamné lui-même ou son représentant, ce pourvoi étant toutefois frappé de déchéance si le requérant ne s'est pas constitué prisonnier au plus tard la veille de l'audience (sauf dispense accordée par la juridiction du fond);
– la recevabilité du pourvoi du condamné qui justifie de circonstances l'ayant mis dans l'impossibilité absolue de se soumettre en temps utile à l'action de la justice.

D'après le rapport général de la IXème Conférence des cours constitutionnelles européennes de mai 1993[36], la difficulté pour le juge français résidait dans le fait qu'il ne pouvait pas faire prévaloir la Convention sur les normes constitutionnelles nationales, qui se situent au niveau suprême dans l'ordre juridique interne.

Toutefois, la Cour à réaffirmé sa jurisprudence dans les arrêts *Omar c. France* du 29 juillet 1998[37] et *Khalfaoui c. France* du 14 décembre 1999[38] en insistant «sur le rôle crucial de l'instance de cassation, qui constitue une phase particulière de la procédure pénale dont l'importance peut se révéler capitale pour l'accusé».

«Quelle Europe pour les Droits de l'Homme», Bruyant, Bruxelles, 1996, pp. 217 et suivantes et ce qui j'ai écrit dans les Mélanges Wildhaber, p. 75.

[36] Cf. J. Robertin, «Rapport général de la IXème Conférence des Cours Constitutionnelles européennes», p. 797, cit. *in* Régis de Gouttes, *Loc. cit.* p. 233

[37] *In* Recueil 1998-V, p. 1829.

[38] *In* Recueil 1999-IX, p. 23.

La situation litigieuse à été résolue par la loi du 15 juin 2000, qui à abrogé l'article 583 du code de procédure pénale et harmonisé ainsi l'ordre juridique français avec la Convention.

Une autre affaire qui peut être invoquée à ce propos est celui des Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis.

Dans son arrêt du 9 décembre 1994[39], la Cour à trouvé plusieurs violations, et notamment une violation du droit de propriété, et à accordé une réparation importante.

Le gouvernement grec à pris jusqu'au 17 janvier 1987 pour payer l'indemnisation, nonobstant les pressions exercées par le Comité des Ministres; il semble même qu'un projet de résolution ait été circulé où, pour la première fois, une référence claire à l'article 8 du Statut était faite[40].

Dans l'affaire Loizidou, arrêt du 28 juillet 1998, le Comité des Ministres à eu besoin d'adopter quatre résolutions intérimaires; l'une d'elles, la Résolution nº (2003) 174, avec la menace de prendre toutes les mesures adéquates, à contribué de façon décisive à ce que la Turquie verse à Madame Loizidou la somme allouée par la Cour.

Dans l'affaire Ilaşcu et autres, précitée, la Cour, dans son arrêt du 8 juillet 2004, (§ 490), après avoir considéré que «*toute continuation de la détention irrégulière et arbitraire des trois requérants entraînerait nécessairement ..... un manquement aux obligations qui découlent pour les États défendeurs de l'article 46 § 1 de la Convention de se conformer à l'arrêt de la Cour*», à demandé aux États défendeurs «*de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur libération immédiate*».

La Fédération de Russie, un des États défendeurs, même si elle à payé dans le délai imparti la somme à laquelle elle à été condamnée, s'est refusée à remplir les autres obligations qui découlaient de l'arrêt; la Russie soutenait que, pour obéir à l'arrêt, elle devrait s'ingérer dans les affaires internes d'un autre État souverain, dès lors que la Transnistrie, où les requérants étaient détenus, ne se trouvait pas sous sa souveraineté.

Devant ce refus, le Comité des Ministres, dans sa 3éme Réso-

[39] In Série A, nº 301-B.

[40] Gérard Cohen-Jonathan, loc. cit, p. 133.

lution intérimaire, du 1er mars 2006, à rappelé que l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour est inconditionnelle et à insisté pour que les résultats exigés par l'arrêt de la Cour soient atteints sans délai supplémentaire.

Malgré cela, l'impasse à persisté, et c'est pourquoi, dans la 4éme Résolution intérimaire du 10 mai 2006, le Comité des Ministres, après avoir rappelé de nouveau que l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour est inconditionnelle et est **une des conditions pour être membre du Conseil de l'Europe** (*c'est nous qui soulignons*), s'est déclaré «*résolu à assurer, par tous les moyens à la disposition de l'Organisation, le respect des obligations de la Fédération de Russie en vertu de cet arrêt*» et à appelé «*les autorités des États membres à prendre les mesures qu'elles estiment appropriées à cette fin*».

Réagissant à cet appel véhément, la délégation finlandaise, en représentant des États aussi membres de l'Union européenne et soutenue par les quatorze autres États membres du Conseil de l'Europe, à déploré l'attitude de la Russie qui mettait en péril la crédibilité de l'organisation et à demandé que le contenu de la Résolution du 10 mai 2006 soit portée à la connaissance des Nations Unies et de l'OSCE.

Malgré tout cet effort, les interventions répétées du Comité des Ministres, de l'Assemblée parlementaire et du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, la Fédération de Russie n'a pas changé sa position jusqu'à la libération des détenus en juillet 2007.

Le Protocole 14 additionnel à la Convention à essayé de réduire la situation de malaise dans laquelle se trouve le Comité des Ministres devant un refus délibéré de la part d'un État d'exécuter un arrêt, en introduisant la possibilité pour le Comité de s'adresser à la Cour s'il estime qu'une Partie se refuse à se conformer à l'arrêt.

«*Dans ce contexte, lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette Partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1*».- § 4 de l'article 46 de la Convention, dans la rédaction donnée par le Protocole 14[41].

[41] À ce jour, le Protocole 14 n'est pas entré en vigueur parce que la Fédération de Russie n'a pas encore déposé son instrument de ratification.

D'après le § 5 de l'article 46 de la Convention, dans la rédaction donnée par le Protocole 14, «*si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y à pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen*».

Cette procédure aura toujours un caractère exceptionnel et constituera une forme de pression de plus si la Partie contractante essaie d'ajourner l'exécution de l'arrêt de la Cour.

Une conclusion finale sur le système européen: l'actuel système d'exécution des arrêts de la Cour a, de façon générale, fonctionné efficacement dans la plupart des affaires.

Les États exécutent les mesures individuelles, pécuniaires ou d'une autre nature sans difficultés majeures et dans le délai imparti, en règle générale trois mois.

Des difficultés majeures apparaissent quand il s'agit de répondre aux mesures de caractère général, celles qui exigent des changements dans l'ordre juridique ou dans la pratique judiciaire ou administrative; mais il faut souligner l'effort des États, parfois aidés par les services du Conseil de l'Europe, pour répondre aux exigences que pose l'arrêt.

Dans les situations de refus, et comme la suspension ou l'expulsion de l'organisation, bien que prévues, seront toujours d'application délicate, la pression politique et diplomatique du Comité des Ministres, en premier lieu, et ensuite de l'Assemblée parlementaire et des États membres sur l'État en situation de manquement à été suffisante pour résoudre la question.

Dans toutes les affaires, sauf rarissimes exceptions, le système à donné une réponse satisfaisante; et les exceptions ne sont pas suffisantes pour mettre en péril un système qui, malgré tout, à fonctionné pendant presque soixante ans dans le respect des principes qui caractérisent le Conseil de l'Europe, notamment le respect des décisions de la Cour[42].

[42] Il y à d'autres décisions de la Cour qui trouvent aussi des difficultés dans leur exécution par les États Parties: les mesures provisoires, prononcées dans des situations graves et urgentes, en règle générale liées à l'article 3 de la Convention.
Il y avait des doutes sur le caractère obligatoire de ces mesures qui sont prévues non pas dans le texte de la Convention (au contraire de ce qui arrive dans la CAM – artic-

Il faut rappeler que la Cour à l'avantage de travailler dans un ensemble homogène, réunissant un certain nombre d'États qui partagent un patrimoine commun de respect pour la liberté et la prééminence du droit; cette homogénéité est de nature à favoriser la réception des arrêts de la Cour par les ordres juridiques nationaux[43].

La question qui peut être soulevée est celle de savoir si, en suivant l'exemple de l'Union européenne, on devrait aller plus loin.

Dans le système communautaire, dans l'hypothèse de réticences dans l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), l'État condamné peut recevoir un avertissement par écrit de la Commission pour qu'il exécute l'arrêt; s'il ne s'y conforme pas, l'État peut se voir infliger des amendes après qu'un arrêt de la CJCE ait constaté précisément ce manquement[44].

En introduisant dans le Protocole 14 la possibilité pour la Cour de constater, à la demande du Comité des Ministres, qu'un État n'exécute pas son arrêt, possibilité clairement inspirée du système communautaire, n'aurait-on pas dû aller plus loin et prévoir des sanctions adéquates pour ces fautes comme l'avait proposé l'Assemblée parlementaire?

Que devra faire le Comité des Ministres après la confirmation par la Cour du manquement de l'État? Quelles mesures pourra-t-il adopter?

Ce sont des interrogations auxquelles seule la pratique future pourra apporter la réponse adéquate.

©

le 63, où le caractère obligatoire de ces mesures n'a jamais été questionné), mais dans l'article 39 du Règlement de la Cour.

La Cour, dans son arrêt Mamatkulov, du 4 février 2005, Recueil 2005-I, à conclu que ces mesures sont, en règle générale, obligatoires pour les États; s'il y avait une non-exécution de ces mesures provisoires, l'État en cause violerait l'article 34 de la Convention, violation qui peut entrainer pour l'État l'obligation d'indemniser les dommages subis par le requérant en conséquence.

[43] Frédéric Lazaud, op. cit, Tome I, p. 40.

[44] Frédéric Lazaud, op. cit, Tome I, p. 42.

III. Le système interaméricain

1. À la différence du système européen, il existe une carence institutionnelle dans le système interaméricain en ce qui concerne la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour interaméricaine.

Ayant en vue cette lacune, le président de la Cour interaméricaine à proposé au Conseil permanent et à l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains (OEA), dans les années 2000/2001, la création d'un groupe de travail permanent au sein de la Commission des affaires juridiques et politiques (CAJP) de l'OEA, composé des représentants des États Parties à la CAM.

Ce groupe de travail serait chargé de surveiller l'exécution des arrêts et décisions de la Cour interaméricaine, ce qui permettrait de combler l'actuel vide institutionnel, en adoptant une solution très proche de celle existant dans le système européen[45].

Mais, malgré cette lacune qui laisse tout l'effort de surveillance de l'exécution des arrêts à la Cour interaméricaine, il faut dire qu'il n'y à pas de différences notables par rapport aux principes et méthodes d'action.

Les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation à ce niveau, nonobstant le fait que la Cour interaméricaine est beaucoup plus précise dans l'indication de la manière dont la violation constatée doit être effacée au niveau interne.

En effet, quand une violation est constatée, l'article 63 de la CAM offre à la Cour interaméricaine différents moyens pour faire effacer les conséquences de la violation, allant parfois au-delà des seules indemnités pécuniaires.

Dans certaines affaires, la Cour interaméricaine à choisi des chemins imaginatifs, comme, par exemple, en demandant aux États de prendre des mesures positives qui seraient difficilement envisageables dans le système européen[46].

---

[45] Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade, «*Os efeitos das decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno dos Estados*», in «*Liber Amicorum Cançado Trindade*», Tome V, Porto Alegre, Brésil, 2005, p. 305.

[46] Lucius Caflisch et António A. Cançado Trindade, «*Les Conventions américaine et européenne des Droits de l'Homme et le Droit International généra*l», in «*Revue générale de droit international public*», Tome C, VIII – 2004, p. 40.

2. Il semble que la plus significative différence du système américain par rapport à l'européen se trouve dans les dispositions de l'article 62, § 2 de la CAM qui permettent que l'indemnisation accordée dans l'arrêt de la Cour interaméricaine soit exécutée devant les tribunaux nationaux; toutefois, il n'y à pas de précédents qui puissent faire lumière sur les modalités pratiques de cette disposition[47].

La doctrine s'interroge, par exemple, pour savoir si l'arrêt de la Cour interaméricaine à besoin, comme tout jugement qui émane d'un tribunal étranger, d'un *exequatur* par l'organe juridictionnel compétent[48].

Mais, pour le reste, on reconnait que la Cour interaméricaine est moins bien armée que le Comité des Ministres européen pour réagir devant les résistances ou refus délibérés devant l'exécution de ses décisions, et par conséquent on comprend le souhait de confier cette tache à un organe politique.

D'ailleurs, dans l'hypothèse où un État ne donne pas exécution à ses arrêts, ce qui reste à la Cour interaméricaine sera la présentation d'un rapport à l'Assemblée générale de l'OEA, avec des recommandations pertinentes – article 65 de la CAM.

Ainsi, même la question de la non-exécution n'est plus un problème juridique, et devient une question politico-diplomatique à la charge de l'Assemblée générale de l'OEA.

3. Toutefois, il faut le dire, la Cour interaméricaine à montré du courage et de la détermination dans ce domaine et, avec une haute conscience de sa mission dans la sauvegarde et promotion des droits de l'homme, elle à pu surmonter les obstacles qui, parfois, sont apparus dans son chemin dans l'exécution des ses décisions.

Un des plus graves défis à son autorité à été celui du Gouvernement du Pérou au temps du Président Fujimori, à propos de l'affaire Castillo Petruzzi.

Pour des raisons de politique interne, Fujimori à essayé de retirer l'instrument d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour interaméricaine avec des «effets immédiats», ce qui était manifeste-

---

[47] Luís Ignacio Sanchez Rodriguez, loc. cit., p. 502.

[48] Isabela Piacentini de Andrade, «*A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*», in «*Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba*», vol. 3, nº 3, Jan./Jun. 2006, p. 155.

ment interdit par le paragraphe 1 de l'article 78 de la CAM qui dispose que pareille dénonciation produit des effets moyennant un préavis d'un an.

D'ailleurs, cette dénonciation ne déliera pas l'État partie intéressé des obligations énoncées par la CAM en ce qui concerne tout fait pouvant constituer une violation de ses obligations qui aurait été commis par ledit État antérieurement à la date de la prise d'effet de la dénonciation - § 2 de l'article 78 de la CAM.

Devant cette situation, qui rappelle l'affaire de la Grèce du régime des «colonels», la Cour interaméricaine à réagi avec clarté et fermeté, dans deux arrêts sous sa compétence dans les affaires «*Cour Constitutionnelle*» et «*Ivcher Bronstein*», déclarant inadmissible la prétendue dénonciation du Pérou[49].

Cette crise à été seulement surmontée dans le début de l'année 2001 (12 janvier) avec le retour à la normalisation démocratique après la fuite de Fujimori, et avec les efforts du Pérou pour porter remède aux violations constatées par la Cour interaméricaine, donnant satisfaction à ses exigences.

Et comment ne pas rappeler ici le comportement du Honduras qui est arrivé à bloquer l'intervention de l'Assemblée générale de l'OEA[50].

La Cour interaméricaine, devant la résistance du Honduras pour se conformer intégralement[51] aux arrêts «*Velasquez Rodriguez*» et «*Godinez Cruz*», voulait présenter la situation à l'Assemblée générale de l'OEA, dans le cadre des articles 65 de la CAM et 30 de son Règlement[52].

La Cour interaméricaine avait élaboré une résolution détaillée pointant la non-exécution par le Honduras, qui devrait être présentée avec son rapport annuel à l'Assemblée générale de l'OEA; toutefois, l'information et la résolution n'ont jamais été présentées officielle-

---

[49] António Augusto Cançado Trindade, «*Posfácio*», in «*Liber Amicorum Cançado Tr*indade», Tome VI, Porto Alegre, Brasil, 2005, p. 654.

[50] Beth Stephens, «*Conceptualizing violence under International Law: Do Tort remedies fit the crime?*», in «*Albany Law review*», vol. 60, 1997, p. 56, note 119.

[51] Le Honduras avait payé les indemnisations accordées dans les arrêts, mais refusait de payer les intérêts moratoires.

[52] Isabela Piacentini de Andrade, loc. cit. p. 155.

ment devant les fortes pressions du Honduras qui, quelque temps après, à finalement honoré sa dette.

En 2003, la Cour interaméricaine à profité de son rapport annuel pour signaler le manquement de l'Équateur dans l'exécution de l'arrêt «*Benavides Cevallos*»; l'Équateur n'avait pas donné suite à l'obligation inscrite dans l'arrêt de conduire des investigations afin de juger et punir les responsables des violations des droits de l'homme subies par la victime.

Le 29 juillet 2005, la Cour interaméricaine à adopté une Résolution qui détermine que, une fois qu'elle décide de signaler un État en manquement à l'Assemblée générale de l'OEA, elle ne demandera plus d'informations sur l'exécution de l'arrêt à l'État mis en cause.

Les exemples donnés *supra* ne sont pas suffisants pour mettre en cause la conclusion suivante: d'une manière générale, les États parties de la CAM ont obéi aux arrêts de la Cour interaméricaine, en exécutant de bonne foi les décisions de cette Cour qui demandaient de réparer les conséquences des violations des droits de l'homme.

Même devant des mesures complexes demandées aux États dans certains arrêts, notamment dans les affaires «*Aloeboetoe/Suriname*», «*Loaysa Tamayo/Pérou*», «*Villagrán Morales/Guatemala*», «Trujillo *Oroza/Bolivie*» ou «*Barrios Altos/Pérou*»[53], les États en cause ont déployé des efforts pour exécuter les mesures demandées.

---

[53] Dans l'arrêt Aloeboetoe/Suriname, du 14 septembre 1996, la Cour interaméricaine, en tenant compte que les victimes assassinées appartenaient à une tribu d'origine africaine vivant dans la jungle et conservant les coutumes africaines, à décidé que, pour dédommager les victimes ou leurs familles, l'État devrait établir deux fonds avec des sommes qu'elle-même à fixées et rouvrir une école et un service médical.

Dans l'arrêt Loaysa Tamayo/Pérou, du 27 novembre 1998, la Cour interaméricaine à fait pour la première fois référence au «projet de vie» de la victime touchée par la violation subie – une détention illégale; dans l'arrêt Villagrán Morales et autres/Guatemala, du 3 décembre 2001, la Cour interaméricaine à considéré que la violation commise – torture – touchait au «projet de vie» lié au développement de la personnalité, impliquant ainsi une manque d'opportunités, et, en consequence, à obligé l'État à supporter les dépenses liées aux études supérieures des victimes; dans cet arrêt ainsi comme dans l'arrêt Trujillo Oroza/Bolivie, du 27 février 2002, cette Cour à encore dit que l'État devrait donner les noms des victimes à un centre éducatif, pendant une cérémonie publique avec la présence de leurs familles.

Dans l'arrêt Barrios Altos/Pérou, du 14 mars 2001, la Cour interaméricaine à examiné les agissements d'un groupe qui, armé et cagoulé, avait envahi une fête popu-

La pression morale qui découle de la haute autorité de la Cour interaméricaine à été jusqu'ici suffisante pour le bon fonctionnement du système.

IV. Conclusion

La possibilité de la non-exécution ou d'une exécution incorrecte d'un arrêt de la Cour européenne ou de la Cour interaméricaine représente le point faible du système international des droits de l'homme, ce qui pourra mettre en cause l'efficacité globale de celui-ci.

Les États oublient parfois que, en adhérant aux organisations de protection des droits de l'homme, ils limitent *motu proprio* leur souveraineté, transférant une partie de celle-ci auxdites organisations.

Les États continuent, pourtant, d'honorer les obligations qu'ils ont volontairement souscrites au niveau international, dans le respect d'un principe fondamental de droit international qui impose aux États le devoir de se soumettre de bonne foi à ces obligations (*pacta sunt servanda*), sans pouvoir invoquer des motifs internes, d'ordre juridique ou d'autre, pour s'en exonérer[54].

Et, par conséquent, les États doivent honorer l'obligation d'accepter et d'exécuter les décisions juridiquement obligatoires qui émanent des organes de ces organisations, notamment les décisions de leurs cours.

Il est difficile de comprendre comment des États qui avant la ratification des instruments d'adhésion à ces organisations connaissaient les conséquences qui en découlaient, en viennent après, et pour des motifs obscurs qui ne relèvent pas des principes dominants dans un État de droit, à offrir résistance et même refus dans l'exécution des obligations qu'ils ont volontairement souscrites.

---

laire et massacré quinze personnes et blessé quatre autres; la Cour interaméricaine à dit que l'État, au-delà d'indemniser les familles des victimes et les blessés, devrait rouvrir les investigations et punir les responsables; en plus, cette Cour à considéré que l'amnistie accordée aux responsables du massacre était contraire à la CAM et constituait en soi une véritable violation des droits de l'homme.

[54] Isabela Piacentini de Andrade, loc.cit., p. 147.

La suspension ou l'expulsion des organisations sont des mesures si graves qu'elles doivent être seulement utilisées comme un ultime et exceptionnel recours, quand tout aurait échoué et que la situation serait à un point extrême le justifiant *per se*.

Résolument, souhaitons que cela ne vienne jamais à se produire, que la force de la raison d'État ne prédomine jamais sur la force de la raison de la loi et de la justice, et que les efforts au niveau international et au niveau interne, politiques, diplomatiques et autres, soient suffisants pour atteindre ce but final.

Dans cet effort conjugué, la société civile, l'opinion publique ont aussi un rôle majeur à jouer.

* * *

Je suis certain que mon ami Pranas Kuris sera, comme depuis toujours, en première ligne dans la défense et la promotion des droits de l'homme et très soucieux du respect du droit et des décisions des cours internationales des droits de l'homme.

Donc, c'est avec beaucoup de joie que je veux m'associer à l'hommage rendu à un homme juste.

MRU © MRU © MRU

UN JURISCONSULTE À LA COUR DE STRASBOURG

Vincent Berger [*]

La gratitude m'a d'emblée conduit à accepter de contribuer à ce recueil d'études en hommage à Pranas Kūris, premier juge lituanien à la Cour européenne des droits de l'homme (l'«ancienne» jusqu'en 1998, puis la «nouvelle» jusqu'en 2004). Gratitude parce que pendant dix années -y compris plusieurs dans la section dont j'étais le greffier- il n'a pas cessé de me manifester amitié et estime. Gratitude aussi parce qu'il n'a pas ménagé ses efforts pour faire publier en lituanien mon ouvrage sur la jurisprudence de la Cour, et cela dès 1997, tant il était soucieux d'offrir à ses compatriotes un accès aisé aux arrêts principaux de Strasbourg.

Introduction

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1er novembre 1998, le nombre des requêtes portées devant la Cour européenne des droits de l'homme n'a cessé d'augmenter. Àla fin de 2007, plus de 100 000 étaient pendantes, dont 79 400 devant un organe décisionnel (chambre ou comité). Parallèlement ou presque, le nombre des arrêts et décisions a bondi (respectivement 1 735 et 25 057 en 2007). Quant à la diversité des questions posées, elle s'est accrue de manière stupéfiante. La Cour a donc dû relever de nouveaux défis en matière de jurisprudence. Certes, elle a reçu un double héritage: celui de la Com-

[*] L'auteur s'exprime à titre personnel.

mission européenne des droits de l'homme, surtout pour le contrôle des conditions de recevabilité, et celui de l'ancienne Cour, moins abondant et donc plus aisé à connaître et à maîtriser. Sur ce socle impressionnant par sa richesse et sa solidité, elle a développé la jurisprudence. Plusieurs facteurs compliquent la tâche de la Cour pour en assurer l'unité et la continuité.

D'abord, l'hétérogénéité des textes «produits». Si l'on exclut les décisions des comités, qui permettent d'éliminer plus de 60 % des requêtes et qui ne figurent même pas sur le site Internet de la Cour, il reste les arrêts et décisions des chambres et de la grande chambre. Les décisions ont cependant tendance à se raréfier depuis que la Cour a pris des libertés avec l'article 29 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et examine le plus souvent en même temps la recevabilité et le fond. Les arrêts eux-mêmes se sont diversifiés: arrêts simplifiés dans les affaires répétitives, arrêts ordinaires, arrêts de principe, arrêts- pilotes, arrêts de radiation, arrêts sur la satisfaction équitable.

Ensuite, la diversité des «auteurs» des textes, c'est-à-dire des formations de jugement. Chacune des cinq sections existant depuis le 1er avril 2006 compte en général quatre chambres. Même si la Cour a le souci de conserver la même formation tout au long de l'examen d'une affaire et même si l'application de l'article 29 § 3 réduit le nombre de délibérations consacrées à une affaire, des exceptions subsistent, dues au départ ou à l'absence d'un juge mais surtout à la recomposition des sections après chaque vague d'élections. Quant à la grande chambre, elle compte désormais dix membres sur dix-sept qui sont tirés au sort pour chaque affaire. Un tel système a l'avantage d'impliquer tous les juges dans le traitement des grandes causes, mais l'inconvénient d'affaiblir la fonction unificatrice dévolue à la grande chambre pour fixer le cap jurisprudentiel.

Troisièmement, l'absence de spécialisation matérielle des sections. Des chambres différentes seront donc appelées à statuer sur des questions semblables ou analogues, mais soulevées dans des requêtes dirigées contre des États différents. Des divergences peuvent alors survenir, d'une ampleur plus ou moins grande.

Enfin, l'attribution des affaires concernant un même État à des sections différentes. Dès lors que le contentieux en provenance de cet État est particulièrement massif, deux, voire trois ou quatre sections

en supporteront la charge. Le juge national devra alors siéger dans d'autres sections que la sienne, avec les risques que cela peut faire courir à l'unité de la jurisprudence.

Pour l'aider à faire face à ces nouveaux défis, la Cour s'est dotée en 2001 d'un jurisconsulte. Sans minimiser le rôle de celui-ci comme greffier dans des affaires de grande chambre ou comme responsable des services de soutien juridique (recherche, information sur la jurisprudence, satisfaction équitable, etc.), on peut voir en lui avant tout et à la fois un gardien de la jurisprudence et un conseiller de la Cour.

Un gardien de la jurisprudence

Gardien de la jurisprudence, le jurisconsulte veille à la qualité et à la cohérence de celle-ci, ces deux caractéristiques étant d'ailleurs et de toute évidence intimement liées.

La qualité de la jurisprudence

La qualité de la jurisprudence est la première préoccupation du jurisconsulte. Elle présente bien sûr diverses facettes

Elle implique d'abord la clarté. Comment être compris par les justiciables qui introduisent des requêtes à Strasbourg, par les gouvernements des États défendeurs, en particulier lorsqu'il s'agira pour eux d'exécuter correctement et pleinement les arrêts de la Cour, par les citoyens, par les commentateurs, par le public en général? Surtout si l'on songe que la plupart des arrêts et décisions n'existent que dans une seule des deux langues officielles de la Cour (l'anglais et le français), et plus encore si l'on pense à l'extraordinaire diversité des systèmes juridiques sur le Vieux Continent.

La qualité impose aussi la précision: exactitude des dates et des intitulés, correction des citations, fidélité des traductions (législations, jurisprudences, etc.), justesse du résumé des griefs des requérants, loyauté du compte rendu des arguments des parties.

La qualité exige en outre la rigueur du raisonnement. Comment convaincre s'il y a des défauts de logique, des ruptures dans

l'enchaînement des idées, des redondances ou des digressions? Il peut arriver qu'un chaînon manque: il s'agira alors de la conséquence parfois involontaire d'un sacrifice consenti pendant une délibération, constituant dans la suppression d'une phrase ou d'un paragraphe. Inversement, il peut arriver qu'un rajout survienne: il s'agira alors d'une surcharge inutile mais pas forcément gênante. Il en va bien sûr autrement des *obiter dicta* qui peuvent se révéler utiles pour donner un éclairage et, de temps à autre, préparer le terrain pour une évolution future. Sans compter qu'ils font souvent les délices de la doctrine.

De surcroît, la qualité commande de choisir avec soin les références jurisprudentielles. Il est rare en effet que la Cour se prononce sur une question complètement vierge, c'est-à-dire sans lien, même ténu, avec une question déjà abordée. Dès lors, il faut que les arrêts et décisions mentionnés à l'appui de son argumentation soient les plus pertinents.

Au chapitre de la qualité, il convient de mentionner en dernier lieu et à titre subsidiaire l'élégance, pour le plaisir de la lecture, et la concision, pour l'économie des traductions.

En résumé, la qualité est une priorité, ne serait-ce que pour la compréhension et la réception des arrêts et décisions dans les ordres juridiques internes des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe.

La cohérence de la jurisprudence

La cohérence de la jurisprudence est la seconde préoccupation du jurisconsulte. Elle tend à garantir égalité, sécurité et uniformité.

Sur le premier point, il en va de l'égalité de traitement des États. Qu'il s'agisse des membres fondateurs du Conseil de l'Europe ou des derniers arrivés, des puissants ou des faibles, que le nombre et la gravité des requêtes dirigées contre eux soient grands ou mineurs, tous ont évidemment droit à être traités de la même manière. Il en va aussi de l'égalité des requérants entre eux. Un vagabond doit bénéficier de la même attention qu'une multinationale. Pour le dire familièrement, il ne saurait y avoir ni chouchous ni têtes de Turc ! Il en va enfin de l'égalité entre États défendeurs et justiciables ordinaires. L'égalité de

tous devant la Convention et la jurisprudence de la Cour est à n'en pas douter à la base du système de Strasbourg.

La cohérence vise en outre à assurer la sécurité juridique. Par ses arrêts la Cour contraint parfois les États à procéder à des changements non seulement dans leurs pratiques mais aussi dans leur jurisprudence, leur réglementation, leur législation, voire leur Constitution, des changements susceptibles de se révéler coûteux en termes politiques ou financiers. Elle ne peut à tout bout de champ et sans motif sérieux les amener à remettre l'ouvrage sur le métier. En pareil domaine, la légèreté, la désinvolture et à plus forte raison le cynisme ne sont pas de mise.

La sécurité juridique implique jusqu'à un certain point la prévisibilité. Davantage que par le passé la Cour a tenu ces dernières années à signaler et à justifier les infléchissements de sa jurisprudence et elle a fait un réel effort de pédagogie. Le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention en fournit une bonne illustration avec les arrêts *Perez c. France* (procédures relatives aux plaintes avec constitution de partie civile) et *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* (contentieux de la fonction publique). Pour prévenir des tête-à-queue, des dérapages ou des évolutions insidieuses car subreptices, le jurisconsulte se trouve en première ligne, au risque de l'impopularité. À lui de faire preuve de fermeté et de doigté. Bien entendu, la jurisprudence doit évoluer, la Convention étant un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Encore faut-il que la Cour le fasse au grand jour et pour des raisons impérieuses.

Troisièmement, la cohérence requiert une interprétation harmonieuse et même uniforme des dispositions normatives de la Convention et de ses protocoles additionnels. Il est plus que souhaitable que les rapports entre articles – tels les articles 5 § 4, 6 § 1 et 13 – ou entre les paragraphes ou alinéas au sein d'un même article – tels les articles 5 et 6 – soient coordonnés. Il est naturel que des concepts apparaissant à plusieurs reprises, comme ceux de «loi» ou de «société démocratique» dans les articles 8 à 11, aient le même sens et la même portée.

Bref, le jurisconsulte est un «chien de garde» de la jurisprudence, dépourvu d'agressivité mais vigilant.

Un conseiller de la Cour

Conseiller de la Cour, le jurisconsulte participe à l'élaboration de la jurisprudence ainsi qu'à la prévention et au règlement des conflits de jurisprudence.

L'élaboration de la jurisprudence

Il va de soi que la jurisprudence est élaborée, c'est-à-dire imaginée, construite, enrichie, modifiée, souverainement par la Cour elle-même, c'est-à-dire par ses formations de jugement et donc par les juges qui les composent. Pourtant, le jurisconsulte contribue à ce processus. Son intervention revêt deux formes principales.

En premier lieu, il y a la participation au traitement des affaires de grande chambre, lesquelles ont en principe une grande importance pour fixer le cap à la Cour tout entière.

La participation peut être directe, lorsque le jurisconsulte siège comme greffier. Cela implique notamment la supervision du travail du juriste du greffe chargé du dossier et la collaboration avec le juge rapporteur, la présence à l'audience et aux délibérations au côté des juges, le suivi du travail du comité de rédaction qui sera constitué à l'issue de la première délibération.

La participation peut aussi être indirecte. Le jurisconsulte a en effet la faculté d'assister à toutes les délibérations de la grande chambre et il reçoit tous les dossiers dans les affaires soumises à celle-ci, dont les projets d'arrêt et décision. Il a donc une vue à la fois complète et précise des travaux de la formation de jugement suprême. C'est là un atout capital pour observer et surtout prévoir et signaler des évolutions.

En second lieu, il y a l'aide apportée aux juges et aux juristes du greffe, sous la forme d'avis, de conseils et d'informations.

Pour les juges, il s'agit d'abord du président de la Cour et des cinq présidents de section, qui forment le «noyau dur» de la grande chambre et sont donc l'élément fixe pour assurer le maximum de continuité dans la jurisprudence. Il s'agit ensuite des juges rapporteurs, avec une attention particuliaire à accorder à ceux qui viennent d'entrer en fonc-

tion et qui n'ont pas forcément une grande expérience de la Convention. Il peut aussi arriver que le jurisconsulte estime nécessaire d'assiste à la délibération d'une chambre consacrée à une affaire délicate inscrite à l'ordre du jour.

Pour les juristes du greffe, il s'agit surtout des cinq greffiers de section. Ceux-ci ont la lourde responsabilité de viser tous les projets de rapport élaborés par les juristes du greffe à l'intention des juges rapporteurs puis des chambres et donc de s'assurer en particulier de leur compatibilité avec la jurisprudence. Il ne faudrait cependant pas oublier les nombreux autres juristes qui, quels que soient leur statut et leur grade, préparent des dossiers pour les chambres ou la grande chambre.

La prévention et le règlement des conflits de jurisprudence

Comment empêcher que des conflits de jurisprudence surgissent et surtout qu'ils perdurent et s'aggravent, au détriment de l'autorité de la Cour aux yeux des États et des citoyens? Comment régler le plus rapidement et le plus efficacement possible de tels conflits pour que la jurisprudence redevienne un long fleuve tranquille?

En ce qui concerne la prévention des conflits, le jurisconsulte est chargé d'une veille jurisprudentielle. Destinataire des dossiers hebdomadaires de chacune des sections, il examine tous les projets inscrits à l'ordre du jour. Il s'agit pour l'essentiel de projets d'arrêt ou de décision, et plus rarement de communication de requêtes puisque en règle générale c'est désormais au président de section qu'elle incombe, avec l'accord du juge rapporteur et du juge national.

S'il le faut, le jurisconsulte rédige des observations qu'il adresse à tous les juges de la Cour et à certains responsables du greffe (greffiers et chefs de division). Il relève des obscurités ou des lacunes dans la motivation, il met en garde contre des écarts de jurisprudence, il signale des affaires analogues se trouvant à un stade plus avancé, il suggère d'attendre l'arrêt de la grande chambre dans une affaire pendante devant celle-ci, etc.

Quant au règlement des conflits, il est tout aussi crucial. Le jurisconsulte assiste en effet le Comité de règlement des conflits de juris-

prudence, lequel regroupe le président de la Cour et les présidents de section et formule des recommandations à l'attention des juges et du greffe. Il saisit ce comité de toute question grave d'interprétation et où se dessinent plus ou moins nettement des différences d'approche entre les sections, prépare des notes à cet effet, présente son analyse à la lumière de la jurisprudence et propose des solutions pour rétablir l'harmonie. L'une des solutions peut être l'invitation au dessaisissement d'une chambre ou à l'acceptation par le collège d'une demande de renvoi, afin que la grande chambre donne le la en la matière. Tel peut être le cas quand plusieurs sections connaissent de la même difficulté mais à l'égard de pays différents, par exemple d'anciennes républiques soviétiques.

Bref, le jurisconsulte est un acteur de la jurisprudence, discret mais indispensable.

Conclusion

Trois observations générales tiendront lieu de conclusion à cette esquisse de l'institution du jurisconsulte, même si le mot «institution» peut paraître quelque peu présomptueux, mais il a un cachet romain indéniable...

D'abord, le jurisconsulte est une institution originale. En effet, il n'y a pas d'équivalent dans d'autres juridictions internationales. Le lecteur d'arrêts au service de la Cour de justice des Communautés européennes joue à cet égard un rôle fort important mais aussi fort différent. Rien ne dit que les juridictions en question chercheront à s'inspirer de la solution de Strasbourg, surtout si elles ont à traiter un contentieux peu fourni ou si elles sont assistées d'avocats généraux.

Ensuite, le jurisconsulte est une institution nouvelle qui échappe à un certain formalisme. Elle ne figure ni dans la Convention originelle ni dans ses Protocoles d'amendement. La création du poste est une réponse pragmatique à des besoins grandissants. Le statut et les fonctions ne sont pas définis ni même évoqués dans le règlement de la Cour, au moins pour l'instant. Nommé officiellement par le secrétaire général du Conseil de l'Europe au terme d'une procédure de recrute-

ment extérieur, le jurisconsulte est en fait désigné par le bureau de la Cour, qui examine les candidatures.

Enfin, le jurisconsulte est une institution qui est peut-être l'amorce d'un développement du mécanisme européen de protection des droits de l'homme, telle la création d'un ou plusieurs avocats généraux. Certes, la plupart des gouvernements des États membres du Conseil de l'Europe n'ont pas songé à cette perspective et certains autres ont même manifesté leur opposition: crainte d'un alourdissement du système de la Convention; réticences envers le modèle de Luxembourg; refus de ressusciter les délégués de la Commission devant l'ancienne Cour; surtout peur de dépenses supplémentaires? Quoiqu'il en soit, si les esprits devaient évoluer, le jurisconsulte pourrait être l'ébauche d'une sorte de commissaire de la Convention, à la fois lié à la Cour et séparé d'elle, mais en tout cas pleinement «ami de la Cour».

A supposer qu'il en faille un, le mot de la fin serait: si le jurisconsulte n'existait pas, il faudrait l'inventer !

Mars 2008

© MRU

MRU © MRU © MRU

THE SOCIAL RIGHTS DOCTRINE: JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF LITHUANIA AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Toma Birmontienė

1. Introduction

In the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (the Constitutional Court), the doctrine of human rights occupies a particular place; there is hardly a Constitutional Court ruling (act) which does not include provisions of the doctrine of human rights. This doctrine is being developed and there constantly appear its new features. The aim of this article is to analyze some trends of the constitutional doctrine of social rights which came to light in the Constitutional Court jurisprudence in recent years[1] and the influence of the jurisprudence of the European Court on Human rights.

The institutions of the constitutional control – the constitutional courts – constantly interpret the rights and freedoms which are enshrined in the constitutions, thus, the final limits of law are drawn by the constitutional jurisprudence. The recognition of the evolution

[1] To read more about the tendencies of the modern constitutional doctrine of human rights in the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, see: T.Birmontiene. Šiuolaikinės žmogaus teisių konstitucinės doktrinos tendencijos // *Konstitucinė jurisprudencija*. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo biuletenis. Nr 1(5) 2007. 202-240.

of the official constitutional doctrine, i.e. the recognition that the process of the creation of the constitutional doctrine is continuous and may not be finite, is an important feature of the formation of the jurisprudential constitution which influences the concept of the constitutional freedoms of a person. Constitutional case law (and not the formal amendment procedure) assumes the task of adjusting constitutional norms to changing political and social contexts and of developing those norms fare beyond the originally intended scope[2]. The recognition of the jurisprudential constitution not only broadens the concept of the constitutional rights, but also increases the possibilities to recognize other rights as constitutional rights. The concept of the jurisprudential constitution materialise the constitution as the concept of interrelation of the two elements of the constitutional normative reality – the constitution and the constitutional jurisprudence[3].

From the jurisprudence of the Constitutional Court of recent years, one could single out the following new tendencies of the development of social rights: formation of the doctrine of constitutional rights which are consolidated explicitly and implicitly, recognition of the principle of integrity and indivisibility of human rights, the recognition of the social rights as individual rights for which the judicial defence must be guaranteed (justiciable rights). In this article some aspects of these new trends will be discussed in relation with the influence of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights) and its jurisprudence.

The international obligations of the state which arise after joining international agreements, especially those which enshrine human rights, quite often determine the changes of not only ordinary, but also constitutional law. At present, most the Convention for the Pro-

---

[2] Lech Garlicki. Constitutional courts versus supreme courts,. 44-68.// I – CON, International Journal of Constitutional Law.Volume 5,(Nr.1) (2007) Oxford University Press and New York University school of Law., 47-48.

[3] See Egidijus Jarašiūnas. Jurisprudencinė konstitucija.. 24-33 // *Jurisprudencija*. volume.12(90), (2006); Egidijus Kūris. Konstitucinė teisė kaip jurisprudencinė teisė: konstitucinė justicija ir konstitucinės teisės paradigmos transformacija Lietuvoje. (Habilitacijos *procedūrai teikiamų mokslo darbų apžvalga*), Vilniaus universitetas, Teisės fakultetas. Vilnius. 2008.

tection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its jurisprudence make the biggest influence not only on the Lithuanian constitutional doctrine of human rights, but also on the constitutional doctrine of many other European states.

Under Paragraph 3 of Article 138 of the Constitution of the Republic of Lithuania of 1992, international treaties ratified by the Seimas of the Republic of Lithuania shall be a constituent part of the legal system of the Republic of Lithuania, therefore, the ratified international agreements, which consolidate human rights, makes influence on the human rights doctrine. The European Convention on Human Rights was ratified by Article 1 of the Republic of Lithuania Law "On the Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Fourth, Seventh and Eleventh Protocols thereof" which was adopted by the Seimas on 27 April 1995. In its conclusion[4] of 24 January 1995, the Constitutional Court assesses this Convention in the Lithuanian legal system as having the power of a law. In its ruling of 17 October 1995[5], the Constitutional Court held that the agreements ratified by the Seimas gain the power of a law. While construing the relation between an international ratified agreement and a law in its decisions of 25 April 2002[6] and of 7 of April of 2004[7], the Constitutional Court held that under the Constitution (Paragraph 1 of Article 105 of the Constitution), the Constitutional Court shall consider and adopt a decision whether the laws of the Republic of Lithuania and other acts adopted by the Seimas are not in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania, thus, under the Constitution, the Constitutional Court does not investigate the compliance of a law with the legal act which has the power of a law. The Constitutional Court refuses to investigate the petitions of the petitioners regarding the compliance of

[4] Constitutional Court conclusion of 24 January 1995 on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

[5] Constitutional Court ruling of 17 October 1995 on the Law on International Treaties of the Republic of Lithuania

[6] Constitutional Court decision of 25 April 2002 on the Refusal to Investigate Part of a Petition

[7] Constitutional Court decision of 7 of April of 2004 on the Refusal to Investigate Part of a Petition

the laws with international agreements; however, it investigates the compliance of the substatutory legal acts with the international agreements[8].

In the Lithuanian legal system, the Convention is assessed as having the power of a law; however, it may not be identified with ordinary law. The Convention is applied in the Lithuanian law directly. The Constitutional Court assesses the influence of the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the constitutional rights' doctrine as a source of interpretation of law which is also important to the interpretation and implementation of Lithuanian law. Constitutional Court In the ruling of 8 of May of 2000[9] for the first time singled out the importance of the European Convention on Human Rights as a source for the interpretation the human rights as it stressed, that"<...> the jurisprudence of the European Court of Human Rights as a source of construction of law is also important to construction and applicability of Lithuanian law". Such opinion regarding the role of the Convention was repeated in many other subsequent rulings.

It needs to be clarified that the Constitutional Court analyzed the provisions of the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (and the practice of the European Commission of Human Rights) as an important source of inspiration yet before the ratification of the Convention and its coming into force for Lithuania[10].

---

[8] While deciding the compliance of the President of the Republic decree with the provisions of the European Convention on Human Rights, in its ruling of 16 January 2007, the Constitutional Court noted that under the Constitution, any sub statutory legal acts of the Republic of Lithuania, as well as President of the Republic decrees may not be in conflict with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

[9] Constitutional Court ruling of 8 of May 2000 On Operational Activities

[10] See: Constitution Court rulings of 27 of May of 1994 on Restoration of Citizens' Ownership Rights to Land; of 18 November 1994 on the Confidentiality of Legal Counsel; of 24 January 1995 on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; of 20 April 1995 on the Statute of Radio and Television of Lithuania (*www.lrtkt.lt* English version *http://www.lrkt.lt/index_e.html)*

2. Social Rights as Individual Justiciable Rights

Social rights may be interpreted in different ways – as certain obligations of the state to the society and as the individual rights (subjective rights). Though social rights are quite often assessed as programme rights of political promises, however, at present, also because of the increased significance of the constitutional jurisprudence (and also the jurisprudence of the European Court of Human Rights), social rights are more and more often appreciated as individual rights[11].

In the modern doctrine of human rights one could find the attitude towards the social rights while assessing these rights as individual rights granting them the status of the justiciable rights, justiciability of other constitutional rights is accepted without great concerns. The process of recognition of the social rights as constitutional rights was much slower than of civil and political rights. The opinion which dominated that the social rights, even being the important constitutional rights, are attributed to the sphere of the positive rights, and that in order to implement them, particular economic efforts of the state are necessary, while the civil and political rights are attributed to the group of the negative rights, which are kind of "unpaid" for the state, is very doubtful if anyone would like to dispute that in order to ensure the right to life, the right not to be tortured, election rights, no great expenses and positive actions of the state are necessary. It is also clear that some rights implying negative duties upon a state at the same time could require the state action in particularly the right to equality that has both implications in this regard, and it will be for judiciary to decide what social and economic guaranties are necessary to ensure the equality of those people who are protected against grounds of discrimination set out in the catalogue of (constitutional) rights.[12]

---

[11] Some authors express their critical view to the social rights as individual justifiable rights; „ <...> not all social rights have the legal nature of more traditional civil and political rights. Social rights entail claims that are neither necessarily individual nor necessarily enforceable in court, at least not in the sense that they will result in remedies available to identifiable rights holders". Andrais Sajo. Social rights: A Wide Agenda, *European Constitutional Law Review* 1(2005), 38- 43.

[12] More about the rights as positive duties see: Timothy Macklem. Entrenching Bills of Rights, *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.26,No.1 (2006).107-129.

It could also be stressed that there is nothing inherent in positive rights that renders them non -justiciable and nothing in their justiciability that strains the competence of courts once uncertainty is resolved though the idea of moral membership by a generous deference to the self-governing body.[13]

The conditions necessary for human beings – *inter alia* adequate food, clothing, housing, medical care, education – the constitutional imperatives directly derivable from the constitutional norms and principles. From the perspective of constitutional law, social constitutional rights are so important that their granting or non-granting cannot be simply left to the parliamentary majorities[14]. Some of these rights could be attributed to minimal social rights – the right to an existential minimum, to basic accommodation, to school education, to training for a job, and to a basic level of healthcare, and even though minimal social constitutional rights are to large extent financially significant, the individual rights can outweigh the reasons of the politics of finance[15].

The social rights that are enshrined in the constitution can also be assessed as *prima-facie* rights, they are obliging, and an individual may require implementing them, thus, they cannot be assessed only as the state aims of a certain programme nature. However, it is obvious that these rights may be implemented only on a certain level and their limits, which have to be based on constitutional grounds - they could be either norms or principles, are based on the constitutional principles of proportionality and balance of rights and on the society's *inter alia* financial resources to guarantee them to the person**.** Duties of the state being legally binding means also judicial control of objective *prima facie* state duties. The constitutional order of values introduces policy judgments into rights protection itself, for it is a matter of judgment and not *a priori* knowledge whether a statute promoting a constitutional good has limited rights more than necessary to achieve the good[16].

---

[13] I.Alan Brudner. Constitutional Goods, Oxford university press. 2007. P. 173.

[14] Robert Alexy. A Theory of Constitutional Rights. Translated by Julian. Rrivers. Oxford University Press, 2002, 343.

[15] See Robert Alexy, ibid. P. 343- 344.

[16] Brudner. Alan, ibid.P. 165.

Problems of justiciability which arise in the context of social rights to some extent are not much different from those which arise in the case of other constitutional rights and the fact that social constitutional rights need expressing through ordinary law is not a determining contradiction, the same applies for other constitutional rights. It is impossible to delimit any clear border between the constitutional law and the rest of the legal system; the former permutes the entire structure of the latter[17]. Procedural grounds are also not capable of supporting the non-justiciable thesis of social constitutional rights[18].

In the jurisprudence of the Constitutional Court social rights are assessed as certain obligations of the state for the society, and as individual rights which are guaranteed to a person by the constitution, these rights are interpreted in both said aspects. The constitutional doctrine of constitutional social rights that is developed by the Constitutional Court is based on the presumption of justiciability of these rights. In the ruling of 22 of October 2007[19], the Constitutional Court, interpreting the nature of the constitutional right to receive old age and some other pensions emphasized that social rights are not only the social obligations of the state of the program nature, but also the individual rights, judicial defense whereof is guaranteed for the persons. The Constitutional Court has held in its acts more than once that the imperative arises from the constitutional principle of a state under the rule of law that the person who believes that his rights and freedoms have been violated has an absolute right to an independent and impartial trial and that this right may not be artificially restricted or even denied[20].

While interpreting the Constitution and emphasizing the importance of the right to healthcare (Article 53 of the Constitution (Paragraph 1)[21]), the Constitutional Court does not single out this right

[17] Lech Garlicki,op.ci, 65.

[18] Robert Alexy, ibid. P. 345.

[19] Constitutional Court ruling of 22 of October 2007 on Refusing to Accept a Petition for Consideration

[20] I.e. Constitutional Court ruling of 29 December 2004 on the Restraint of Organised Crime and other rulings.

[21] Article 53 (pa.r.1) of the Constitution provides, that the State shall look after the health of the people and shall guarantee medical aid and services for the human being

only as a social right of the programme nature or only as an individual right and mentions both aspects of this right; however, in the cases when the court interprets this right together with other rights, for example, with the right to information and the right to privacy – traditional individual rights, it distinguishes the said aspects and designates the individual nature of this right[22]. However due to the text of this constitutional norm, in the jurisprudence of the Constitutional Court, the right to healthcare is mostly interpreted as, first of all, social right of programme nature which obliges the state to take care of the health of all the society, and not as an individual right to receive certain services of healthcare which are guaranteed by the Constitution. The Constitutional Court construes the function and constitutional duty of the state to take care of the health of people rather widely, as including many spheres. The obligation of the state to care for health has to be based on such constitutional principles, as inter alia the principles of the rule of law, justice and social harmony which are entrenched in the Constitution. In the Constitutional Court ruling of 29 April 2008, the Court interpreted the right to care for health as an integral part of the constitutional principle of justice in the context of one of the right of the workers to have proper, safe and healthy working conditions[23]. While construing the provisions of the Constitution, the Constitutional Court has more than once underlined that the health of a human being and of society is one of the most important values of society[24]. The Constitutional Court has also held that the protection of people's health is a constitutionally impor-

in the event of sickness. The procedure for providing medical aid to citizens free of charge at State medical establishments shall be established by law.

[22] Certain issues related to the Constitutional doctrine of a right to health care have already been discussed by the author; see: T.Birmontienė, The influence of the Rulings of the Constitutional Court on the Development of Health Law in Lithuania, *European Journal of Health Law* 14(2007) 321-333.

[23] Constitutional Court ruling of 29 of April 2008 on Accidents at Work.

[24] Constitutional Court ruling of 14 January 2002 on Indicators of State and Municipal Budgets, Constitutional Court ruling of 26 January 2004 on the Law on Alcohol Control and the Rules for Licensing the Production of Alcohol Products, Constitutional Court ruling of 29 September 2005 on Advertising of Medicines.

tant objective, a public interest, while taking care for the people's health is to be treated as a state function.[25]

Administration and supervision of health activities are one of the elements of the aforementioned function. The financing of the said function must be guaranteed from the state budget.[26] Though social constitutional rights are financially significant, and require the legislator to allocate money in the budget, the budgetary competence on the part of the legislation inter alia for the financing of the national health care system is not unlimited: it has to execute its powers in compliance with the competences of other branches of state power inter alia the Government; while preparing a draft of the budget inter alia for the national health care system the Government has to take into consideration the existing economic situation, the needs and possibilities of the state as well as other important factors[27].

---

[25] Constitutional Court ruling of 14 January 2002 on Indicators of State and Municipal Budgets, Constitutional Court ruling of 26 January 2004 on the Law on Alcohol Control and the Rules for Licensing the Production of Alcohol Products, Constitutional Court ruling of 29 September 2005 on the Law on the Pharmaceutical Activities(Advertising of Medicines).

[26] Constitutional Court ruling of 14 January 2002 on Indicators of State and Municipal Budgets.

[27] Problems of the budgetary financing of the Lithuanian National health system were challenged in the Constitutional Court ruling of 11 July 2002 on Long-term Financing of the Healthcare System, of the System of Science and Education, as well as on the Preparation and Forming of the Draft State Budget.

The Government of the Republic of Lithuania, the petitioner, requested the Constitutional Court to determine whether some laws that indicated that every year not less than a certain portion of the national budget and municipal budgets' funds, which is not less than 5% of the gross domestic product value must be allocated to finance the national health system activities were in compliance with the Constitution.

The Constitutional Court elaborated, that such legal regulation restricts the constitutional powers of the Government, in the course of the preparation of the draft budget of the state for a certain year, to take into consideration the existing social and economic situation, the needs and possibilities of the society and the state, the available or potential financial resources and the liabilities of the state, as well as other important factors. Meanwhile the Constitutional Court stressed that the conclusion that Article 39 of the Law on the Health System conflicts with the Constitution may not be interpreted as prohibiting the Government, when it is preparing the draft budget of the state, or as prohibiting the Seimas (Parliament), when it is considering and approving the state budget, to provide for the funds to finance the national health sys-

The Constitutional Court more often construes some other social rights as individual rights guaranteed by the Constitution, for example, the right to receive a fair pay for work which is enshrined in Article 48 of the Constitution[28] is assessed as an individual social right for which judicial protection must be guaranteed. In its ruling of 20 March 2007[29], the Constitutional Court interprets the said right as the right of the person who has completed a commissioned task, to demand that the whole remuneration for work (pay) which is due according to the legal acts be paid to him, and that it would be paid in due time. In this case, the Constitutional Court also notes that the petitions of the petitioners requesting to investigate the compliance of the corresponding Government resolutions with the Constitution virtually mean that the Constitutional Court is requested to decide the issue of increase of wages of state servants and some other employees; however, the Constitutional Court does not decide as to what size of the minimum monthly wage or what size of remuneration for work is to be established to any employees, *inter alia* state servants; the wages of employees are established by taking account of various economic, social and other factors, the assessment of which is not a matter of constitutional control.

The right of the workers to have proper, safe and healthy working conditions that is also enshrined in the Article 48 (part 1) is also designated as individual right[30].

The provisions of Article 52 of the Constitution that *inter alia* determine a right to receive old age pensions and social assistance have been interpreted in different aspects in the jurisprudence of the Constitutional Court; the Court also assesses this right as an individual and justiciable.

---

tem activities which would comprise 5% of the gross domestic product value or even more.

[28] Article 48 (par. 1) of the Constitution provides that each human being may freely choose a job and business, and shall have the right to have proper, safe and healthy working conditions, just pay for work, and social security in the event of unemployment.

[29] Constitutional Court ruling of 20 March 2007 on the Minimum Monthly Salary and the Minimum Hourly Pay

[30] Constitutional Court ruling of 29 of April 2008 On Accidents at Work

When deciding cases on the compliance of the legislation on social rights with the Constitution, the Constitutional Court has faced problems with inactive legislator and legal gaps that creates difficulties for the implementation of constitutional rights and for the guaranties of their justiciability. In the decision of 8 August of 2006[31], the Constitutional Court stressed, that the courts cannot completely remove legal gaps as well as legislative omission, it is a duty of law–making institutions, but, however, there is an undeniable opportunity for courts to fill a legal gap, which is in a legal act *ad hoc* as courts enjoy the powers which stem from the Constitution to apply *inter alia* the general principles of law, as well as legal acts of higher power, and, first of all, the Constitution – supreme law; otherwise, one would have to hold that the Constitution itself prohibits the courts from administering justice and certain values that are entrenched in the Constitution, they, under the Constitution, are not properly defended and protected; however, such court decision does not remove the obligation of the legislator to fill that legal gap. This Constitutional Court decision may be of great significance for deciding cases regarding the social rights, to implement and restore which (if they were violated) would be impossible if the legislator avoided to properly regulate the corresponding relations by means of ordinary law[32].

In the ruling of 22 of October 2007, while interpreting the nature of the one of the social rights (constitutional right to receive old age and some other pensions) the Constitutional Court also emphasized that these rights could be assessed as the individual rights, and judicial defence whereof is guaranteed for the persons also in the cases when incomprehensiveness in the cases, insufficient certainty, and lack of legal clarity of the legal regulation are to be assessed as a legal

[31] Constitutional Court decision of 8 of August of 2006 on the Dismissal of the Legal Proceedings. In this case the court *iner alia* was investigating the problem whether the Law on Remuneration of certain State politicians, Judges and State officials to the extent that, according to the petitioner, it does not establish any legal regulation of remuneration of judges replacing the legal regulation which was recognized as being in conflict with the Constitution by the Constitutional Court do not contradicts the Constitution.

[32] See Egidijus Kuris. Konstitucija kaip teisė be spragų.// Jurisprudencija, volume. 12(90). (2006).P. 7-14.

gap. Recognition of the legal gaps in relation to constitutional social rights as unconstitutional and the position of the Constitutional Court that proves the justiciability of social rights bring debates, discussions and criticism towards the social rights doctrine that is developed by the Court and allows (bearing in mind and other recent jurisprudence) calling it *an activist court*[33]. From the perspective of the Lithuanian legal developments until recent years, such attitude towards the Constitutional Court activities could be seen as reasonable, however, after the judgment of the European Court of Human Rights of the 11 September 2007 in the case *L. v. Lithuania.* [34] Such attitude is not grounded enough, as the Constitutional Court, even though imposing some imperatives on the legislator, has never constituted the duties to adopt certain legislation in a concrete period of time[35].

In the context of the current case L. *v. Lithuania,* we could treat the demanded legislation as concerning social rights legislation implicating a right to a special health treatment. The European Court of Human Rights held that there has been violation of Article 8 of the Convention (the right to respect for the private life) as the Court found that the circumstances of the case reveal a limited legislative gap in gender-reassignment surgery, which left the applicant in a situation of distressing uncertainty *vis-à-vis* his private life and recognition of

[33] In Lithuanian press there are many political discussions and criticism towards „constitutional activism„ of the Constitutional Court, its right to interpret the provisions of the Constitution and to formulate the official constitutional doctrine.

[34] Case *L.v. Lithuania (www.coe.int). The request of the Government of the Republic of Lithuania (pursuant to Article 43 of the European Convention of Human Rights and Rules 73 of Court) to refer. the case to the Grand Chamber was rejected.*

[35] For example, while interpreting the state duties, inter alia the duty of the legislator to adopt certain legal regulations in the sphere of social rights in the context of the particular case, in its ruling of 14 March 2002, the Constitutional Court interpreted the provision "the State shall take care of people's health" of Paragraph 1 of Article 53 of the Constitution as implying that laws and other legal acts must establish such legal regulation of pharmaceutical activities which would make pre-conditions to create a wide network of pharmacies, also that pharmacies would have sufficient stock of high quality, effective and safe medicines, that the system of medicines' supply would operate smoothly, that the prices of medicines would be regulated, that the acquisition of medicines would not be inconvenienced, that the information about medicines and their use would be easily accessible and properly published (Constitutional Court ruling of 14 March 2002 On the Law on the Pharmaceutical activities) etc.

his true identity. According to the mentioned Judgment of the European Court of Human Rights under the head of pecuniary damage obliged the respondent State for meeting the applicant's claim to adopt subsidiary legislation to Article 2.27 (Right to gender reassignment) of the Lithuanian Civil Code[36] within three months of the judgment becoming final (in accordance with Article 44 paragraph 2 of the Convention). The Court also noted, that "Consequently, as an alternative in the absence of any such subsidiary legislation, the Court would award the applicant EUR 40, 000 in pecuniary damage". Bearing in mind the above mentioned jurisprudence of the European Court of Human Rights, interpreting a right to private life, being a civil right, in a way that is closely linked to the social right to get an appropriate medical treatment - an individual justiciable right to a health care, one could see the creation of new possibilities for strengthening the ideas of the principle of integrity and indivisibility of human rights, the recognition of the social rights as individual rights for which the judicial defence must be guaranteed (justiciable rights).

3. Recognition of the Principles of Integrity and Indivisibility of Human Rights while Interpreting Social Rights

The modern doctrine of human rights is based on the principles of indivisibility of rights and of the equal importance of all human rights. The principle of indivisibility of rights considers the economic, social and cultural rights as being of the same importance like the civil and political rights. Social rights could be also interpreted as universal rights[37]. The principle of constitutional integrity is also applied to the

[36] Such rather new practice could be interpreted in a way as the Court has converted the measure usually understood as a general into the individual one and made it difficult for the respondent State to apply its margin of appreciation as regards the execution of the judgment. We could agree with the arguments presented in a partly dissenting opinion of Judge Fura-Sandstrom that in present case by adopting such a solution, the Court risks acting *ultra* vires as it lacks such competences.

[37] Social rights are universal (everybody has these rights) their realization is closely

constitutional rights in the strict sense and to the constitutional principles; one of such principles which is very often interpreted by the Constitutional Court is the principle of the rule of law, which is usually not only inseparable from other constitutional principles, but it is quite often an integral element of the concrete constitutional right of an individual.

The principle of indivisibility of rights is relevant not only while construing the relation of the concrete constitutional rights which are attributed to one of those spheres; no big discussions and objections arise, as more or less everyone agrees on that. The principle of indivisibility of rights is of particular importance while analyzing the relation between certain rights of different type – civil, political, and social (economic, cultural) rights, especially when there exists a certain myth about the "animosity" of incompatibility (attribution of elements of "pure" positiveness or "pure" negativeness) of these rights. The attitude to social rights as an independent object of legal regulation which is separated from the civil and political rights which has dominated for quite some time, now remains in the past also when assessing the modern European doctrine of human rights which is also based on the principle of indivisibility of rights.

The Constitutional Court assesses the rights and freedoms which are consolidated in the Constitution as comprising a single and harmonious system. In the ruling of 29 December 2004[38] the Constitutional Court underlines that the Constitution consolidates the concept of human rights and freedoms, where the rights and freedoms of one person cohabitate with the rights and freedoms of other persons. In the ruling of 22 of October of 2007, the Constitutional Court stressed that the official constitutional doctrine of human rights is also based on the principle provision that under the Constitution, one may not establish any such legal regulation whereby a person, while implementing one constitutional right, would lose the possibility to

linked with the protection of the interest in adequate living, personal welfare. (.Ernestas Spruogis. Socialinės asmens teisės ir jų konstitucionalizacija Lietuvoje. *Jurisprudencijs*, 2004, t.59 (51); 5-15.)

[38] Constitutional Court ruling of 29 December 2004 On the Restraint of Organised Crime

implement another constitutional right[39]. However, this principle does not deny the need, under certain conditions and upon the constitutionally grounded aim, to limit certain rights in order to protect a certain human right; however, such limitation must be necessary in a democratic society, and the means of such limitation must be proportionate to the constitutionally grounded purpose. The Constitutional Court's doctrine of limitation of rights is based on the constitutional imperatives which are grounded on the universally recognized criteria and which are *inter alia* developed in the jurisprudence of the European Court for Human Rights.

In the ruling of 22 of October 2007, the Constitutional Court emphasized not only the interrelations of the different constitutional social rights but also their close connection with other rights, the Constitutional Court stressed that guarantees of pensions (*inter alia* state pensions) and other social (material) guarantees stem not only from Article 52[40] of the Constitution, but also from other provisions of the Constitution, or, for example, from Paragraph 2 of Article 30[41],

[39] In the ruling of 22 October 2007 the Constitutional Court explained that principle that under the Constitution, it is not permitted to establish any such legal regulation under which an opportunity for the person, who has been granted and paid the old age pension, would be restricted, due to this, to freely choose an occupation and business, although he meets the conditions provided for by law so that he would have a certain occupation or conduct certain business; the legal regulation under which the person cannot freely choose an occupation and business due to the fact that upon the implementation of this right he would not be paid the granted old age pension or part thereof which was paid until then, also must be considered as a restriction of an opportunity to freely choose an occupation or business. This Principle was also stressed in the Constitutional Court rulings of Constitutional Court rulings of 30 June 2000 on the Right to Compensation for Damage Inflicted by Unlawful Actions of Interrogatory and Investigatory Bodies, the Prosecutor's Office and Court, 25 November 2002 on State Social Insurance Pensions and 4 July 2003 on State Pensions of Officials and Servicemen.

[40] Article 52 of the Constitution provides, that the State shall guarantee the right of citizens to receive old age and disability pensions, as well as social assistance in the event of unemployment, sickness, widowhood, loss of breadwinner, and other cases provided for in laws.

[41] Article 30 of the Constitution establishes that "the person whose constitutional rights or freedoms are violated shall have the right to apply to court. " (Part 1);"the law shall establish the compensation for material and moral damage inflicted on a person." (Part 2)

Articles 38, 39, 41, 48, Paragraph 1 of Article 51 and Article 146 thereof[42]. In the ruling of 22 of October 2007, while deciding on the constitutionality of the provisions of the law on the Judges pensions[43], the Constitutional Court developed some elements of the constitutional doctrine of social guaranties of judges and indicated that "The constitutional imperative of the protection of judges' salaries and other social guarantees arises form the principle of independence of judges and courts established in the Constitution (inter alia Article 109 thereof). By this principle one attempts to protect the judges administering justice from any influence of the legislative power and the executive, as well as from that of other state establishments and officials, political and public organisations, commercial economic structures, and other legal and natural persons".

Quite often a concrete right of some kind has certain functions and that is very obvious while analyzing the right of ownership which is attributed to the group of civil rights. On the one hand, it creates possibilities for a person to a corresponding level of life; while on the other hand, it is the ground for independence and freedom. The right of ownership must be followed also by other rights, *inter alia* the right to work and social protection. The right to work also creates the basis for the person's independence. The Constitutional Court has held in its acts more than once that the freedom to freely choose a job and business, entrenched in Paragraph 1 of Article 48 of the Constitution, is one of the necessary conditions for satisfying human vital needs, and of ensuring his appropriate place in society.[44]

---

[42] Articles 38, 39, 41, 48, Paragraph 1 of Article 51, Article 52 and Article 146 of the Constitution contains provisions of different social rights

[43] In this case the Vilnius Regional Administrative Court, the petitioner, was investigating an administrative case. By its ruling, the said court suspended the consideration of the case and applied to the Constitutional Court with a petition requesting to investigate whether Item 6 of Article 4 (wording of 2 July 2002) of the Law, to the extent that it establishes that the state pension of judges shall not be granted and the state pension which was granted, shall not be paid if the person has the income from which state social pension insurance contributions are calculated and paid or if he receives state social insurance benefits is in compliance with the provisions of the Constitution.

[44] Constitutional Court rulings of 4 March 1999, 4 July 2003 and 13 December 2004.

The Constitutional Court interprets the content of the indivisibility of rights, and particularly the content of the constitutional institute of protection of the rights of ownership while taking account not of Article 23 of the Constitution, which enshrines the rights of ownership of a person, but of other provisions of the Constitution which reveal various aspects of the constitutional concept of this right, because the Constitution is a single act, and its provisions comprise a harmonious system. In its ruling of 4 July 2003[45], the Constitutional Court noted that the constitutional protection of the rights of ownership, which arise from the Constitution and the laws that are not in conflict with the Constitution, means the protection of the right to demand the fulfilment of obligation of property nature to a person. The requirements of a person to pay fair remuneration for work are defended not only under Paragraph 1 of Article 48 of the Constitution, but also under the provision of Paragraph 2 of Article 23 of the Constitution that the rights of ownership shall be protected by laws, while the requirements of a person to pay the payments of pensionary maintenance established by law are defended not only under Article 52 of the Constitution, but also under Article 23 of the Constitution. The Constitutional Court pointed out that in the latter case the right to demand for the payments of pensionary maintenance which are established by the Constitution or laws that are not in conflict with the latter, arises also from Article 52 of the Constitution, while under Article 23 of the Constitution the proprietary aspects of this right are defended. The said circumstance determines the specific character of the protection of this acquired right according to Article 23 of the Constitution. This specific character *inter alia* means that in case a question arises as to the protection of the acquired right under Article 23 of the Constitution, first of all it should be established whether the requirement to pay the pension is based on Article 52 of the Constitution and/or other norms of the Constitution. Analogous arguments were set forth also while interpreting the right of ownership in the Constitutional Court ruling of 3 December 2003[46].

[45] Constitutional Court ruling 4 July 2003 on State Pensions of Officials and Servicemen

[46] Constitutional Court ruling of 3 December 2003 on the Law on State Social Insurance Pensions and the Law on State Pensions

In its ruling of 13 December 2004[47] (as well as 20 March 2007[48]), the Constitutional Court assessed the constitutional right to receive fair pay for work as a prerequisite for implementation of a great many other constitutional rights, *inter alia* the right of ownership emphasizing that under the Constitution, the right appears in regard to the person who has completed a commissioned task, to demand that the whole remuneration for work (pay) which is due according to the legal acts be paid to him, and that it be paid in due time. This right of the person (on the basis of Article 23 of the Constitution as well) is guaranteed, protected and defended as the right of ownership.

The Constitutional Court construed the provision that ownership includes obligations which stem from the Constitution also as related to Article 54 of the Constitution which formulates the principles of natural environment while at the same time enshrining the right of society to protection of the natural environment. In its ruling of 13 May 2005[49], the Constitutional Court notes that the owner of private land lots, forests and water bodies, while enjoying the right to possess, use and dispose of his property, cannot violate the imperatives of protection of wildlife and its rational use, its restoration and augmentation that are entrenched in Article 54 of the Constitution; implementing its constitutional obligation to take care of wildlife and ensure protection of wildlife as a national value of universal importance, its protection, rational use, restoration and augmentation, the state can establish a corresponding procedure of use of land lots, forests and water bodies, which will have to be followed by all persons, not excluding the private owners. However, the said procedure may not limit the rights and legitimate interests of other persons, including those of the private owners, more than it is necessary in order to achieve the socially important objective.

The constitutional right to health care which is enshrined in Paragraph 1 of Article 53 of the Constitution and which is attributed to social rights, is also in particular interpreted together with the rights such as the right to information (Article 25 of the Constitu-

[47] Constitutional Court ruling of 13 December 2004 on the State Service

[48] Constitutional Court ruling of 20 March 2007 on the Minimum Monthly Salary and the Minimum Hourly Pay

[49] Constitutional Court ruling of 13 May 2005 on the Law on Hunting

tion), the right to private life (Article 22 of the Constitution), freedom of individual economic activity (Article 46 of the Constitution) and the right to work (Article 48 of the Constitution). The Constitutional Court often interprets the health of a human being as a constitutional value which is an inseparable part of his other constitutional individual rights. While analyzing the constitutional right to private life, in its ruling of 24 March 2003[50], the Constitutional Court named health of a human being, as his physical and mental state, as being the essential elements of a private life.

4. The Influence of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Development of the Constitutional Doctrine of the Right to Receive Pension

The development of the constitutional doctrine of social rights is linked to the recognition of the state as socially oriented. The social nature of statehood is very important in the aspect of constitutional protection[51] In some of its recent rulings (of 26 September 2007, 22 October 2007 and 7 February 2005[52]), in which the constitutional doctrine of the social rights was further developed, the Constitutional Court, while interpreting different constitutional provisions underlined the social orientation of the state – under the Constitution, the State of Lithuania is socially oriented; thus, it has the constitutional obligation and must accept the burden of implementation of certain commitments. The Constitutional Court explained that the social orientation of the State is indicated in various provisions of the Constitution which consolidate economic, social and cultural, as well as civil and political rights of a human being, the relations between the

[50] Constitutional Court ruling of 24 March 2003 on Censorship of Convicts' Correspondence

[51] Juozas Žilys. Konstitucijos socialinės prasmės.// *Konstitucinė jurisprudencija.* Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo biuletenis. Vilnius. Nr.4. 2006. P. 318,

[52] Constitutional Court rulings of 26 September 2007 on State Social Insurance Contributions of Self-employed Persons, 22 October 2007 on the State Pensions of Judges, 7 February 2005 on Acceptance of the Petition of a Petitioner

society and the state, the bases of social assistance and social security, the principles of organization and regulation of the national economy, the bases of organization and activity of state institutions, etc.

The social maintenance, i.e. contribution of the society to maintenance of such its members who are incapable of providing themselves from work or other measures or who are not sufficiently provided as a result of important reasons provided by law, is recognized as having the status of a constitutional value. It is important to emphasize the principle formulated in the Constitutional Court jurisprudence that in a civil society, the principle of solidarity does not deny personal responsibility for one's destiny[53]. The socially oriented state has the constitutional duty and must assume the burden of the implementation of certain obligations. While formulating the official constitutional doctrine of the socially oriented state in its acts, the Constitutional Court has formulated the official constitutional doctrine of social security, social maintenance and social support, *inter alia* the constitutional imperatives which must be heeded while by the legal acts regulating the corresponding relations[54].

In the jurisprudence of the Constitutional Court the most developed and widely interpreted is a constitutional right to social assistance enshrined in the Article 52 of the Constitution[55]. The right to receive a pension is consolidated in Article 52 of the Constitution, in

[53] For the first time this principle was indicated in the Constitutional Court ruling of 12 March 1997 on State Social Insurance Pensions

[54] Constitutional Court rulings of 10 July 1996 on University Legal Education of Advocates, 12 March 1997 on State Social Insurance Pensions, 23 April 2002 on the State Pensions of Prosecutors and Soldiers, 25 November 2002 on State Social Insurance Pensions, 4 July 2003 on State Pensions of Officials and Servicemen, 3 December 2003 on the Law on State Social Insurance Pensions and the Law on State Pensions, 30 January 2004 on the Procedure of Payment of Onetime Allowances, 5 March 2004 Regarding the Regulations on Granting the Social Allowance and Payment Thereof, 13 December 2004 on the Procedure of Payment of Onetime Allowances, 7 February 2005 on the Acceptance of the Petition of a Petitioner, 26 September 2007 on State Social Insurance Contributions of Self-employed Persons, 22 October 2007 on the State Pensions of Judges, 29 April 2008 on Accidents at Work etc.

[55] Kęstutis Lapinskas. Asmens socialinių teisių apsaugos klausimai Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje. / Asmens socialinės teisės konstitucinių teismų jurisprudencijoje. Lietuvos Respublikos konstitucinis Teismas.Vilnius 2007. P. 63.

which it is established that the State shall guarantee to citizens the right to receive old age and disability pensions as well as social assistance in the event of unemployment, sickness, widowhood, loss of the breadwinner, and in other cases provided for by laws.[56] The Constitutional Court has held in its acts more than once that the Constitution protects and defends the acquired rights as well. The provisions of Article 52 of the Constitution have been interpreted in different aspects in the jurisprudence of the Constitutional Court; the Court, as it was mentioned previously, also assesses this right as an individual and justiciable The provisions of Article 52 of the Constitution, which guarantee the right to social assistance to citizens, obligate the state to establish sufficient measures of the implementation and legal protection of this right.[57]

The Constitutional Court motivates the interrelations of the social rights and In the ruling of 22 of October 2007 points out that the social orientation of the State of Lithuania obliges the state to pay heed to the guarantees of pensions (inter alia state pensions) and other social (material) guarantees; the imperative of reality, thus, it obliges to revise once established (and applied) social (material) guarantees, in particular if they are linked with certain periodic payments (such as pensions), to revise (increase their sizes) in particular if economic or social situation undergoes such changes so that the said established (and applied) guarantees depreciate a lot, moreover, if they become nominal in general (in this case, one must also have in mind the reservation regarding the proportionality and temporary reduction of the payments when it is necessary for the protection of other constitutional values).

Interpreting the constitutional formula "the State shall guarantee" used in Article 52 of the Constitution, in the ruling of 26 Sep-

[56] Constitutional doctrine of a right to receive a pension is also analyzed by the author of this article in::. T. Birmontienė. Konstitucinės teisės gauti pensiją interpretavimas Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje.. / Asmens socialinės teisės konstitucinių teismų jurisprudencijoje. Lietuvos Respublikos konstitucinis Teismas.Vilnius 2007. P. 81- 96..

[57] Constitutional Court rulings of 25 November 2002 on State Social Insurance Pensions; 13 December 2004 on the Procedure of Payment of Onetime Allowances; 22 October 2007 on the State Pensions of Judges.

tember 2007[58], the Constitutional Court *inter alia* pointed out that various types of social assistance are guaranteed for the persons on the bases and by the amounts that are established in laws, while the persons who meet the conditions provided by the law have the right to require that the state grant and pay this pension to them. After the types of pensions, the persons entitled to the pension, the bases of granting and payment of pensions, their amounts, and the conditions have been established by laws, a duty arises for the state to follow the constitutional principles of the protection of legitimate expectations and legal certainty in the area of pensionary maintenance relations; even in the exceptional cases (for example, economic crisis, natural disaster, etc., when there is objective lack of funds necessary for the payment of pensions), the reduced pensions may only be paid on a temporary basis (i.e. only when there is an extraordinary situation in the state).

The Constitutional Court also pointed out that the legislator not only may but also must establish such legal regulation which would create preconditions for the state to implement its constitutional duty to guarantee the right of citizens to social security and would ensure the accumulation of funds necessary for pensions and social assistance and which would ensure the payment of these pensions and rendering of social assistance. On the other hand, the burden of the obligations undertaken by the state falls upon the entire society; thus, such legal regulation must create preconditions to distribute the corresponding burden which falls upon the state – of course, taking account of *inter alia* the constitutional principle of solidarity and the constitutional imperatives of social harmony and justice – among the members of society, however, so that the implementation of the duty to pay the contributions of the state social insurance would not become too much of a burden for a person and that because of the fact that a person implements this duty, a person himself would not become socially maintained. It needs also to be emphasized that a person, who contributed to the accumulation of funds for the state social security, must influence the size of the old age pension for himself; a person,

[58] Constitutional Court ruling of 26 September 2007 on State Social Insurance Contributions of Self-employed Persons

who by paying fees contributed to the state social security more, must have tangible benefit.

In the ruling of 22 of October 2007 the Constitutional Court interpreting the nature of the constitutional right to receive old age and some other pensions summarized the previous jurisprudence on this subject and noted that failure to pay heed to these provisions which stems from the Constitution may determine that the corresponding legal regulation may (and must) be recognized as in conflict with the Constitution; the Constitutional Court also stressed that in the corresponding constitutional justice cases, the legal position of the Constitutional Court (*ratio decidendi*) has the significance of the precedent[59].

The Constitutional Court In the Ruling of 25 November 2002, recognized the legal regulation established by the law which does not permit that the persons, who have the obligatory state social pension insurance period and who have the insured income, receive the full granted old age pension, as being in conflict with the Constitution; such legal regulation not only violated the right of the old age pensioners of state social insurance to receive pension, but also the right to choose a job or business, as well as the right of ownership. Such po-

[59] While deciding the constitutionality of certain provisions of the Laws which are designed to regulate pension relations, following provisions of the official constitutional doctrine formulated inter alia in Constitutional Court rulings of 10 July 1996 on University Legal Education of Advocates, 12 March 1997 on State Social Insurance Pensions, 23 April 2002 on the State Pensions of Prosecutors and Soldiers, 25 November 2002 on State Social Insurance Pensions, 4 July 2003 on State Pensions of Officials and Servicemen, 3 December 2003 on the Law on State Social Insurance Pensions and the Law on State Pensions, 30 January 2004 on the Procedure of Payment of Onetime Allowances, 5 March 2004 Regarding the Regulations on Granting the Social Allowance and Payment Thereof, 13 December 2004 on the Procedure of Payment of Onetime Allowances, 7 February 2005 on the Acceptance of the Petition of a Petitioner, 26 September 2007 on State Social Insurance Contributions of Self-employed Persons, 22 October 2007 on the State Pensions of Judges, 29 April 2008 on Accidents at Work and in other acts of the Constitutional Court are of great importance for the further development of the constitutional doctrine of social rights. In these acts Constitutional Court inter alia emphasized that pensions and social assistance provided for in Article 52 of the Constitution are one of the forms of social protection; that the provisions of Article 52 of the Constitution guaranteeing citizens' right to social maintenance, obligate the state to establish sufficient measures to implement and legally protect the said right.

sition of the Court that consolidates that social right to receive pension has also close links with the right to ownership could be seen also as influenced by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. In the ruling of 4 July 2003[60], the Constitutional Court grounded its arguments why these rights are interrelated also on the case law of the European Court of Human Rights. The Constitutional Court held that *inter alia* in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the protection of the right of every natural and legal person to dispose of his property as established in Article 1 of the First Protocol[61] is applied not only to the objects of the right of ownership which are *expressis verbis* specified by civil laws of states, but also to economic interests (*European Court of Human Rights, case Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden of 7 July 1989*), to rights of claim of property nature (*European Court of Human Rights, the case Pressos Compania Naviera SA and others v. Belgium of 20 November 1995*), to the right to pension that resulted from work (*European Court of Human Rights, the case Gaygusuz v. Austria of 16 September 1996*), to the right to the old age pension (*European Court of Human Rights, the case Wessels-Bergervoet v. Netherlands of 4 June 2002*), etc. As the Constitutional Court pointed out, the European Court of Human Rights has recognized that, under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, property or possessions which belong to a person are defended as well as legal demands (claims) on the basis of which the claimant may argue that he has at least "a legitimate expectation" to dispose of the property (*European Court of Human Rights, admissibility decision in Malhous v.*

[60] Constitutional Court ruling of 4 July 2003 on State Pensions of Officials and Servicemen.

[61] Paragraph 1 of Article 1 of the First Protocol of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter also referred to as the First Protocol) provides that every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions, and that no one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. Paragraph 2 of this article provides that the preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Czech Republic of 13 December 2000). Upon assessment of all circumstances of a case, the guarantees of the right of every natural or legal person to dispose of his property which are consolidated in Article 1 of the First Protocol have been applied also in the protection of economic interests arising from the receiving of social benefits, as well as stocks, real property, management of land, etc.

The Constitutional Court also emphasised that according to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (*admissibility decision in Schwengel v. Germany of 2 March 2000, admissibility decision in Jankovic v. Croatia of 12 October 2000, admissibility decision in Skórkiewicz v. Poland of 1 June 1999*), Article 1 of the First Protocol of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms may not be referred to if a special privilege of property nature which had been granted on the basis of political motives was reduced or abolished.

According to the Constitutional Court, the jurisprudence of the European Court of Human Rights also proves the possibilities of the states to reorganise pensionary maintenance and social security systems; the European Court of Human Rights has stated (*admissibility decision in Jankovic v. Croatia of 12 October 2000*) that the state, while regulating social policy, is in possession of sufficiently broad opportunities to change amounts of pensions; however, it is clear from the jurisprudence of the European Court of Human Rights that it is necessary to observe certain requirements while amending legal regulation of this field; the European Court of Human Rights has noted that the applied means must be in conformity to the objective sought, that, taking account of Paragraph 2 of Article 1 of the First Protocol, interference by the state must ensure the balance between the general interest of society and the requirement to protect fundamental rights of the person (*European Court of Human Rights, the case Sporrong and Lönnroth v. Sweden of 23 September 1982*, *European Court of Human Rights, the case Spadea and Scalabrino v. Italy of 28 September 1995*).

Conclusion

The constitutional doctrine of social rights that is developed by the Constitutional Court is based on the presumption of justiciability

of these rights. In its jurisprudence, the Constitutional Court assesses the social rights as certain obligations of the state for the society, and as individual rights which are guaranteed to a person by the Constitution.

When deciding cases on the compliance of the legislation on social rights with the Constitution, the Constitutional Court has faced problems with inactive legislator and legal gaps that makes difficulties for the implementation of constitutional rights and for the guaranties of their justiciability. While interpreting the nature of the constitutional right to receive old age and some other pensions, The Constitutional Court emphasized that these rights could be assessed as the individual rights, the judicial protection whereof is guaranteed for the persons also in the cases when incomprehensiveness in the cases, insufficient certainty, and lack of legal clarity of the legal regulation are to be assessed as a legal gap.

The Constitutional Court assesses the rights and freedoms which are consolidated in the Constitution as comprising a single and harmonious system. The Constitutional Court emphasized not only the interrelations of the different constitutional social rights but also their close connection with other rights guaranteed by the Constitution. The Constitutional Court stressed that the official constitutional doctrine of human rights is also based on the principle provision that under the Constitution, one may not establish any such legal regulation whereby a person, while implementing one constitutional right, would lose the possibility to implement another constitutional right.

The Constitutional Court has formulated a broad official constitutional doctrine of the socially oriented state and has explained the content of the constitutional provisions designed for the pensionary welfare and social security in this context. The Constitutional Court has consolidated that social right to receive pension has also close links with the right to ownership; this could be seen also as influenced by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights.

The Constitutional Court assesses the influence of the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the constitutional rights' doctrine as an important source of interpretation of law. The Convention is applied in the Lithuanian law directly.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: VERS UN PARTENARIAT ENREGISTRE?

Jean-Claude Bonichot

Les principes, la jurisprudence et les textes ont progressivement et successivement fixé la position de la Cour de justice des Communautés européennes par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de deux juridictions formellement séparées, qui remplissent leur office chacune dans son domaine, mais qui partagent une communauté d'inspiration. Ce sont deux juridictions complémentaires qui ont pour premier point commun important d'avoir développé une jurisprudence dont l'influence sur les droits nationaux ne fait que s'affirmer. Mais si ce sont deux juridictions distinctes, leurs tâches comme leurs domaines d'interventions le sont de moins en moins. Ce contexte mérite de retenir l'attention. Certes, la question n'est pas nouvelle et elle à déjà fait l'objet d'études sérieuses[1], mais elle connaît aujourd'hui de nouveaux développements qui en changent la dimension en en font un problème de moins en moins académique et de plus en plus pratique et politique.

La situation, en effet, évolue. Deux éléments au moins changent la donne. En premier lieu, la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, prévue dans le traité de Lisbonne[2]. Disons-le de suite, pour y revenir: cette adhésion ne po-

[1] V. récemment : D. Spielmann, Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne, Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, T. 2, pp. 1447 et s.

[2] Aux termes du futur article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, dans sa

urra pas ne pas avoir de conséquence sur la fonction et donc la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, partant, sur l'équilibre institutionnel qui existe à l'heure actuelle entre celle-ci et la Cour de justice. En second lieu, les progrès de l'intégration européenne: le développement des deuxième et troisième piliers et surtout la communautarisation du troisième conduisent mécaniquement la Cour de justice à se prononcer chaque jour davantage sur des affaires touchant à la matière civile, pénale ou à la lutte contre le terrorisme, pour ne prendre que quelques exemples de ce que l'on pourrait appeler la multiplication des créneaux communs aux deux juridictions. Cette multiplication à laquelle il faut ajouter la difficulté des questions qui seront posées risque, là encore, de remettre en cause les équilibres d'aujourd'hui. Au regard de ces éléments, et pour résumer notre pensée, il nous semble que l'Europe – qu'elle soit celle de l'Union européenne ou celle du Conseil de l'Europe– à tout à gagner à préserver l'existence de son chœur à deux voix, et à éviter de créer un corps à deux têtes.

Le dédicataire de ces lignes, qui à exercé successivement les fonctions de juge à Strasbourg et celles de juge à Luxembourg, à le privilège d'avoir porté les deux chapeaux de juge des droits de l'homme et de juge communautaire: il ne nous en voudra sans doute pas de penser qu'il est plus facile pour deux juges de chanter à l'unisson que pour deux têtes de porter un seul chapeau.

I. – Un chœur à deux voix

Le chœur à deux voix des deux juridictions s'accorde tant sur les principes que sur leur rôle et leur champ d'intervention.

---

rédaction issue du traité de Lisbonne: «L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.». Cette disposition est complétée par un protocole (N° 5) selon lequel l'acte d'adhésion doit permettre, notamment, de «préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union» et de garantir que «ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions» ne soient affectées.

A. –Des principes en harmonie

Un même contexte historique à présidé à la naissance de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice: le mouvement d'unification de l'Europe au lendemain de la seconde guerre mondiale. Les droits de l'homme, valeurs communes aux peuples européens, figuraient dès l'origine au frontispice de ces deux juridictions, explicitement pour la Cour européenne, implicitement pour la Cour de justice. C'est par l'arrêt *Nold*[3] que cette dernière, pour la première fois, à reconnu explicitement que les instruments internationaux concernant la protection des droits fondamentaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré «peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire». Au nombre de ces instruments, la Convention européenne des droits de l'homme revêt, aux yeux de la Cour de justice, «une signification particulière»[4]. Ainsi que l'on sait, le préambule de l'Acte unique européen, de 1986, cite directement la convention, ce que la Cour de justice à immédiatement relevé[5].

La Cour de justice protège les droits fondamentaux, et fait application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il n'est pas excessif de dire, à cet égard, que le contenu matériel de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne, est purement et simplement introduit dans le droit communautaire. Sur l'essentiel en effet, les jurisprudences luxembourgeoise et strasbourgeoise n'ont jamais été divergentes, la Cour de justice s'efforçant de suivre celle de la Cour

[3] CJCE, 14 mai 1974, 4/73, Rec. p. 491. Il faut noter que dès 1969 la Cour de justice avait abordé la question des droits fondamentaux dans l'affaire Stauder, dans laquelle elle avait noté que la disposition en cause ne révélait «aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect» (Rec. 1969, p. 419). Plus tard, elle dira explicitement qu'il lui appartient de contrôler les atteintes aux droits fondamentaux, dès lors «que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect» : CJCE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. 1125.

[4] CJCE, 21 décembre 1989, *Hoechst*, 46/87, Rec. p. 2589.

[5] CJCE, 18 mai 1989, *Commission/Allemagne*, 249/86, Rec. p. 1263, point 10.

européenne. Elle à d'ailleurs de ce fait été très tôt un organe efficace d'application du droit issu de la convention européenne, lui donnant même, à travers ses arrêts, une force qu'il n'avait pas[6]. Elle n'en garde pas moins sa liberté: si la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par les juges de Strasbourg, constitue une source d'inspiration privilégiée pour la Cour de justice, c'est parce que ses juges le veulent bien. En l'état actuel des choses, la Cour de justice pourrait parfaitement s'écarter de ce que juge la Cour européenne des droits si elle estimait que cette divergence était commandée par les spécificités de la construction communautaire et les exigences propres à ses objectifs et donc à son droit. Si un tel cas de figure devrait, nous semble-t-il, rester exceptionnel, il n'est pourtant pas du tout une hypothèse d'école tant le rayon d'action de l'Union et de la Communauté est étendue et tant est différente l'approche de ces questions de la part des deux Cours.

Il existe toutefois une réelle bonne volonté des deux juridictions. Cette bonne volonté se traduit tout d'abord par les rencontres régulières entre leurs membres respectifs. Tenues selon un rythme au moins annuel, ces réunions sont l'occasion d'échanger les points de vue de manière très approfondie. En outre, plusieurs membres de la Cour de justice sont d'anciens juges à la Cour européenne des droits de l'homme[7] et font ainsi bénéficier la juridiction communautaire de leur savoir-faire et de leurs connaissances tant du «droit des droits de l'homme» lui-même que de la manière de fonctionner de la Cour de Strasbourg.

Cette bonne volonté se traduit aussi et surtout dans la jurisprudence, même lorsqu'il s'agit d'affaires très délicates. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, en matière de lutte contre le terrorisme: une organisation terroriste basque, inscrite à ce titre sur la liste des groupes visés par la position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27

[6] Voir sur ce point :J-C Bonichot: «L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes», dans Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme, colloque Montpellier 14 et 15 décembre 1990, Revue universelle des droits de l'homme, 1991, p 318.

[7] Actuellement 4, alors que le Tribunal compte un ancien membre de la Commission européenne des droits de l'homme.

décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, à introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme un recours à l'encontre des quinze États membres. Par une décision du 23 mai 2002, la Cour européenne des droits de l'homme à rejeté le recours comme irrecevable au motif que la situation dénoncée ne leur conférait pas la qualité de victimes d'une violation de la Convention[8]. Les requérants se sont alors tournés vers la juridiction communautaire, devant laquelle ils ont demandé réparation du préjudice qu'ils estimaient avoir subi du fait de leur inscription sur cette liste. La Cour de justice aurait pu se contenter de rejeter leur requête en relevant qu'il n'existait pas, dans le système de voies de recours prévu par les traités, de recours en responsabilité extra-contractuelle dans le cadre des titres V et VI du traité UE. Mais c'est une réponse beaucoup plus complète qu'elle à donnée, relevant que le caractère incomplet du système de voies de recours ne privait toutefois pas les requérants du droit à une protection juridictionnelle effective[9]. Pour ce faire, la Cour est allée très loin et à entendu dépasser les apparences: elle à considéré que si une position commune ne pouvait faire l'objet d'un recours en l'état actuel du droit communautaire[10], il appartenait au juge communautaire de restituer éventuellement à l'acte son exacte qualification et d'en tirer les conséquences sur le plan contentieux. Ainsi, si une position commune va plus loin que ce que prévoit le traité et qu'elle se révèle être autre chose qu'un acte qui définit «la position de l'Union sur une question particulière de nature géographique ou thématique»[11], ou qui définit «l'approche de

[8] Recueil des arrêts et décisions 2002-V

[9] CJCE, 27 février 2007, *Segi* C-355/04 P, Rec. p. I-1657; V. A. Santamaría Dacal, *Las sentencias Segi y Gestoras del TJCE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención?* Revista de Derecho Comunitario Europeo 2007 p. 313 ; F. Donnat, *Régime des actes des titres V et VI du traité sur l'Union et lutte contre le terrorisme*, Revue française de droit administratif 2007 p. 1100.

[10] État du droit qui change sur ce point précis avec le traité de Lisbonne. L'article 275 du TFU prévoit expressément une possibilité de recours contre «les décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales» adoptées dans cette matière.

[11] Article 15 UE pour les positions communes PESC.

l'Union sur une question déterminée»[12], et comporte des effets de droit vis-à-vis des particuliers, il s'agit d'un acte qui, en vertu de principes établis de longue date[13], peut faire l'objet d'un recours en annulation.

A l'irrecevabilité prudente opposée par la Cour européenne des droits de l'homme et qui sonne un peu comme un renvoi de la question à son juge naturel, répond ainsi un arrêt de la Cour de justice qui aborde de front la difficulté et prend la peine de bâtir, à droit constant, une jurisprudence de nature à atténuer le caractère peu satisfaisant du régime des voies de recours dans le cadre du traité UE. Il s'agit réellement d'un chœur à deux voix, qui s'entendent aussi sur leur rôle et sur leurs champs d'intervention.

B. –Fonctions et champ d'intervention au diapason

Ainsi que nous l'avons dit, la Cour de justice protège les droits fondamentaux. C'est un fait. Disons-le également aussi nettement: la Cour de justice n'est pas, pour autant, une cour des droits de l'homme. Son rôle est d'assurer l'unité du droit communautaire, de contrôler l'action des institutions et de faire respecter le droit communautaire par les États par le recours en manquement. La Cour de Strasbourg a, de son côté, pour seul rôle de constater une violation de la Convention et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences sur le plan indemnitaire. Elle se prononce sur des cas individuels, alors que la Cour de justice dispose de pouvoirs d'annulation, d'injonction, de sursis, d'astreinte, et que ses arrêts s'imposent, avec toute la force de la chose jugée ou interprétée, aux justiciables et aux États membres et notamment à leur juridictions. S'il est vrai que, dans la pratique et notamment d'un point de vue politique, les arrêts de la Cour de Strasbourg ont un grand retentissement et que leur portée va au-delà des cas individuel qui lui ont été soumis, il n'en reste pas moins que le système communautaire est infiniment plus contraignant. Ceci est conforme

[12] Article 34 UE pour les positions communes dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

[13] CJCE 31 mars 1971, Commission/Conseil, AETR, 22/70, Rec. 263.

au rôle de la juridiction communautaire, qui est le juge suprême d'un ordre juridique intégré et harmonisé. Qu'il y ait, entre les deux juridictions, une communauté d'inspiration et une complémentarité de fait est une chose que l'on ne peut que saluer[14]. Que l'on prenne l'une pour l'autre nous semble participer d'une confusion des genres. Le rôle respectif de chacune des deux juridictions doit être bien entendu.

Il doit en aller de même de leur champ d'intervention. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, deux étapes, qui correspondent à deux hypothèses, doivent être distinguées. La Cour européenne des droits de l'homme a, en premier lieu, mis en cause un État membre au sujet d'un acte de droit primaire méconnaissant les stipulations de la CEDH. Il s'agit de l'arrêt *Matthews*, par lequel le Royaume-Uni à été condamné au motif qu'il avait demandé l'exclusion de Gibraltar de l'Acte de 1976 prévoyant l'élection du Parlement européen au suffrage universel, ce qui méconnaissait le droit à l'organisation d'élections libres et régulières (CEDH, 18 février 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-I). À la suite de cet arrêt, le Royaume-Uni à ouvert le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen à Gibraltar, en l'élargissant aux citoyens du Commonwealth. La Cour de justice à alors été saisie d'un recours en manquement contre le Royaume-Uni présenté par l'Espagne qui soutenait qu'un État membre ne pouvait de le sorte ouvrir le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen à des citoyens d'États tiers. Par un arrêt du 12 septembre 2006, elle à jugé que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres octroient ce droit de vote et d'éligibilité à des personnes déterminées ayant des liens étroits avec eux, autres que leurs propres ressortissants ou que les citoyens de l'Union résidant sur leur territoire (CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/ Royaume-Uni*, C-145/04, Rec. p. I-7917)[15]. Si, dans cet arrêt, la Cour de Luxembourg cite et utilise à bon escient la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, elle le fait en tant que juge communautaire, appliquant les principes dégagés par le juge des droits de l'homme aux spécificités de l'ordre juridique communautaire.

---

[14] J.-C. Bonichot, «La CJCE, la CEDH et l'intégration de l'Europe», in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, 1996, p. 93.

[15] AJDA 2006, p. 2271, chron. Broussy, Donnat, Lambert.

La Cour européenne des droits de l'homme est ensuite allée plus loin. Par son célèbre arrêt *Bosphorus* (30 juin 2005, requête n° 45036/98) elle s'est, en substance, reconnue compétente pour contrôler la conformité des actes communautaires au regard de la CEDH au travers des mesures nationales d'exécution de ces actes. Sans revenir sur les circonstances de l'affaire, qui sont connues, la Cour de Strasbourg, en examinant la responsabilité de l'Irlande au regard d'une mesure nationale d'application d'un règlement communautaire, ne met plus seulement en cause le droit primaire, comme dans l'affaire *Matthews*, mais également le droit dérivé. On sait également que la Cour européenne des droits de l'homme a, dans cet arrêt, fixé elle-même les limites de son contrôle, reconnaissant que si la Communauté dispose d'une système accordant aux droits fondamentaux une «protection à tout le moins équivalente» à celle assurée par la Convention, la requête devait être rejetée.

La portée exacte de cette jurisprudence doit toutefois être très précisément explicitée. Si de nombreux commentaires ont évidemment fait le lien avec la solution retenue par le *Bundesverfassungsgericht* dans ses arrêts dits «Solange», les meilleurs observateurs ont relevé que la Cour européenne des droits de l'homme était restée relativement en retrait et que ce n'était en quelque sorte que du bout des lèvres qu'elle accordait à la Communauté un *satisfecit* en matière de protection équivalente des droits fondamentaux. Alors que l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait accordé au droit communautaire une présomption irréfragable de conformité à la convention dans sa décision *M. & Co* (9 février 1990, n° 13258/87, décisions et rapports (DR) 64, p. 146), «dans l'arrêt *Bosphorus*, la Cour n'évalue pas les garanties offertes par la Communauté en termes globaux pour aboutir à une présomption quasi-irréfragable. En effet, elle laisse la porte ouverte à une possibilité d'examen dans un cas particulier», précisant explicitement que la présomption peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée[16]. La jurisprudence *Bos-*

[16] J.-P. Jacqué, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence «Solange II» de la Cour européenne des droits de l'homme?*, RTD eur. 41 (3), juill.-sept. 2005. On remarquera d'ailleurs que le raisonnement du type Bosphorus tend à se généraliser. Le Conseil d'État français en a fait application dans l'arrêt Arcelor du 8 février 2007, Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16ème éd. N° 118, p. 934.

phorus n'exclut ainsi nullement les conflits. On peut presque dire que, bien au contraire, elle les anticipe. La multiplication des ces conflits transformerait inévitablement le chœur à deux voix en toute autre chose.

II. – Un corps à deux têtes ?

Le risque de voir l'ordre juridique européen dirigé non plus par un chœur à deux têtes mais par deux juridictions concurrentes ne peut être exclu. Ce risque est considérablement renforcé par la multiplication des créneaux communs aux deux cours européennes. Il peut toutefois y être paré par la perspective de l'institutionnalisation de leurs rapports.

A. – Un risque: la multiplication des créneaux communs

Les progrès de la construction européenne multiplient les zones d'enchevêtrement entre le droit communautaire et le droit issu de la CEDH. À vrai dire, ces zones ont toujours existé, même à l'époque à laquelle le droit communautaire était surtout un droit à connotation économique. L'affaire *M. & Co*, précitée, portait ainsi sur un litige mettant en cause l'exécution par un État membre d'un arrêt de la Cour de justice condamnant une entreprise à payer une amende au titre du droit de la concurrence. De même, il n'a pas été nécessaire d'attendre les derniers développements du droit communautaire matériel pour que la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse au droit procédural propre à la juridiction communautaire au regard de l'article 6 de la CEDH. La Cour de Strasbourg à ainsi été amenée à se prononcer sur le point de savoir si, dans un procès soumis au juge national, les parties n'avaient pas été abusivement privées de la possibilité de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, ce qui aurait pu être considéré comme contraire aux stipulations de l'article 6 (par exemple: 13 février 2007, décision sur l'admissibilité dans l'affaire *John/Allemagne*, n° 15073/03). Lorsque l'on sait la subtilité de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'application de l'article 234 CE, que ce soit sur la notion de «juridiction» ou sur la

possibilité ou la nécessité pour le juge national de poser une question préjudicielle et la portée de l'arrêt rendu, on mesure à quel point la Cour de Strasbourg étend son contrôle sur un mécanisme qui est au cœur même de la construction du droit communautaire et paraît relever exclusivement de la Cour de justice. C'est ainsi en réalité sans attendre le développement des créneaux en commun que les jurisprudences des deux juridictions peuvent potentiellement diverger.

Ils n'en reste pas moins que les zones d'enchevêtrement entre le droit communautaire et le droit issu de la CEDH n'ont fait qu'augmenter avec l'extension des compétences de l'Union et de la Communauté. Pour ne prendre que quelques exemples, les développements du droit dérivé en matière de protection de la vie privée (CJCE, 30 mai 2006, *Parlement/Conseil et Commission*, C-317/04 et C-318/04, Rec. p. I-4721, sur la conclusion d'un accord entre la Communauté et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens), de droit au respect de la vie familiale (CJCE, 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, Rec. p. I-5769, sur la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial[17]), en matière pénale ou quasi-pénale (CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, Rec. p. I-3633, sur la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres[18] multiplient les points d'accroche avec la jurisprudence de Cour européenne des droits de l'homme.

Il en va surtout ainsi lorsque sont en cause des décisions individuelles prises par les États membres ou par les institutions en application de normes européennes ou communautaires. L'affaire *Segi*, dont on à parlé plus haut, en est une bonne illustration. Peut également être mentionnée l'affaire *Mollendorf* dans laquelle était en cause l'interdiction de mettre des ressources économiques à disposition des pe-

[17] L. Burgorgue-Larsen, *L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire*, AJDA 2006 p. 2286.

[18] D. Sarmiento, *European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence*, International Journal of Constitutional Law, 2008, Vol.6 nº 1, p. 171 ; AJDA 2007, p. 1117, chron. Broussy, Donnat, Lambert.

rsonnes énumérées à l'annexe I du règlement (CE) nº 881/2002 du Conseil, du 27 mai 2002, instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, et qui touchait au droit fondamental des propriétaires de disposer de leurs biens (CJCE, 11 octobre 2007, *Möllendorf e.a.*, C-117/06). Dans ces affaires, la Cour de justice à bien entendu pris à cœur de protéger les droits fondamentaux qui étaient en cause en se référant, le cas échéant, à la CEDH et à sa jurisprudence.

Mais il ne faudrait pas non plus que la Cour de justice statue sur les affaires qui lui sont soumises en n'ayant à l'esprit que le seul souci de se conformer en tous points à la jurisprudence de la CEDH et d'éviter de la sorte que celle-ci la mette en cause en considérant que la protection équivalente des droits fondamentaux n'est pas assez assurée dans l'ordre communautaire. Le caractère apparemment apaisant de la jurisprudence *Bosphorus* ne doit pas faire oublier qu'il n'est pas exclu qu'un jour se présente une hypothèse dans laquelle la logique propre de la construction communautaire conduise la Cour de justice à avoir sa lecture à elle de la Convention européenne. Comme on le sait, toute juridiction est appelée à développer les raisonnements qui sont propres au système dans lequel elle se trouve. La Cour de justice manquerait d'ailleurs à ses obligations et méconnaîtrait son office si, ce jour venu, elle s'en tenait à une lecture servile de la jurisprudence de la CEDH et ignorerait les spécificités du droit communautaire. Ce genre d'hypothèse pouvait jusqu'à présent être raisonnablement regardé comme exceptionnel et les divergences demeurer limitées. Il en sera de moins en moins ainsi et la multiplication des instruments de référence n'est pas pour arranger les choses. Il suffit à cet égard de jeter un coup d'œil à l'article 6 TUE: doit s'appliquer, avec quelques réserves d'ailleurs, la Charte des droits fondamentaux de l'Union[19]; l'Union doit adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme; et, last but not least, les droits fondamentaux, tels qu'ils sont

[19] Voir : J. Dutheil de la Rochère : Les droits fondamentaux dans le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, T. 1, p. 761 ; Guy Braibant : De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droit fondamentaux, ibid. p. 327.

garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres «font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux». Voilà un beau sujet de réflexion pour les étudiants: la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme ne correspondent évidemment pas en tous points; la Convention européenne des droits de l'homme devrait à terme faire partie du droit communautaire comme la Charte, or celle-là comporte un organe d'application et celle-ci un autre; et pour couronner le tout, le traité, reprenant une formule consacrée par la jurisprudence de la Cour de justice, vient expliquer que les normes issues de la Convention européenne des droits de l'homme et qui donc devraient venir faire partie du droit primaire écrit vaudront comme «principes généraux», c'est-à-dire comme des règles d'origine et de caractéristiques jurisprudentielles, ce qui semble être un titre à ce que la Cour de justice les applique de manière autonome. On ajoutera seulement un peu de piment en rappelant qu'au-delà des apparences on à bien souvent de la peine à trouver des choses communes dans les fameuses «traditions constitutionnelles communes» des États membres. Qui trop embrasse mal étreint. Cela vaut aussi dans le domaine de la protection des libertés. Il faut sans doute mettre dans tout cela de l'ordre.

La question est posée de savoir si la perspective d'une institutionnalisation des rapports entre les deux juridictions prévue par le Traité de Lisbonne permettra d'y parvenir.

B. – Une occasion à ne pas manquer: l'institutionnalisation des rapports

Jusqu'ici, le seul point juridique commun entre les traités UE et CE et la Convention européenne des droits de l'homme était l'identité de certains signataires. La question de l'adhésion à déjà suscité de nombreuses réflexions, depuis le mémorandum de la Commission du 4 avril 1979, en passant par sa communication du 19 novembre 1990 jusqu'au traité de Lisbonne[20]. La perspective de l'adhésion de l'Union

[20] J.-P. Jacqué, «L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, aspects juridiques et techniques», in *La protection des*

à la Convention bouleverse cet état de chose, et il n'est pas exact de soutenir que l'adhésion ne change rien à l'affaire au motif que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est d'ores et déjà intégré par la Cour de justice dans le droit communautaire.

Ainsi que l'on sait, la Cour de justice ne s'y est pas trompée, relevant que «si le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires, l'adhésion de la Communauté à la CEDH entraînerait un changement substantiel du régime actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire. Une telle modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres, revêtirait une envergure constitutionnelle» (CJCE, avis du 28 mars 1996, 2/94, Rec. p. I-1759)[21].

Les auteurs du traité de Lisbonne non plus ne s'y sont pas trompés, et ont pris la peine d'y ajouter un protocole (N° 5) et une déclaration sur l'article 6, paragraphe 2, du traité UE aux termes de laquelle «La conférence convient que l'adhésion de l'Union à la CEDH devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette convention». L'article 6, paragraphe 2, du traité UE précise en outre que l'adhésion «ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités». L'adhésion – cela

droits de l'homme dans le cadre européen, 1993, p. 302 et, du même auteur: Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, T. 2, p. 1007.

[21] J. Boulouis, *De la compétence de la Communauté européenne pour adhérer à la CEDH*, Mélanges Jacques Robert, 1998 p. 315 ; J.-F. Flauss, Bulletin des droits de l'homme, 1996 nº 6, p. 1.

va de soi mais allait sans doute mieux en le disant – n'aura d'effet que dans le domaine des compétences de l'Union.

Il n'en reste pas moins que les modalités de cette adhésion restent à définir. Il est heureux que le protocole relatif à l'article 6, paragraphe 2, annexé au traité sur l'UE et au traité TFUE rappelle les «spécificités» de l'ordre juridique de l'Union, et que la déclaration sur le même article 6, paragraphe 2, après avoir insisté sur le fait que l'adhésion à la CEDH ne doit pas remettre en cause ces spécificités, rappelle qu'il existe un dialogue entre les Cours de Strasbourg et de Luxembourg. Encore faut-il préciser les conditions dans lesquelles cette spécificité pourra être réellement préservée, et dans quelle mesure le dialogue auquel il est fait référence pourrait déboucher sur une complémentarité des jurisprudences qui ne soit pas, contrairement à la situation actuelle, une complémentarité à sens unique.

Les difficultés seront nombreuses, et ne se limiteront pas à la désignation du juge de l'Union devant siéger à Strasbourg. La notion de «compétences de l'Union», qui ne doivent pas être modifiées par l'adhésion, n'est pas évidente en matière de droits de l'homme et doit sans doute être précisée[22]. Se pose également la question de savoir si l'Union doit adhérer également aux protocoles additionnels à la CEDH. Si certains d'entre eux peuvent certainement apporter quelque chose au droit de l'Union – comme par exemple le premier protocole additionnel et notamment son article 1er – il n'en va pas nécessairement de même des autres et notamment pas du 6ème, concernant l'abolition de la peine de mort, dont on peine à voir le lien avec l'activité de l'Union. Il sera en outre déterminant de prévoir un mécanisme garantissant la cohérence – une «systématique» – des voies de droit. Dans l'hypothèse dans laquelle l'État membre dispose d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre du droit communautaire, se posera avec plus d'acuité encore la question de savoir si le particulier disposera de deux voies de droit, celle ouverte devant la juridiction communautaire et celle lui permettant d'agir directement contre l'État membre devant la CEDH, après épuisement des voies de

[22] J.-P. Jacqué : Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, préc. Note 20.

recours internes, sans qu'on sache d'ailleurs si le renvoi préjudiciel doit être compris comme faisant partie de ces voies internes.

On le voit: l'adhésion de l'Union à la CEDH nous semble soulever beaucoup de difficultés. Celles-ci ne pourront, à notre sens, au point où en est parvenue l'organisation d'ensemble de l'Europe et dont il faut évidemment se féliciter, se régler seulement de manière pragmatique. Il faut des choix politiques traduit dans des textes. Le protocole N° 5 est à cet égard une occasion qu'il ne faut pas manquer. La détermination de son contenu suppose une réflexion d'ensemble sur le système actuel.

* * *

Jusqu'à présent les rapports des deux systèmes juridiques que sont la Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne ont pu être réglés selon des procédés classiques et, au fond, assez pragmatiques. Chacun à fait de son mieux et les administrations comme les juridictions nationales n'ont pas eu trop à en souffrir. Aujourd'hui, ce bel ensemble, facteur de progrès, fait un peu penser à une barque dans laquelle les rameurs ne rameraient pas toujours en même temps et pas toujours du même côté. Les questions qui sont devant nous sont trop sérieuses et trop difficiles, les enjeux trop importants pour que les États en restent là. Le politique doit reprendre ses droits et faire ses choix. Ils doivent être faits sur la base d'une réflexion d'ensemble à laquelle les juridictions sont prêtes à apporter leur concours. L'intérêt des citoyens n'est pas d'avoir trente six juges et de s'adresser selon ce qu'ils croient être leur profit du moment à l'un ou à l'autre. Il est d'avoir des règles et une jurisprudence qui tiennent la route et assurent ainsi la cohérence et la stabilité dont nos sociétés d'aujourd'hui ont tant besoin.

MRU © MRU © MRU

LES OPINIONS SÉPARÉES DES JUGES: EST-CE UNE BONNE INSTITUTION DANS UNE JURIDICTION INTERNATIONALE?

Jean-Paul Costa

Pranas KURIS, après une longue et brillante carrière, aura eu le privilège d'être juge au titre de son pays, la Lituanie, dans deux grandes juridictions internationales: la Cour européenne des droits de l'homme, de 1994 à 2004, la Cour de justice des Communautés européennes depuis 2004. Or, les deux Cours se distinguent au moins sur un point important: celle-là connaît dès l'origine l'institution des *opinions séparées*, celle-ci ne l'a jamais connue.

Ayant été le collègue à Strasbourg et étant toujours l'un des *amicorum* du juge Pranas KURIS, j'ai pensé qu'il pourrait être intéressé par le sujet de cette contribution. Est-il bon, est-il néfaste, pour un tribunal international que ses juges puissent exprimer leur opinion lorsqu'elle diffère de celle de leurs collègues de la majorité?

Je me contenterai, faute de temps car la question est très complexe, d'énoncer certaines remarques personnelles.[1]

Elles sont au nombre de quatre:

[1] Il existe bien entendu des études beaucoup plus fouillées. Concernant plus particulièrement la Cour que j'ai l'honneur de présider, je pense notamment à la contribution de mon prédécesseur et ami, Luzius WILDHABER, «Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme», dans «Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos», Paris, Pédone 1999, et au livre de Mme Florence Rivière, «Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme», Bruxelles, Bruylant, 2004. Voir également (entre autres) l'ouvrage «Martens dissenting» (recueil des fameuses opinions dissidentes du juge Siep MARTENS), La Haye, W.E.J. Trenk Willink, 2000.

1. Dans les juridictions internationales, les opinions séparées sont plutôt la règle que l'exception

Probablement sous l'influence anglo-saxonne (mais cette seule observation mériterait une longue analyse !), la Cour permanente de justice internationale a inauguré cette tradition dès 1922:

«Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, les dissidents auront le droit d'y joindre l'exposé de leur opinion individuelle».[2] On note que référence n'est faite qu'aux *dissidents*.

La portée de cette règle s'élargit dans le Statut de la Cour internationale de justice (1945):

«i l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle»[3] - ce qui ouvre la porte aux opinions *concordantes* et plus seulement dissidentes. La même évolution a affecté les opinions relatives aux avis consultatifs de ces deux juridictions[4].

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté la formule des opinions séparées. Le texte de la Convention européenne des droits de l'homme actuelle est clair:

«Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée»[5]. La formule est identique pour les avis consultatifs[6]. Pour les arrêts comme pour les avis, le Règlement explicite ce qu'il faut entendre par «opinion séparée»:

«... opinion séparée, concordante ou dissidente, [soit par une] simple déclaration de dissentiment».[7]

Par contre, ni la Cour de Justice de la C.E.C.A. ni la Cour de justice des communautés européennes n'ont pratiqué ni ne pratiquent

[2] Statut de la C.P.J.I., article 57

[3] Statut de la C.I.J., article 57

[4] Comparer l'article 71 du Règlement de la C.P.J.I. et l'article 107 du Règlement de la C.I.J.

[5] Convention, article 45 § 2

[6] Convention, article 49 § 2

[7] Règlement de la Cour, article 74 § 2 et article 88 § 2

l'expression d'opinions séparées; et, corollairement – cet adverbe mériterait peut-être, lui aussi, un commentaire approfondi – les arrêts rendus à Luxembourg ne mentionnent pas, comme c'est le cas pour ceux prononcés à Strasbourg, s'ils ont été rendus à l'unanimité ou à la majorité.

Mais Luxembourg fait, je l'ai dit, plutôt figure d'exception.[8] Peut-être est-ce dû au fait que les six États fondateurs représentaient majoritairement une culture juridique différente de la culture anglo-saxonne, où, au contraire, l'expression individuelle de l'opinion des juges reflète une longue tradition[9].

2. Si on compare la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes, une autre importante différence apparaît

Il s'agit, bien entendu, de l'existence à Luxembourg de l'Avocat général, qui n'existe pas à Strasbourg.

Peut-être cette deuxième différence est-elle fortuite (ce que je ne crois pas d'ailleurs: l'Avocat général a emprunté beaucoup de traits à la figure du Commissaire du gouvernement du Conseil d'État et des juridictions administratives de France[10]). En tout cas les deux différences me paraissent en quelque sorte symétriques et complémentaires. Lorsqu'un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes est rendu conformément aux conclusions de l'Avocat général (qui ne lient nullement la Cour), celles-ci éclairent celui-là. *À fortiori*, quand les conclusions sont partiellement ou totalement contraires, elles fournissent aux parties et aux observateurs une présentation doctrinale de l'affaire qui est plus ou moins différente de celle de la juridic-

[8] Ainsi, les opinions séparées existent à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple.

[9] Comme le montrent les juridictions britanniques et bien sûr, hors d'Europe, la Cour suprême des États-Unis.

[10] Le premier Avocat général dans l'histoire, Maurice Lagrange, qui a exercé son mandat douze ans (de 1952 à 1964) et a, dit-on, fortement marqué l'institution, était membre du Conseil d'État français.

tion; elles enrichissent le débat juridique, rappelant que le droit et la justice ne sont pas des sciences exactes.

De même, à la Cour européenne des droits de l'homme, un arrêt rendu à l'unanimité sera, en l'absence de l'institution de l'Avocat général, plus «monolithique», étant observé qu'en général les arrêts de Strasbourg sont plus détaillés que ceux de Luxembourg. Mais surtout, s'il y à des opinions dissidentes, ou même seulement concordantes, elles joueront le même rôle, *mutatis mutandis,* que des conclusions plus ou moins contraires de l'Avocat général. Certes, ni pour le présent ni pour le futur elles ne lient le raisonnement de la majorité ni le constat de violation ou de non-violation de la Convention auquel elle aboutit. Mais les opinions séparées, souvent rédigées avec beaucoup de soin[11], offrent elles aussi aux justiciables et au monde juridique une autre analyse de l'affaire, parvenant, en tout cas pour les opinions dissidentes, à un constat contraire à celui de l'arrêt.

Autrement dit, une juridiction qui n'aurait ni Avocat général ni opinions séparées ne donnerait à voir ou à lire qu'un seul aspect de l'appréhension d'une affaire. Ce n'est évidemment pas dommageable si la solution est évidente, par exemple parce qu'elle est conforme à une jurisprudence bien établie. Ce l'est davantage si les problèmes à trancher sont difficiles ou nouveaux. Et cela me paraît particulièrement vrai dans le cas d'une juridiction internationale: que ses décisions aient d'ailleurs une autorité absolue ou simplement relative de chose jugée, leur portée réelle vaut le plus souvent pour nombre d'États, ou la totalité des États membres.

Il faut remarquer également – mais je ne pense pas que cela apporte beaucoup à ce débat – que le nom du juge rapporteur de la Cour de justice des Communautés européennes est public, alors que ne l'est jamais celui du juge rapporteur de la Cour européenne des droits de l'homme[12].

---

[11] Je n'insinue évidemment pas que tel ne serait pas le cas des arrêts, en dépit du grand nombre de requêtes dont la Cour européenne des droits de l'homme est saisie, ce qui surcharge son travail !

[12] Bizarrement, en tout cas à mes yeux, l' «ancienne» Cour – antérieurement à l'entrée en vigueur du Protocole 11 à la Convention – n'avait pas de rapporteur; la collégialité du travail, aujourd'hui, n'est pas moindre, mais elle opère sur la base des propositions d'un juge qui, assisté d'un juriste du Greffe, est de tous ses collègues celui qui a la

Quoi qu'il en soit, en tout cas, l'hypothèse évoquée ci-dessus (ni opinions individuelles des juges, ni conclusions d'un Avocat général) est étrangère aux règles et aux pratiques des deux grandes juridictions européennes, alors qu'elle se rencontre dans certaines cours suprêmes nationales, par exemple le *Consiglio di Stato* en Italie.[13]

3. Le fait qu'il existe des opinions séparées comporte à la fois des limites et de sérieux inconvénients

Tout d'abord, les limites au droit d'exprimer son opinion individuelle[14] ressortissent, me semble-t-il, à des règles non écrites de courtoisie et de modération. Une juridiction, de surcroît internationale, c'est-à-dire dont les membres ont des nationalités et des traditions différentes, se doivent mutuellement estime et respect. La vigueur des

connaissance la plus intime du dossier. Toutefois, bien entendu, ses propositions ne sont pas toujours suivies.

[13] Je remarque en passant – pour ne pas y revenir – que si selon la Convention européenne des droits de l'homme et le Règlement les juges de Strasbourg ont le droit d'exprimer leur opinion, ce qui n'est certes pas une obligation, dans la pratique ils usent presque toujours de ce droit, s'il y a lieu. En somme, ils ont «le courage de leurs opinions». Il n'en va autrement que si le désaccord porte sur des points mineurs. Personnellement, il ne me viendrait à l'esprit ni de «forcer» un ou une de mes collègues à rédiger une opinion séparée contre son gré, ni à plus forte raison de l'inviter à ne pas le faire. En tout cas, dans la très grande majorité des cas, les dissidents expriment leur opinion (les opinions séparées sont annexées à l'arrêt).

[14] Dans un souci de simplification, je parle d'opinions individuelles. Mais il ne faut pas oublier que souvent – pas toujours bien sûr – les juges en désaccord avec la majorité de la Chambre ou de la Grande Chambre de notre Cour sur la solution de l'arrêt ou sur son raisonnement rédigent des opinions, dissidentes dans le premier cas, concordantes dans le second, qui sont communes, c'est-à-dire collectives. Elles impliquent donc un effort de compromis, exactement comme l'opinion majoritaire (ou même unanime): il est rare qu'un jugement puisse satisfaire à 100% chacun de ses coauteurs, mais fréquemment chacun fait quelques concessions pour trouver un accord. Une variante de l'opinion séparée collective est celle où des juges, du même avis que l'un de leurs collègues, se rallient à l'opinion séparée de celui-ci ou de celle-ci. Les choix relèvent de la sociologie, de la psychologie… et de l'emploi du temps de chacun, davantage que de la raison juridique pure.

convictions ne doit pas se traduire par des propos blessants, voire outrageants.

Cet écueil est fort heureusement le plus souvent évité, et il suffit pour s'en convaincre de lire les opinions séparées annexées aux arrêts des juridictions internationales où elles existent.

Par ailleurs – à mon avis – les opinions ne devraient pas être trop longues, mais ce n'est généralement pas le cas non plus au sein de notre Cour. Toutefois, force est de remarquer que le président d'une formation de jugement, à mon avis, n'a aucune base juridique – c'est en tout cas vrai à la Cour de Strasbourg – qui lui permettrait de «censurer» une opinion qui transgresserait ces interdits implicites. Probablement seule la formation de jugement elle-même pourrait prendre une décision contraignante sur ce point, mais à ma connaissance le cas ne s'est jamais produit. Généralement, la persuasion informelle suffit.[15]

Les opinions séparées se heurtent donc à des limites, heureusement rarement franchies; elles comportent aussi des inconvénients de par leur existence même.

Lorsqu'on ne peut pas exprimer de désaccord (et quels que soient les efforts cachés qu'il ait fallu consentir pour aboutir au jugement qui sera rendu public), l'autorité de la chose jugée est entière. Non seulement, l'adage *«res judicata pro veritable habetur»*[16] s'applique en droit, mais il est renforcé en fait par la présomption d'unanimité qui s'attache à ce jugement.

Quand, au contraire, un arrêt est rendu à une faible majorité[17], on peut craindre que cette autorité soit plus faible, en tout cas affaiblie.

Est-ce exact?

Je serais tenté de dire oui et non. Oui, car une Cour profondément divisée, spécialement quand il s'agit de la Grande Chambre[18],

---

[15] La Cour européenne des droits de l'homme travaille sur un code d'éthique judiciaire interne. Il est envisageable que cette question délicate y soit abordée, mais ce n'est pas sûr.

[16] Qui traduit une fiction juridique inévitable. Voir le livre de Delphine COSTA, «Les fictions juridiques en droit administratif», Paris, LGDJ, 2000.

[17] Un exemple souvent cité est celui d'*Al-Adsani c. Royaume-Uni,* arrêt de Grande Chambre du 21 novembre 2001 (Rec. 2001-VI), rendu dans une affaire importante par neuf voix contre huit.

peut donner aux parties et au monde extérieur l'impression que la jurisprudence issue d'une majorité étroite est susceptible d'être remise en question rapidement; cela n'inciterait guère l'État défendeur à exécuter promptement l'arrêt, comme il doit le faire, si celui-ci à conclu à la violation de la Convention, et cela pourrait pousser des justiciables se trouvant dans une situation analogue à celle du requérant, dans l'hypothèse de non-violation, à tenter à nouveau leur chance peu de temps après qu'un arrêt discuté à été rendu.

On peut certes trouver des exemples de tels revirements facilités par une majorité étroite. Je pense à l'affaire *Fretté c. France*[19], dans laquelle Pranas KURIS siégeait, et qui s'était conclue par un constat de non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec son article 8, à la majorité de quatre voix contre trois, le problème étant celui du refus d'agrément en vue de l'adoption opposé à un demandeur homosexuel. Six ans plus tard – ce qui est peu du point de vue de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme – l'arrêt *E.B. c. France* à procédé à un revirement en concluant, dans une espèce analogue (la personne demandant l'agrément était une femme homosexuelle, mais cette différence n'a apparemment joué aucun rôle), à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8[20].

Mais cette remarque d'ensemble, tout comme l'exemple donné, ne me semblent pas pour autant décisifs, et on pourrait répondre aussi bien «non», ou «non, mais...» à la question de l'affaiblissement de l'autorité des jugements assortis d'opinions séparées (surtout des opinions dissidentes[21]). Ainsi, les affaires *Fretté* et *E.B.* ont donné lieu, la première à un arrêt de Chambre, la seconde à un arrêt de Grande Chambre. Il n'est pas sûr que ce dernier eût atteint un résultat autre si

---

[18] À laquelle les articles 30 et 43 de la Convention assignent un rôle jurisprudentiel majeur.

[19] Arrêt du 26 février 2002, Rec. 2002-I. Le renvoi de l'affaire à la Grande Chambre ne fut pas demandé par le requérant.

[20] Arrêt de Grande Chambre du 22 janvier 2008, rendu à la majorité de dix voix contre sept.

[21] Encore qu'entre une opinion dissidente «modérée», par exemple étayée par une appréciation factuelle différente de celle de la majorité, et une opinion concordante «vigoureuse», par exemple estimant la conclusion de la Cour inévitable mais critiquant de façon vive le raisonnement juridique qui la motive, la distinction puisse être plus optique que réelle.

le premier avait été rendu à l'unanimité et sans aucune opinion individuelle.

Plus généralement, et contrairement à la boutade d'un ancien juge de la Cour de Strasbourg («les opinions dissidentes d'aujourd'hui préfigurent les majorités de demain»), ce qui fait jurisprudence, c'est l'opinion majoritaire. On pourrait citer de nombreux exemples, dans plusieurs juridictions internationales, d'opinions minoritaires de grande qualité et d'un grand intérêt doctrinal qui n'ont entraîné par la suite aucun changement jurisprudentiel. Je serais tenté, dans certains cas, de dire hélas !, mais c'est un fait que les évolutions jurisprudentielles sont plus souvent dues, dans l'ensemble, à un changement des mœurs ou de la réflexion collective qu'à l'influence de juges pionniers, devançant et proposant tel ou tel revirement.

Donc finalement, il me semble qu'il n'est pas exact de dire que les opinions séparées sont nécessairement une mauvaise institution pour une juridiction internationale. Avant d'en indiquer, d'ailleurs, les avantages, je voudrais remarquer qu'à la Cour européenne des droits de l'homme les décisions d'irrecevabilité, dont certaines sont d'une grande portée, ne sont jamais assorties d'opinions séparées[22]. Elles ne se distinguent des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes qu'en ce qu'il est malgré tout indiqué dans la décision si elle à été rendue à la majorité (sans mentionner le nombre des voix respectives) ou à l'unanimité. On pourrait en déduire que cette mention influe sur l'autorité de la décision. Or je ne le crois pas[23].

Il reste, pour être honnête, à mentionner un inconvénient ou en tout cas un risque non négligeable. La possibilité d'émettre des opi-

[22] Ce que certains juges déplorent.

[23] Voir deux importantes decisions d'irrecevabilité, toutes deux prises par la Grande Chambre: *Bankovic et autres* c. Belgique et 16 autres États, du 12 décembre 2001 (Rec. 2001-XII), d'une part, *Behrami et Behrami* c. France et *Saramati* c. France, Allemagne et Norvège du 2 mai 2007 (à paraître au Rec.). La première a été rendue à l'unanimité, la seconde à la majorité: il est difficile de dire que la seconde aurait moins de poids ou d'autorité que la première – ce qui montre bien qu'il faut relativiser ces questions. Toutefois, deux observateurs aussi fins que les Professeurs Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS n'ont pas manqué de remarquer que *Behrami* et *Saramati* n'avaient pas été des décisions unanimes (voir leur chronique à l'Annuaire français de droit international, 2006 (Paris, Editions du CNRS, 2007), page 675 et la note en bas de page 59).

nions séparées (même quand concrètement il n'y en à pas dans une affaire donnée), permet toujours de savoir, soit directement soit au prix d'une soustraction simple, dans quel sens tel ou tel juge à voté. Pratiquement, en effet, on indique dans l'arrêt à quelle majorité il à été rendu (le cas échéant, à l'unanimité). Par hypothèse, un juge non-minoritaire est majoritaire et vice-versa ! Ceci enfreint, au moins en grande partie, non le secret des délibérations[24], du moins le secret du vote. Et le risque existe (pas seulement en théorie, malheureusement), que l'État défendeur (ou même le requérant) tienne rigueur de ce vote à son auteur.

4. L'existence d'opinions séparées, dans une juridiction internationale, offre aussi des avantages certains

Le premier de ces avantages, à mon avis, est subjectif ou psychologique, et je le dis d'autant plus volontiers que, juge à Strasbourg après quelque trente années passées au sein d'une juridiction, le Conseil d'État, qui pousse très loin le secret du délibéré et bannit toute opinion séparée, je n'avais jamais pratiqué celles-ci[25]. Je veux parler de la frustration que peut éprouver le co-auteur anonyme d'un jugement auquel il ne souscrit pas; ou, si l'on veut parler de façon plus affirmative, du défoulement auquel peut se livrer le juge qui, par une opinion séparée (publique), critique la solution ou le raisonnement dans une affaire à laquelle il à participé sans pouvoir faire prévaloir son point de vue.

Mais cet avantage n'est pas purement individualiste, voire narcissique. Les opinions séparées permettent, dans certains cas, d'éviter la vaine recherche d'un consensus en principe souhaitable, mais souvent réducteur. Après tout, la fonction de juger n'équivaut pas à celle d'un

[24] Que les juges s'engagent à respecter lorsqu'ils prennent leurs fonctions.

[25] Il existe une entorse à ce principe: l'usage selon lequel il est toléré que le rapporteur d'une affaire au Conseil d'État (qui vote) puisse faire une note commentant l'arrêt, le cas échéant le critiquant, à condition qu'il la signe de ses initiales; or celles-ci sont plus ou moins transparentes... Ceci a donné lieu à des anecdotes que je renonce à relater, sous peine d'enfreindre à nouveau le secret du délibéré – même s'il y a probablement prescription !

médiateur ou d'un conciliateur. Il s'agit de trancher un litige en droit, donc en définitive d'opter entre deux solutions, de choisir celle qui semble la meilleure ou la moins mauvaise.

Le deuxième avantage des opinions individuelles – je n'y insiste pas – est de caractère théorique: elles offrent aux juristes, et aux justiciables, des solutions alternatives à celles retenues par la majorité des membres de la formation de jugement; celles-là éclairent celles-ci, et enrichissent le débat. J'avoue d'ailleurs que, à mes yeux, les opinions concordantes sont souvent encore plus intéressantes que les opinions dissidentes: l'effort de l'auteur porte véritablement sur le raisonnement, sur la *ratio decidendi*, qui peut avoir plus d'importance sur un plan juridique général que la solution de l'arrêt, plus soumise aux circonstances factuelles *in concreto*.

Mais ces arguments pourraient valoir également pour des juridictions nationales. Il me semble cependant que les opinions séparées ont un intérêt plus grand encore pour une juridiction internationale telle que notre Cour. Tout d'abord les arrêts de celle-ci sont le fruit d'une synthèse entre les raisonnements de sept ou dix-sept juges appartenant à des cultures juridiques souvent très différentes. Certes, les acquis jurisprudentiels ont consolidé la synthèse au fil des ans, et un des objectifs recherchés est celui d'éviter tout double standard à l'égard des États défendeurs. Mais il est intéressant et utile que, sous l'approche synthétique que l'arrêt traduit, les diverses sensibilités nationales puissent s'exprimer, surtout dans des matières où la jurisprudence reconnaît aux États une importante marge d'appréciation.

Je voudrais conclure qu'en définitive, une fois la balance opérée entre les inconvénients et les avantages des opinions séparées, rien n'est plus important que les traditions. Dans certains pays, cette discussion existe, ou revient, à propos des cours suprêmes ou constitutionnelles[26]. Et plus un système est habitué à avoir, ou à n'avoir pas, d'opinions séparées, plus il est difficile ou risqué de le changer. Mon ami Pranas KURIS, qui à connu à Strasbourg puis à Luxembourg l'existence des opinions individuelles, puis leur absence, est mieux pla-

[26] Il semblerait que la question soit périodiquement évoquée au sujet du Conseil constitutionnel en France; mais ce pays n'a, à aucun niveau, de tradition d'opinions séparées.

cé que l'auteur de ces lignes pour procéder à des comparaisons. Connaissant sa sagesse, j'imagine qu'il serait tenté de dire que les deux systèmes ont des avantages et des inconvénients symétriques, et qu'il serait hasardeux de les modifier après un demi-siècle de fonctionnement de ces deux juridictions.

Mais je ne lui ai pas posé la question !

Cette contribution n'a sûrement pas la prétention d'y répondre de façon tranchée. Toutefois, elle peut contribuer au débat – ce qui est somme toute le propre d'une contribution...

MRU © MRU © MRU

MRU © MRU © MRU

BENDROSIOS RINKOS LAISVĖS IR PAGRINDINIŲ TEISIŲ SANTYKIS: TEISĖ Į STREIKĄ EUROPOS TEISINGUMO TEISMO JURISPRUDENCIJOJE

Tomas Davulis

Įvadas

Pats Europos Ekonominės Bendrijos pavadinimas rodo valstybių siekiamos integracijos ekonominius tikslus. Bendroji rinka, kurios sukūrimą Bendrijos steigėjai laikė svarbiausiu uždaviniu, buvo suvokiama ne tik kaip tarpusavio muitų arba prekių importo ir eksporto apribojimų panaikinimas bei muitų sąjunga su bendra užsienio prekybos politika, tačiau ir kaip kliūčių laisvam prekių, asmenų, paslaugų ir kapitalo judėjimui tarp valstybių narių panaikinimas. Šias keturias bendrosios rinkos laisves (kitaip dar – pagrindines judėjimo laisves) įtvirtinantys principai buvo numatyti steigimo sutartyse, taip pat plėtoti daugybėje antrinės teisės aktų. Europos Bendrijų Teisingumo Teismas (toliau – ETT arba Teismas) savo ilgametėje praktikoje stengėsi kaip galima efektyviau užtikrinti šių laisvių įgyvendinimą, suteikti jiems platų turinį ir veiksmingas gynybos priemones. Būtent ETT jurisprudencijoje buvo išvystyta nuosekli doktrina, kuri naikino prekių, paslaugų, asmenų tiesioginę ir netiesioginę diskriminaciją kitose valstybėse narėse, nustatė valstybėms ir kitiems asmenims draudžiamus judėjimo laisves ribojančius veiksmus, apibrėžė laisvių taikymo sritis, išlygas ir atsakomybę.

Jau penkiasdešimt metų Bendrijoje vykstanti integracija pranoko pradinius tikslus. Siekis įgyti piliečių paramą, suteikti Bendrijai socialinį veidą, universalumą ir priimtinumą atsispindi Bendrijos veiklos tikslų arba veiklos sričių modifikacijose ir išaugusioje kompetencijoje. Bendrosios rinkos „humanizavimas“ nėra lengvas uždavinys, nes susiduriama su permanentine priešprieša tarp ekonominio tikslo sukurti efektyviai funkcionuojančią bendrąją rinką ir troškimo ją koreguoti siekiant kitų socialinių gėrių. Svarbų vaidmenį šioje srityje ima vaidinti pagrindinių teisių katalogai (1989 m. Bendrijos darbuotojų pagrindinių socialinių teisių chartija [1], 2000 m. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartija [2]), kuriose vardijamos ir Bendrijos pagrindinės socialinės teisės, taip pat Bendrijos įsipareigojimai gerbti tarptautiniuose dokumentuose išvardintas pagrindines teises (Europos Sąjungos sutarties 6 str.), įskaitant socialines bei darbo teises (EB sutarties 136 str.), bei nuo 1969 m. „Stauder“ bylos [3] nagrinėjimo ETT vykdoma savarankiška pagrindinių teisių gynyba [4, p. 330–333; 5, p. 195–197].

Nors ilgą laiką ETT buvo linkęs maksimaliai griežtai ir plačiai užtikrinti judėjimo laisves, pabrėždamas jų fundamentinį pobūdį, minėti postūmiai pagrindinių teisių srityje atvėrė šių dviejų vertybių sandūrų galimybes. Lyginant bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinių teisių turinį, veikimo ir apsaugos ypatybes, dažnai pabrėžiamas jų panašumas. Tiek pirmosios, tiek ir antrosios privatiems asmenims suteikia subjektines teises, kurios gali būti tiesiogiai įgyvendinamos santykiuose su viešosios valdžios institucijomis. EB sutarties 39 str. įtvirtintas draudimas diskriminuoti darbuotojus dėl pilietybės užimtumo, darbo užmokesčio ir darbo sąlygų srityje ETT buvo pripažintas kaip pagrindinė teisė laisvai užsiimti darbine veikla [6, *para* 129]. Taip EB sutartis draudžia ne tik tiesioginę arba netiesioginę diskriminaciją dėl pilietybės, tačiau ir bet kokį trukdymą darbuotojui dirbti pagal darbo sutartį kitoje valstybėje, tai vertinama jau kaip pagrindinė teisė [5, p. 196]. Tokių rinkos laisvių ir pagrindinių teisių koreliacijos pavyzdžių nėra daug, ir visi jie susiję su asmenų diskriminacijos uždraudimu. Tuo tarpu judėjimo laisvių ir pagrindinių teisių konfliktų arba prieštaravimų potenciali grėsmė yra daug didesnė. Įgyvendinant bendrosios rinkos laisvę, galima pažeisti ir tam tikrą pagrindinę teisę ir atvirkščiai – realizuojant pagrindines teises, gali būti ribojama galimybė teikti prekes, paslaugas kitoje valstybėje ir pan. Kuriai teisei turėtume teikti pirmu-

mą konflikto metu? Ar galime ieškoti bendros formulės konfliktams spręsti?

Bendrijos teisės bei žmogaus teisių tyrėjų dėmesį pastaruoju metu prikaustė „Viking Line“ ir „Laval“ bylos, kuriose buvo nagrinėti įsisteigimo, paslaugų teikimo laisvių įgyvendinimo apribojimai, sukelti darbuotojų atstovams įgyvendinant nacionalinės teisės garantuojamas teisę į kolektyvines derybas ir teisę į kolektyvinio poveikio priemones. Šios teisės priskirtinos prie pagrindinių teisių ne tik valstybių narių konstitucijose, tarptautiniuose dokumentuose, bet ir 2000 m. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijoje. Ypatingo dėmesio šios bylos sulaukė ir dėl to, kad į jas buvo įtrauktos ir naujos valstybės narės, kurių įmonės arba kurių atžvilgiu įmonės kaip tik ir norėjo pasinaudoti bendrosios rinkos teikiamomis tarptautinės veiklos galimybėmis.

Šio tyrimo tikslas – išanalizuoti ir įvertinti, kaip ETT yra sprendžiami bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinių socialinių teisių konfliktai, t. y. atvejai, kuomet įgyvendinant pagrindines teises, pavyzdžiui, teisę į kolektyvinio poveikio priemones (streikus), yra ribojamos asmenų judėjimo, paslaugų teikimo laisvės bendrojoje rinkoje. Tyrimo tikslas pasiektas įgyvendinus šiuos uždavinius: 1) išanalizavus ETT praktiką bylose dėl pagrindinių teisių prieštaravimo bendrosios rinkos laisvėms; 2) išnagrinėjus ETT prejudicinius sprendimus, priimtus „Viking Line“ ir „Laval“ bylose; 3) įvertinus sprendimų įtaką bendrosios rinkos funkcionavimui ir valstybių darbo teisei.

Pirminis darbo objektas yra ETT prejudiciniai sprendimai, kuriuose buvo nagrinėti bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinių teisių turinio, taikymo srities klausimai. Taip pat buvo tirti Bendrijos teisės aktai ir tarptautinės sutartys bei susijusi specialioji literatūra. Kadangi nagrinėjami ETT sprendimai yra nauji, specialiosios literatūros šaltiniuose daugiausia pateikta užsienio autorių atlikta ankstesnės ETT praktikos arba generalinių advokatų išvadų analizė. Tiriant taikyti analizės, sisteminės analizės, lyginamasis, lingvistinis (gramatinis), teleologinis, istorinis ir kiti metodai.

1. Bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinių teisių konfliktai ETT praktikoje

Rinkos judėjimo laisvių ir pagrindinių žmogaus teisių konfliktai tik neseniai tapo ETT platesnio nagrinėjimo dalyku. Mat ilgą laiką pagrindinių teisių gynyba buvo suprantama kaip išimtinai nacionalinės teisinės sistemos elementas, kurio turinys ir įgyvendinimas skirtingose valstybėse gali būti nevienodas. Bendrosios rinkos laisvėms pagal Bendrijos teisės viršenybės principą teikiamas pirmumas, nepaisant to, kad jis galėdavo reikšti sunkiai sprendžiamą Bendrijos teisės ir nacionalinių konstitucinių nuostatų, kurios įtvirtindavo pagrindines teises, konfliktą [7]. Tuo tarpu ETT visuomet buvo linkęs maksimaliai užtikrinti judėjimo laisves, pabrėždamas jų fundamentinį pobūdį. Pagausėjus ETT jurisprudencijos pagrindinių teisių pripažinimo srityje ir Europos Sąjungai žengus žingsnius pagrindinių teisių pripažinimo srityje, atsivėrė kitos šių prieštaravimų sprendimo galimybės. Besikeičiančią ETT nuostatą šioje srityje iliustruoja trys pastarojo dešimtmečio bylos.

1997 m. gruodžio 9 d. ETT paskelbė sprendimą bylos, kurioje nagrinėjo Komisijos skundą prieš Prancūzijos Respubliką dėl nuolatinio jos institucijų neveiklumo Prancūzijos žemdirbiams protestuojant prieš kitų valstybių įvežamus žemės ūkio produktus. Metus besitęsiančių protestų metu produktai būdavo sulaikomi, sugadinami, taikoma prievarta ir grasinama juos pervežantiems vairuotojams, tačiau Prancūzijos institucijos nesiėmė jokių veiksmingų priemonių šiems veiksmams užkardyti. ETT pripažino Prancūzijos Respubliką neįvykdžius įsipareigojimo užtikrinti laisvą prekių judėjimą per jos teritoriją, nepaisant to, kad tokia nacionalinė protesto forma Prancūzijoje *de facto* nebuvo persekiojama [8, *para* 66].

2003 m. birželio 12 d. buvo priimtas prejudicinis sprendimas „Schmidberger“ byloje, kurioje ETT nagrinėjo aplinkosaugos organizacijos surengtos demonstracijos atitiktį judėjimo laisvėms. Dėl demonstrantų 30 valandų uždaryto eismo vienoje pagrindinių Austrijos tranzitinių automagistralių krovinių pervežimo įmonė „Schmidberger“, kelias dienas negalėjusi pervežti krovinių iš Vokietijos į Italiją, pareikalavo iš Austrijos Respublikos atlyginti žalą. Pastaroji gynėsi,

kad demonstracija buvo teisėta, nes jos metu buvo įgyvendinta nuomonės ir susirinkimų laisvė, todėl ETT teko spręsti dilemą: ar teikti pirmumą prekių judėjimo laisvei, ar ginti pagrindinę teisę į nuomonės reiškimą ir susirinkimus, pagal kurią judėjimo laisvė buvo apribota. Šiuo atveju ETT nurodė, kad valstybės neveikimas neuždraudžiant prekių judėjimą ribojančių privačių asmenų veiksmų iš principo pažeidžia bendrosios rinkos laisves, tačiau jis gali būti ir objektyviai pateisinamas. ETT pabrėžė, kad demonstrantai naudojosi Europos žmogaus teisių ir laisvių apsaugos konvencijos (toliau – EŽTLAK) ir Austrijos Respublikos Konstitucijoje įtvirtinta pagrindine teise, kuri išplaukia iš valstybių narių bendrųjų konstitucinių tradicijų [9, *para* 69–71]) ir tarptautinių sutarčių, todėl sudaro ir Bendrijos bendrąjį teisės principą. Atkreipęs dėmesį, kad tiek judėjimo laisvė, tiek ir pagrindinė teisė gali būti ribojamos viešojo intereso tikslais, su sąlyga, kad apribojančios priemonės bus teisėtos, būtinos demokratinėje visuomenėje, taikomos proporcingai ir nepažeis suteikiamų teisių esmės, ETT nurodė, kad būtina „pasverti" skirtingus interesus, atsižvelgiant į visas aplinkybes ir užtikrinant sąžiningą pusiausvyrą tarp ginamų interesų. Įvertinęs pagrindinės teisės įgyvendinimo tikslą (atkreipti dėmesį į sunkius krovinius gabenančių priemonių keliamą regiono taršą) ir pobūdį (gautas valstybės institucijų leidimas, magistralės eismas blokuotas viena kryptimi 30 valandų laikotarpiui, sudarytos sąlygos išvengti spūsčių), Teismas pateisino tuo sukeltą prekių judėjimo laisvės apribojimą.

2004 m. spalio 10 d. „Omega" bylos prejudiciniame sprendime ETT teko tirti, ar paslaugų teikimo laisvei neprieštarauja tokie Vokietijos institucijų veiksmai, kuriais uždraudžiami Didžiosios Britanijos įmonės sukurti ir frančizės būdu Vokietijos kompiuterinių žaidimų operatoriui „Omega" perduoti kompiuteriniai žaidimai, kuriuos žaidžiant reikia lazeriniu šautuvu pataikyti į specialią liemenę vilkintį gyvą žmogų. Kadangi EB steigimo sutarties 46 str. kartu su 55 str. leidžia apriboti paslaugų teikimo laisvę viešosios tvarkos, viešojo saugumo ir visuomenės apsaugos tikslais, Teismas sprendė, ar tokia priemonė atitinka išimties reikalavimus. Pateisinant judėjimo laisvės ribojimą reikšmingiausią vaidmenį suvaidino pagrindinės teisės. Sutikdamas su Vokietijos teismų nuostata, ETT pripažino, kad pagrindinės teisės sudaro Bendrijos bendrųjų teisės principų dalį, ir žmogaus orumo apsau-

ga yra viena iš tokių. Kadangi Bendrija ir valstybės narės yra *įpareigotos* saugoti pagrindines teises, jos yra laikytinos teisėtu interesu, dėl kurio gali būti ribojamos paslaugų teikimo laisvės, jei tik ribojančios priemonės yra būtinos tikslui pasiekti ir negalima tikslų pasiekti kitomis priemonėmis [10, *para* 38]. Šioje byloje Teismas susidūrė su sudėtinga situacija, kai tam tikra paslauga atitinka pagrindinės teisės standartą ją sukūrusioje valstybėje (Jungtinėje Karalystėje), tačiau neatitinka kitos valstybės, į kurią jis eksportuojamas, institucijų sampratos apie tai, kaip pagrindinė teisė turi būti ginama. Šiuo klausimu Teismas pabrėžė, kad nėra būtina, kad nacionalinė ribojanti priemonė visose valstybėse atitiktų bendrą sampratą apie tai, kaip reikia saugoti konkrečią pagrindinę teisę [10, *para* 39], o gali būti atsižvelgta į papročius, religinius ir kultūrinius ypatumus – galbūt valstybė yra pasirinkusi kitą šios teisės gynimo būdą. Atsižvelgiant į tai, kad buvo uždrausta tik ta žaidimo versija, kurioje simuliuojamas žmogaus gyvybės atėmimas, Teismo nuomone, ją uždraudusios nacionalinės institucijos neperžengė proporcingumo ribų ir leistinai gynė žmogaus orumą tuo lygiu, kuris reikalaujamas pagal nacionalinę konstituciją.

Taigi bendrosios rinkos laisvių suvaržymai tiek, kiek jie susiję su pagrindinių teisių įgyvendinimu valstybėse narėse, nėra pripažįstami *ipso facto* prieštaraujantys Bendrijos teisei. Nustatęs pagrindinę teisę, kurią įgyvendinant buvo suvaržyta kuri nors judėjimo laisvė, Teismas ją pripažįsta, tačiau nesiima jos ginti kaip savarankiškos vertybės, o priskiria prie teisėto viešojo intereso, į kurį privaloma arba negalima neatsižvelgti įgyvendinant Bendrijos teisę. Šioje vietoje pagrindinės teisės vaidmuo pasibaigia, nes ETT reikalauja lyginti skirtingus bendrosios rinkos ir viešąjį interesus ieškant jų pusiausvyros kiekvienoje byloje. Tokia pagrindinių teisių ir judėjimo laisvių konfliktų sprendimo formulė rodo, kad ETT nelinkęs suteikti savarankiškos reikšmės pagrindinėms teisėms. Tad bendrosios rinkos laisvių apsaugai teikiamas tam tikras pirmumas – jų išlygos matuojamos pagrindinėmis teisėmis, o ne atvirkščiai.

2. Prieštaravimai tarp bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinės teisės į kolektyvinio poveikio priemones

Konfliktai tarp bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinių teisių pasižymi tam tikra specifika ir todėl nusipelno dėmesio ypač tais atvejais, kai nagrinėjame atvejus, susijusius ne su klasikinėmis apsauginėmis teisėmis, kokios yra dauguma pilietinių ir politinių teisių, o su socialinėmis, ekonominėmis arba darbo teisėmis, kurios tradiciškai yra išskiriamos dėl savo sąlyginio privalomumo arba žymiai lankstesnių įgyvendinimo sąlygų. 2007 m. gruodžio mėn. ETT paskelbė prejudicinius sprendimus „Viking Line“ ir „Laval“ bylose, kuriose buvo nagrinėti įsisteigimo, paslaugų teikimo laisvių įgyvendinimo apribojimai, sukelti profesinėms sąjungoms įgyvendinant teises į kolektyvinio poveikio priemones. Šios teisės priskirtinos prie kolektyvinių darbo teisių ir yra ginamos ne tik daugumos valstybių narių konstitucijose, 1961 m. arba pataisytoje 1996 m. Europos socialinėje chartijoje bei Tarptautinės darbo organizacijos konvencijose, bet ir 2000 m. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijoje (28 str.). Galimi susidūrimai įdomūs ir tuo, kad pagal EB sutarties 137 str. 5 d. Bendrija neturi kompetencijos socialinės politikos tikslais valstybėse narėse reglamentuoti teisės streikuoti ir teisės skelbti lokautus.

2.1. „Viking Line“ byla

Suomijos jūrinių keltų įmonė „Viking Line“ nutarė tarp Helsinkio ir Talino nuostolingai plaukiojusį keltą su Suomijos vėliava įregistruoti Estijoje įsteigtoje dukterinėje įmonėje. Laivo įgula, dirbanti pagal Suomijos darbo įstatymus ir kolektyvines sutartis, pasipriešino šiam sprendimui įtarusi, kad laivo vėliavos pakeitimas reikš Estijos Respublikos darbo įstatymų taikymą, mažiau palankias darbo sąlygas ir galimus atleidimus. Suomijos jūrininkų profesinė sąjunga (FSU) su pagalbos prašymu kreipėsi į bemaž 4,5 mln. transporto sektoriaus darbuotojų 140 valstybių vienijančią Tarptautinę transporto darbuotojų federaciją (ITF), kurios būstinė Londone. ITF, kurios vienas iš veiklos prioritetų – kova su jūrininkų darbo sąlygų bloginimu įregistruojant

laivus „pigių vėliavų“ valstybėse, aplinkraščiu uždraudė jai priklausančioms profesinėms sąjungoms derėtis su „Viking Line“ dėl būsimos kolektyvinės sutarties. „Viking Line“ kreipėsi į Anglijos teismą, prašydama atšaukti aplinkraštį ir įpareigoti ITF ir FSU netrukdyti keisti laivo vėliavą. Pirmoje instancijoje ieškinys buvo patenkintas, tačiau apeliacinės instancijos Anglijos ir Velso teismas įžvelgė Bendrijos teisės taikymo ir interpretacijos problemų. ETT buvo prašoma paaiškinti, ar profesinių sąjungų veiksmai neleistinai neapriboja bendrosios rinkos judėjimo laisvių (įsisteigimo laisvės pagal EB sutarties 43 str. ir paslaugų teikimo laisvės pagal EB sutarties 49 str.), kuriomis nori pasinaudoti „Viking Line“.

Spręsdamas šią problemą, ETT iš esmės turėjo atsakyti į keturis klausimus: kokia yra įsisteigimo laisvės taikymo sritis, ar judėjimo laisvę įtvirtinančios EB sutarties normos gali būti taikomos tiesiogiai horizontaliai (t. y. santykiuose tarp privačių asmenų), įvertinti, ar profesinių sąjungų taikomos kolektyvinio poveikio priemonės riboja įsisteigimą arba paslaugų teikimą, jei taip – ar jos gali būti objektyviai pateisinamos, tinkamos ir proporcingos bei užtikrina pusiausvyrą tarp teisės įsisteigti arba teikti paslaugas bei pagrindinių teisių, tokių kaip teisė į kolektyvinio poveikio priemones.

Byloje dalyvaujančios profesinės sąjungos siūlė kolektyvinio poveikio priemones „išimti“ iš bendrosios rinkos laisvių taikymo srities vien todėl, kad tai yra Bendrijos socialinius tikslus atitinkanti pagrindinė teisė, kuri yra pripažinta tarptautiniuose teisės aktuose, valstybių narių konstitucinėje doktrinoje ir todėl laikytina Bendrijos teisės principu. Priminęs „Walrave & Koch“ ir „Bosman“ bylų [11, *para* 17–19; 6, *para* 84] išvadas, kad judėjimo laisves neleistinai gali riboti ne tik viešosios teisės aktai, bet ir kolektyviniu būdu darbo sąlygas reglamentuojančios asociacijų sukurtos taisyklės, statutai arba kolektyvinės sutartys, Teismas šiuos profesinių sąjungų argumentus atmetė. Jei judėjimo laisves gali pažeisti tokios taisyklės, tai kodėl jų negali pažeisti ir veiksmai, kuriais siekiama tas taisykles sukurti (pvz., streikas, siekiant sudaryti kolektyvinę sutartį)? Argumentui, kad ir kolektyvinės taisyklės, ir veiksmai joms pasiekti kyla iš asociacijoms – profesinėms sąjungoms – suteiktos autonomijos, Teismas nesuteikė jokios reikšmės [12, *para* 33].

Bendrijos kompetencijos stoka reguliuojant teisę į streikus (EB sutarties 137 str. 5 d.), kitaip negu teigė kai kurios byloje dalyvaujančios valstybės ir autoriai [13, p. 308], Teismo nuomone, taip pat neturi reikšmės. ETT naudojo dar *„Dekker"* byloje [14, para 22, 23] suformuluotą argumentą – net ir tose srityse, kuriose Bendrija neturi kompetencijos, valstybės narės privalo laikytis Bendrijos teisės. Kita vertus, net ir socialinės politinės teisėkūros kompetencijos trūkumas nereiškia, kad darbo santykiai negalės būti reguliuojami netiesiogiai – siekiant ne socialinės politikos, o kitokių tikslų, pavyzdžiui, rinkos funkcionavimo iškraipymų panaikinimo [15, p. 84].

Profesinės sąjungos taip pat siūlė atsisakyti profesinių sąjungų veiksmus vertinti atitikties bendrosios rinkos laisvėms aspektu pagal analogiją su „Albany" bylos sprendimu. Primintina, kad „Albany" ir kitose panašiose bylose buvo keliamas kolektyvinių sutarčių, tam tikroje srityje arba teritorijoje kolektyviai reguliuojančių darbuotojų darbo apmokėjimo ir kitas darbo sąlygas, atitiktis Bendrijos pirminėje teisėje įtvirtintoms konkurencijos normoms (EB sutarties 81 str. 1d.). Vertindamas kolektyvinių sutarčių kartelinį poveikį (konkurencija ribojama ta prasme, kad darbdaviai nėra laisvi konkuruoti darbo sąnaudomis, nes privalo taikyti darbdavių organizacijų ir profesinių sąjungų sutartimis sutartas darbo apmokėjimo ir kitas sąlygas), ETT tuomet pabrėžė ne kolektyvinį reguliavimo pobūdį, o ypatingą kolektyvinių sutarčių prigimtį ir socialinį tikslą gerinti užimtumo, darbuotojų darbo, socialinės apsaugos ir kitas darbo sąlygas. Tokių pozityviųjų socialinės politikos tikslų būtų neįmanoma pasiekti, atėmus iš asociacijų kolektyvinio reguliavimo instrumentą, todėl jos nepatenka į konkurencijos teisės taikymo sritį. Taigi kolektyvinės sutartys išlaiko minimalų imunitetą prieš Bendrijos konkurencijos teisės nuostatas [16, *para* 59, 60], tačiau ar jis taip pat taikomas judėjimo laisvėms? ETT atsisakė taikyti analogiją „Viking Line" byloje – pripažinus profesinių sąjungų teisių ir kolektyvinio poveikio priemonių įtraukimą į judėjimo laisvių taikymo sritį, šios teisės nebūtų iš esmės paneigiamos arba taptų neveiksmingos, kaip kad būtų priešingu atveju. Be to, konkurencijos teisės netaikymas tam tikriems visuomeniniams santykiams nereiškia, kad jiems netaikomos ir pagrindinės bendrosios rinkos laisvės [12, *para* 52, 53].

Teismui sunkiau sekėsi atremti teiginį, kad teisė į kolektyvinio poveikio priemones yra pripažintina Bendrijos teisės pagrindine teise, ir todėl jai netaikomi pagrindinių laisvių reikalavimai. Svarbu pasakyti, kad ETT sutiko tik su tokiu pačios pagrindinės teisės statuso kvalifikavimu [12, *para* 44], tačiau rėmėsi ne valstybių narių konstitucinėmis tradicijomis, o jų sudarytomis tarptautinėmis daugiašalėmis sutartimis, taip pat Bendrijos pagrindinių teisių dokumentais. Pripažinęs tokią teisę pagrindine, Teismas, kaip ir „Schmidberger" arba „Omega" bylose, nesuteikė jai automatiško imuniteto, o naudojimąsi jomis įvertino kaip judėjimo laisvės apribojimą, kuris gali būti pateisinamas.

Atsakydamas į klausimą, ar EB sutarties 43 str. suteikia teises privatiems asmenims (darbdaviams) ginti savo reikalavimus prieš kitus privačius asmenis (profesines sąjungas), ETT sprendė bendrosios rinkos laisvės horizontalaus taikymo problemą. Nors teisinėje literatūroje išsakyta nuomonė, kad negalima taikyti vienodų pagrindinių teisės standartų viešiesiems ir privatiesiems subjektams, tačiau ETT liko ištikimas teisinėje literatūroje kritikuojamai [17, p. 1146] savo praktikai [11, *para* 18; 6, *para* 83], pagal kurią nukentėjęs individas gali įgyti reikalavimo teisę, jei privačių asmenų, įskaitant asociacijas, veiksmai *gali sudaryti* kliūtis prekėms, paslaugoms, asmenims judėti tarp valstybių narių. Šioje vietoje vėl įžvelgiama konvergencija su ETT jurisprudencija „Komisija/Prancūzija" [8; *para* 30] ir „Schmidberger" [9, *para* 62] bylose – judėjimo laisvės apribojimai gali kilti ne tik iš valstybės institucijų veiksmų, bet ir iš individų veiksmų, todėl ir jiems turi būti taikomas toks pats režimas [12, *para* 59, 62]. Privatūs asmenys, asociacijos nebūtinai turi reguliuoti darbo santykius arba kitaip vykdyti reguliacinę funkciją. Ribojimui nustatyti užtenka, kad jos atliktų tą pasiekiančius veiksmus [12, *para* 64, 65]. Šis teiginys buvo būtinas, kad Teismas įvardytų šakinės tarptautinės organizacijos ITF vaidmenį santykyje su „Viking Line".

Spręsdamas, ar profesinių sąjungų veiksmai laikytini bendrosios rinkos laisvių apribojimais, ETT nurodė, kad EB sutarties 48 str. draudžia valstybėms narėms diskriminuoti kitų valstybių narių asmenis įsisteigti jų teritorijoje, taip pat riboti jų įsteigimą. Kolektyvinio poveikio priemonių tikslas buvo sutrukdyti sprendimui pakeisti „Viking Line" kelto vėliavą į kitos valstybės narės. Remdamasis garsiame bylos „Factortame II" sprendime padaryta išvada, kad laivo registra-

vimo vietos pakeitimas yra suprantamas kaip įsisteigimo laisvės įgyvendinimas [18, *para* 22], Suomijos profesinės sąjungos FSU ir šakinės profesinės sąjungos ITF veiksmus Teismas įvertino kaip tokios laisvės įgyvendinimo apribojimus – pirmoji darydama mažiau patrauklią arba net beprasmę veiklą tokiomis pat sąlygomis kaip ir Estijos operatoriai, antroji – drausdama Estijos profesinei sąjungai vesti kolektyvines derybas [12, *para* 74].

Priminęs, kad ir bendrosios rinkos laisvių apribojimai gali būti pateisinami, kai jais siekiama su EB sutartimi suderinamų teisėtų tikslų ir kai tai tarnauja viešajam interesui [6, *para* 104], Teismas ėmė toliau tirti, ar jis gali būti objektyviai pateisinamas. Įdomu tai, kad spręsdamas apie ribojančių priemonių tikslą ETT šioje vietoje nukrypo nuo „Schmidberger" ir „Omega" bylose formuluotos doktrinos, kad būtent *pagrindinių teisių* apsauga yra teisėtas interesas, pateisinantis prekių judėjimo [9, *para* 74] ir paslaugų teikimo [10, *para* 35] laisvių suvaržymą. Nors teisę į kolektyvinio poveikio priemones Teismas šioje byloje jau buvo pripažinęs pagrindine [12, *para* 44], jis vėliau ją tarsi pamiršo. Pasirodo, kad ne pagrindinės teisės į kolektyvinio poveikio priemonės apsauga sudaro ginamą viešąjį interesą. Remdamasis „Mazzoleni" [19, *para* 27], „Arblade" [20, *para* 36] ir kitomis bylomis, Teismas nurodė, kad būtent *darbuotojų apsauga* sudaro ginamą viešąjį interesą [12, *para* 77]. Stiprindamas šį argumentą, ETT nesirėmė tarptautiniais teisės aktais arba pagrindinėmis teisėmis, kurios yra įtvirtintos valstybių narių konstitucijose, Europos Sąjungos teisės aktuose, o rėmėsi EB sutarties 2 str. ir 3 str. 1 d. c ir j punktuose įtvirtintais Bendrijos veiklos socialiniais tikslais [12, *para* 77, 78], pagal kuriuos Bendrijos veikla apima ne tik bendrosios rinkos sukūrimą, bet ir „aukšto darbo ir socialinės apsaugos standarto" siekį (EB sutarties 2 str.). Priėmęs darbuotojų apsaugą kaip ginamą viešąjį interesą, Teismas judėjimo laisvės apribojimą vertina pagal mūsų jau žinomą formulę „viešasis interesas – teisėtas tikslas – būtina priemonė – tinkama ir proporcinga priemonė".

Kitaip negu „Schmidberger" ir „Omega" bylose, ETT suteikė diskreciją nacionaliniam teismui įvertinti judėjimo laisvę ribojančių priemonių tikslą, jų tinkamumą ir proporcingumą. Nacionalinis teismas, kuris kompetentingas vertinti faktines aplinkybes ir aiškinti nacionalinės teisės aktus, turi patikrinti, ar šios profesinės sąjungos ko-

lektyvinė priemonė yra tinkama užtikrinti, kad siekiamas tikslas bus įgyvendintas, ir ji neviršija to, kas yra būtina siekiant šio tikslo [12, *para* 84], o ETT pasirengęs tik „pateikti gaires" [12, *para* 85]. Vis dėlto ETT gairėmis neapsiribojo, o pats ėmėsi vertinti profesinių sąjungų veiksmus.

Nutolęs nuo pagrindinių teisių akcentavimo, ETT grįžo prie jų svarstydamas profesinės sąjungos priemonių tinkamumo darbuotojų apsaugai klausimą. Vengdamas taikyti Bendrijos teisės priemones, valstybių konstitucijas ir jų nacionalinę teisę, jis žvelgia į Europos Žmogaus Teisių Teismo praktiką ieškodamas patvirtinimo, kad kolektyvinės priemonės, kaip ir kolektyvinės derybos ir kolektyvinės sutartys, ypatingomis tam tikros bylos aplinkybėmis gali būti vienas iš pagrindinių būdų profesinėms sąjungoms ginti savo narių interesus [12, *para* 86]. Anot jo, Suomijos profesinės sąjungos FSU veiksmai, kuriais siekiama apsaugoti jos narių darbo vietas ir darbo sąlygas, kurioms iškiltų grėsmė dėl vėliavos pakeitimo, iš tiesų atitinka darbuotojų apsaugos tikslą, jeigu darbo vietoms arba sąlygoms kyla pavojus arba rimta grėsmė [12, *para* 81]. Patvirtinęs FSU priemonės tinkamumą, ETT palieka nacionaliniam teismui vertinti atitikties proporcingumo kriterijų, t. y. ar profesinė sąjunga darbuotojų apsaugos tikslais negalėjo pasinaudoti įsisteigimo laisvę mažiau ribojančiomis priemonėmis. Tuo tarpu šakinės ITF veiksmus, kuriais buvo deklaruojama darbo ir užimtumo sąlygų apsauga, ETT pripažino netinkamais darbuotojų teisėms saugoti – ITF politika prieš vėliavos keitimą nesusijusi su darbuotojų apsauga, nes jos įgyvendinimas nepriklauso nuo to, ar šis keitimas gali turėti žalingų pasekmių darbuotojų darbo vietoms arba sąlygoms.

Apibendrinant galima teigti, kad bylos „Viking Line" sprendime pirmąkart ETT praktikoje teisė į kolektyvinio poveikio priemones (streikus) buvo pripažinta pagrindine teise, kurią ginti yra įpareigotos tiek valstybės narės, tiek ir Bendrija. Vis dėlto šioje vietoje ir baigiasi pagrindinėms teisėms Teismo teikiama reikšmė. Įvertinęs profesinių sąjungų teisės į kolektyvinio poveikio priemones įgyvendinimą kaip faktišką įsisteigimo laisvės apribojimą, dėl kurio privatūs asmenys gali skųstis, ETT pripažino, kad toks apribojimas gali būti ir objektyviai pateisinamas, tačiau, remdamasis „Schmidberger" ir „Omega" bylomis, apribojimų pateisinimo Teismas ieškojo ne pagrindinių teisių gynybos srityje, o kituose Bendrijos tiksluose. Iškėlęs ekonominės ir socialinės

integracijos vienovės idėją, ginamu viešuoju interesu Teismas įvardijo ne pačią pagrindinę teisę, o jos naudojimo tikslą – darbuotojų teisių apsaugą. Būtent pastarojo intereso gynimas gali pateisinti įsisteigimo laisvės apribojimą, su sąlyga, jeigu kolektyvinio poveikio priemonės užtikrins teisėto tikslo įgyvendinimą ir neviršys to, kas būtina šiam tikslui pasiekti. Nustatyti šios sąlygos buvimą privalo nacionalinis teismas, tačiau ETT suteikia tam tikras gaires nurodydamas, kad teisė imtis kolektyvinio poveikio priemonių darbuotojų apsaugos tikslais bus pagrįsta teisėtu interesu tik tuomet, kai jų tikslas yra ginti „darbo vietas ir darbo sąlygas" nuo rimto pavojaus arba grėsmės. Kas turėtų būti laikoma rimtu pavojumi, visoms ar tik kai kurioms darbo sąlygoms turėtų kilti grėsmė, kokia yra kolektyvinio poveikio priemonės teisėtumo pagal nacionalinę teisę reikšmė, Teismas nepaaiškino. E. Kocher pagrįstai nurodo, kad ETT bendrosios rinkos srityje pirmenybę teikia individualiai darbuotojų interesų apsaugai, o ne kolektyvinei profesinių sąjungų teisei [21, p. 15]. Pastaroji ginama tik tiek, kiek yra susijusi su darbuotojų darbo vietų ir darbo sąlygų apsauga. Galimą didelę problemą slepia ir tai, kad prejudicinio sprendimo rezoliucinėje dalyje neminima, kokių darbuotojų darbo vietos ir darbo sąlygos turi būti saugomos, nes motyvacinėje dalyje net keliose vietose [12, *para* 81, 83, 84] ETT *expressis verbis* kalba tik apie streikuojančios profesinės sąjungos veiksmus ginant savo narius.

2.2. „Laval" byla

Prejudicinis sprendimas „Viking Line" byloje buvo džiugiai sutiktas profesinių sąjungų, nes jis iš esmės leido joms imtis kolektyvinių priemonių prieš darbdavius, kurie, mažindami darbo sąnaudas, buvo pasiryžę iškelti gamybą arba verslą į pigesnės darbo jėgos valstybes nares. Tačiau praėjus tik savaitei, 2007 m. gruodžio 18 d., priimtas sprendimas „Laval" byloje profesinių sąjungų įkarštį kovoti su vadinamuoju socialiniu dempingu kiek atvėsino.

Latvijos statybos įmonė „Laval un Partneri" komandiravo keliasdešimt savo darbuotojų dirbti Švedijos statybvietėje. Pradėjus darbus Vaxhal miestelio mokykloje, vietinė Švedijos statybos sektoriaus profesinė sąjunga pareikalavo sudaryti kolektyvinę sutartį ir užtikrinti iš

Latvijos atvykusiems statybininkams Švedijos statybų sektoriaus vidutinio darbo užmokesčio mokėjimą, kitas darbo sąlygas ir tam tikrų mokesčių mokėjimą profesinėms sąjungoms. Latvijos bendrovės komandiruotieji darbuotojai nebuvo Švedijos profesinės sąjungos nariai, o jų darbo sąlygos buvo nustatytos darbo sutarties ir jiems taikytinos Latvijos teisės. Be to „Laval" sudarė dvi kolektyvines sutartis su statybos sektoriaus profesinėmis sąjungomis Latvijoje. „Laval" atsisakius prisijungti prie „švediškosios" kolektyvinės sutarties, Švedijos statybininkų profesinė sąjunga pradėjo boikoto formos streiką, kurį vėliau solidarumo akcija palaikė ir elektrikų profesinė sąjunga. Negalimumas vykdyti statybos darbus lėmė jų sustabdymą, darbuotojų grįžimą į Latviją, o vėliau – ir „Laval" dukterinės įmonės Švedijoje bankrotą. „Laval" kreipėsi į teismą prašydama pripažinti nelegaliomis boikotą ir solidarumo akciją, reikalavo juos nutraukti ir atlyginti patirtą žalą.

Ši byla yra šiek tiek sudėtingesnė ta prasme, kad ETT teko susidurti su kai kuriais „švediškojo socialinio modelio" [22, p. 393] ypatumais bei papildomai nagrinėti tam tikras direktyvos 96/71/EB dėl darbuotojų komandiravimo paslaugų teikimo sistemoje [23] perkėlimo Švedijoje ypatybes. Pastaroji direktyva, kurios preambulėje, *inter alia,* įvardytas tikrasis tikslas „sudaryti sąžiningos konkurencijos sąlygas ir taikyti priemones, garantuojančias darbuotojų teises", leidžia valstybėms narėms kovoti su socialiniu dempingu iš pigios darbo jėgos valstybių [24, p. 70]. Kaip išlygą iš EB sutartyje įtvirtintos paslaugų teikimo laisvės ji numato galimybes tam tikra apimtimi riboti iš kitų valstybių atvykstančių komandiruojamųjų darbuotojų darbą statybos (valstybės pasirinkimu ir kituose) sektoriuje, imperatyviai reglamentuojant jų darbo sąlygas. Direktyva nurodo, kad valstybės narės į jų teritoriją komandiruotiems darbuotojams, nepriklausomai nuo jų darbo santykiams taikytinos teisės, privalo būti užtikrintos priimančioje valstybėje narėje įstatymais arba privalomai visuotinai taikomomis kolektyvinėmis sutartimis nustatytos minimalios darbo užmokesčio, darbo ir poilsio laiko, saugos darbe, nediskriminavimo, nėščių moterų ir jaunimo bei agentūrinių darbuotojų apsaugos sąlygos.

Svarbu pažymėti, kad Švedijoje itin išvystyta socialinė partnerystė, todėl svarbiausias vaidmuo tenka ne individualiam arba statutiniam, o kolektyviniam reguliavimui. Valstybė daugelio darbo santykių klausimų nereguliuoja, o tai daro beveik visus darbdavius ir darbuoto-

jus vienijančios asociacijos per kolektyvines derybas, naudodamosi itin plačia leidžiamų kolektyvinio poveikio priemonių (streikų, boikotų, lokautų, simpatijos arba solidarumo streikų ir pan.) pasiūla. Perkeldama direktyvą 96/71/EB, Švedijos Karalystė įstatymu įpareigojo užsienio darbdavius užtikrinti tam tikras minimalias darbo sąlygas, tačiau minimalaus darbo užmokesčio sąlygos šiame įstatyme nebuvo paminėtos. Tokio sprendimo priežastimi reikėtų laikyti Švedijos socialinių partnerių siekį komandiruojamiems į jų teritoriją dirbti darbuotojams taikyti „švediškas" kolektyvines sutartis, kitaip tariant – streikais, blokadomis ir pan. priversti užsienio darbdavius sudaryti kolektyvines sutartis su vietos profesinėmis sąjungomis ir taip užtikrinti, kad komandiruotiems darbuotojams būtų mokamas darbo užmokestis, artimas vidutiniam Švedijos darbuotojo darbo užmokesčiui.

ETT turėjo atsakyti į du pagrindinius klausimus. Ar galima organizuoti kolektyvinio poveikio priemones reikalaujant iš kitų valstybių narių asmenų sudaryti „vidutinį" darbo užmokestį ir kitas sąlygas nustatančias kolektyvines sutartis, jei minimalus darbo užmokestis įstatymais arba privalomomis sutartimis visiems darbdaviams Švedijoje nėra nustatytas? Atsakydamas į šį klausimą, ETT pripažino darbuotojų interesų gynimo būtinybę, tačiau nematė tiesioginio ryšio tarp tokių sutarčių ir užsienio darbuotojams reikalingos apsaugos. Tad ir jo padaryta išvada kaip tik atspindi direktyvos 96/71/EB 3 str. tikslą – negalima riboti kitų valstybių paslaugų teikėjų patekimo į valstybės vidaus rinką reikalaujant jų komandiruotiems darbuotojams didesnės, negu leidžia direktyva, apsaugos [25, *para* 80]. Tad šiuo aspektu Švedijos profesinės sąjungos veiksmai vertintini kaip ribojantys tarptautinį paslaugų teikimą. Antruoju klausimu buvo siekiama išsiaiškinti, ar turi teisę Švedijos profesinės sąjungos streikuoti prieš užsienio darbdavį, siekdamos kolektyvinės sutarties, jei pastarasis su savo darbuotojams atstovaujančia profesine sąjunga pasiekė socialinę taiką – sudarė kolektyvinę sutartį ir jos laikosi? Nacionalinė teisė tokį trečiųjų šalių kišimąsi į jau sudarytas kolektyvines sutartis paprastai draudžia, tačiau Švedijos teisė per vadinamąjį „Lex Britannia" [26, p. 203] daro šio draudimo išlygą būtent užsienio darbdavių, laikinai komandiruojančių savo darbuotojus dirbti Švedijoje, atžvilgiu. Ar tai neprieštarauja EB sutartyje įtvirtintai laisvei teikti paslaugas (49 str.), diskriminacijos dėl pilietybės uždraudimui (12 str.) ir direktyvai 96/71/EB?

ETT, remdamasis EB sutarties 49–50 str. aiškinimo praktika dėl draudimo diskriminuoti kitoje valstybėje narėje įsisteigusį paslaugų teikėją dėl jo pilietybės, pagrįstai nurodė, kad skirtingas vietinio ir užsienio darbdavio vertinimas yra neleidžiamas. Jei nacionalinė teisė profesinei sąjungai draudžia streikuoti prieš vietinį darbdavį, kodėl ji turi leisti tai daryti prieš užsienio darbdavį? ETT pareiškė, kad nacionalinių diskriminacinių normų siekiamybė (panašaus darbo užmokesčio kaip ir Švedijoje užtikrinimas komandiruotiems darbuotojams, sąžininga konkurencija tarp užsienio ir vietinių paslaugų teikėjų) nelaikytini viešosios tvarkos, visuomenės saugumo ir sveikatos pagrindais, kurie pagal EB sutarties 46 str. ir 55 str. leidžia nukrypti nuo diskriminacijos uždraudimo taisyklės.

Vis dėlto svarbiausi šio tyrimo teiginiai buvo suformuluoti Teismui nagrinėjant kolektyvinio poveikio priemonę EB sutarties 49 str., įtvirtinančio paslaugų teikimo laisvę, aspektu. Teismas, kaip ir „Viking Line" byloje, pabrėžė, kad Bendrijos kompetencijos nebuvimas reglamentuoti kolektyvinio poveikio priemones (EB sutarties 136 str. 5 d.) nereiškia, kad jos nepatenka į judėjimo laisvės taikymo sritį. Toliau Teismas savo argumentaciją konstruoja taip pat, kaip ir „Viking Line" byloje: teisę į kolektyvinio poveikio priemones pripažįsta pagrindine teise, kuri sudaro Bendrijos bendruosius teisės principus [25, *para* 90–92]. Nors šios pagrindinės teisės apsauga yra tarptautinio bei konstitucinio pobūdžio, ji negali būti absoliuti, kaip ir negali būti absoliuti paslaugų teikimo laisvė bendrojoje rinkoje. Spręsdamas, ar profesinės sąjungos veiksmai yra laikytini judėjimo laisvės apribojimu, ETT nenukrypo nuo savo paties suformuotos doktrinos [11, *para* 17, 18; 6, *para* 83, 84] – net jei profesinės sąjungos įgyvendina valstybės suteiktą autonomiją, jų teisė į kolektyvinius veiksmus siekiant pasirašyti kolektyvinę sutartį su kitoje valstybėje įsisteigusiu darbdaviu daro tarptautinio pobūdžio paslaugų teikimą statybos srityje mažiau patrauklų arba sudėtingesnį. Primindamas, kad paslaugų teikimo laisvė vis dėlto gali būti apribota siekiant teisėtų su EB sutartimi suderinamų tikslų ir yra pateisinama teisėtu interesu, jei laikomasi proporcingumo principo, ETT ėmėsi spręsti, ar šios sąlygos yra tenkinamos nagrinėjamoje byloje. Motyvuojančioje dalyje mes matome veik žodis žodin pakartotus „Viking Line" bylos sprendimo argumentus, pagal kuriuos teisė į kolektyvinio poveikio priemones siekiant apsaugoti komandiruojamus

darbuotojus sudaro viešąjį Bendrijos ginamą interesą [25, *para* 103]; kad ekonominių ir socialinių Bendrijos tikslų dermė reikalauja suderinti laisvo prekių, paslaugų, kapitalo ir asmenų judėjimo laisves su socialinės politikos tikslais [25, *para* 105]. Pažymėtina, kad Teismas vėl ne pagrindinės teisės apsaugą, kaip kad siūlė byloje dalyvaujančios profesinės sąjungos ir Švedijos vyriausybė, o darbuotojų apsaugą pripažino ginamuoju viešuoju interesu.

Nors ETT sutiko, kad Švedijos profesinių sąjungų taikyta kolektyvinio poveikio priemonė – blokada – siekiant, kad komandiruotiems darbuotojams būtų garantuotas fiksuotas darbo sąlygų lygis, iš esmės skirta darbuotojų apsaugai [25, *para* 107], tačiau byloje nagrinėtos blokados, siekiant sudaryti kolektyvinę sutartį, tokia nepripažino. Komandiruojamų iš užsienio darbuotojų teises pakankamai saugo direktyva 96/71/EB, ir reikalavimas sudaryti kolektyvinę sutartį, kuri iš paslaugų teikėjo reikalauja daugiau, negu tai nustato direktyva 96/71/EB, negali būti leidžiamas. ETT atmetė ir generalinio advokato Mengozzi pasiūlytą kelią – suteikti galimybę teismams vertinti, ar Švedijos kolektyvinė sutartis suteiktų Latvijos darbuotojams ryškiai geresnę socialinę apsaugą negu jų turima kolektyvinė sutartis.

Taigi sprendimas „Laval“ byloje iš esmės pakartojo „Viking Line“ bylos pagrindinį motyvą, nors jos rezultatas buvo savarankiškos reikšmės. Jos jam svarbios tiek, kiek taikomos darbuotojų apsaugai. Tik tuomet jos atitinka viešąjį interesą, kuris gali pateisinti bendrosios rinkos laisvių apribojimą. Jei kolektyvinio poveikio priemone siekiama ne apsaugoti darbuotojų darbo vietas ir jų darbo sąlygas, o jas pagerinti, lyginant su minimaliomis nustatytomis, tokia priemonė nebus laikoma tinkama darbuotojų apsaugai ir jos atitikimas proporcingumo kriterijui net nebus svarstomas.

3. „Viking Line“ ir „Laval“ bylų sprendimų įtaka bendrosios rinkos funkcionavimui ir valstybių darbo teisei

ETT veikla ginant pagrindines teises – unikalus dinaminis procesas, kuomet pirminėje teisėje „neegzistavusios“ individo subjektinės teisės buvo identifikuotos, pakylėtos virš pozityviosios teisės ir apsaugotos. Suvokdamas, kad teisės valdoma sistema negali veikti be viešo-

sios valdžios apribojimo, Teismas pagrindines teises įvertino kaip būtiną Bendrijos teisinės sistemos elementą – bendruosius principus. Didėjanti pagrindinių teisių reikšmė Bendrijoje iškelia klausimą, kur yra pagrindinių teisių ribos Bendrijoje, kuri įsteigta kaip ekonominė organizacija? Ar pagarba pagrindinėms teisėms bei socialinių tikslų iškėlimas pirminėje Bendrijos teisėje iš esmės pakoreguos bendrosios rinkos fundamentines vertybes – judėjimo laisves?

„Viking Line" ir „Laval" bylose šis prieštaravimas iškilo visu aštrumu. Tiek „senųjų", tiek ir „naujųjų" valstybių narių atstovų nuostatos bylose atskleidžia ne tiek teisinę problemą, kiek ir ekonominį bei geografinį „senųjų" ir „naujųjų" valstybių narių konfliktą. Pirmosios bendrosios rinkos laisvėse įžvelgė socialinio dempingo priemonę ir pavojų savo socialinės sistemos gerovei, kuriam atsispirti galima tik įgyvendinant darbuotojų arba jų atstovams suteikiamas pagrindines teises, o antrosios – spartesnės ekonominės plėtros ir gyvenimo lygio kėlimo galimybę.

Svarbi ir pagrindinių socialinių teisių sąsaja su nacionaline darbo teise. Siekdama riboti rinkos jėgų veikimą darbo santykiuose, kiekviena valstybė yra priėmusi darbo teisės normų arba suteikusi tam tikros apimties autonomiją susitarimo keliu jas kurti profesinėms sąjungoms bei darbdavių organizacijoms. Šią galimybę užtikrina socialiniams partneriams garantuojamos pagrindinės kolektyvinės darbo teisės: asociacijų laisvė, kolektyvinių derybų laisvė bei teisė į kolektyvinio poveikio priemones. Taigi bendrosios rinkos laisvės ir pagrindinės teisės konflikto sprendimas tiesiogiai atsiliepia nacionalinei valstybių darbo teisei. Ligšiolinė ETT veikla įgyvendinant pagrindines teises buvo orientuota į individualaus darbuotojo apsaugą, diskriminacijos uždraudimą, todėl didesnių problemų valstybėms nekėlė. Tuo tarpu Bendrijos teisės įtaka kolektyvinėms deryboms, streikams, lokautams valstybės viduje – kirtis ilgus metus evoliucionavusiai socialinės partnerystės sistemai, pamatiniams valstybės darbo teisės organizavimo principams.

Kai kurie autoriai bendrosios rinkos laisvių įgyvendinimą kolektyvinių darbo teisių atžvilgiu tiesiai vadina puolimu prieš nacionalinę darbo teisę [21, p. 14] ir pasisako už jų gynimą. Apsauga nuo bendrosios rinkos laisvių motyvuojama Bendrijos kompetencijos trūkumu reglamentuoti asociacijų laisvę ir streikus [21, p. 14; 13, p. 308], horizontalaus bendrosios rinkos laisvių veikimo neigimu [17, p. 1144].

Th. Blanke nurodo, kad bendrosios rinkos laisvės negali egzistuoti be jas atitinkančių profesinių sąjungų teisių – jei bendrosios laisvės taikomos visos Bendrijos mastu, tai ir profesinių sąjungų teisės turi būti tokios [28, p. 6], jos turi būti rekonstruojamos paliekant pirminį nacionalinės valstybės lygmenį [29, p. 250]. B. Bercusson teikia dar radikalesnę nuostatą teigdamas, kad kolektyvinių derybų ir streikų laisvė turi būti pripažinta kaip penktoji judėjimo laisvė, lygiai taip pat privaloma ir pasižyminti tiesioginiu veikimu [30, p. 246]. Dingsčių tokiems teiginiams autoriai ieško Europos Sąjungos socialinių teisių chartijos 28 str., EB sutarties preambulėje, 2 str. ir 136 str., įtvirtinančiuose socialinės integracijos ir ekonominės integracijos vienovę.

Lord Wedderburn tokia pozicija abejoja ir mini rimtus argumentus – pagrindinės socialinės teisės nėra tokiu pat būdu kaip judėjimo laisvės įtvirtintos EB sutartyje, o ir pagrindinės teisės į kolektyvinio poveikio priemones turinys nėra visiškai aiškus [30, p. 419–422]. Reikėtų pritarti šioms anglų darbo teisės patriarcho mintims, kuriomis perspėjama dėl galimo sakralinės įstatymų leidėjo ir teisminės valdžios ribos peržengimo. Kita vertus, net ir pripažinus būtinybę Bendrijos mastu taikyti pagrindinę teisę į kolektyvinio poveikio priemones, dėl valstybėse narėse egzistuojančių skirtumų šiuo etapu neįmanoma surasti tokios teisės turinį apibrėžiančio minimalaus arba bendro vardiklio. Ar teisė į kolektyvinio poveikio priemones suteikiama tik asociacijoms (Vokietija) ar ir renkamiems darbuotojų atstovams (Lietuva), ar ji suprantama kaip individuali (Prancūzija) ar tik kaip kolektyviai įgyvendinama teisė (Lietuva), ar leidžiami ekonominiai politiniai streikai (Italija) ar tik streikai, kuriais siekiama pasirašyti kolektyvinę sutartį (Vokietija), ar leidžiami antriniai, solidarumo, simpatijos streikai (Skandinavijos šalys), ar jais sprendžiami tik interesų konfliktai ar ir kolektyviniai ginčai dėl teisės (Lietuva), ar jie leidžiami tik kaip *ultima-ratio* (Vokietija), kokios leidžiamos kolektyvinio poveikio formos (tik streikai ar ir blokados), ar leidžiami darbdavių lokautai (Skandinavijos šalys, didžioji dalis Europos valstybių) ar jie draudžiami kaip Lietuvoje [31, p. 67–70, 113–115].

Spręsdamas pagrindinės teisės į kolektyvinio poveikio priemones klausimą, ETT priėmė šį sunkiai suderinamą pagrindinių teisių pliuralizmą. Sistemų nesuderinamumas, bendro standarto trūkumas ryškiai kontrastuoja su tuo, ko Teismas visuomet siekė – bendro Bendrijos

teisės standarto taikymo visose valstybėse. Pagrindinės teisės į kolektyvines priemones absoliutus imunitetas nuo judėjimo laisvių reikštų visiškai priešingą dalyką – skirtingus ekonominės veiklos standartus. Paradoksalu, tačiau pagrindinės teisės veiktų kaip ekonominės integracijos stabdys, tačiau ar jos reikštų ir socialinės integracijos plėtrą?

Svarstant ETT pasirinkimo galimybes, nereikėtų pamiršti ir to, kad ETT nagrinėjo ir EB sutartį su joje eksplicitiškai išreikštomis pagrindinėmis laisvėmis bei ilgamete jų vystymo jurisprudencija ir neįpareigojančius Europos Sąjungos pagrindinių teisių aktus. Tarptautiniai pagrindinių teisių dokumentai, net ir suteikdami tam tikros inspiracijos, negalėjo būti adekvačiai taikomi tarptautiniu Bendrijos lygiu. Atsižvelgiant į visas šias aplinkybes, neturėtų stebinti ETT pasirinktas į integraciją, o ne į separaciją nukreiptas dinaminio kompromiso kelias – pripažinti pagrindinę teisę į kolektyvinio poveikio priemones, tačiau įstatyti ją į lanksčius bendrosios rinkos rėmus, judančius tiek, kiek tai būtina svarbiausių darbuotojų teisių apsaugai. Šiuo tikslu ETT panaudojo jau seniai išrastą judėjimo laisvių ribojimo viešuoju interesu priemonę, kuri suteikia plačias galimybes koreguoti socialiai nepriimtinas bendrosios rinkos funkcionavimo pasekmes. Pačios paradigmos toks kelias pakeisti negalėjo – ekonominės laisvės išlaikė savo nežymų pirmumą prieš socialinius arba pagrindinių teisių apsaugos tikslus.

Sunku nepripažinti B. Bercusson ir Th. Blanke reiškiamo rūpesčio dėl solidarumo trūkumo ir skirtingos bendrosios rinkos laisvių ir pagrindinių kolektyvinių darbo teisių dimensijos – vienos yra įgyvendinamos Bendrijos mastu, kitos – beveik tik nacionaliniu [29, p. 292; 28, p. 250]. Iš tiesų disbalansas pagal EB sutartį yra akivaizdus, nes galia, kurią darbdaviai įgyja dėl tarptautinės ekonominės integracijos, nėra atsveriama silpstančio darbuotojų judėjimo, kuris neperžengia valstybių teritorijų ir taiko tik nacionalines kolektyvines derybas ir kolektyvinio poveikio priemones. Pareigą išlyginti šį jėgų disbalansą turi ne tiek ETT, kiek valstybės narės, darydamos pagrindinių teisių katalogą privalomą ir sukurdamos tarptautinio pobūdžio kolektyvinių derybų ir kolektyvinių ginčų sprendimo mechanizmą.

Išvados

1. Laisvo prekių, asmenų, kapitalo judėjimo laisvių suvaržymai tiek, kiek jie susiję su pagrindinių teisių įgyvendinimu valstybėse narėse, savaime nėra laikytini prieštaraujančiais Bendrijos teisei. Pagrindinių teisių apsauga ETT yra pripažįstama kaip viešasis interesas, kuris leidžia pateisinti naudojimąsi bendrosios rinkos laisvėmis su sąlyga, kad ribojanti priemonė yra tinkama, proporcinga siekiamam tikslui.

2. Nors teisė į kolektyvinio poveikio priemones laikoma pagrindine teise, ji vertinama kiek kitaip negu kitos pagrindinės teisės. Jai nėra suteikta savarankiška gynyba, kadangi kilus priešpriešai su bendrosios rinkos laisvėmis ji yra leidžiama tik tuomet, kai yra skirta saugoti svarbiausioms darbuotojų teisėms ir interesams – darbo vietoms ir darbo sąlygoms išlaikyti. Nacionalinių teismų pareiga tikrinti šios teisės įgyvendinimo tikslus, tinkamumą ir atitiktį proporcingumo reikalavimui.

3. Pagrindinės teisės yra tik socialiai nepriimtinų bendrosios rinkos pasekmių koregavimo priemonė, kurios ribas ETT nubrėžė „*Viking Line* ir „*Laval*“ bylose. Siekiant platesnės socialinių teisių apsaugos, būtini valstybių narių aktyvūs veiksmai, kuriais Europos Sąjungos pagrindinių teisių katalogas būtų įtrauktas į pirminę teisę ir sukurtas tarptautinio pobūdžio kolektyvinių derybų ir kolektyvinių ginčų sprendimo mechanizmas.

Literatūra

1. 1989 m. Bendrijos darbuotojų pagrindinių socialinių teisių chartija. OL, 1989, C 120, p. 51.
2. 2000 m. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartija, OL 2000, C 364, p. 1.
3. ETT bylos „Stauder“ sprendimas (29/69), 1969 m. lapkričio 12 d. // European Court reports 1969, p. 419.
4. Zulleeg M. Der Schutz der sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft // Europäische Grundrechte Zeitung, 1992, p. 329–334
5. Hırsch G. Die Grundrechte in der Europäischen Union // Recht der Arbeit, 1998, p. 194–200.

6. ETT bylos „Bosman“ sprendimas (C-415/93), 1995 m. gruodžio 15 d. // European Court reports, 1995, p. I–4921.
7. VFR Federalinio konstitucinio teismo sprendimas „Solange I“ byloje // Neue Juristiche Wochenschrift, 1974, p. 1697.
8. ETT bylos „Komisija/Prancūzija“ (C-265/95) sprendimas, 1997 m. gruodžio 9 d. // European Court reports, 1997, p. I-6959.
9. ETT 2003 m. birželio 12 d. sprendimas C-112/00 „Schmidberger“ byloje // European Court reports, 2003, p. I-5659.
10. ETT bylos „Omega“ (C-36/02) sprendimas, 2004 m. spalio 14 d. // European Court reports, 2004, p. I-9609.
11. ETT bylos „Walrave & Koch“ (36/74) sprendimas, 1974 m. gruodžio 12 d. // European Court reports, 1974, p. 1405.
12. ETT bylos „Viking Line“ (C-438/05) sprendimas, 2007 m. gruodžio 11 d. // European Court reports, 2007, P-0000.
13. Thüssing G. Blick in das europaische und auslandische Arbeistercht // Recht der Arbeit, 2007, p. 307–312.
14. ETT bylos „Dekker“ (C-120/95) sprendimas, 1998 m. balandžio 28 d. // European Court reports, 1998, p. I-1831.
15. Davulis T. Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaften für Arbeitsrecht // Teisė, 2001, Nr. 40, p. 65–87.
16. ETT bylos „Albany“ (C-67/96) sprendimas, 1999 m. rugsėjo 21 d. // European Court reports, 1999, p. I-5751.
17. Prıesskala M. Unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften // Neue Zeitschrift fur Arbeitsrecht, 2007, p. 1144–1148.
18. ETT bylos „Factortame II“ (C-221/89) sprendimas, 1991 m. liepos 25 d. // European Court reports, 1991, p. I-3905.
19. ETT bylos „Mazzoleni“ (C-165/98) sprendimas, 2001 m. kovo 15 d. // European Court reports, 2001, p. I-2189.
20. ETT bylos „Arblade“ (C-376/96) sprendimas, 1999 m. lapkričio 23 d. // European Court reports, 1999, p. I-8453.
21. Kocher E. Kollektivverhandlungen und Autonomine – welche Rolle spielt das europaische Recht? // Arbeit und Recht, 2008, Nr. 1-2, p. 13–18.
22. Reıch N. Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2007, p. 391–396.
23. 1996 m. gruodžio 16 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 96/71/EB dėl darbuotojų komandiravimo paslaugų teikimo sistemoje. OL L 18, 1997, p. 1.

24. Davulis T. Darbuotojų komandiravimas į užsienį teikti paslaugų // Justitia, 2007, Nr. 4 (66), p. 70–81.
25. ETT bylos „Laval" (C-341/05) sprendimas, 2007 m. gruodžio d. 18 d. // European Court reports, 2007, P-0000.
26. Eklund R. European Developments – The Laval Case // Industrial Law Journal, Vol. 35, No. 2, June 2006, p. 202–208.
27. Blanke T. Streikende Wikinger vor dem EGH. Streikrecht und wirtschaftliche Grundfreiheiten im EU-Recht //Arbeit und Recht, 2006, p. 1–6.
28. Blanke T. Viking und Laval vor dem Europaischen Gerischtshof // Arbeit und Recht, 2007, p. 249–254.
29. Bercusson B. The right to strike. Institute of Employment Rights. – 2006, p. 221.
30. Lord Wedderburn. Labour Law 2008: 40 years on // Industrial Law Journal, 2007, Vol. 36, No 4, p. 397–424.
31. Petrylaitė D. Kolektyviniai darbo ginčai. – Vilnius, 2005.

FREEDOMS OF COMMON MARKET VS. FUNDAMENTAL RIGHTS: THE RIGHT TO STRIKE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Tomas Davulis

Summary

The cases on implementation of the freedoms of common market are taking the special place in the long-term practice of the European Court of Justice (ECJ). The consequent doctrine aimed at abolishing the barriers for free movement of goods, services and persons among the states; prohibiting their direct and indirect discrimination in other member-states, defining the scope of its application, exclusions and elaborating the rights and obligations of the state institutions and private individuals has been developed namely in the ECJ. Trying to ensure the most effective implementation of these freedoms, to provide them with the broad content and measures of appropriate protection the ECJ has become the real engine of the economic integration and it contributed essentially into the creation of the present economic system. Although for the long time the ECJ was inclined to ensure the freedoms of movement maximally strictly and widely stressing their fundamental char-

acter, the later developments in the sphere of acknowledging the human fundamental social rights have revealed the conflict possibilities of these two values. The „humanization" of the common market or the new emphasize on its social dimension is not the easy task as we face the permanent contraposition between the economic goal to create the effectively functioning common market and wish to correlate it for the sake of other social values. The potential of conflicts or contradictions of the common market freedoms and fundamental rights is high. Implementing the common market freedom it is possible to violate the certain fundamental rights and vice versa – implementing the fundamental rights the possibility to render goods, services in another country etc. can be limited. Which of the rights has the priority in the conflict cases? Can we look for the common formula to solve the conflicts? These issues are analyzed in the present article that has been provoked by the ECJ decisions in the landmark „*Viking Line*" and „*Laval*" cases dealing with the constrains of the freedom of establishment, freedom of services evoked when the representatives of the employees were implementing the right to collective bargaining and to the collective actions in accordance with national law. These rights of the workers and their representatives are attributed to the fundamental rights not only by the Constitutions of the Member States and in the international treaties also by the Charter of Fundamental Rights of European Union. The aim of the present article is to analyze and to evaluate how the ECJ solves the cases when implementing the fundamental rights such as the right to collective actions (strikes) the freedoms of free movement and provision of services on the common market are limited. The author was looking at the influence of the ECJ preliminary rulings adopted in the „*Viking Line*" and „*Laval*" cases on the functioning of the common market and the Member States national labour laws.

For a long time the defence of the fundamental rights has been understood as exceptionally the matter of the national legal systems, that is why on the level of the European Community the priority has been allotted to the freedoms of movement in any cases of the conflict between the common market freedoms and the fundamental rights. With the intensification of the ECJ jurisprudence and when the EU undertook the steps in the sphere of protection of fundamental rights other horizons opened to solve these contradictions.

The first part of the article deals with the review of the ECJ practice in the cases illustrating the changing ECJ position in this area. In 2003 in the „*Schmidberger*" case the right to demonstration and expression of the Austrian environmentalists' demonstration what blocked the possibility for the carriers to use the international highway for some time has been analyzed.

The ECJ was facing the dilemma – to give the priority to the free movement of goods or to defend the fundamental right to demonstration and expression. In 2004 in the „*Omega*" case the ECJ was investigating if the actions of the German institutions were not contradicting the freedom of services when defending the right to human dignity the computer games in which the alive human being wearing the special vest was targeting by the laser gun have been prohibited. Unlike the „C*ommission vs. France*" case of 1997 when the ECJ condemned the inaction of the French institutions during the protests of the farmers against the imported agricultural products from other states and thus blocking the movement of the agricultural products across its territory, in both the „*Schmidberger*" and „*Omega*" cases the ECJ was on the side of the fundamental rights protection. In the both latter cases the common market freedoms constraints to extend they are related to the implementation of the fundamental rights in the Member States were not recognized as contradicting the Community law. Firstly, the Court identifies the fundamental right due to realization of which constrain of the freedom of movement took place. Nevertheless, unlike the common market freedom the Court is not defending the fundamental right it as having its own value but attributes it to the legal public interest that should be considered implementing the Community law. Here the independent meaning of the fundamental right ends as the ECJ demands to weight the different common market and public interests looking for their balance in each case. Such formula to solve the conflicts between the fundamental rights and the freedom of movement shows that the ECJ is not inclined to give the separate meaning and protection to the fundamental rights. So, the protection of the common market freedoms preserves the certain priority – their exclusions are measured by the fundamental rights and not vice versa.

The second part of the article deals with the detailed analysis of the „*Viking Line*" and „*Laval*" cases in which we faced not the classical protection rights, the majority of which are the civil and political rights, but the social rights that are traditionally separated by their conditionality or more flexible implementation conditions. In these cases the limitations of establishment, implementation of the service provision were investigated that arose implementing by the trade unions their rights to strike and other collective actions guaranteed by the constitutions of Member States, the EU human rights documents and the European Social Charter.

In the „*Viking Line*" case the intention of the Finnish employer to reflag the ship making establishment in another country was met by the confronting measures of the local and international trade unions. Essentially the ECJ had to answer four questions: what is the sphere of the establishment

freedom application, if the provisions of the EC Treaty on the freedom of movement can be applied directly horizontally (i.e. between the private persons) and to evaluate if the collective actions of the trade unions are limiting establishment or service provision and if - yes – can they be objectively justified, appropriate and proportional and guaranteeing the balance between the right to establishment or to provide services and the fundamental rights such as the right to collective actions.

Although the trade unions spoke for the autonomy of their actions and stressed the fundamental character of the right to collective actions the ECJ took another way in its decision. Evaluating the trade union rights for collective actions as factual limitation of the establishment right due to which the private persons can complain the ECJ acknowledged that such limitation can be objectively justified. Nevertheless, following the „*Schmidberger*" and „*Omega*" cases the Court was looking for the justification of the limitations not in defence of the fundamental rights but in other goals of the Community. Although for the first time in the ECJ practice it recognized the right for the collective actions (strikes) to be the fundamental right, the Court named the protected public interest not the fundamental right itself but the aim of its usage – protection of the workers' rights. Namely, the defense of the latter interest can justify the limitation of the establishment right under the condition that the collective actions will ensure the implementation of the legitimate goal and will not overstep what is necessary to achieve such goal. The right to undertake the collective actions with the aim to defend workers will be grounded by the legal interest only in case when their goal is to protect „jobs and working conditions" against serious danger or threat. The Court did not explained what should be considered serious danger, all or just certain labour conditions should be under threat, what is the meaning of the collective actions legality according to the national law.

Although in the „*Viking Line*" case the actions of the local trade union were directed to protect the jobs against disappearance were acknowledged to be proper and proportional, however, at that time the ECJ has already signaled that the autonomy of the trade union right has its limitations. According to the Court opinion, the actions of the international branch trade union could not recognized as protecting "jobs and working conditions" of employees. Such differentiating position of the ECJ was confirmed in the „*Laval*" case investigating the Swedish trade union blockade of the Latvian construction enterprise in Sweden due to its discontent to join the valid collective agreement. Although the ECJ agreed that the collective action applied by the Swedish trade unions in principle can be intended to protect the workers, nevertheless, the blockade in the case aimed to guarantee the „swedish" level

of labour conditions to the workers from Latvia has not been recognized as such. The Latvian workers' jobs and working conditions are sufficiently protected by the Latvian laws and according to directive 96/71/EB the norms of the Swedish laws are applied imperatively. Again, the ECJ acknowledging the fundamental right has not given it priority or independent meaning. The fundamental right was important to the ECJ to the extend it is used to protect workers that grounds the presence of public interest. Thus, the ECJ decision in the „*Laval*" case essentially repeats the main leitmotif of the „*Viking Line*" case, although the result is just the contrary one. In case the collective action was aimed not to protect jobs and working conditions but to improve them comparing with the established minimum, such measure is not considered to be the appropriate one to protect the workers.

The decisions in the analyzed cases showed that the ECJ activities defending the fundamental rights is the unique and dynamic process when the individum subject rights „non-existing" in the primary law were identified, risen over the positive law and protected. Increasing meaning of the fundamental rights in the Community raises the question where are the limits of the fundamental rights in the community that has been established as the economic organization? Whether respect towards the fundamental rights and social aims in the primary Community laws will essentially correlate the fundamental values of the common market? This contradiction appeared in the „*Viking Line*" and „*Laval*" cases to its full extend. The positions of both „old" and „new" Member States representatives reveal not just the legal problem but also the economic-geographical conflict. The first discovered in the common market freedoms the social dumping measure and threat to the social system welfare to resist which it is possible implementing the fundamental rights provided to the workers and their representatives, while the second – the possibilities of faster economic development and growing living standards.

Till recently the activities of the ECJ implementing the fundamental rights were oriented to the defence of the individual worker, prohibition of discrimination and thus not causing the major problems to the Member States. Here the link of the fundamental social rights with the national labour laws is important. In order to limit the effect of the market forces in labour relations each state has a long ago adopted the norms of labour laws and/or provided larger or smaller autonomy for the trade unions and the employers' organizations to create them in the way of collective bargaining. The fundamental guarantees of freedom of associations, freedom of collective bargaining and the right to collective actions shall ensure the functioning of national framework for setting of working standard. These issues are

regulated very differently in the Member States, thus, solving the question of the fundamental right on collective measures the ECJ has faced this hardly coordinated pluralism of the national systems of protection of fundamental rights. The non-coordination of the systems, lack of the unified standard is obviously contrasting what the Court was permanently trying to achieve in its jurisprudence – the uniformity of application of each provision of Community law in all Member States. The absolute immunity of the fundamental right to collective action from the freedom of movement would mean completely opposite – different standards of economic activities based on different national measuring-tapes. Also it is necessary to bear in mind that investigating these issues the ECJ considered the EC treaty with the explicitly consolidated freedoms of movement together with the long-term jurisprudence, on one hand, and the non-obligating EU documents on fundamental rights, on another. The international documents on the fundamental rights even providing certain inspiration failed to be adequately applied on the Community level.

Considering all these circumstances the path of dynamic compromise has been chosen by the ECJ is not surprising. It leads towards the integration and not separation of two different values. The Courts recognizes the fundamental right to collective action but putts it into the flexible frames moving as far as it is necessary to protect the important rights and interests of the workers of the common market. For this purpose the ECJ uses a long ago invented tool of "limitations based on public interest" that provides broad possibilities to correlate socially unacceptable consequences of the functioning common market. Such path could not change the paradigm itself – the economic freedom preserved their priority over the goals of the social or fundamental rights protection.

It is difficult not to acknowledge the reproach that the Community still lacks solidarity as the inequality in implementation of the common market freedoms and the fundamental labour rights remains according to the EC Treaty – one of them are implemented on the Community scale while the others – almost only on the national one. Really the misbalance is obvious as the power the employers gain due to the international economic integration is not counterweighted by the weakening labour movement that remains squeezed in the frames of the state territories with the measures of the national collective bargaining and collective actions that are not adjusted to the international context. But still the obligation to level such misbalance of forces has not only the ECJ but rather the Member States making the fundamental rights catalogue obligatory and creating the collective bargaining and collective disputes solution mechanism of the Community character.

EUROPOS ŽMOGAUS TEISIŲ TEISMO DIDŽIOJI KOLEGIJA: PASKIRTIS IR JURISPRUDENCIJOS PRINCIPAI 1998–2007 M. AIŠKINANT IR TAIKANT EUROPOS ŽMOGAUS TEISIŲ KONVENCIJOS 2, 3 IR 6 STRAIPSNIUS

Danutė Jočienė

Įžanga

Europos Žmogaus Teisių Teismo (toliau – EŽTT arba Teismas) Didžioji kolegija (toliau – [DK]) pagal Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos, priimtos 1950 m. (toliau – Europos žmogaus teisių konvencija arba Konvencija) [1, p. 4], 27 ir 30 straipsnius yra septyniolikos teisėjų kolegija, nagrinėjanti bylas, kuriose keliamas sudėtingas Konvencijos arba jos Protokolų aiškinimo klausimas arba kai klausimo svarstymas kolegijoje (šiuo atveju – septynių teisėjų kolegijoje, pagal Konvencijos 27 str. – aut. past.) gali sąlygoti nesuderinamą su ankstesniu Teismo sprendimu rezultatą, tokiu atveju kolegija turi teisę iki sprendimo priėmimo perleisti bylą Didžiajai kolegijai, jei bylos šalys tam neprieštarauja.

Kita galimybė bylai patekti į Didžiąją kolegiją numatyta Konvencijos 43 straipsnyje, kai bylos šalis per tris mėnesius nuo kolegijos sprendimo priėmimo dienos išimtiniais atvejais gali prašyti bylą perduoti svarstyti Didžiajai kolegijai. Pagal Konvencijos 43 straipsnio 2 dalį toks prašymas penkių Didžiosios kolegijos teisėjų komisijos patenkinamas tada, kai byloje keliamas sudėtingas Konvencijos arba jos

protokolų aiškinimo arba taikymo klausimas arba rimta visuotinės svarbos problema. Jei minėta Komisija patenkina prašymą, Didžioji kolegija išsprendžia bylą priimdama galutinį sprendimą.

Taigi galima konstatuoti, kad Teismo Didžioji kolegija nagrinėja tik sudėtingiausius Konvencijos taikymo ir aiškinimo klausimus ir rimtas visuotinės svarbos problemas. Tai reiškia, kad Teismo Didžioji kolegija, sudaryta iš septyniolikos teisėjų, yra organas, kuris turi teisę išaiškinti Konvencijos nuostatas, ir toks aiškinimas yra privalomas septynių teisėjų kolegijoms, nuo jo negalima nukrypti, taip pat Didžioji kolegija gali keisti iki tol buvusią nusistovėjusią Teismo praktiką. Tai yra organas, kuris laikomas Konvencijos aiškinimo ir taikymo vienodumo užtikrinimo įrankiu.

Šiame straipsnyje autorė siekia parodyti Europos Žmogaus Teisių Teismo Didžiosios kolegijos vietą, paskirtį bei jos praktikoje 1998–2007 m. suformuluotus Konvencijos taikymo ir aiškinimo principus dėl Konvencijos 2, 3 ir 6 straipsnių, kurie, autorės nuomone, yra itin reikšmingi, ypač Konvencijos 6 straipsnis, kuris teikia pagrindus kitoms Konvencijos nuostatoms efektyviai įgyvendinti. Autorė taip pat mano, kad Konvencijos 2 ir 3 straipsniai yra būtini, nes jie yra pamatiniai Konvencijos straipsniai, nukrypimas nuo kurių negalimas, ir jose įtvirtintos teisės laikomos absoliučiomis. Autorė pasirinko šių dviejų Konvencijoje garantuotų teisių analizę būtent dėl jų svarbos ir išskirtinės padėties Konvencijos mechanizmo sistemoje. Konvencijos 6 straipsnis, įtvirtinantis teisę į teismą ir *teisingo teismo* (*fair trial*) garantijas, yra taip pat labai svarbus Teismo Didžiosios kolegijos darbe ir yra ypač dažnai aiškinamas straipsnis. Remiantis šio straipsnio aiškinimu ir taikymu turi būti koreguojama ir nacionalinių teismų veikla bei principai, kad jie atitiktų teisingo teismo ir visas procesines garantijas, numatytas Konvencijos 6 straipsnyje.

Konvencijos materialinių teisių aiškinimas ir taikymas Didžiosios kolegijos praktikoje

Būtina pabrėžti tai, kad, analizuodama Didžiosios kolegijos praktiką, autorė nekelia sau tikslo atskleisti absoliučiai visą Teismo suformuotą Konvencijos materialinių teisių, numatytų 2, 3 ir 6 straipsniuose, aiškinimą ir taikymą, nes tai neatitinka šio straipsnio tikslo. Šiame

straipsnyje autorė nagrinėja tik Didžiosios kolegijos praktiką minėtų straipsnių aiškinimo atvejais, pabrėždama tik tam tikrus, jos nuomone, esminius šių straipsnių taikymo principus, išaiškintus Didžiosios kolegijos praktikoje, kurie, jos nuomone, yra principiniai ir pagrindžia šių straipsnių aiškinimą. Autorė nesiekia išanalizuoti visas Didžiosios kolegijos bylas, kuriose buvo aiškinami šie straipsniai, bet nagrinėja, kaip minėta, jos nuomone, svarbiausias ir reikšmingiausias šios srities bylas. Autorė aptaria tik esminius Didžiosios kolegijos darbo rezultatus aiškinant Konvencijos 2, 3 ir 6 straipsnius, kuriuose, aišku, nurodytos konkrečios kryptys dėl minėtų trijų Konvencijos teisių taikymo ir aiškinimo ribų, o Konvencijos 6 straipsnyje numatyti ir principai, kuriais turi remtis nacionalinių teismų sistemos.

Būtina pabrėžti ir tai, kad Europos žmogaus teisių konvencija, kaip speciali žmogaus teises ginanti sutartis, negali būti aiškinama skyrium. Teismo Didžioji kolegija yra pabrėžusi, kad Konvencija turi būti aiškinama, kiek tai galima, derinant su tarptautine teise, kurios dalis ji yra (žr. *Al-Adsani bylą prieš Turkiją* [DK], Nr. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI). Dar daugiau, Konvencija yra „gyvas mechanizmas" (*a living instrument*), kuris turi būti aiškinamas šių dienų sąlygomis, atsižvelgiant į ypač aukštus standartus, keliamus demokratinėms visuomenėms, ypač griežtai vertinant žmogaus teisių pažeidimus (žr. *Selmouni bylą prieš Prancūziją* [DK], Nr. 25803/94, 1999 m. liepos 28 d. sprendimas, Reports 1999-V, § 101). Be to, pažymėtina ir tai, kad Konvencija ir ja remiantis įkurtas Europos Žmogaus Teisių Teismas veikia subsidiarumo pagrindu, vadovaujantis principu, kad visų pirma nacionalinės institucijos, ypač teismai, turi aiškinti ir taikyti nacionalinę teisę. Taigi skundų į Teismą sistema yra subsidiari nacionalinių žmogaus teisių apsaugos sistemų atžvilgiu. Subsidiarus Konvencijos pobūdis atsispindi jos 13 bei 35 straipsnio 1 dalyje (žr. *Scordino bylą prieš Italiją* Nr. 1 [DK], pareiškimo Nr. 36813/97, 2006 m. kovo 29 d. sprendimas, § 140, ECHR 2006-...; bei *Cocchiarella bylą prieš Italiją* [DK], pareiškimo Nr. 64886/01, 2006 m. kovo 29 d. sprendimas, § 38, ECHR 2006-...). Europos Žmogaus Teisių Teismo paskirtis – kontroliuoti, kiek nacionaliniu lygiu pateiktas aiškinimas atitinka Konvencijos principus (*Streletz, Kessler ir Krenz* byla *prieš Vokietiją* [DK], pareiškimų Nr. 34044/96, 35532/97 ir 44801/98, 2001 m. kovo 22 d. sprendimas, CEDH 2001-II, § 49).

1. Konvencijos 2 straipsnis. Teisė į gyvybę

Tai yra vienas iš pamatinių Konvencijos straipsnių, nukrypimas nuo kurio yra negalimas net nepaprastosios padėties atveju, išskyrus mirties atvejus dėl teisėtų karo veiksmų (Konvencijos 15 straipsnis). Konvencijos 2 straipsnyje pabrėžta, kad teisę į gyvybę saugo įstatymas ir negalima tyčia atimti niekieno gyvybės. Remiantis Konvencijos taikymo praktika, tai yra vienas fundamentaliausių Konvencijos straipsnių, kurio nuostatos turi būti griežtai aiškinamos (žr. bylą *McCann ir kiti prieš Jungtinę Karalystę*, 1995 m. rugsėjo 27 d. sprendimas, Series À no. 324, pp. 45, 46, §§ 146, 147). Konvencijos 2 straipsnio 2 dalyje numatytos išimtys, kada jėga gali būti taikoma. Teismas yra aiškiai pabrėžęs, kad jėgos taikymas iš valstybės pareigūnų pusės gali būti pateisinamas tik išimtiniais atvejais, kai tokios jėgos taikymas yra „absoliučiai būtinas“ ir yra griežtai proporcingas esamoms aplinkybėms (žr. minėtą *McCann ir kitų bylą prieš Jungtinę Karalystę*, § 150; *Nachova ir kitų bylą prieš Bulgariją* [DK] [4, p. 25, 26]).

Teismas yra aiškiai yra pabrėžęs, kad 2 straipsnio 1 dalies pirmas sakinys įpareigoja valstybes ne tik susilaikyti nuo neteisėtų ir tyčinių gyvybės atėmimo veiksmų, kylančių iš valstybės pareigūnų pusės, bet ir imtis atitinkamų priemonių apsaugoti gyvybę asmenų, patenkančių į atitinkamos valstybės jurisdikciją (žr. *L. C. B. bylą prieš Jungtinę Karalystę*, 1998 m. birželio 9 d. sprendimas, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, p. 1403, § 36). Teismas yra aiškiai išvystęs vadinamųjų *pozityvių valstybės įsipareigojimų* pagal Konvencijos 2 straipsnį teoriją, kuri reiškia, kad valstybės pareigūnai privalo ne tik susilaikyti nuo veiksmų, priešingų Konvencijos 2 straipsniui, bet ir imtis pozityvių pareigų apsaugoti gyvybę asmenų, patenkančių į jos jurisdikciją. Pozityvios valstybės pareigos pagal 2 straipsnį taip pat apima ir pareigą nustatyti tam tikras administracines ir įstatymines ribas, kurios leistų užkirsti kelią galimiems teisės į gyvybę pažeidimams (žr. *İlhan bylą prieš Turkiją* [DK], Nr. 22277/93, § 91, ECHR 2000-VII). Šita pareiga turi galioti bet kokios veiklos, nesvarbu, viešos ar privačios, atžvilgiu, kai iškyla klausimas dėl gyvybės apsaugos (žr. *Öneryıldız bylą prieš Turkiją* [DK], Nr. 48939/99, § 71, ECHR 2004-XII). Tai taikoma ir vadina-

mosios industrinės rizikos sričiai arba „pavojingai veiklai“, pavyzdžiui, atliekų rinkimo veiksmams (žr. minėtą *Öneryıldız* bylą, §§ 71, 90).

Pozityvi pareiga pagal 2 straipsnį reiškia ir valstybės pareigą garantuoti efektyvų, greitą ir išsamų mirties aplinkybių, jei taip įvyko, tyrimą siekiant išaiškinti kaltus asmenis ir juos tinkamai patraukti atsakomybėn.

Kitas aspektas, kuris analizuojamas šio Konvencijos straipsnio ribose, – tai klausimas, ar teisė į gyvybę apima teisę numirti. *Pretty prieš Jungtinę Karalystę byloje* (pareiškimo Nr. 2346/02, 2002 m. balandžio 29 d. sprendimas, §§ 39, 40) teismas aiškiai pabrėžė, kad „[...] Teismas nėra įsitikinęs, kad „teisė į gyvybę“, garantuojama Konvencijos 2 straipsnyje, gali būti aiškinama kaip įtraukianti negatyvų aspektą [...]. 2 straipsnis negali [...] būti aiškinamas kaip įjungiantis priešingą teisę, būtent teisę numirti, taip pat jis negali būti aiškinamas kaip suteikiantis asmeniui apsisprendimo teisę pasirinkti mirtį, o ne gyvenimą. Teismas atitinkamai nustato, kad teisė numirti, nepaisant to, ar trečiojo asmens, ar viešosios valdžios pagalba, negali būti kildinama iš Konvencijos 2 straipsnio [...]“ [2, p. 186, 187].

Taigi remiantis nagrinėta byla gali būti daroma išvada, kad teisė numirti negali būti kildinama iš Konvencijos 2 straipsnio, ir eutanazija tuo remiantis nėra leidžiama.

Dar vienas labai svarbus klausimas, dėl kurio nesutaria Europos valstybės, – tai gyvybės pradžios momentas, nuo kurio prasideda gyvybės pagal Konvencijos 2 straipsnį apsauga. Ar embrionui/vaisiui taikoma gyvybės apsauga, numatyta Konvencijos 2 straipsnyje, ar ne? Į šį klausimą Teismas iki šiol nėra aiškiai atsakęs, palikdamas šį klausimą atvirą, tačiau žemiau pateikiami jurisprudencijos pavyzdžiai, autorės nuomone, vis dėlto aiškiai rodo, kad vaisiui/embrionui dar netaikoma Konvencijos 2 straipsnio teikiama apsauga, ir šio straipsnio autorė mano, kad Teismas bent jau šiuo metu pasisako už gyvybės apsaugą nuo gimimo momento.

Byloje *Vo prieš Prancūziją* [DK] (Nr. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII) Teismo Didžioji kolegija pabrėžė, kad, nesant bendro Europos sutarimo dėl mokslinio ir teisinio gyvybės pradžios apibrėžimo momento, klausimas, nuo kada prasideda gyvybė, patenka į valstybių turimą aiškinimo laisvę (*the margin of appreciation*), kurią Teismas pripažįsta valstybėms šioje srityje. Šioje byloje 6 mėn. nėščiai moteriai

dėl grubios gydytojų klaidos buvo atliktas abortas. Tuo remdamasi moteris reikalavo pripažinti, kad medikai įvykdė netyčinę žmogžudystę jos negimusio vaiko, kurį moteris norėjo išnešioti ir gimdyti, ir teigė, kad baudžiamosios atsakomybės už tokias gydytojų klaidas nebuvimas pažeidžia Konvencijos 2 straipsnį.

Teismas pabrėžė, kad Europos Sąjungos lygiu nesutarta dėl embriono/foetus prigimties bei statuso, todėl, Teismo nuomone, nėra nei trokštama, nei, tuo labiau, galima šiuo metu atsakyti į abstraktų klausimą, ar negimęs vaikas gali būti laikomas „žmogumi" Konvencijos 2 straipsnio prasme („*personne*" – prancūzų tekstas). Teismas šioje byloje peržiūrėjo Teismo praktiką (žr. sprendimo § 80) ir pabrėžė, kad daugumos valstybių įstatymuose dėl abortų „negimęs vaikas" (*unborn child*) nėra laikomas „žmogumi" (*person*) Konvencijos 2 straipsnio prasme, tai ir jo „teisė" į gyvybę yra aiškiai apribota, atsižvelgiant į motinos teisę ir interesus. Konvencijos organai nėra absoliučiai atmetę galimybės, kad esant tam tikroms išimtinėms aplinkybėms vaisiaus atžvilgiu gali būti taikomos 2 straipsnio garantijos [...], tačiau bylų praktika rodo, kad tokiais atvejais būtina lyginti konfliktuojančius motinos arba tėvo interesus bei teises siejant vienas su kito arba negimusio vaiko *vis-à-vis* teisėmis.

Šioje byloje Teismas manė, kad nėra net būtina analizuoti klausimą, ar toks nėštumo nutraukimas patenka į 2 straipsnio taikymo sritį, atsižvelgiant į tai, kad, net jei tos nuostatos ir galėtų būti taikomos, iš valstybės pusės nebuvo jokios klaidos įgyvendinant gyvybės apsaugos reikalavimus viešosios sveikatos srityje. Teismas pabrėžė, kad valstybė šioje byloje įvykdė procedūrinius Konvencijos 2 straipsnio reikalavimus [3, p. 109, 110].

Svarbu ir tai, kad šioje byloje Teismo Didžioji kolegija pakartojo savo teiginį, kad valstybės pareiga apsaugoti gyvybę egzistuoja ir viešosios sveikatos srityje ir taikoma tiek viešosioms, tiek privačioms ligoninėms, kurios privalo imtis atitinkamų priemonių apsaugoti ligonių gyvybes, o mirties atveju turi būti sukurta efektyvi ir nepriklausoma teisminė sistema, padedanti išsiaiškinti mirties aplinkybes ir nubausti kaltus asmenis (žr. sprendimo §§ 89, 90). Be to, pakartotas dar vienas itin svarbus Teismo jurisprudencijos principas, kad reikalavimas sukurti efektyvią nepriklausomą teisminę sistemą nebūtinai kiekvieną kartą turi apimti baudžiamosios teisės priemones. Didžioji kolegija

pakartojo, kad efektyvia priemone bus laikomas ir civilinis ieškinys vidaus teismui, arba vienas, arba kartu su baudžiamosiomis priemonėmis, kuriuos pasitelkus būtų nustatyta gydytojų kaltė, o civilinis ieškinys turi užtikrinti tinkamą kompensaciją ir sprendimo paskelbimą spaudoje; be to, taip pat gali būti numatytos ir drausminės priemonės [3, p. 110, 111] (žr. taip pat *Calvelli and Ciglio* bylą prieš Italiją [DK], Nr. 32967/96, 2002 m. sausio 17 d. sprendimas, § 51, ECHR 2002-I; taip pat *Mastromatteo bylą prieš Italiją* [DK], Nr. 37703/97, 2002 m. spalio 24 d. sprendimas, § 90, ECHR 2002-VIII). Taigi Didžiosios kolegijos praktikoje aiškiai suformuluota taisyklė teigia, kad ir civilinis ieškinys, ir net drausminės priemonės gali būti laikomos efektyviomis priemonėmis atlyginant už prarastas gyvybes, o baudžiamosios priemonės ne visada yra būtinos tinkamai užtikrinti valstybės pozityvius įsipareigojimus pagal Konvencijos 2 straipsnį.

Perez byloje prieš Prancūziją [DK] (pareiškimo Nr. 47287/99, § 70, ECHR 2004-I, p. 140) Didžioji kolegija pareiškė, kad Konvencija negarantuoja nei teisės į privatų kerštą (*„private revenge“*), nei leidžia *actio popularis* veiksmus. Teisė siekti trečiųjų asmenų baudžiamojo persekiojimo arba jų nubaudimo negali būti vertinama atskirai. Teismas jau daug kartų yra pareiškęs, kad efektyvi teisminė sistema, kaip reikalaujama Konvencijos 2 straipsnyje, galėtų ir tam tikrais atvejais privalėtų įtraukti baudžiamąsias priemones. Tačiau jei teisė į gyvybę arba fizinį asmens vientisumą yra pažeista netyčiniais veiksmais, pozityvi pareiga įsteigti efektyvią teisminę sistemą pagal 2 straipsnį nebūtinai reikalauja baudžiamųjų priemonių kiekvienu atveju.

Kitoje – *Evans byloje prieš Jungtinę Karalystę* [DK] (Nr. 6339/05, 2007 m. balandžio 10 d. sprendimas, §§ 53–56), kurioje pareiškėja skundėsi, kad Anglijos teisės nuostatos, reikalaujančios sunaikinti embrioną (kuris buvo sukurtas iš jos bei jos buvusio vyro ir užšaldytas vėlesnio moters apvaisinimo tikslais jai pasveikus – aut. paaiškinimas) ir neleidžiančios jo toliau saugoti po to, kai pareiškėjos buvęs vyras atšaukė savo sutikimą toliau saugoti ir naudoti embrioną, pažeidžia embriono teisę į gyvybę. Šioje byloje Teismo Didžioji kolegija pakartojo septynių teisėjų kolegijos vertinimą ir pabrėžė, kad nacionaliniai teismai pagal Anglijos teisę šioje byloje aiškiai pasakė, kad embrionas (šiuo atveju apvaisintas embrionas, kuris buvo užšaldytas vėlesnio apvaisinimo tikslais) *neturi jokių savarankiškų teisių arba interesų*

ir negali skųstis (arba kažkas skųstis embriono vardu) dėl teisės į gyvybę pagal Konvencijos 2 straipsnį. Todėl šiuo atveju embrionui, sukurtam iš pareiškėjos ir J., netaikoma teisė į gyvybę pagal Konvencijos 2 straipsnį, ir ši nuostata nėra pažeista. Taigi autorė daro išvadą, kad abortų klausimas lieka atviras, tačiau Teismas dar nėra pripažinęs negimusio vaisiaus teisės į gyvybę remiantis Konvencijos 2 straipsniu, o jei esant išimtinėms aplinkybėms būtų praplėstas Konvencijos 2 straipsnio garantijų taikymas embriono/negimusio kūdikio atžvilgiu, tokiu atveju būtų lyginami konfliktuojantys motinos, tėvo ir negimusio kūdikio interesai.

Konvencijos 2 straipsnio 2 dalyje numatyti trys atvejai, kada gyvybės atėmimas nebus laikomas šio Konvencijos straipsnio pažeidimu. Kartu su Konvencijos 3 straipsniu, kuris draudžia kankinimus, žiaurų ir nežmonišką bei žmogaus orumą žeminantį elgesį, šie du Konvencijos straipsniai sudaro Europos Tarybos demokratinių valstybių narių pagrindines vertybes. Todėl aplinkybės, kurioms esant gyvybės atėmimas gali būti pateisinamas, turi būti itin griežtai vertinamos (žr. *Salman bylą prieš Turkiją* [DK], Nr. 21986/93, § 97, ECHR 2000-VII; taip pat *Öcalan bylą prieš Turkiją* [DK] [9, § 201]). Be to, Konvencijos, kaip žmogaus teisių ir laisvių gynybos priemonės, tikslas ir paskirtis reikalauja, kad 2 straipsnis turi būti aiškinamas ir taikomas taip, kad jame numatytos garantijos liktų efektyvios ir praktiškos (žr. minėtą *McCann ir kitų bylą prieš Jungtinę Karalystę,* §§ 146, 147).

Teismas *Nachova ir kitų prieš Bulgariją* [DK] (Nr. 43577/98 ir 43579/98, §§ 110–113, ECHR 2005-VII) [4, p. 29, 30] bei *Ramsahai ir kitų prieš Nyderlandus* [DK] (Nr. 52391/99, 2007 m. gegužės 15 d. sprendimas, § 321) [5, p. 55, 56] bylose pabrėžė, kad (cituojama *Nachova ir kitų byla prieš Bulgariją* [DK]):

„110. Pareiga ginti gyvybę pagal 2 straipsnį, nagrinėjama kartu su valstybės bendra pareiga pagal Konvencijos 1 straipsnį ginti kiekvieno asmens, esančio tam tikros valstybės jurisdikcijoje, teises, numatytas Konvencijoje, aiškiai reikalauja, kad privalo būti tam tikra efektyvaus oficialaus tyrimo forma dėl individo žūties, kurią sąlygojo jėgos naudojimas [...], kurio tikslas yra garantuoti, kad būtų įgyvendinti vidaus teisėje numatyti saugumo teisės į gyvybės apsaugą standartai, kurie leistų užtikrinti kaltų asmenų patraukimą atsakomybėn. Tam, kad tyrimas dėl mirties aplinkybių būtų laikomas efektyviu, tyrimas turi būti ne-

priklausomas ir nešališkas tiek teorijoje, tiek praktikoje [...]. Be to, tyrimas turi būti pagrįstas visų susijusių elementų išsamia, objektyvia ir nešališka analize ir turi būti taikomas principas, kad jėgos panaudojimas buvo ne daugiau „nei tai absoliučiai būtina" (*„no more than absolutely necessary"*) kaip to reikalauja Konvencijos 2 straipsnio 2 dalis ir bet kokie tos analizės trūkumai gali sukelti efektyvumo testo problemų".

Svarbu paminėti ir tai, kad Teismo Didžioji kolegija *Nachova ir kitų byloje prieš Bulgariją* nagrinėjo klausimą, ar valstybė, kuri buvo pripažinta atsakinga už dviejų jaunuolių, priklausiusių čigonų mažumai, žūtį, įvykdė savo pozityvius įsipareigojimus atlikti išsamų jų mirčių aplinkybių tyrimą, atsižvelgiant į tai, ar valstybė ėmėsi visų galimų priemonių išsiaiškinti pareigūnų rasistines pažiūras ir tautinės nesantaikos kurstymą čigonų atžvilgiu ir kiek tai turėjo įtakos jų mirčiai. Teismas pabrėžė, kad tokie valstybės pareigūnų vertinimai operacijos metu kaip „Jūs prakeikti čigonai" (*You damn Gypsies*), kurie nebuvo tinkamai įvertinti mirties aplinkybių tyrimo metu kaip diskriminacija pagal Konvencijos 14 straipsnį, sudaro šio ir 2 Konvencijos straipsnio pažeidimą (žr. sprendimo §§ 162–168).

Ramsahai ir kitų byloje prieš Nyderlandus Teismo Didžioji kolegija aiškiai pabrėžė (žr. Didžiosios kolegijos bylos sprendimo § 140), kad tyrimo dėl mirties aplinkybių metu turi būti užtikrintas pakankamas tyrimo ir jo rezultatų viešumas ([...] *must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results* [...]) siekiant išlaikyti visuomenės pasitikėjimą ir išvengti bet kokių neteisėtų aktų. Be to, įdomu tai, kad šioje byloje Didžioji kolegija, nagrinėdama klausimą, ar buvo atliktas mirties aplinkybių efektyvus tyrimas, į efektyvumo sampratą įtraukė ir nagrinėjo tokius aspektus: tyrimo tinkamumą (*adequacy of the investigation*), policijos tyrimo nepriklausomumą, prokuroro vaidmenį bylos tyrimo metu. Taip pat buvo nagrinėti tokie aspektai kaip pareiškėjų įtraukimo į tyrimą laipsnis, t. y. kiek efektyviai jie galėjo dalyvauti tiriant ir kelti savo reikalavimus, taip pat buvo analizuota procedūra ir jos metu suteiktos garantijos pareiškėjams apeliaciniame teisme. Tai reiškia, kad, norint išsiaiškinti, ar mirties aplinkybių tyrimas buvo efektyvus Konvencijos 2 straipsnio prasme, bei norint įvykdyti 2 straipsnyje įtvirtintą pozityvią pareigą valstybėms efektyviai išsiaiškinti visas mirties aplinkybes ir nubausti kaltus asmenis, valstybės

privalo išnagrinėti įvairius aspektus, kaip buvo daroma minėtoje *Ramsahai ir kitų prieš Nyderlandus* byloje, kurioje Didžioji kolegija vis dėlto padarė išvadą, kad mirties aplinkybių tyrimas neatitiko valstybės pozityvių įsipareigojimų atlikti efektyvų tyrimą Konvencijos 2 straipsnio prasme.

Byloje Makaratzis prieš Graikiją [DK] (pareiškimo Nr. 50385/99, 2004 m. gruodžio 20 d. sprendimas, §§ 50, 56) Teismas dar kartą patvirtino jau išvystytą pozityvių valstybės įsipareigojimų pagal Konvencijos 2 straipsnio 1 dalį principą, kad valstybė turi pozityvią pareigą ginti individą nuo kito individo arba padėti jam mirtinos ligos atveju (žr. *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, pp. 3159–3163, §§ 115–122; *Yaşa v. Turkey*, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, pp. 2436–2441, §§ 92–108).

Valstybės pozityvių įsipareigojimų teorija pagal Konvencijos 2 ir 3 straipsnius yra vis plačiau vystoma ir reiškia, kad valstybė, jos organai arba jos funkcijas vykdantys pareigūnai ne tik patys privalo nepažeisti asmens teisės į gyvybę ir kankinimų bei žiauraus elgesio draudimo, bet imtis priemonių apginti asmenis nuo kitų privačių asmenų neteisėto smurto arba neteisėtų veiksmų, arba jų gyvybės atėmimo, o įvykus tokiam incidentui imtis visų įmanomų valstybės vidaus teisėje nustatytų efektyvių priemonių išsamiai ir kruopščiai išsiaiškinti visas mirties aplinkybes, kad būtų nubausti kalti asmenys.

Šioje byloje Teismo Didžioji kolegija dar kartą aiškiai pabrėžė valstybės pozityvias pareigas 2 straipsnio atžvilgiu, nurodė, kad nors Konvencijos 2 straipsnyje teigiama, kad jėgos naudojimas iš valstybės pareigūnų pusės tam tikrais atvejais gali būti pateisinamas, tačiau 2 straipsnis nesuteikia baltos kortelės (*a carte blanche*). Bet kokios policijos operacijos turi būti teisėtos (turėti leidimus) valstybės vidaus teisės prasme, kuri turi detaliai reguliuoti tokius veiksmus, sistema turi numatyti tinkamas ir efektyvias garantijas prieš bet kokį savavališkumą ir piktnaudžiavimą jėga. Be to, bet kokie pareigūnų veiksmai turi būti sureguliuoti ir organizuoti taip, kad kiek galima sumažintų pavojų gyvybei. Gyvybės atėmimo atveju turi būti atliktas efektyvus oficialus tyrimas, kurio tikslas – užtikrinti efektyvų vidaus teisėje įtvirtintų gyvybės apsaugos garantijų realizavimą, o tais atvejais, kai gyvybės atėmimas įvyksta dėl valstybės pareigūnų kaltės, – garantuoti jų atsako-

mybę už padarytus veiksmus (žr. sprendimo § 73). Nustatydamas Konvencijos 2 straipsnio pažeidimą, Teismas pabrėžė, kad 1995 m., kai įvyko incidentas, pasenusios ir neišsamios (*obsolete and incomplete law*) vidaus teisės nuostatos reguliavo šaunamojo ginklo panaudojimą, bet neteikė jokių konkrečių nurodymų, kaip naudoti šaunamąjį ginklą taikos metu. Policininkai turėjo didelę veiksmų laisvę (*enjoyed a greater autonomy of action*) ir ėmėsi itin didelės iniciatyvos, kurios galbūt nebūtų ėmęsi, jei būtų praėję atitinkamus mokymus ir veikę pagal instrukcijas. Todėl, Teismo nuomone, Graikijos teisė nesuteikė savo piliečiams efektyvių garantijų, kurios turėtų būti taikomos grėsmės gyvybei atvejais, todėl neįvykdė savo pozityvių reikalavimų ginti gyvybę „pagal įstatymą". Nustatytas ir efektyvaus tyrimo dėl incidento aplinkybių nebuvimas, kuriuo remiantis buvo konstatuotas ir procedūrinis Konvencijos 2 straipsnio pažeidimas.

Galima paminėti ir tai, kad bylose *Juozaitienė ir Bikulčius prieš Lietuvą* Teismas (Nr. *70659/01 ir 74371/01*, 2008 m. balandžio 24 d. sprendimas) (šiuo atveju priimtas septynių teisėjų kolegijos sprendimas) taip pat nustatė Konvencijos 2 straipsnio dvigubą pažeidimą (tiek materialų, tiek procesinį) ir įpareigojo Lietuvą išmokėti pareiškėjams kompensacijas pagal Konvencijos 41 straipsnį už jų sūnų mirties atvejus, sąlygotus policijos pareigūnų neadekvačių ir neproporcingų veiksmų panaudojant šaunamąjį ginklą.

Kartais Teismui sunku nustatyti materialinį Konvencijos 2 straipsnio pažeidimą dėl žmonių dingimo, praėjus daugeliui metų po įvykių, tačiau labai dažnai Teismas tokiose bylose nustato vadinamąjį procedūrinį Konvencijos 2 straipsnio pažeidimą, kuris reiškia, kad valstybė nesiėmė visų įmanomų efektyvių priemonių nustatyti asmenis, kaltus dėl asmenų dingimo, neišsiaiškino tokio dingimo aplinkybių ir neištyrė visų aplinkybių, t. y. valstybė neįvykdė savo pozityvių procedūrinių įsipareigojimų Konvencijos 2 straipsnio prasme (žr. *Tahsin Acar bylą prieš Turkiją* [DK], pareiškimo Nr. 26307/95, 2004 m. balandžio 8 d. sprendimas, §§ 231–234). Tiek materialiniai, tiek procedūriniai Konvencijos 2 straipsnio pažeidimai gali būti nustatyti ir gamtinių katastrofų atvejais, kai valstybė nesiėmė visų galimų priemonių apsaugoti žmonių gyvybes bei tinkamai neištyrė nelaimės aplinkybių (*Budayeva ir kiti prieš Rusiją*, Nr. 15339/02 (ir kiti), 2008 m. kovo 20 d. sprendimas).

2. Konvencijos 3 straipsnis. Kankinimo uždraudimas

Konvencijos 3 straipsnyje draudžiami kankinimai, žiaurus, nežmoniškas, žmogaus orumą žeminantis elgesys. Bet koks tyčinis bandymas iš valstybės pareigūnų pusės sukelti asmeniui skausmą, kentėjimą, pažeminimą arba menkinti jo orumą yra neleidžiamas. Konvencijos 3 straipsnyje numatyta viena fundamentaliausių demokratinės valstybės vertybių. Net ypač sudėtingose situacijose, tokiose kaip kova su terorizmu arba organizuotais nusikaltimais, Konvencija absoliučiai draudžia kankinimus ir žiaurų nežmonišką elgesį, nukrypti nuo šio principo neleidžiama net nepaprastosios padėties atveju pagal Konvencijos 15 straipsnio 2 dalį (žr., tarp kitų, *Selmouni bylą prieš Prancūziją* [DK], Nr. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, ir *Labita bylą prieš Italiją* [DK], Nr. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV). Taigi Konvencijoje absoliučiai uždrausti kankinimai ir žiaurus elgesys, nepaisant ir aukos elgesio (žr. *Chahal bylą prieš Jungtinę Karalystę*, 1996 m. lapkričio 15 d. sprendimas, *Reports* 1996-V, p. 1855, § 79). Teismas taip pat yra pabrėžęs, kad inkriminuojamo padaryto nusikaltimo sunkumas ir pobūdis taip pat yra nesusijęs su 3 straipsnio tikslais.

Kudla byloje prieš Lenkiją [DK] (Nr. 30210/96, § 92, CEDH 2000-XI) Teismas pakartojo savo jurisprudencijoje aiškiai išsakytą teiginį, kad tam, jog žiaurus elgesys patektų į Konvencijos 3 straipsnio taikymo sritį, jis turi pasiekti minimalų reikalaujamo griežtumo/sunkumo laipsnį (*required a minimum level of severity).* Vertinant, ar tam tikras elgesys yra žiaurus, turi būti atsižvelgta į visas situacijos aplinkybes, kaip tokio elgesio prigimtis ir pobūdis (*the nature and context of the treatment*), tokio elgesio vykdymo metodas ir būdas, trukmė, elgesio psichinis ir fizinis poveikis ir, tam tikrais atvejais, aukos amžius, seksualinė ir sveikatos būklė. (žr. *Raninen bylą prieš Suomiją*, 1997 m. gruodžio 16 d. sprendimas, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, pp. 2821, 2822, § 55; žr. vieną naujausių Didžiosios kolegijos sprendimų byloje *Jalloh prieš Vokietiją* [DK], pareiškimo Nr. 54810/00, 2006 m. liepos 11 d. sprendimas, § 67; žr. taip pat minėtą *Selmouni bylą prieš Prancūziją* [DK], §§ 96–105).

Minėtoje *Selmouni byloje prieš Prancūziją* Teismas nurodė dar vieną įdomią aplinkybę, kad Konvencijos 41 straipsnis nesuteikia jam

teisės spręsti klausimą dėl asmens prašymo perduoti jį atlikti likusią bausmės dalį kitoje valstybėje, ir Teismas neturi jurisdikcijos priimti tokią nutartį atitinkamos valstybės atžvilgiu (žr. sprendimo §§ 124–126). Pažymėtina ir tai, kad prof. Pranas Kūris, tuometinis Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėjas, kartu su kitais Teismo nariais šioje byloje vienbalsiai pripažino Konvencijos 6 straipsnio bei 6 straipsnio 1 dalies pažeidimus.

Teismas taip pat kreipia dėmesį į dar vieną faktą vertinant pareigūnų elgesį Konvencijos 3 straipsnio prasme – tai laiko tarpą, kuris praėjo po skundžiamų veiksmų atlikimo, kol asmeniui buvo suteikta tinkama medicininė pagalba (*Ilhan bylą prieš Turkiją* [DK], kai pareiškėjas tik praėjus 36 val. po jo kankinimo veiksmų atlikimo buvo pristatytas į ligoninę (pareiškimo Nr. 22277/93, 2000 m. birželio 27 d. sprendimas, §§ 86, 87, ECHR 2000-VII, p. 294). Pažymėtina, kad prof. Pranas Kūris, tuometinis Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėjas ir Didžiosios kolegijos narys šioje byloje, kartu su kitais Teismo nariais vienbalsiai pripažino Konvencijos 3 straipsnio bei 13 straipsnio pažeidimus šioje byloje.

Teismas taip pat pabrėžė, kad kankinimai ir pažeminimas negali būti stipresni negu jų reikia tam tikrais atvejais teisėto elgesio arba asmens baudimo atvejais (žr. *mutatis mutandis Tyrer* bylą *prieš Jungtinę Karalystę*, 1978 m. balandžio 25 d. sprendimas, Series À no. 26, p. 15, § 30; *Soering* bylą *prieš Jungtinę Karalystę*, 1989 m. liepos 7 d. sprendimas, Series À no. 161, p. 39, § 100).

Labita byloje prieš Italiją [DK] Teismo Didžioji kolegija pabrėžė, kad net ir pačiose sudėtingiausiose situacijose, kaip kova su organizuotu nusikalstamumu ir tarptautiniu terorizmu, Konvencija draudžia kankinimus bei žiaurų, nežmonišką elgesį bei tokį baudimą, nepriklausomai ir nuo aukos elgesio (žr. § 119). Asmens, kurio laisvė apribota, atžvilgiu naudojama fizinė prievarta, jei ji nebuvo griežtai būtina dėl paties sulaikyto asmens veiksmų, žemina žmogaus orumą ir iš principo pažeidžia Konvencijos 3 straipsnį (žr. *bylas Tekin prieš Turkiją*, 1998 m. birželio 9 d. sprendimas*, Reports* 1998-IV, pp. 1517, 1518, §§ 52, 53, ir *Assenov ir kiti prieš Bulgariją,* 1998 m. spalio 28 d. sprendimas, Reports of Judgments and Decisions, 1998-VIII, p. 3288, § 94). Klausimas, ar tam tikro elgesio tikslas buvo asmens kankinimas ir jo žeminimas, yra kitas veiksnys, į kurį turi būti atsižvelgta (*V.* byla *prieš Jung-*

tinę Karalystę [DK], Nr. 24888/94, § 71, ECHR 1999-IX), tačiau tokio tikslo nebuvimas nebūtinai turi pašalinti 3 straipsnio pažeidimą. Pažymėtina ir tai, kad bet koks skundas dėl kankinimų, žiauraus arba nežmoniško elgesio turi būti pagrįstas konkrečiais įrodymais, medikų pažymomis, kitais dokumentais, kurie turi parodyti, kad skundžiami veiksmai iš tikrųjų įvyko. Teismas griežtai vertina tokius įrodymus ir laikosi principo, kad neturi likti jokių abejonių dėl skundžiamų veiksmų įvykimo fakto (*the standard of proof beyond reasonable doubt*) (žr. *Labitos* bylos sprendimo § 121).

Ilascu ir kitų byloje *prieš Moldovą ir Rusiją* Teismo Didžioji kolegija pakartojo savo jurisprudencijos principus, kad elgesys bus laikomas *nežmonišku* („inhuman"), nes jis buvo iš anksto suplanuotas, taikomas ištisas valandas ir sukėlė arba realius kūno sužeidimus arba intensyvią fizinę arba dvasinę kančią. Elgesys laikomas žeminančiu („degrading"), nes juo buvo siekiama sukelti aukoms baimės, išgąsčio ir nesaugumo jausmus, kurie skirti žmogui žeminti arba menkinti jo orumą (žr. *Kudła* bylą *prieš Lenkiją* [DK], pareiškimo Nr. 30210/96, § 92, ECHR 2000-XI). Teismas dėmesingai skiria 3 straipsnyje vartojamas sąvokas, t. y. kankinimą (*torture*) ir žiaurų, nežmonišką elgesį. Nežmoniškas elgesys gali peraugti į kankinimus tada, kai yra ypač žiaurus ir sukelia labai rimtų išgyvenimų (kančią). Šiuo atveju Teismas vadovaujasi tarptautinėje teisėje paplitusiu kankinimų apibrėžimu [7, §§ 425–427].

Aišku, Teismas pripažįsta, kad kiekvienas asmens nubaudimas arba tam tikras teisėtas elgesys gali sukelti asmeniui tam tikrų išgyvenimų. Tačiau Teismas aiškiai laikosi nuostatos, kad kiekvienas kalinys/sulaikytas asmuo turi būti laikomas sąlygomis, kurios užtikrintų jo orumą, kad tam tikros teisėtos teismo paskirtos bausmės atlikimas negali sukelti asmeniui daugiau išgyvenimų arba kančių, negu to neišvengiamai reikia teisėtai bausmei arba elgesiui atlikti. Aišku, atsižvelgiama į praktinius įkalinimo poreikius, tačiau asmenų sveikata ir gerovė turi būti atitinkamai užtikrinta [6, p. 223, 224].

Pažymėtina ir tai, kad Teismo praktikoje išvystyta nuostata, kad mirties bausmės skyrimo klausimas gali iškelti klausimą pagal Konvencijos 3 straipsnį. Šiuo požiūriu būtina paminėti, kad *Öcalan byloje prieš Turkiją* [DK] Teismo Didžioji kolegija, patvirtindama Teismo praktikoje įsigalėjusią nuostatą, pabrėžė, kad Konvencijos 2 straipsnis turi

būti aiškinamas kaip leidžiantis mirties bausmę, nes kitaip būtų prieštaraujama Konvencijos 2 straipsnio 1 paragrafo antrajam sakiniui, kuris aiškiai leidžia mirties bausmę esant tam tikroms aplinkybėms. Teismas taip pat atkreipė dėmesį į tai, kad priimtas Konvencijos 6 Protokolas dėl mirties bausmės panaikinimo, kuris jau panaikina mirties bausmės galimybę taikos metu, ir tarp Europos valstybių absoliučiai aiški tendencija panaikinti mirties bausmės skyrimą ir taikymą. Šioje byloje Teismas taip pat pabrėžė, kad Konvencijos 3 straipsnis taip pat negali būti aiškinamas kaip uždraudžiantis mirties bausmę [9, §§ 162–165].

Tačiau tam tikrais atvejais mirties bausmės paskyrimas bei jos taikymo sąlygos, pavyzdžiui, asmeninės nuteistojo asmens aplinkybės, padarytų nusikaltimų sunkumas ir jo proporcingumas paskirtai mirties bausmei, asmens sulaikymo sąlygos, kuriomis jis laukia mirties bausmės įvykdymo, laukimo laikas, yra aplinkybės, kurios gali pritraukti Konvencijos 3 straipsnio taikymą mirties bausmės taikymo atveju [7, § 429].

Minėtoje *Ilaşcu ir kitų byloje prieš Moldovą ir Rusiją* Teismo Didžioji kolegija nustatė Konvencijos 3 straipsnio pažeidimą Rusijos atžvilgiu, kadangi pareiškėjas *Ilaşcu* gyveno *mirties bausmės koridoriaus* (*death row*) sąlygomis 8 metus, nuo 1993 m. iki jo išlaisvinimo 2001 m. gegužę, nors dar 1994 m. vasario 3 d. Moldovos Aukščiausiasis Teismas panaikino Padniestrės Respublikos aukščiausiojo teismo 1993 m. gruodžio 9 d. nutartį, kuria pareiškėjui *Ilaşcu* buvo paskirta mirties bausmė, kaip nekonstitucinę. Be to, pareiškėjas buvo itin izoliuotas: jis neturėjo jokių ryšių su kitais kaliniais, negaudavo jokių naujienų, neturėjo kontaktų su advokatu, jam nebuvo suteikta galimybė reguliariai matytis su šeimos nariais. Pareiškėjas dažnai negaudavo net pakankamai maisto, maudytis galėjo tik kartą per kelis mėnesius, dažnai būdavo itin žiauriai mušamas, žeminamas jo orumas, tokios sąlygos itin pakenkė jo sveikatai [7, §§ 222, 438, 439]. Todėl Teismas tokius iš anksto planuotus veiksmus iš Rusijos pusės įvertino kaip pareiškėjo kankinimą ir konstatavo 3 straipsnio pažeidimą.

Atkreiptinas dėmesys ir į tai, kad vis dėlto siekiant saugumo kalinių tarpusavio ryšiai, kontaktai su išorės pasauliu gali būti ribojami, jų atžvilgiu gali būti taikomos tam tikros stebėjimo priemonės ir netgi izoliacija. Kita vertus, absoliuti, vadinamoji *sensory,* izoliacija (komu-

nikacijos blokavimas) kartu su socialine izoliacija gali sužlugdyti asmenybę ir reikšti nežmoniško elgesio formą, kuri negali būti pateisinama saugumo arba kitais siekiais [7, § 432].

Tačiau *Ramirez Sanchez byloje prieš Prancūziją* (pareiškimo Nr. 59450/00, 2006 m. liepos 4 d. sprendimas) Teismo Didžioji kolegija nenustatė Konvencijos 3 straipsnio pažeidimo, nors pareiškėjas, kuris yra laikomas vienu iš pavojingiausių pasaulio teroristų, buvo laikomas vienutėje ilgiau kaip 8 metus, tačiau, Teismo nuomone, tie faktai, kad pareiškėjas turėjo galimybę matytis su gausiu savo advokatų būriu, dvasininku, gaudavo knygų, laikraščių, turėjo televizorių bei galimybę pasimatyti su šeima, nors pastaroji tokių pasimatymų neprašė, nereiškia visiškos pareiškėjo socialinės izoliacijos. Dar daugiau, atsižvelgiant į pareiškėjo itin didelį pavojingumą, jis turėjo būti laikomas itin griežtomis sąlygomis, ir, nepaisant to, kad kalinimas vienutėje truko ilgus metus, to negalima laikyti absoliučia izoliacija, be to, asmuo nuo 2006 m. buvo perkeltas į bendrojo režimo kalėjimą – tai rodo, kad reikalaujamas minimalus žiaurumo lygis nebuvo pasiektas, ir šiuo atveju nėra Konvencijos 3 straipsnio pažeidimo [8, §§ 127, 128, 131, 136, 147, 150].

Panaši Teismo argumentacija buvo taikyta ir *Öcalan byloje prieš Turkiją*, kurioje Teismo Didžioji kolegija taip pat nenustatė Konvencijos 3 straipsnio pažeidimo dėl pareiškėjo kalinimo sąlygų Imrali saloje, nors jo atžvilgiu taikyta izoliacija buvo dar griežtesnė. Pareiškėjui, neteisėtai nuteistam mirties bausme dėl neteisingo proceso, pažeidžiant nepriklausomo ir nešališko teismo reikalavimus pagal Konvencijos 6 straipsnį, buvo taikoma itin griežta izoliacija, įskaitant socialinę, nes jis buvo vienintelis gyventojas saloje, praleidęs ten beveik šešerius metus, neturėjo jokio ryšio su išoriniu pasauliu, televizoriaus, telefono, advokatas turėjo teisę tik vienąkart per savaitę jį lankyti, tačiau dažnai dėl oro sąlygų negalėjo to padaryti. Teismas atsižvelgė į tai, kad pareiškėjas Turkijos valdžios buvo laikomas vienu iš pavojingiausių teroristų šalyje, vadovavo kariniam separatistų judėjimui ir jo atžvilgiu turėjo būti taikomos itin griežtos saugumo priemonės, be to, pareiškėjas turėjo kontaktų su kalėjimo valdžia, vėliau jam buvo suteikta telefoninio ryšio galimybė su advokatais ir šeimos nariais, tačiau Teismas atsižvelgė į Turkijos Vyriausybės nuogąstavimus, kad tie pokalbiai galėjo padėti pareiškėjui atnaujinti ryšius su separatistais. Teismas net ir

tokią griežtą izoliaciją nelaikė pasiekusia reikalaujamo minimalaus žiaurumo lygio Konvencijos 3 straipsnio prasme [9, p. 56–58].

Dar vienas aspektas, kuris kyla taikant Konvencijos 3 straipsnį ir kurį yra aiškiai patvirtinusi Teismo Didžioji kolegija – tai išsiuntimo/deportacijos iš valstybės bylos, kai išsiunčiamam asmeniui valstybėje, į kurią išsiunčiama, grės žiaurus, nežmoniškas arba žmogaus orumą žeminantis elgesys. Tai gali būti atvejai, kai išsiunčiamam asmeniui grės mirties bausmė, jis bus kankinamas, jam grės persekiojimai už tam tikrą veiklą ir pan. Šie galimi žiaurūs veiksmai turi būti žinomi valstybei asmens išsiuntimo momentu (žr. septynių teisėjų kolegijos sprendimą *Cruz Varas ir kitų* byloje byloje prieš *Švediją*, judgment of 20 March 1991, Series À no. 201, pp. 29, 30, §§ 75, 76). Pavyzdžiui, *Mamatkulovo byloje prieš Turkiją* Teismas nepajėgė nustatyti, kad išsiunčiamiems į Uzbekistaną asmenims grėstų kankinimai, realus žiaurus, nežmoniškas elgesys Konvencijos 3 straipsnio prasme, nepaisant gana neigiamos bendros Uzbekistano situacijos žmogaus teisių srityje ir Tarptautinės amnestijos organizacijos 2001 m. pranešimo apie susidorojimus su politiniais priešininkais ir kankinimais asmenų laisvės apribojimo atvejais. Tačiau bendra neigiama žmogaus teisių situacija negali reikšti galimo žiauraus elgesio išsiunčiamų pareiškėjų atžvilgiu, nors jie buvo išsiųsti nepaisant Teismo paskirtų laikinųjų priemonių (*Mamatkulov ir Askarov byla prieš Turkiją* [DK], pareiškimų Nr. 46827/99 bei 46951/99, 2005 m. vasario 4 d. sprendimas, §§ 71–74). Tuo tarpu *Šamajevo byloje prieš Gruziją* Teismas (šiuo atveju ne Didžiosios kolegijos, bet septynių teisėjų kolegijos sprendimas) nustatė galimą Konvencijos 3 straipsnio pažeidimą, jei P. Gelogajevo (Mr. Gelogayev) atžvilgiu 2002 m. lapkričio 28 d. priimtas sprendimas perduoti jį Rusijai būtų įvykdytas (žr. *Shamayev ir kitų bylą prieš Gruziją ir Rusiją,* pareiškimo Nr. 36378/02, 2005 m. balandžio 12 d. sprendimas, §§ 358–368).

Vienoje iš naujausių Didžiosios kolegijos bylų – *Saadi prieš Italiją* [DK] (pareiškimo Nr. 37201/06, 2008 m. vasario 28 d. sprendimas, §§ 143–149) – Didžioji kolegija pripažino, kad asmens, kaltinamo tarptautiniu terorizmu ir priklausymu islamistų fundamentalistų organizacijai, išsiuntimas į Tunisą, kuriame paprastiems asmenims, kaltinamiems tarptautiniu terorizmu, yra visuotinai taikomi kankinimai, žiaurus ir nežmoniškas elgesys (ypač žr. sprendimo § 143), prieštarau-

tų Konvencijos 3 straipsniui. Šiame sprendime susiduria dvi pamatinės vertybės: valstybės pareiga kovoti su tarptautiniu terorizmu ir klausimas, kiek valstybės gali nukrypti nuo įsipareigojimų pagal Konvenciją, bei Konvencijoje įtvirtintų teisių apsaugos principas – ir šioje konkrečioje *Saadi byloje prieš Italiją* nusvėrė Konvencijoje įtvirtintų teisių apsaugos principas.

Dar vienas svarbus aspektas Konvencijos 3 straipsnio taikymo praktikoje – tai valstybės pozityvi pareiga išsiaiškinti kankinimų, žiauraus, nežmoniško elgesio atvejus ir nubausti kaltuosius, o aukoms suteikti atitinkamą teisingą atlyginimą. Jau minėtoje *Labita byloje prieš Italiją* [DK] (§ 131–136) Teismas pabrėžė, kad situacijose, kai asmuo pagrįstai pagal Konvencijos 3 straipsnį skundžiasi, kad jis buvo kankinamas, su juo buvo žiauriai arba nežmoniškai elgtasi tuo metu, kai jis buvo policijos arba kitų valstybės pareigūnų rankose, valstybė privalo atlikti oficialų efektyvų ir nuodugnų tyrimą. Kaip ir reikalaujamo efektyvaus tyrimo pagal Konvencijos 2 straipsnį atveju, toks tyrimas privalo atskleisti kaltuosius asmenis ir juos pagrįstai nubausti. Priešingu atveju kankinimų ir žiauraus, nežmoniško elgesio draudimas, nepaisant šios nuostatos principinės svarbos, taptų neefektyvus ir sudarytų sąlygas valstybės pareigūnų savivalei. Efektyvaus, greito ir nuodugnaus tyrimo dėl Konvencijos 3 straipsnyje minimų draudžiamų veikų atlikimas yra pozityvi valstybės pareiga arba procedūrinis Konvencijos 3 straipsnio taikymo aspektas, kuris turi būti vykdomas bet kuriuo atveju. Atkreiptinas dėmesys ir į tai, kad prof. Pranas Kūris, tuometinis Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėjas ir Didžiosios kolegijos narys šioje *Labita byloje prieš Italiją*, su kitais Teismo nariais šioje byloje vienbalsiai pripažino Konvencijos 3 straipsnio procedūrinį pažeidimą bei kitus pažeidimus, tačiau nepripažino materialinio Konvencijos 3 straipsnio pažeidimo dėl pareiškėjo laikymo sąlygų Pianosa kalėjime ir perkeliant iš jo.

3. Konvencijos 6 straipsnis. Teisė į *teisingą* bylos nagrinėjimą

Autorės nuomone, Konvencijos 6 straipsnis – tai vienas iš dažniausiai Teismo Didžiosios kolegijos aiškinamų straipsnių. Konvencijos 6 straipsnis, įtvirtindamas kiekvieno asmens teisę į *teisingą teismą* baudžiamosiose ir civilinėse bylose, nustato konkrečius procesinius reikalavimus, taikomus teismo proceso metu: tai ir nepriklausomo ir nešališko teismo reikalavimas, teisė patekti į teismą (*access to a court*), viešumo reikalavimas, *teisingo proceso* (*fair trial*) principas, teisė į teismą baudžiamosiose ir civilinėse bylose, teisė į teismą per įmanomai trumpiausią laiką ir pan. Konvencijos 6 straipsnio 2 dalyje įtvirtintas nekaltumo prezumpcijos principas, o 3 dalyje numatyta daug procesinių reikalavimų asmenims, kaltinamiems nusikaltimo padarymu (t. y. ši dalis taikoma tik baudžiamajam procesui): būti informuotiems apie kaltinimo pobūdį ir pagrindą; turėti laiko ir galimybių pasirengti gynybai; gintis pačiam arba gauti nemokamą gynėją; vienodomis sąlygomis apklausti tiek kaltinimo, tiek gynybos liudytojus, naudotis vertėjo pagalba, jei nemoka proceso kalbos. Taigi aišku, kad šių įvairiausių procesinių principų ir garantijų taikymas sukelia daug problemų Teismo darbe. Šias problemas ir numatytų principų aiškinimą dažnai išsprendžia Teismo Didžioji kolegija. Autorė, analizuodama Didžiosios kolegijos bylas, paremtas Konvencijos 6 straipsniu, nesiekia išsamiai perteikti visą Teismo atliktą Konvencijos 6 straipsnio nuostatų aiškinimą, tačiau nagrinės, jos nuomone, svarbiausius Didžiosios kolegijos jurisprudencijos 6 straipsniu pagrįstus niuansus ir bylas aptarti rinksis savo asmenine nuožiūra. Būtina pažymėti tai, kad Konvencijos 6 straipsnyje numatyta bendra pareiga valstybėms taip organizuoti savo teisines sistemas, kad jos pajėgtų užtikrinti Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies reikalavimus, taip pat ir pareigą išnagrinėti bylas per *įmanomai trumpiausią* laiką (žr. aukščiau cituotą *Scordino bylą prieš Italiją* Nr. 1, [DK], § 183).

Vienas iš svarbiausių Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies reikalavimų – *teisingo/sąžiningo proceso* (*fair trial*) principas.

Ruiz Garzia byloje prieš Ispaniją (pareiškimo Nr. 30544/96, § 26) pareiškėjas skundėsi, kad jam nebuvo suteiktas teisingas procesas ape-

liacinėje instancijoje (*fair hearing*), nes Madrido *Audiencia Provincial* teismas savo sprendime neatsakė į visus jo pateiktus argumentus bei neteisingai įvertino byloje esančius įrodymus. Teismas šioje byloje pabrėžė, kad, siekdami tinkamai vykdyti teisingumą, teismai privalo nurodyti priežastis bei argumentus, kuriais grindžia savo sprendimus. Kiek plačiai teismai privalo nurodyti sprendimų priežastis, priklauso nuo kiekvienos konkrečios bylos aplinkybių ir nuo priimto sprendimo pobūdžio. Tačiau šioje byloje Teismo Didžioji kolegija aiškiai pasakė, kad, nepaisant to, kad teismai privalo pateikti savo sprendimų argumentus, tai tikrai nereiškia, kad teismai privalo detaliai atsakyti į kiekvieną pateiktą argumentą. Įvertinusi visas bylos aplinkybes ir procesą, Teismo Didžioji kolegija padarė išvadą, kad pareiškėjui buvo taikytas rungtyniškas procesas, įvairiose proceso stadijose jis galėjo pateikti visus argumentus ir gintis. Nors Teismas pareiškė, kad nacionalinių teismų argumentai galėjo būti ir detalesni, pareiškėjui buvo suteiktas iš esmės teisingas procesas [10, p. 97–99], ir 6 straipsnio 1 dalis nebuvo pažeista (teisėjai balsavo vienbalsiai, svarstant šią bylą dalyvavo ir prof. Pranas Kūris).

Van Geyseghem byloje prieš Belgiją (pareiškimo Nr. 26103/95, § 22, 23, 34–39) pareiškėja teigė, kad atsisakymas leisti jos advokatui pasisakyti Briuselio apeliaciniame teisme, jai nedalyvaujant procese, pažeidžia jos teisę į teisingą teismą bei gynybos teises. Buvusi Europos žmogaus teisių komisija 1997 m. gruodžio 3 d. pranešime nustatė Konvencijos 6 straipsnio pažeidimą. Teismo Didžioji kolegija šiame sprendime pakartojo savo praktikoje taikomus aiškius principus dėl gynybos teisių baudžiamajame procese, pabrėžė, kad teisė būti tinkamai ginamam turi viršenybę. Kiekvienas asmuo, kaltinamas padaręs nusikaltimą, turi teisę būti efektyviai ginamas advokato, ir tai yra vienas iš svarbiausių teisingo teismo bruožų. Kaltinamasis asmuo nepraranda šios teisės vien dėl to fakto, kad jis nedalyvauja procese. Aišku, įstatymų leidėjas gali numatyti nepagrįsto neatvykimo į teismą atvejus, tačiau tai negali paveikti jų teisės į teisinę pagalbą. Įstatyminis reikalavimas dalyvauti teismo procese turi būti užtikrintas kitomis priemonėmis, bet ne atimant iš asmens teisę būti ginamam. Teismas šioje byloje nustatė Konvencijos 6 straipsnio 1 § ir 3 § (c) pažeidimą [11, p. 137, 140, 141]. Pasakytina, kad prof. Pranas Kūris, tuometinis Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėjas ir Didžiosios kolegijos narys šioje

byloje, kartu su kitais Teismo nariais šioje byloje pripažino minėtus Konvencijos pažeidimus.

Pélissier ir Sassi byloje prieš Prancūziją [DK] Teismas aiškiai nurodė kriterijus, kuriais remiantis proceso byloje turi būti vertinamas ilgumo klausimas. Teismas pabrėžė, kad Konvencijos 6 straipsnio 3 dalies a punktas, numatantis, kad kiekvienas nusikaltimo padarymu kaltinamas asmuo turi teisę būti skubiai informuotas apie kaltinimo pobūdį ir pagrindą, turi būti vertinamas apskritai atsižvelgiant į bendrą teisę į *teisingą teismą* pagal 6 straipsnio 1 dalį. Baudžiamosiose bylose kaltinamasis turi gauti visą išsamią informaciją apie jam pareikštą kaltinimą ir galimas vėlesnes teismo interpretacijas tuo klausimu – tai yra viena iš svarbiausių teisingo proceso sąlygų [12, p. 295]. Būtina pažymėti ir tai, kad šioje byloje Teismo Didžioji kolegija pabrėžė ir kitus svarbius principus, kurie turi būti vertinami analizuojant teisės į teismą per *įmanomai trumpiausią laiką* reikalavimą. Didžioji kolegija pabrėžė (žr. sprendimo § 67), kad teismo proceso ilgumas turi būti vertinamas atsižvelgiant į Teismo praktikoje taikomus kriterijus, ypač į bylos sudėtingumą, pareiškėjo elgesį bei valstybės pareigūnų elgesį bylos tyrimo metu [12, p. 299]. Teismas taip pat atsižvelgia ir į tai, kaip teisme vykstantis ginčas paliečia patį pareiškėją (žr. *Frydlender bylą prieš Prancūziją* [DK], pareiškimo Nr. 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII, p. 190). *Sürmeli* byloje *prieš Vokietiją* [DK] (pareiškimo Nr. 75529/01, 2006 m. birželio 8 d. sprendimas, § 129) Didžioji kolegija pabrėžė, kad Konvencijos 6 straipsnio 1 dalis įpareigoja valstybes taip susitvarkyti savo teisinę sistemą, kad jos užtikrintų bylų sprendimų priėmimą per *įmanomai trumpiausią laiką*.

Vienoje iš naujausių Konvencijos 6 straipsnio taikymo bylų pavyzdžių – *Sejdovic byloje prieš Italiją* [DK] (pareiškimo Nr. 56581/00, 2006 m. kovo 1 d. sprendimas) – Teismas, analizuodamas nuteisimo už akių aspektą (*trial in absentia*), pabrėžė, kad, nepaisant to, kad Konvencijos 6 straipsnio 1 dalyje aiškiai nepabrėžta, jog asmuo, kaltinamas padaręs nusikaltimą, turi teisę dalyvauti procese, tačiau, iš kitos pusės, būtų sunku įsivaizduoti, kad asmuo, nedalyvaujantis procese, galėtų įgyvendinti 6 straipsnyje jam suteiktas teises: teisę gintis pačiam, teikti klausimus liudytojams, gauti vertėją, jei nesupranta kalbos. Šioje byloje Teismas pakartojo dar vieną svarbų principą, kad kaltinamo asmens nedalyvavimas teismo procese nereiškia automatiškai jo

teisių pagal Konvencijos 6 straipsnį pažeidimo. Svarbu, kad toks asmuo pagal vidaus teisę turėtų galimybę atnaujinti procesą, kuriame būtų iš naujo nustatomi tiek teisės, tiek faktų klausimai, išskyrus atvejus, kai jis pats atsisako teisės dalyvauti teismo procese ir ginti save [13, p. 19]. Teismas pakartojo savo jurisprudencijos teiginius, kad valstybės turi plačią veikimo laisvę sutvarkyti savo teisinę sistemą taip, kad ji atitiktų 6 straipsnio reikalavimus. Europos Žmogaus Teisių Teismo tikslas yra nustatyti, ar buvo pasiektas Konvencijoje keliamas tikslas. Be to, Teismas dar kartą pakartojo teiginį, kad kaltinamo padarius nusikaltimą asmens teisė dalyvauti teismo procese arba jį atnaujinus yra laikoma viena iš svarbiausių 6 straipsnio reikalavimų. Jei asmuo buvo nuteistas už akių, ir vėliau teismo procesas nebuvo atnaujintas bei nebuvo nustatyta, kad toks asmuo pats atsisakė teisės dalyvauti procese (*has waived his/her right to be present during the trial*), toks procesas yra laikomas teisingumo paneigimu (*flagrant denial of justice*), priešingu 6 straipsnio tikslams [13, p. 20]. Būtent dėl šių priežasčių Teismo Didžioji kolegija ir konstatavo 6 straipsnio pažeidimą šioje byloje. Tuo tarpu numatyta teisė reikalauti atstatyti proceso atnaujinimo terminus, kai asmuo buvo nuteistas *in absentia*, bet apeliacinėje instancijoje turėjo teisę dalyvauti teismo procese ir gauti iš naujo bylos faktų ir teisinį kaltinimų įvertinimą, tokiu atveju Teismas laikytų, kad Konvencijos 6 straipsnio *teisingo teismo* principai buvo įvykdyti.

Kitas labai svarbus Konvencijos 6 straipsnio taikymo aspektas – tai klausimas, kokių bylų grupei gali būti taikomas 6 straipsnis. Būtina paminėti, kad Konvencijos 6 straipsnis numato teisę į teismą, „kai sprendžiamas tam tikro asmens civilinio pobūdžio teisių ir pareigų ar jam pareikšto kokio nors baudžiamojo kaltinimo klausimas [...]“. Visų pirma asmeniui turi būti garantuota *teisė į teismą* (žr. *Golder bylą prieš Jungtinę Karalystę*, 1975 m. vasario 21 d. sprendimas, Series À no. 18, p. 18, § 36, ir naujesnę *Osman bylą prieš Jungtinę Karalystę*, 1998 m. spalio 28 d. sprendimas, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, p. 3166, § 136).

Civilinių teisių ir pareigų bei baudžiamojo kaltinimo sampratos išaiškintos Teismo jurisprudencijoje, tačiau kyla klausimas, ar Konvencijos 6 straipsnis gali būti taikomas ginčams dėl pensijų bei mokesčių, valstybės tarnybos, parlamentinių imunitetų, rinkimų teisės, išsiuntimo iš valstybės ir pan. ginčams spręsti (žr. bylas *Jussila prieš Suo-*

miją [DK] (pareiškimo Nr. 73053/01, 2006 m. lapkričio 13 d. sprendimas); *Ferazzini prieš Italiją* ([DK] (pareiškimo Nr. 44759/98, ECHR 2001-VII); *Al-Adsani prieš Jungtinę Karalystę* [DK] (pareiškimo Nr. 35763/97, § 56, ECHR 2001-XI); *Ezeh and Connors prieš Jungtinę Karalystę* [DK] (Nr. 39665/98 ir 40086/98, § 82, ECHR 2003-X); *Pierre-Bloch prieš Prancūziją* (pareiškimo Nr. 120/1996/732/938, 1997 m. spalio 21 d. sprendimas) ir kt.).

Maaouia byloje prieš Prancūziją [DK] (pareiškimo Nr. 39652/98, 2000 m. spalio 5 d. sprendimas; ECHR 2001-33, p. 1037, § 40) Didžioji kolegija aiškiai pabrėžė, kad valstybių priimti sprendimai dėl užsieniečių teisės įvažiuoti į valstybę, likti joje arba dėl jų išsiuntimo neapima nei civilinių teisių, nei baudžiamųjų kaltinimų Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies prasme, todėl šis straipsnis yra netaikomas.

Minėtoje *Pierre-Bloch byloje prieš Prancūziją* Teismas taip pat netaikė Konvencijos nei 6 straipsnio, nei 13 straipsnio reikalavimų procedūros Konstitucinėje Taryboje atžvilgiu, kurioje pareiškėjas ginčijo jo išbraukimą iš kandidatų į Nacionalinę asamblėją dėl to, kad jis viršijo rinkimų agitacijai skirtiną didžiausią pinigų sumą. Teismas pabrėžė, kad šis ginčas neapima nei civilinių teisių, nei baudžiamųjų kaltinimų Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies prasme, todėl šie ginčai lieka už šio straipsnio taikymo ribų.

Minėtoje *Frydlender byloje prieš Prancūziją* [DK] [14, p. 188, 189] Teismo Didžioji kolegija svarstė klausimą, ar pareiškėjui gali būti taikomas Konvencijos 6 straipsnis, atsižvelgiant į pareiškėjo pareigas ir santykinai mažą jo atsakomybę atliekant valstybės funkcijas. Atsižvelgdamas į savo sprendimą *Pellegrin byloje prieš Prancūziją*, Teismas teigė, kad šiuo atveju būtina nustatyti, ar pareiškėjas gali būti laikomas valstybės pareigūnu, vykdančiu viešosios teisės suteiktas valstybės funkcijas, kurios pašalintų jo teisių gynimą pagal Konvencijos 6 straipsnį, taikant išvestą vadinamąjį apribojantį 6 straipsnio aiškinimą Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies atžvilgiu. *Pellegrin byloje prieš Prancūziją* [DK] [15, p. 225, 226] Teismas buvo nustatęs itin svarbų principą, kad valstybės tarnybos atžvilgiu Konvencijos 6 straipsnis yra netaikomas. *Pellegrin* sprendime Teismas pabrėžė, kad būtina suvienodinti Teismo praktiką dėl Konvencijos 6 straipsnio, ir pabrėžė, kad šioje byloje išvedamas naujas principas – vadinamasis funkcinis kriterijus, kurį pasitelkus kiekvienu atveju bus nustatomos atitinkamo vals-

tybės pareigūno pareigos ir jo atsakomybė. Teismas šioje byloje nutarė taikyti vadinamąjį siaurinamąjį Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies aiškinimą (*restrictive interpretation*) valstybės tarnautojų atžvilgiu, pabrėžiant, kad Konvencijos 6 straipsnis bus netaikomas tų pareigų atžvilgiu, kurios susijusios su valstybės funkcijų atlikimu (minėtas funkcinis kriterijus) ir kurias delegavo viešoji teisė, siekianti užtikrinti valstybės bendruosius interesus arba kitą viešąją valdžią. Tokių pareigų pavyzdys gali būti policija bei valstybės ginkluotosios pajėgos. Kitų pareigų atžvilgiu Teismas kiekvienu atveju nustatys tokių pareigų pobūdį ir atsakomybę – ar tokias pareigas vykdantis asmuo tiesiogiai arba netiesiogiai dalyvauja įgyvendinant viešąsias valstybės funkcijas bei užtikrinant bendruosius valstybės interesus. Taigi šioje itin svarbioje *Pellegrin* byloje Teismas kaip bendrą taisyklę pabrėžė, kad Konvencijos 6 straipsnis (teisės kreiptis į teismą prasme) bus netaikomas valstybės tarnautojams, atliekantiems valstybės funkcijas, dėl jų ginčų, susijusių su įdarbinimu valstybės tarnyboje, jų karjera arba valstybės tarnybos santykių pasibaigimu. Teismas vis dėlto nustatė, kad ir šių asmenų skundai dėl pensijų pateks į 6 straipsnio taikymo sritį, nes šiuo atveju baigiasi specialūs santykiai tarp valstybės ir jos pareigūno, ir šie asmenys, išėję į pensiją, gali būti prilyginti asmenims, dirbantiems pagal privačias sutartis (žr. sprendimo § 67).

Pažymėtina tai, kad praėjus 8 metams po sprendimo *Pellegrin byloje prieš Prancūziją* priėmimo, kitoje byloje – *Vilho Eskellinen ir kiti prieš Suomiją* [DK] – Teismo Didžioji kolegija pakeitė Pellegrino byloje suformuluotus principus ir pabrėžė, kad Konvencijos 6 straipsnis gali būti taikomas ir valstybės tarnautojams. Vienas iš esminių klausimų šioje byloje – ar jau būtina keisti *Pellegrin byloje prieš Prancūziją* išvestą ir tiek metų taikytą vadinamąjį funkcinį kriterijų, pašalinusį su valstybės tarnyba susijusius ginčus iš Konvencijos 6 straipsnio taikymo srities? *Vilho Eskellinen ir kitų byloje prieš Suomiją* pareiškėjai buvo policijos pareigūnai, o tai automatiškai turėtų pašalinti Konvencijos 6 straipsnio taikymą jų atžvilgiu, kaip buvo nustatyta *Pellegrin byloje prieš Prancūziją*, ir tai gali lemti neigiamus rezultatus. Kita vertus, Teismas pabrėžė, kad pareiškėjų pareigų ir funkcijų pobūdžio nustatymas yra gana sunkus uždavinys, ir ne visada aiškiai galima rasti ribą tarp valstybės tarnybos ir kitų sričių. Funkcinio kriterijaus taikymas taip pat kelia problemų [16, §§ 48–64]. Didžioji kolegija pasirėmė savo

sprendimu *Martinie byloje prieš Prancūziją* ([DK] (pareiškimo Nr. 58675/00, § 30, 2006 m. balandžio 12 d. sprendimas), kurioje Didžioji kolegija pasisakė dėl Konvencijos 6 straipsnio taikymo pareiškėjui, nes jis buvo tik mokyklos buhalteris ir nevykdė jokių valstybės įgaliotų funkcijų viešosios teisės prasme. Teismo Didžioji kolegija, pasirėmusi nuostata, kad „Teismas negali be svarbios priežasties nukrypti nuo savo praktikos, suformuotos ankstesniuose sprendimuose, tačiau Teismo atsisakymas taikyti dinamišką ir kintamą aiškinimą (Konvencijos nuostatų – aut. past.) galėtų užkirsti kelią bet kokiai reformai ir pagerinimams“ (žr. *mutatis mutandis Mamatkulov ir Askarov bylą prieš Turkiją* [DK], Nr. 46827/99 ir 46951/99, § 121, ECHR 2005-I.).

Analizuodama jurisprudencijos keitimo būtinybę dėl 6 straipsnio taikymo valstybės tarnybos atžvilgiu, Didžioji kolegija atskyrė šią bylų grupę nuo kitų bylų, kurioms Konvencijos 6 straipsnis yra netaikomas, pavyzdžiui, *inter alia*, mokesčių bylos, kaip nepatenkančios į Konvencijos 6 straipsnio taikymo sritį *civilinių teisių* kontekste *(Ferazzini byla prieš Italiją* ([DK], Nr. 44759/98, ECHR 2001-VII); taip pat prieglobsčio klausimai, pilietybės klausimai bei leidimas gyventi tam tikroje valstybėje (*Maaouia byla prieš Prancūziją* ([DK], Nr. 39652/98, ECHR 2000-X; Uner *byla* prieš Nyderlandus [DK], pareiškimo Nr. 46410/99, 2006 m. spalio 18 d. sprendimas, § 55-55); taip pat rinkimų ginčai (*Pierre-Bloch byla prieš Prancūziją*).

Ypač svarbu tai, kad Europos Žmogaus Teisių Teismo Didžioji kolegija *Vilho Eskellinen ir kitų byloje prieš Suomiją* pakeitė Pellegrin byloje suformuotą Teismo praktiką, tačiau vis dėlto aiškiai nustatė dvi aplinkybes, kurioms esant valstybė galės ginčyti 6 straipsnio taikymą valstybės pareigūnams [16, § 62]. Konvencijos 6 straipsnis galės būti netaikomas valstybės tarnautojams, kai bus įvykdytos dvi sąlygos:

1) kai tam tikrai tarnautojų grupei vidaus teisė akivaizdžiai nesuteikia teisės kreiptis į teismą;
2) tokios teisės nesuteikimas turi būti išimtinai susijęs su valstybės interesų apsauga. Valstybė kiekvienu atveju privalės įrodyti, kad ginčas yra tiesiogiai susijęs su viešosios valdžios deleguotų valstybės funkcijų vykdymu ir būtent dėl specialaus pasitikėjimo ir lojalumo reikalavimo tarp valstybės tarnautojo ir valstybės yra negalimas 6 straipsnio taikymas.

Teismas pabrėžė, kad iš principo negali būti pateisinamas Konvencijos 6 straipsnio netaikymas darbo ginčų atvejais, susijusiais su atlyginimo, įvairių priemokų ir priedų klausimais, remiantis specialiais ryšiais tarp valstybės pareigūno ir valstybės. Tokiais atvejais 6 straipsnio taikymas yra preziumuojamas, o Vyriausybė privalės įrodyti, kad valstybės tarnautojai dėl to ginčo negali kreiptis į teismą pagal vidaus teisės nuostatas, ir tokios galimybės nesuteikimas yra pateisinamas pagal 6 straipsnį.

Vilho Eskellinen ir kitų byla prieš Suomiją yra puikus pavyzdys, įrodantis, kad Didžioji kolegija turi teisę pakeisti jau suformuotą Teismo praktiką vienu arba kitu klausimu, jei įvykę pasikeitimai bei dinamiškas Konvencijos nuostatų aiškinimas tai leidžia ir pateisina. Šio straipsnio autorė byloje pasisakė prieš *Pellegrin* byloje suformuotos praktikos keitimą, nes, jos nuomone, nuo 1999 m. neįvyko jokių esminių pasikeitimų ir jokių naujovių šioje srityje, kurios leistų teigti, kad toks Teismo jurisprudencijos keitimas yra būtinas ir neišvengiamas (žr. atskirąsias nuomones byloje).

Būtina prisiminti anksčiau minėtą *Ferazzini bylą prieš Italiją* [DK], kurioje Teismo Didžioji kolegija padarė aiškią išvadą, kad Konvencijos 6 straipsnis *civilinių teisių* kontekste negali būti taikomas mokesčių ginčų atveju, nes ginčas dėl mokesčių negali būti laikomas *civiliniu ginču*, kadangi kiekvienas individas privalo mokėti mokesčius valstybei, ir ši pareiga kyla iš viešosios teisės srities. Autonominė „civilinių teisių ir pareigų" koncepcija negali būti aiškinama vien pagal vidaus teisės nuostatas. Teismas pažymėjo, kad turtinis aspektas yra šio mokestinio ginčo esmė, tačiau vien tas faktas, kad ginčas yra turtinio pobūdžio, savaime nereiškia Konvencijos 6 straipsnio taikymo galimybės „civilinių teisių ir pareigų" kontekste. Be to, Teismo nuomone, įvykę pasikeitimai visuomenėse nepaveikė individų ir įmonių pareigos mokėti valstybės skirtus mokesčius, tuo labiau, kad valstybė turi tokią teisę ir pagal Konvencijos 1 Protokolo 1 straipsnio 2 dalį, kurioje numatyta, kad valstybė turi teisę taikyti tokius įstatymus, kurie, jos nuomone, reikalingi [...], kad garantuotų mokesčių, rinkliavų arba baudų mokėjimą. Valstybės teisė reguliuoti ir įvesti atitinkamą mokesčių sistemą lieka viešosios valstybės veiklos dalimi, tai yra viešosios valdžios prerogatyva, o santykiai tarp mokesčių mokėtojų ir visuomenės yra viešojo pobūdžio santykiai [17, p. 357–359].

Tačiau vienoje iš naujausių Teismo bylų – *Jussila prieš Suomiją* [DK] (pareiškimo Nr. 73053/01, 2006 m. lapkričio 13 d. sprendimas, §§ 29, 30, 37–39) – Teismo Didžioji kolegija nustatė, kad mokestinių ginčų (pareiškėjas privalėjo sumokėti pridėtinės vertės mokestį bei papildomą 10 procentų mokestį dėl neteisingai pateiktų duomenų apie grąžinamus mokesčius) atžvilgiu Konvencijos 6 straipsnis bus taikomas „baudžiamųjų kaltinimų“ prasme. Pasiremdamas vadinamaisiais Teismo praktikoje taikomais *Engel* kriterijais (žr. *Engel ir kitų bylą prieš Jungtinę Karalystę*, pareiškimų Nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72; 1976 m. birželio 8 d. sprendimas, §§ 80–85), kurie Didžiosios kolegijos neseniai buvo pakartoti *Ezeh ir Connors byloje prieš Jungtinę Karalystę* [DK] (*Nr.* 39665/98 ir 40086/98, § 82, ECHR 2003-X), Teismas pabrėžė, kad nors pirmas kriterijus – kokiai sričiai tam tikrą veiką priskiria vidaus teisė – nėra lemiamas (*Jussila* byloje buvo pasakyta, kad papildomų mokesčių mokėjimas nėra baudžiamosios teisės dalis, bet priklauso mokestiniam režimui), antrasis kriterijus – nusižengimo pobūdis (*the nature of the offence*) – yra žymiai svarbesnis. Teismas nutarė, kad papildomų mokesčių skyrimo tikslas – nubausti šią tvarką pažeidusius asmenis, kad jie daugiau nepiktnaudžiautų, rodo šio nubaudimo baudžiamąjį ir prevencinį pobūdį (*deterrent and punitive*), o tai reiškia Konvencijos 6 straipsnio taikymą „baudžiamųjų kaltinimų“ prasme, o trečiasis *Engel* kriterijus – bausmės dydis – šiuo atveju nesvarbus, nes nors bauda, kurią privalėjo sumokėti pareiškėjas, buvo maža, tai nepašalina Konvencijos 6 straipsnio taikymo [18, §§ 26, 29, 30, 37–39].

Taigi nors Teismas netaiko Konvencijos 6 straipsnio mokestinių ginčų procedūroms „civilinių ginčų ir pareigų“ kontekste, tačiau Didžiosios kolegijos sprendimas *Jussila byloje prieš Suomiją* aiškiai rodo, kad mokestiniams ginčams Konvencijos 6 straipsnis ir jo garantijos galės būti taikomos „baudžiamųjų kaltinimų“ kontekste.

Kita sritis taikant Konvencijos 6 straipsnį – tai reikalavimai procesui. Vienas iš tokių reikalavimų – teismo proceso viešumo principas. Remiantis Teismo jurisprudencija, nuo viešojo posėdžio reikalavimo gali būti nukrypta antrojoje arba trečiojoje instancijoje, jei pirmojoje instancijoje asmuo turėjo galimybę būti išklausytas viešame posėdyje (žr. *Ekbatani* bylą *prieš Švediją*, 1988 m. gegužės 26 d. sprendimas, Serie À no 134, p. 14, § 31).

Göç byloje prieš Turkiją [DK] (pareiškimo Nr. 36590/97, ECHR 2002-V) Teismo Didžioji kolegija aiškiai reziumavo Teismo jurisprudenciją, pabrėždama valstybės pareigą rengti teismo viešą posėdį pirmojoje ir vienintelėje instancijoje, išskyrus tam tikras išimtines sąlygas, kurios leistų nukrypti nuo viešo teisminio posėdžio reikalavimo. Didžioji kolegija pabrėžė, kad pareiškėjui privalėjo būti suteikta galimybė teismo viešame posėdyje paaiškinti, kokius išgyvenimus ir kokią moralinę žalą jam padarė jo kardomasis kalinimas. Išimtinai asmeninė pareiškėjo išgyvenimų patirtis bei atitinkamos kompensacijos jam nustatymas reikalavo išklausyti jį patį. Be to, svarstomi teisme dalykai nebuvo techninės prigimties ir negalėjo būti nuspręsti tik pagal byloje turimus duomenis [19, §§ 38, 47]. Todėl Didžioji kolegija nerado specifinių aplinkybių, kurios būtų leidusios Turkijos teismams nukrypti nuo reikalavimo organizuoti viešą posėdį ir todėl nustatė Konvencijos 6 straipsnio pažeidimą.

Reikia pridurti, kad Europos Žmogaus Teisių Teismo Didžioji kolegija *Martinie byloje prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 58675/00, 2006 m. balandžio 12 d. sprendimas, §§ 43, 44), pasirėmusi minėta *Göç byla prieš Turkiją*, pakartojo, kad tam tikrais atvejais gali būti išimtinės aplinkybės, leidžiančios nukrypti nuo viešo posėdžio reikalavimo, tačiau toje byloje teisės į viešą posėdį pažeidimas buvo konstatuotas remiantis tuo, kad pareiškėjas neturėjo galimybių reikalauti viešo posėdžio Audito teisme. Taigi darytina išvada, kad pareiškėjams turi būti suteikiamas viešas posėdis bylose, mažų mažiausiai bent jau vienoje instancijoje, priklausomai nuo bylos aplinkybių ir ginčo esmės, o nukrypti nuo šio reikalavimo leidžiama tik esant išimtinėms tokį nukrypimą pateisinančioms aplinkybėms.

Priešinga Didžiosios kolegijos išvada dėl viešo posėdžio reikalavimo buvo padaryta aptartoje *Jussila byloje prieš Suomiją*, kurioje buvo konstatuota, kad viešas posėdis buvo nebūtinas svarstyti šiai mokesčių bylai ir šiuo atveju nebuvo pažeisti teisingo proceso principai, nes pareiškėjas turėjo galimybę reikalauti viešo posėdžio, ir teismai tokią galimybę apsvarstė. Pareiškėjui gresianti bauda buvo nedidelė, jis turėjo galimybę pateikti savo nuomonę byloje raštu ir komentuoti mokesčių inspekcijos pareigūnų pateiktą nuostatą. Be to, Administracinis teismas analizavo ir nurodė išimtines aplinkybes, šioje byloje leidusias nukrypti nuo viešo posėdžio reikalavimo [18, §§ 46–48].

Taigi remiantis Didžiosios kolegijos jurisprudencija galima daryti išvadą, kad pirmojoje ir vienintelėje instancijoje viešas posėdis svarstant bylą yra būtinas, o aukštesnėse instancijose nuo šio reikalavimo tam tikrais atvejais, esant išimtinėms aplinkybėms, gali būti ir nukrypstama.

Kitas itin svarbus Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies reikalavimas – tai *teisingo teismo (fair trial, fairness of the proceedings)* principas. *Kress byloje prieš Prancūziją* Teismo Didžioji kolegija (pareiškimo Nr. 39594/98, ECHR 2001-VI, § 56, 64) patvirtino Teismo praktiką pabrėždama, kad rungtyniško proceso reikalavimo atžvilgiu problemų gali kilti dėl to, kad nepriklausomų teisinių ekspertų arba pareigūnų išvados nėra iš anksto pateiktos bylos šalims. Šioje byloje Teismas nurodė, kad jis jau ne kartą sprendė, *mutatis mutandis*, panašius klausimus dėl generalinio advokato vaidmens arba panašių pareigūnų vaidmens Kasaciniame teisme arba Aukščiausiajame Teisme Belgijoje, Nyderlanduose, Portugalijoje ir Prancūzijoje (žr. Teismo septynių teisėjų kolegijų sprendimus: *Vermeulen byla prieš Belgiją*, 1996 m. vasario 20 d. sprendimas, Reports 1996-I, p. 234, § 33; *Lobo Machado byla prieš Portugaliją*, 1996 m. vasario 20 d. sprendimas, Reports of Judgments and Decisions 1996-I; *J. J. byla prieš Nyderlandus ir K. D. B. byla prieš Nyderlandus*, 1998 m. kovo 27 d. sprendimas, *Reports* 1998-II; *Reinhardt ir Slimane-Kaïd byla prieš Prancūziją,* 1998 m. kovo 31 d. sprendimas*,* Reports 1998-II).

Pabrėžtina, kad visose šitose paminėtose bylose Teismas nustatė Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies pažeidimą dėl to, kad šalims nebuvo pateikta arba atitinkamų pareigūnų nuomonė, arba teisėjo pranešėjo pranešimas, ir jos neturėjo galimybių atsakyti į šiuos pareiškimus.

Teismo Didžioji kolegija *Kress byloje prieš Prancūziją* pabrėžė, *kad teisingo teismo (fiar trial)* principas reiškia, kad proceso šalys turi turėti galimybę žinoti bei atsakyti į bet kokį pareiškimą arba įrodymą, kurie gali paveikti teismo sprendimą ir kuriais remiamasi byloje ir kuriuos padaro net ir nepriklausomi nacionalinių teisinių tarnybų atstovai [20, p. 68, 69]. Šioje byloje pareiškėja skundėsi, kad jos procesas administraciniuose teismuose nebuvo teisingas dėl to, kad nei ji, nei jos advokatas neturėjo galimybės prieš posėdį gauti ir išstudijuoti Vyriausybės komisaro (*Government Commissioner*) nuostatą bei atsakyti į ją viešo posėdžio metu, nes šis pareigūnas kalba paskutinis; be to, ko-

misaras dalyvavo svarstant bylą, ir, nors jis nedalyvavo balsuojant, vien jo dalyvavimas pažeidžia šalių lygybės principą ir teisę į rungtynišką procesą.

Vis dėlto Teismas šioje byloje nenustatė teisingo proceso pažeidimo dėl to, kad šalys negalėjo iš anksto gauti komisaro nuomonės dėl bylos bei atsakyti į jo pasisakymus teismo viešojo posėdžio metu. Teismas laikė, kad Vyriausybės komisaras yra *sui generis* institucija, kuri atsakinga už administracinių teismų procedūros organizavimą Prancūzijoje. Šis pareigūnas pirmą kartą procedūros metu kalba viešai teismo viešame posėdyje, ir tiek teisėjai, tiek bylos šalys, tiek byloje dalyvaujantys pašaliniai asmenys susipažįsta su jo nuostatomis ir rekomendacijomis. Dėl to fakto, kad bylos šalys negali atsakyti į Vyriausybės komisaro pasisakymą viešo teismo posėdžio metu, Teismas pabrėžė, kad šiuo atveju šalys prieš posėdį turi teisę teikti klausimus Vyriausybės komisarui ir sužinoti jo bendrą nuostatą, be to, jos gali atsakyti į ją memorandumu, o tai ir buvo padaryta šioje byloje (žr. sprendimo §§ 26, 63, 75, 76).

Tačiau Teismo Didžioji kolegija nustatė pažeidimą dėl Vyriausybės komisaro dalyvavimo svarstant bylą Valstybės taryboje (*the Conseil d'État*), nepaisant net ir to fakto, kad jis neturėjo teisės balsuoti priimant sprendimą. Teismas manė, kad vien tas faktas, kad komisaras turi teisę slapto svarstymo metu rekomenduoti skundą dėl teisės klausimų arba atmesti, arba patenkinti, jis tampa vienos iš ginčo šalių priešininku arba palaikytoju. Todėl Teismas pasisako už savo jurisprudencijoje taikomą principą dėl šių pareigūnų (įskaitant generalinius advokatus) šališkumo (žr. *Borgers bylą prieš Belgiją*, 1991 m. spalio 30 d. sprendimas, Series A, Nr. 214 (1993), 15 ECHR 92, § 24) ir konstatuoja Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies pažeidimą dėl Vyriausybės komisaro dalyvavimo uždaro bylos svarstymo metu [20, p. 70, 71].

Aiškumo dėlei būtina pažymėti ir tai, kad šalių lygybės (*equality of arms*) principas pirmą kartą buvo paminėtas *Neumeister byloje prieš Austriją* ir nuo to laiko tapo 6 straipsnio vienu iš požymių. Be to, *Delcourt byloje prieš Belgiją* (1970 m. sausio 17 d. sprendimas), kurioje Teismas svarstė klausimą dėl generalinio prokuroro vaidmens byloje ir teisingo teismo aspekto, Teismas nenustatė Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies pažeidimo, tačiau vėliau, minėtoje *Borgers byloje prieš Belgiją* (1991 m. spalio 31 d. sprendimas), Teismas persvarstė savo buvusią

nuostatą ir pasisakė už *teisingo teismo* principo pažeidimus dėl generalinio advokato dalyvavimo ir jo vaidmens Kasacinio teismo procedūrose [21, p. 156].

Pažymėtina ir tai, kad *Reinhardt ir Slimane-Kaïd byloje prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 58675/00, 1998 m. kovo 31 d. sprendimas) Teismas taip pat nustatė Konvencijos 6 straipsnio 1 dalyje įtvirtinto *teisingo teismo* reikalavimo pažeidimą remdamasis tuo, kad teisėjo pranešėjo pranešimas prieš viešą posėdį buvo pateiktas generaliniam advokatui, tačiau nebuvo pateiktas ginčo šalių advokatams. Teismas pabrėžė teisėjo pranešėjo pranešimo byloje svarbą, taip pat generalinio advokato vaidmenį byloje bei šio pareigūno įtaką bylos baigčiai, pabrėždamas, kad teisėjo pranešimo nepateikimas šalių advokatams yra nesuderinamas su *teisingo teismo* principu. Teismas taip pat pabrėžė: faktas, kad generalinio advokato pasisakymas nebuvo pateiktas pareiškėjams, taip pat lieka svarstytinas (*questionable*) (žr. sprendimo §§ 105–107).

Tas pats principas buvo pažymėtas ir *Göç byloje prieš Turkiją* [DK] (pareiškimo Nr. 36590/97, 2002 m. liepos 11 d. sprendimas, § 55, CEDH 2002-V), kurioje Teismas pabrėžė, kad teisė į rungtynišką procesą apima ginčo šalių teisę tiek baudžiamajame, tiek civiliniame procese gauti bei svarstyti bet kokius dokumentus arba įrodymus, kurie pateikiami teisėjui, jei toks dokumentas gali paveikti bylos sprendimą. Didžioji kolegija nustatė pažeidimą remdamasi tuo, kad generalinio prokuroro nuomonė buvo pateikta Kasacinio teismo kolegijai, tačiau nepateikta pareiškėjui.

Öcalan byloje prieš Turkiją [9, §§ 148, 149] Teismo Didžioji kolegija konstatavo *teisingo teismo* principo pažeidimą dėl tokių priežasčių: asmeniui nebuvo suteikta advokato pagalba jo apklausos policijoje metu; jis negalėjo tartis su advokatu viešo posėdžio metu be trečiųjų asmenų; jis neturėjo galimybės susipažinti su bylos medžiaga iki vėlyvos proceso stadijos; susitikimų skaičius ir laikas su advokatu buvo ribojami; jo advokatui taip pat nebuvo leista susipažinti su bylos medžiaga. Visi šie sunkumai apribojo gynybos teises, o tai pažeidė *teisingo teismo* principą pagal Konvencijos 6 straipsnio 1 dalį kartu su 6 straipsnio 3 dalies b ir c punktais.

Kol kas vienintelėje byloje prieš Lietuvą – *Ramanauskas prieš Lietuvą* [DK] (pranešimo Nr. 74420/01, 2008 m. vasario 5 d. sprendi-

mas), kuri buvo nagrinėjama Didžiojoje kolegijoje, pareiškėjas, buvęs prokuroras, skundėsi, kad, pritaikius nusikalstamos veikos imitacijos elgesio modelį jo atžvilgiu, jis buvo sukurstytas padaryti nusikaltimą, pažeidžiant jo teisę į *teisingą teismą* pagal Konvencijos 6 straipsnio 1 ir 3 dalis.

Teismo Didžioji kolegija, apibendrindama *teisės į teisingą teismą* panašiose bylose bendruosius principus, pripažino sunkumus, su kuriais susiduria nusikaltimus tiriantys pareigūnai, kai renka įrodymus (žr. § 49, 50). Teismas padarė išvadą, kad pats savaime specialiųjų tyrimo technikų taikymas nepažeidžia teisės į *teisingą* teismą, tačiau jų taikymas turi turėti aiškias ribas (§ 51). Todėl viešu interesu negalima pateisinti įrodymų, gautų pareigūnų kurstymo veiksmais, naudojimo baudžiamajame procese. Įstatyme turi būti numatytos aiškios garantijos ir apribojimai taikyti tokias priemones. Kurstoma yra tada, kai pareigūnai, nepaisant to, ar jie slaptųjų tarnybų atstovai, ar asmenys, veikiantys pagal jų instrukcijas, neapsiriboja iš esmės pasyviu nusikaltimo tyrimu, bet, siekdami surinkti įrodymus, savo daroma įtaka kursto nusikaltimą, kuris antraip nebūtų padarytas (§ 55). Taikydamas minėtus bendrus principus šioje byloje, Teismas vertino modelio vykdytojų veiksmus ir padarė išvadą, kad tikėtina, jog pareiškėjas buvo skatinimas padaryti nusikalstamus veiksmus, nors nebuvo objektyvių įrodymų apie tai, kad pareiškėjas būtų ketinęs įsitraukti į tokią veiklą (§ 67). Teismas pastebėjo, kad Konvencijos 6 straipsnis nebūtų buvęs pažeistas, jeigu pareiškėjas būtų galėjęs veiksmingai kelti kurstymo klausimą baudžiamajame procese. Nacionaliniai teismai turėjo pareigą išsiaiškinti, ar pareiškėjas buvo kurstomas, turėjo būti nustatytos priežastys, kodėl operacija buvo pradėta, pareigūnų įsitraukimo į nusikaltimą mastas ir kurstymo pobūdis, taip pat spaudimas, kurį pareiškėjas patyrė, taip pat apklausti bylos liudytojai (dingęs V. S. nebuvo apklaustas baudžiamojoje byloje kaip liudytojas).

Teismas pripažino Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies (teisės į teisigą teismą) pažeidimą ir atskirai nenagrinėjo galimo 6 straipsnio 3 dalies d punkto pažeidimo [22, §§ 43–62].

Kitas aspektas, kuris kyla taikant Konvencijos 6 straipsnį, – tai klausimas dėl Teismo prieinamumo (*Access to a court*) ir klausimas, ar šis straipsnis gali būti taikomas apeliacinių arba kasacinių procedūrų atžvilgiu. Teismo praktika aiškiai rodo, kad asmuo turi turėti galimybę

patekti į teismą (žr. *Baškienės bylą prieš Lietuvą*, Nr. 11529/04, 2007 m. liepos 24 d. sprendimas, §§ 78–81), kuris privalo išspręsti jo civilinių teisių arba baudžiamųjų kaltinimų klausimus. *Immobiliare Saffi byloje prieš Italiją* Teismo Didžioji kolegija pabrėžė, kad, nepaisant valstybės turimos plačios aiškinimo laisvės kontroliuojant nuosavybės naudojimą, valstybė negali tokiu mastu kištis į teismų sprendimų vykdymą (kuris laikomas vienu iš teisės į teismą sudėtinių dalių – aut. past.), jei tai sustabdytų vykdymą arba atidėtų jį ilgam laikui (žr. *Immobiliare Saffi bylą prieš Italiją* [DK], Nr. 22774/93, §§ 70, 74, ECHR 1999-V).

Kudla byloje prieš Lenkiją [6, § 122] Teismo Didžioji kolegija pakartojo Teismo jurisprudencijoje taikomą principą, kad Konvencija neįpareigoja valstybių sukurti apeliacinių ir kasacinių teismų. Tačiau jei valstybė įkuria tokius teismus, ji privalo užtikrinti asmenims ir Konvencijos 6 straipsnio pagrindines garantijas. Nors Konvencijos 6 straipsnio taikymas minėtų teismų atžvilgiu priklauso nuo minėtų procedūrų specifinių bruožų, neabejotina, kad tiek apeliacinė, tiek kasacinė procedūra patenka į 6 straipsnio taikymo sritį (žr. *mutatis mutandis the Twalib bylą prieš Graikiją*, 1998 m. birželio 9 d. sprendimas, *Reports* 1998-IV, pp. 1427–1428, § 46). Tam tikrų 6 straipsnio reikalavimų netaikymas tam tikrai apeliacinei arba kasacinei procedūrai priklausys nuo tos procedūros vidaus teisėje ypatybių ir nuo konkrečios situacijos (žr. minėtą *Göç bylą prieš Turkiją* [DK], §§ 47–52; taip pat *Gogoladze bylos prieš Gruziją*, Nr. 4683/03, 2007 m. gruodžio 11 d. sprendimą, §§ 31–38).

Kudla byloje svarbu ir tai, kad Teismas pabrėžė, kad Lenkijos teisėje nėra efektyvios teisinės gynybos priemonės dėl skundo pagal Konvencijos 6 straipsnio 1 dalį dėl proceso trukmės. Efektyvi teisinės gynybos priemonė pagal Konvencijos 13 straipsnį reiškia, kad tokia priemonė gali pašalinti tariamą pažeidimą arba teisingai atlygina už pažeidimą. Priemonė pagal Konvencijos 13 straipsnį privalo būti efektyvi ir teoriškai, ir praktiškai (žr. *İlhan bylą prieš Turkiją* [DK], Nr. 22277/93, § 97, ECHR 2000-VII), tačiau jos efektyvumas nebūtinai kiekvienu atveju reiškia, kad turi būti priimtas asmeniui palankus sprendimas [6, § 157].

Efektyvi priemonė dėl proceso ilgumo bus tokia, kuri paspartins teismo sprendimo byloje priėmimą arba teisingai atlygins už buvusius

delsimus byloje (žr. *Mifsud bylą prieš Prancūziją,* (dec.) [GC], Nr. 57220/00, § 17, ECHR 2002-VIII).

Taigi Konvencijos 6 straipsnis labai dažnai aiškinamas Teismo Didžiosios kolegijos veikloje, tai sudaro sąlygas ir nacionaliniams teismams organizuoti savo veiklą pagal Europos Žmogaus Teisių Teismo interpretuotus 6 straipsnio reikalavimus.

Lietuva gana sėkmingai vykdo savo įsipareigojimus pagal Konvenciją ir savo teismų veiklą organizuoja atsižvelgdama į Konvencijos, ypač į jos 6 straipsnio, reikalavimus [23, p. 232–234, 237, 239]. Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimai *Daktaro byloje prieš Lietuvą* (pareiškimo Nr. 42095/98, 2000 m. spalio 10 d. sprendimas), *Biručio ir kitų byloje prieš Lietuvą* (pareiškimų Nr. 47698/99 ir 48115/99, 2002 m. kovo 28 d. sprendimas), *Baškienės byloje prieš Lietuvą* (pareiškimo Nr. 11529/04) ir, be abejonės, Didžiosios kolegijos sprendimas *Ramanausko byloje prieš Lietuvą* (pareiškimo Nr. 74420/01, 2008 m. vasario 5 d. sprendimas) buvo gera pamoka Lietuvai ir jos teismams, įpareigojanti Lietuvą sutvarkyti savo teisę bei teisminę praktiką pagal Europos žmogaus teisių konvencijos, ypač jos 6 straipsnio, reikalavimus [24, p. 426–429].

Išvados

Europos žmogaus teisių konvencija yra „gyva“ priemonė, kuri aiškinama atsižvelgiant į visuomenėse įvykusius pasikeitimus ir šių dienų sąlygas. Šis Konvencijos nuostatų *dinamiško* aiškinimo principas padeda Teismui atsižvelgti į naujoves ir sekti mokslo, pažangos bei pačios visuomenės vystymosi tendencijas, kad Konvencijos teisės būtų aiškinamos taip, kad būtų efektyvios, praktiškos ir realiai įgyvendinamos.

Iš Konvencijos 2 bei 3 straipsnių aiškinimo ir taikymo Teismo Didžiosios kolegijos praktikoje gali būti padarytos kelios bendros išvados:

1. Abu šie straipsniai yra pamatiniai; jie įtvirtina principines nuostatas, kurių turi laikytis visos demokratinės valstybės, nukrypimas nuo Konvencijos 2 bei 3 reikalavimų yra negalimas net paskelbus nepaprastąją padėtį (Konvencijos 15 straipsnis).

2. Tiek 2, tiek 3 Konvencijos straipsniuose tiesiogiai įtvirtintos negatyvios pareigos valstybės atžvilgiu – valstybė, jos organai ir pareigūnai privalo susilaikyti nuo bet kokių veiksmų, kuriais gali būti neteisėtai pažeista teisė į gyvybę, bei draudžiami kankinimai, žiaurus, nežmoniškas elgesys iš valstybės pareigūnų arba kitų valstybės funkcijas atliekančių asmenų pusės.
3. Be negatyvių pareigų, taikydamas Konvencijos 2 ir 3 straipsnius, Teismas išvystė pozityvių valstybės įsipareigojimų pagal šiuos straipsnius teoriją; tai reiškia, kad valstybė ne tik privalo susilaikyti nuo tam tikrų veiksmų, galinčių pažeisti šiuos straipsnius, ji taip pat privalo imtis pozityvių veiksmų, kad apsaugotų gyvybę arba užkirstų kelią kankinimams arba žiauriam elgesiui iš valstybės arba net trečiųjų asmenų pusės.
4. Pagal 2 ir 3 Konvencijos straipsnius valstybei kyla pozityvi pareiga visiškai, efektyviai ir skubiai išsiaiškinti gyvybės atėmimo/netekimo bei žiauraus, nežmoniško elgesio arba kankinimo atvejus, visapusiškai išsiaiškinant visas aplinkybes, kurios leistų nustatyti tokias veikas padariusius įtariamus/kaltinamus asmenis ir patraukti juos atsakomybėn, o nukentėjusiems asmenims suteikti teisingą kompensaciją už įvykusius jų pamatinių teisių pažeidimus.

Be bendrų šių dviejų Konvencijos straipsnių bruožų, abu straipsniai turi tam tikrų specifinių požymių. Būtina pabrėžti tai, kad Konvencijos 2 straipsnio 2 dalyje numatytos konkrečios išimtys, kada gyvybės atėmimas gali būti pateisinamas; šis sąrašas yra išsamus, ir valstybės negali jo išplėsti. Gyvybės atėmimas gali būti pateisinamas tik griežtai 2 straipsnyje išvardintais atvejais siekiant teisėtų tikslų, jei toks gyvybės atėmimas buvo absoliučiai neišvengiamas ir būtinas pagal buvusias aplinkybes arba situaciją. Šiuo atveju analizuojami absoliutaus būtinumo ir proporcingumo principai tiriant, ar panaudota jėga atitiko situacijos pavojingumą ir buvo neišvengiama. Įstatyme turi būti numatytos aiškios tokios jėgos naudojimo ribos, pagrindai ir įtvirtintos konkrečios garantijos prieš galimus piktnaudžiavimus.

Tam, kad veika galėtų būti kvalifikuota kaip kankinimas, žiaurus arba nežmoniškas elgesys Konvencijos 3 straipsnio prasme, ji turi pasiekti vadinamąjį minimalų reikalaujamą griežtumo/sunkumo laipsnį (*required a minimum level of severity).* Vertinant, ar tam tikras elgesys

yra žiaurus, turi būti atsižvelgta į visas situacijos aplinkybes, t. y. tokio elgesio prigimtį ir pobūdį, elgesio vykdymo metodą ir būdą, trukmę, elgesio psichinį ir fizinį poveikį ir, tam tikrais atvejais, aukos amžių, seksualinę ir sveikatos būklę. Teismas taiko itin griežtą testą vertindamas pateiktus įrodymus arba kitus duomenis, kurie privalo be jokių abejonių įrodyti, kad skundžiami žiauraus elgesio arba kankinimų veiksmai iš tikrųjų įvyko.

Apie Konvencijos 6 straipsnį pasakytina tai, kad jis yra vienas iš dažniausiai Teismo Didžiojoje kolegijoje aiškinamų ir taikomų straipsnių, kurio reikšmė itin didelė ne tik Konvencijos formavimo praktikai, bet ir nacionalinei teisei, kuriai daro didžiulę tiesioginę įtaką. Konvencijos 6 straipsnis, įtvirtindamas *teisingo* teismo principą bei nustatydamas procesines garantijas, veikia ir nacionalinių teismų sistemos veiklą bei jų veiklos principus, kadangi nacionaliniai teismai privalo nagrinėti bylas pagal Teismo praktikoje taikomus 6 straipsnio reikalavimų taikymo principus. Nacionaliniai teismai privalo suteikti asmenims teisę į teismą civilinių ginčų atvejais ir sprendžiant jiems pareikštus baudžiamuosius kaltinimus, teisė į teismą negali būti nepagrįstai apribota, asmenims turi būti suteiktas teisingas, rungtyniškas procesas, jie turi teisę susipažinti su bet kokiu įrodymu arba dokumentu, naudojamu byloje, ir turėti galimybę jį komentuoti, bylos turi būti sprendžiamos viešai, išskyrus numatytas įstatyme išimtis, bylos šalys turi teisę gintis pačios arba naudotis advokato pagalba, apklausti bei reikalauti pakviesti liudytojus, turėti laiko ir galimybių gintis ir pan. Konvencijos 6 straipsnio 2 dalyje įtvirtintas nekaltumo prezumpcijos principas, kuris reiškia, kad nė vienas asmuo be galutinio teismo nuosprendžio negali būti laikomas kaltu dėl nusikaltimo. Ši nuostata yra ypač svarbi Lietuvai, kadangi asmenys dažnai yra laikomi/vadinami kaltais spaudoje, taip pat ir oficialiuose valstybės pareigūnų pasisakymuose, kai dar nepriimtas galutinis teismo nuosprendis.

Teismas yra gana detaliai išaiškinęs Konvencijos 6 straipsnio *teisingo* teismo principus, kurie leidžia keisti ir koreguoti nacionalinius teismų procesus valstybių viduje, įskaitant įstatymų keitimą, suteikiant asmenims visas būtinas Konvencijos garantijas pagal 6 straipsnį ir garantuojant rungtynišką procesą. Teismo Didžiosios kolegijos 6 straipsnio taikymo praktika yra gana gausi ir padeda valstybėms geriau užtikrinti pagal Konvencijos 6 straipsnį keliamą tikslą – užtikrinti

efektyvios ir veiksmingos teismų sistemos sukūrimą ir funkcionavimą vidaus teisėje.

Lietuva, organizuodama savo teismų sistemą bei jų veiklą, gana sėkmingai vykdo savo įsipareigojimus pagal Konvenciją ir atsižvelgia į Strasbūro teismo praktiką, o ypač į Konvencijos 6 straipsnio taikymo ypatumus.

Literatūra

1. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija, iš dalies pakeista protokolu Nr. 11, su papildomais protokolais Nr. 1, 4, 6 ir 7 // Valstybės žinios, Nr. 96, p. 4–16.
2. *Pretty byla prieš Jungtinę Karalystę* [DK] (pareiškimo Nr. 2346/02, 2002 m. balandžio 29 d. sprendimas, §§ 39, 40. ECHR 2002-III, p. 186, 187).
3. *Vo byla prieš Prancūziją* [DK] (Nr. 53924/00, § 82–86. ECHR 2004-VIII, p. 109–110).
4. *Nachova ir kitų byla prieš Bulgariją* [DK] (pareiškimų Nr. 43577/98 ir 43579/98, 2005 m. liepos 6 d. sprendimas, §§ 94, 110–113. ECHR 2005-VII, p. 25, 26, 29, 30).
5. *Ramsahai ir kitų byla prieš Nyderlandus* [DK] (pareiškimo Nr. 52391/99, 2007 m. gegužės 15 d. sprendimas, § 321. Council of Europe. European Court of Human Rights, p. 55, 56).
6. *Kudla byla prieš Lenkiją* [DK] (pareiškimo Nr. 30210/96, 2000 m. spalio 26 d. sprendimas, §§ 90–93, CEDH 2000-XI, p. 223, 224).
7. *Ilaşcu ir kitų byla prieš Moldovą ir Rusiją* (pareiškimo Nr. 48787/99, 2004 m. liepos 8 d. sprendimas, §§ 425–427).
8. *Ramirez Sanchez byla prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 59450/00, 2006 m. liepos 4 d. sprendimas, §§ 127, 128, 131, 136, 147, 150. Council of Europe. European Court of Human Rights, p. 46–51).
9. Ö*calan byla prieš Turkiją* [DK] (pareiškimo Nr. 46221/99, 2005 m. gegužės 12 d. sprendimas, §§ 162–165; 186, 192–196. Council of Europe. European Court of Human Rights, pp. 47, 55–58).
10. *Garcia Ruiz byla prieš Ispaniją* [DK] (pareiškimo Nr. 30544/96, 1999 m. sausio 21 d. sprendimas, §§ 26–29. ECHR 1999-I, p. 97–99).
11. *Van Geyseghem byla prieš Belgiją* (pareiškimo Nr. 26103/95, 1999 m. sausio 21 d. sprendimas, §§ 22, 23, 33–36. ECHR 1999-I, p. 137, 140, 141).

12. *Pélissier ir Sassi byla prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 25444/94, 1999 m. kovo 25 d. sprendimas, § 52. ECHR 1999-II, p. 295).
13. *Sejdovic byla prieš Italiją* [DK] (pareiškimo Nr. 56581/00, 2006 m. kovo 1 d. sprendimas, §§ 81, 82. Council of Europe. European Court of Human Rights, p. 19).
14. *Frydlender byla prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 30979/96, 2000 m. birželio 27 d. sprendimas, §§ 34, 36–41. ECHR 2000-VII, p. 188, 189).
15. *Pellegrin byla prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 28541/95, 1999 m. gruodžio 8 d. sprendimas, §§ 63–67. Reports of Judgments and Decisions 1999-VIII, p. 225, 226).
16. *Vilho Eskelinen ir kitų byla prieš Suomiją* [DK] (pareiškimo Nr. 63235/00, 2007 m. balandžio 19 d. sprendimas, §§ 48–64).
17. *Ferrazzini byla prieš Italiją* [DK] (pareiškimo Nr. 44759/98, 2001 m. liepos 12 d. sprendimas, §§ 24, 25, 29–31. ECHR 2001-VII, p. 357–359).
18. *Jussila byla prieš Suomiją* [DK] (pareiškimo Nr. 73053/01, 2006 m. lapkričio 13 d. sprendimas, §§ 26, 29, 30, 37–39).
19. *Göç byla prieš Turkiją* [DK] (pareiškimo Nr. 36590/97, 2002 m. liepos 11 d. sprendimas, ECHR 2002-V, §§ 38, 47).
20. *Kress byla prieš Prancūziją* [DK] (pareiškimo Nr. 39594/98, ECHR 2001-VI, §§ 56, 63, 64, 74–76, p. 60, 65, 66, 68–71).
21. Jacobs and White. European Convention on Human Rights. Third Editon, Clare Ovey and Robin C. A. White. – Oxford University Press, p. 156.
22. *Ramanausko byla prieš Lietuvą* [DK] (pranešimo Nr. 74420/01, 2008 m. vasario 5 d. sprendimas, Council of Europe. European Court of Human Rights, Judgment, §§ 62–73, p. 16–18).
23. Jočienė D. The European Convention on Human Rights in the Lithuanian Legal System: Lessons Learned and Prospects for the Future / Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights – Strasbourg Views. Drits de l'homme-Regards de Strasbourg, N. P. Engel, Publisher, 2007, p. 23, 232–234, 237, 239.
24. Jočienė D., Čilinskas K. Žmogaus teisių apsaugos problemos tarptautinėje ir Lietuvos Respublikos teisėje. Antras atnaujintas ir papildytas leidimas. – Vilnius: Teisės projektų ir tyrimų centras, 2005, p. 426–429.

THE GRAND CHAMBER OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: PURPOSE AND PRINCIPLES OF JURISPRUDENCE UNDER ARTICLES 2, 3 AND 6 OF THE CONVENTION IN 1998–2007

Danutė Jočienė

Summary

The present Article deals with the question of the jurisprudence of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (thereafter – the Court) from 1998, when the new permanent Court was established until 2007, examining the main principles of the interpretation and application of Articles 2, 3 and 6 of the European Convention on Human Rights.

Some common features with regard to the application and interpretation of Articles 2 and 3 of the Convention can be derived from the Grand Chamber jurisprudence:

1. Article 2, which safeguards the right to life, and Article 3, which prohibits torture and inhuman or degrading treatment, can be regarded as two of the most fundamental provisions enshrined in the Convention text and the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. These provisions are fundamental; no derogation will be accepted with regard to them under Article 15 of the Convention in time of emergency. With regard to Article 2, Article 15 § 2 provides for an exception in respect of deaths resulting from lawful acts of war.
2. Both articles contain very strict negative obligation of the States – not to interfere into the person's right to life as well as not to perform any acts of inhuman, degrading treatment or punishment with regard to the person concerned. The officials of the State are obliged not to perform any act of torture in their every day activities.
3. Nevertheless, the negative obligation of the States under Articles 2 and 3 of the Convention, are also construed as a system with the positive obligations of the States under the mentioned Articles. The theory of the positive obligations of the States under the Convention has been broadly developed by the European Court of Human Rights and means that the States have an obligation to take all necessary measures not only not to deprive the life, but also to take all positive steps to ensure the right to life (Article 2 § 1 of the Convention imposes a positive duty on States to protect human life). Under

the positive obligation under Article 3 of the Convention, the State must take all necessary steps to protect people from the torture or inhuman or degrading treatment; i.e., to provide for some medical assistance for detainees, to protect them from violent acts coming from the other detainees, to protect individuals from the third persons' violence and inhuman acts, etc. The primary task of the Convention was to protect people from intentionally killings and other unjustified deprivation of life by actions of the State officials; as well as protect them from the acts of torture or inhuman treatment coming again from the State. Nowadays the Convention and especially articles 2 and 3 have been interpreted much broader as including the positive obligation of the State to take all necessary positive steps to guarantee fully the rights enshrined in Articles 2 and 3 of the Convention.

4. The States have a positive obligation in the cases of deprivation of life or torture and inhuman or degrading treatment to carry out an effective investigation into the potentially lethal use of force or violent acts of torture or inhuman treatment. Article 2 requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force. The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. The same principles have been applied for the effective examination purposes under Article 3. In analysing where the State has fulfilled the positive obligation under Article 2 and 3 of the Convention, the State must take into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administered the force or other violent acts but also to take into account all the surrounding circumstances, to be able to ensure the accountability and responsibility of the State's body involved, if any.

With regard to Article 2, it should be noted that § 2 of Article 2 provides for a list of cases when deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article. It means that the use of lethal force by police officers may be justified in certain circumstances. Nonetheless, Article 2 does not grant a *carte blanche*. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate

and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force. Any use of force must be "no more than absolutely necessary", that is to say it must be strictly proportionate in the circumstances. In view of the fundamental nature of the right to life, the circumstances in which deprivation of life may be justified must be strictly construed.

Article 3 of the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim's behaviour. However, ill-treatment or punishment must attain *a minimum level of severity* if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim. The Court has consistently stressed that the suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment. Allegations of ill-treatment must be supported by appropriate evidence therefore, the Court has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt".

With regard to Article 6 of the Convention, which is one of the most interpreted Articles in the jurisprudence of the Grand Chamber of this Court, the Court has clearly stressed in its jurisprudence that Article 6 § 1 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet each of its requirements, including the obligation to hear cases within a reasonable time. The Court has also many times reiterates that for the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case. Although Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument.

Furthermore, is not the function of the European Court of Human Rights to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (it means that the European court is not a court of 4th instance and neither the appeal nor cassation instance). Moreover, while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing and procedural guarantees, it does not lay down any rules on the admissibil-

ity of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts.

The Court can establish a violation of the *fair trial* under Article 6 of the Convention for the following reasons: when a person concerned had no assistance from his lawyers during questioning in police custody; when he was unable to communicate with his lawyers out of the hearing of third parties; when he was unable to gain direct access to the case file; restrictions were imposed on the number and length of his lawyers' visits; lawyers were given proper access to the case file; a person concerned was not allowed to question the anonymous witnesses in the case; he had not time and facilities to prepare his defence; charges against him were formulated in a very broad way; etc. The Court looks at the proceedings conducted at national level as a whole and answers in every case to the question whether these difficulties taken as a whole so restricted the rights of the defence that the principle of a *fair trial* under Article 6 was contravened.

It should be noted that Article 6 of the Convention which has been so often interpreted in the Grand Chamber from the different aspects contained in Article 6, helps a lot for national judicial systems to organise their activities according to the well interpreted *fair trial* principle and procedural guarantees under the Convention. Such co-operation helps a lot to strengthen the subsidiary character of the Convention system and leaves a task primarily to the national courts to secure the rights enshrined in the Convention.

LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Rosario Silva De Lapuerta

1. Introduction

Les auteurs des traités instituant les Communautés européennes n'ont pas considéré nécessaire d'introduire, dans lesdits traités une référence à la protection des droits fondamentaux.

La première fois qu'une telle référence est apparue c'est dans le Préambule de l'Acte unique européen et après dans l'article F, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992. Selon cet article, l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et, tel qu'il résulte des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.

Cet article se limite à refléter, au niveau législatif, ce que la jurisprudence de la Cour avait établi de manière constante depuis son arrêt du 12 novembre 1969, prononcé dans l'affaire 29/69, Stauder[1].

En effet, c'est la Cour, comme nous allons le voir, qui à reconnu que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, que, à cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ainsi que, des indications fournies par les instruments

[1] Rec. p. 419, point 7.

internationaux, concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré et que les institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec les traités et les principes généraux du droit, de même que les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[2].

Le traité de Lisbonne portant modifications du traité sur l'Union européenne et du traité statuant la Communauté européenne remplace l'article 6 UE par le texte suivant:

1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle à la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.».

Comme on peut voir, le traité de Lisbonne en donnant une nouvelle rédaction à l'article 6 UE, introduit deux importantes nouveautés. La première, c'est la reconnaissance d'une même valeur juridique que les traités à la charte des droits fondamentaux. La deuxième, c'est l'attribution de compétence à l'Union pour permettre son adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

[2] Voir affaire C-354/04P Gestoras Pro Amnistía, arrêt du 27 février 2007, Rec. p. I-1579, point 51.

libertés fondamentales, étant donné que, jusqu'à présent, comme l'a déclaré la Cour dans son Avis 2/94, du 28 mars 1996, «en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales»[3].

On va procéder ensuite à l'analyse de la jurisprudence de la Cour, en examinant quels sont les principes généraux qu'elle à établi en matière des droits fondamentaux, pour postérieurement, examiner chacun de ces droits tels qu'ils ont été reconnus et délimités par la Cour.

2. Les principes généraux de la jurisprudence de la Cour de justice en matière des droits fondamentaux.

La Cour considère le respect des droits fondamentaux comme un principe général du droit communautaire et confirme sa compétence pour garantir ledit respect. En effet, dans une formule répétée constamment, depuis l'arrêt du 15 juin 1978, Defrenne[4], la Cour reconnaît que «les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect»[5].

En assurant la protection des droits fondamentaux, la Cour s'inspire de deux sources, la première, les traditions constitutionnelles communes aux États membres et la deuxième, les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, auxquels les

[3] Rec. p. I-1759.

[4] Voir, affaire 149/77 Defrenne, arrêt du 15 juin 1978, Rec. p. 1365.

[5] Voir, affaire 44/79 Liselotte Hauer , arrêt du 13 décembre 1979, Rec. p. 3727;
affaire 5/88 Wachauf, arrêt du 13 juillet 1989, Rec. p. 2609;
affaire 10/78 Belbouab, arrêt du 12 octobre 1978, Rec. p. 1915;
affaire C-17/98 Emesa Sugar, ordonnance du 4 février 2000, Rec. p. 665;
affaire C-274/99 P Connolly, arrêt du 6 mars 2001, Rec. p. I-1611;
affaires jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Österreichischer Rundfunk e.a., arrêt du 20 mars 2003, Rec. p. I-4989;
affaire C-94/00 Roquette Frères, arrêt du 22 octobre 2002, Rec. p. I-9011;
affaires jointes C-20/00 y C-64/00 Booker, arrêt du 10 juillet 2003, Rec. p. I-7411 et affaire C-305/05 Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., arrêt du 26 juin 2007, non encore publié.

États membres ont coopéré ou adhéré. La Convention européenne des Droits de l'Homme revêt dans ce contexte une signification particulière[6].

2.1. Inspiration dans les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme

Pour ce qui est des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, la Cour, comme on vient de le dire, donne une signification particulière au CEDH, et non seulement à son libellé et aux droits qu'elle reconnaît, mais aussi à l'interprétation que chacun de ses articles à fait la Cour de Strasbourg, en reprenant sa jurisprudence.

C'est ainsi que la Cour se réfère à l'article 6 de la CEDH, qui établit le droit à un procès équitable dans de nombreux arrêts[7], en soulignant que le droit à un procès équitable tel qu'il découle, notamment, de l'article 6 de la CEDH, constitue un droit fondamental que l'Union européenne respecte en tant que principe général, en vertu de l'article 6 UE, paragraphe 2[8] et reprend la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en la matière, en déclarant que, «selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de «procès équitable», visé à l'article 6 de la CEDH est constitué de divers éléments, lesquels comprennent, notamment, les droits de la défense, le principe

[6] Voir, affaire 44/79, antérieurement citée;
affaires jointes 41, 121 et 796/79 Testa e.a., arrêt du 19 juin 1980, Rec. p. 1979
affaire 136/79 National Panasonic, arrêt du 26 juin 1980, Rec. p. 2057;
affaire 265/87 Schräder, arrêt du 11 juillet 1984, Rec. p. 2237;
affaire 5/88 Wachauf, arrêt du 13 juillet 1989, Rec. p. 2609;
affaire C-17/98, antérieurement citée; affaire C-283/05 ASTIL, arrêt du 14 décembre 2006, Rec. p. I-12041
et affaire C-305/05, antérieurement citée.

[7] Voir, p. ex., affaire 98/79 Pecastaing, arrêt du 5 mars 1980, Rec. p. 691, point 21, ou affaire C-305/05 Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., antérieurement citée, point 30.

[8] Voir, affaire C-305/05, antérieurement citée, point 29.

de l'égalité des armes, le droit d'accès aux tribunaux ainsi que, le droit d'accès à un avocat tant en matière civile que pénale[9]».

La Cour à également fait référence à l'article 7 de la CEDH qui reprend le principe de «nulla pena sine lege», en déclarant que le principe de la non rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des États membres, consacrées par l'article 7 de la CEDH comme un doit fondamental, qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect[10].

Selon la Cour, qui sur ce point reprend la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ce principe implique que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin, à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

La Cour à aussi mentionné l'article 8, de la CEDH, qui se réfère au respect de la vie privée et familiale, en déclarant que le droit au respect de la vie privée et familiale fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, sont protégés dans l'ordre juridique communautaire[11] et que, exclure une personne du pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel que protégé par l'article 8, de la CEDH. Pareille ingérence, selon la Cour, qui sur ce point suit la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, enfreint la CEDH si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2, du même article, à savoir, si elle n'est pas prévue par la loi, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe et nécessaire dans une société démocrati-

---

[9] Voir, affaire C-305/05, antérieurement citée, point 31.

[10] Voir, affaire 63/83 Kirk, arrêt du 10 juillet 1984, Rec. p. 2689, point 22, affaire C-331/88 FEDESA, arrêt du 13 novembre 1990, Rec. p. I-4023, point 42, ou affaire C-303/05 Advocaten voor de Wereld, arrêt du 3 mai 2007, Rec. p. I-3633, point 49.

[11] Voir, p. ex., affaire 136/79 National Panasonic, arrêt du 26 juin 1980, Rec. p. 2033, point 19;
affaire C-60/00 Carpenter, arrêt du 11 juillet 2002, Rec. p. I-6279, point 42, ou
affaire C-540/03 Parlement/Conseil, arrêt du 27 juin 2006, Rec. p. I-5769, point 53.

que, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime poursuivi[12].

Un autre article de CEDH, repris par la jurisprudence de la Cour, est l'article 10, sur la liberté d'expression, liberté qui selon la Cour fait partie des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire[13].

En outre, la Cour de justice, en reprenant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, affirme que, l'article 10 de la Convention admet des limitations à cette liberté pour autant que ces dérogations sont prévues par la loi, inspirées par un ou plusieurs buts légitimes et nécessaires dans une société démocratique[14].

La Cour se réfère aussi à l'article 11, sur la liberté de réunion et d'association, en déclarant que ces droits garantis par la CEDH n'apparaissent pas, contrairement à d'autres droits fondamentaux consacrés par la même convention, tels que le droit de toute personne à la vie ou l'interdiction de la torture ainsi que des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qui ne tolèrent aucune restriction, comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Des restrictions peuvent ainsi être apportées à l'exercice de ces droits pour autant que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi par de telles restrictions, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits protégés[15].

Un autre article de la Convention que la Cour à repris de façon constante dans sa jurisprudence est le 13 qui reconnaît le droit à un

---

[12] Voir, affaires jointes C-481/01 et C-493/01 Orfanopoulos, arrêt du 29 avril 2004, Rec. p. I-5257, punto 98, et
affaire C-441/02 Commission/Allemagne, arrêt du 27 avril 2006, Rec. p. I-3449, point 109.

[13] Voir, p. ex., affaire C-353/89 Commission/Pays Bas, arrêt du 25 juillet 1991, Rec. p. I-4049, point 30;
affaire C-148/91 Veronica Omroep Organisatie, arrêt du 3 février 1993, Rec. p. I-487, point 10, ou
affaire C-368/95 Familiapress, arrêt du 26 juin 1997, Rec. p. I-3689, point 18.

[14] Voir, affaire C-60/00 Carpenter, antérieurement citée, point 42, ou
affaire C-112/00 Schmidberger, arrêt du 12 juin 2003, Rec. p. I-5659, point 79.

[15] Voir, affaire C-112/00, antérieurement citée, point 80.

recours effectif. La Cour considère que ce droit est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et à également, été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH[16].

L'article 14 de la CEDH, sur l'interdiction de discrimination, à été aussi plusieurs fois cité par la Cour pour fonder le principe de non discrimination, en ayant reconnu que ce principe trouve sa source dans divers instruments internationaux et dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres[17].

La Cour à cité aussi l'article 1er du protocole additionnel nº 1, qui se réfère au droit de propriété. Ainsi, par exemple, dans l'affaire C-347/03, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia[18], la Cour déclare que, afin de déterminer la portée du droit fondamental de propriété, principe général du droit communautaire, il y à lieu de tenir compte notamment de l'article 1, du protocole additionnel nº 1 à la CEDH, consacrant ce même droit, en procédant après à l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour vérifier si la mesure en litige pouvait être justifiée dans la mesure où elle respectait le principe de légalité et visait un but légitime par des moyens raisonnablement proportionnels à celui-ci.

En dernier lieu, la Cour à pris en compte le Protocole nº 4 et plus spécialement, son article 2, sur la liberté de circulation[19].

Mais, la Cour ne se limite pas à s'inspirer dans la CEDH, mais elle utilise aussi d'autres instruments internationaux, comme par exemple, le pacte international, relatif aux droits civils et politiques, de 19 décembre 1966. C'est ainsi que dans l'affaire 374/87 Orkem[20], la Cour à repris l'article 14 du pacte international qui consacre, outre la présomption d'innocence, le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable, pour affirmer qu'il ne vise que les personnes accusées d'un infraction pénale dans le cadre d'une

[16] Voir, p. ex., affaire 222/84 Johnston, arrêt du 15 mai 1986, Rec. p. 1651, point 18, et affaire 222/86 UNECTEF, arrêt du 15 octobre 1987, Rec. p. 4097, point 14.

[17] Voir, affaire C-144/04 Mangold, arrêt du 22 novembre 2005, Rec. p. 9981, point 74.

[18] Arrêt du 12 mai 2005, Rec. p. I-3785, point 120.

[19] Voir, affaire C-370/05 Uwe Kay Festersen, arrêt du 25 janvier 2007, Rec. p. I-1129, point 35.

[20] Arrêt du 18 octobre 1989, Rec. p. 3283, point 31.

poursuite judiciaire et est, dès lors, étranger au domaine des enquêtes en matière de droit de la concurrence.

Également, la Cour s'est référée à cet article pour nier qu'il exige des États membres l'obligation de reconnaître au profit des personnes visées par la directive 64/221, du Conseil, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, le droit de former, préalablement à l'exécution d'une décision refusant un titre de séjour ou d'une mesure d'éloignement du territoire, un recours devant une juridiction statuant, selon une procédure d'urgence, compétente pour prendre des mesures conservatoires en matière de droit de séjour[21].

En dernier lieu, dans l'affaire C-249/96 Grant[22], la Cour à reconnu que le Pacte figure au nombre des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme dont la Cour tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire.

Une autre convention internationale, qui est source d'inspiration pour la Cour, est la Convention relative aux droits de l'enfant, surtout à l'heure de déterminer la portée du droit au respect de la vie familiale[23].

D'un autre côté, dans le domaine des droits sociaux, la Cour s'inspire de la charte sociale européenne, signée à Turin, le 18 novembre 1961, de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, du 9 décembre 1984 et des Conventions de la OIT.

C'est ainsi que, dans l'affaire 149/77, Defrenne[24], la Cour à reconnu que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe constitue un droit fondamental de la personne humaine qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, en se fondant sur la charte sociale européenne et sur la Convention 111 de l'OIT, concer-

---

[21] Voir, affaires C-297/88 et C-197/89 Dzodzi, arrêt du 18 octobre 1990, Rec. p. I-3763, point 68.

[22] Arrêt du 17 février 1998, Rec. p. I-621, point 44.
Voir également, affaire C-540/03 Parlement/Conseil, antérieurement citée, point 37.

[23] Voir, p. ex, affaire C-540/03, antérieurement citée, point 57.

[24] Affaire antérieurement citée, point 28.

nant la discrimination en matière d'emploi et de profession, du 25 juin 1958.

Également, dans l'affaire C-438/05, ITF[25], la Cour s'est référée à la charte sociale européenne, à la Convention nº 87 de l'OIT, du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical et à la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, pour reconnaître l'existence d'un droit de mener une action collective, en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect.

2.2. Inspiration des traditions constitutionnelles communes aux États membres

L'autre source d'inspiration de la Cour, pour assurer la protection des droits fondamentaux, est les traditions constitutionnelles communes aux États membres.

À ces effets, quand la violation d'un droit fondamental est allégée devant la Cour, celle-ci examine si on est en présence d'un droit communément admis dans les États membres ou, par contre, s'il existe des divergences dans les législations nationales, pour, après le qualifier ou non d'un principe commun au droit des États membres.

C'est ainsi que, dans les affaires jointes 97/87, 98/87 et 99/87, Dow Chemical Ibérica[26], la Cour examina s'il existait un droit fondamental à l'inviolabilité du domicile des personnes morales comme principe commun aux droits des États membres, en arrivant à la conclusion que, si bien la reconnaissance d'un tel droit, en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe commun aux droits des États membres, il n' en va pas de même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des États membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré

[25] Arrêt du 11 décembre 2007, points 43 et 44;
voir également, affaire C-341/05 Laval, arrêt du 18 décembre 2007, points 90 et 91.
[26] Arrêt du 17 octobre 1989, Rec. p. 3165, points 14 à 16.

de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques.

Cependant, la Cour à reconnu que, dans tous les systèmes juridiques des États membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit donc être reconnue comme un principe général du droit communautaire.

2.3. Examen à la lumière du droit communautaire

L'examen du respect des droits fondamentaux que la Cour réalise doit se faire à la lumière du droit communautaire. Cela signifie, en premier lieu, que la question d'une éventuelle infraction des droits fondamentaux par un acte arrêté par les institutions communautaires, doit être apprécié exclusivement en fonction du droit communautaire.

Comme l'a dit la Cour[27], «le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire. Dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'il sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit au principe d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État membre».

En deuxième lieu, par le biais du contrôle par la Cour de justice du respect des droits fondamentaux, on ne peut pas élargir le champ d'application du droit communautaire. C'est ainsi que la Cour reconnaît que «si le respect des droits fondamentaux qui font partie

[27] Voir, affaire 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, arrêt du 17 décembre 1970, Rec. p. 1125, point 3;
affaire 44/79 Liselotte Hauer, antérieurement citée, point 14, ou
affaires 97 à 99/87, antérieurement citées, point 38.

intégrante de ces principes généraux constitue une condition de la légalité des actes communautaires, ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté»[28].

En troisième lieu, l'obligation de respecter les droits fondamentaux s'impose, non seulement aux institutions communautaires, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire. La Cour déclare que «les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux, dans l'ordre juridique communautaire, lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre les réglementations communautaires. Il s'ensuit que ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences»[29].

En quatrième lieu, la Cour ne peut pas contrôler le respect par les États membres des droits fondamentaux dans son domaine de la compétence nationale. Selon une jurisprudence constante «s'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité avec la Convention européenne d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national»[30].

En cinquième lieu, la Cour, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel doit fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation nécessaires, inclus ceux relatifs au respect des droits fondamentaux. Ainsi, dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation par la juridiction nationale de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect[31].

---

[28] Voir, affaire C-249/96 Grant, antérieurement citée, point 45.

[29] Voir affaire 5/88 Wachauf, arrêt du 13 juillet 1984, Rec. p. 2609, point 19.

[30] Voir, p. ex., affaires jointes 60 et 61/84 Cinéthèque, arrêt du 11 juillet 1985, Rec. p. 2605, point 26, ou
affaire 12/86 Demirel, arrêt du 30 septembre 1987, Rec. p. 3719, point 28.

[31] Voir, p. ex., affaire C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children Ireland, arrêt du 4 octobre 1991, Rec. p. I-4685, point 31;

En dernier lieu, la Cour à déclaré que «la constatation de la validité d'un acte normatif, au regard des droits fondamentaux, englobe l'hypothèse de l'application individuelle et concrète d'un tel acte, de sorte que la validité de celui-ci ne saurait être remise en question lors de son application à des cas concrets[32].

2.4. Caractère non absolu

Les droits fondamentaux reconnus par la Cour de justice ne constituent pas de prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ces droits[33].

3. Examen des droits fondamentaux reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice

Sans vouloir être exhaustive, nous allons procéder à l'analyse de quelques droits fondamentaux reconnus par la Cour au long de ses années de jurisprudence.

3.1. Dignité humaine et intégrité de la personne

La Cour à reconnu que «l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que

affaire C-299/95 Kremzow, arrêt du 29 mai 1997, Rec. p. I-2629, point 14, et affaire C-309/96 Annibaldi, arrêt du 18 décembre 1997, Rec. p. I-7493, point 13.

[32] Voir, affaire C-104/97 P Atlanta, arrêt du 14 octobre 1999, Rec. p. I-6983, point 43.

[33] Voir, affaire 5/88 Wachauf, arrêt du 13 juillet 1989, Rec. p. 2609, point 18; affaire C-404/92P X/Commission, arrêt du 5 octobre 1994, Rec. p. I-4737, point 18, ou affaire C-44/94 Fishermen's Organisations, arrêt du 17 octobre 1995, Rec. p. I-3115, point 55.

principe général du droit»[34] et que «il appartient à la Cour dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne»[35].

En faisant référence à l'intégrité de la personne, la Cour à souligné dans un recours en annulation de la directive 98/44/CE, du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection juridique des inventions biotechnologiques que, l'invocation de ce droit fondamental est inopérante à l'encontre d'une directive qui porte seulement sur la délivrance des brevets et dont le champ d'application ne s'étend, par conséquent, pas aux opérations intérieures et postérieures à cette délivrance, qu'il s'agisse de la recherche ou de l'utilisation de produits brevetés»[36].

Le respect de ce droit fondamental peut, selon la Cour, justifier une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité.

Toutefois, ces restrictions doivent respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire, ils doivent être nécessaires pour la protection du droit fondamental à la dignité humaine, qu'ils visent à garantir et seulement dans la mesure où cet objectif ne peut être atteint par des mesures moins restrictives.

La nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre à choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre[37].

3.2. Respect de la vie privée et familiale

La Cour à établi que «le droit au respect de la vie familiale, au sens de l'article 8, de la CEDH, fait partie des droits fondamentaux

[34] Voir, affaire C-36/02 Omega, arrêt du 14 octobre 2004, Rec. p. I-9609, point 34.
[35] Voir, affaire C-377/98 Pays Bas/Parlement et Conseil, arrêt du 9 octobre 2001, Rec. p. I-7079, point 70.
[36] Voir, affaire C-377/98, antérieurement citée, point 79.
[37] Affaire C-36/02, antérieurement citée, points 35, 36 et 38.

qui sont protégés dans l'ordre juridique communautaire[38] et que ce droit, de vivre avec ses parents proches, entraîne pour les États membres des obligations qui peuvent être négatives lorsque l'un d'eux est tenu de ne pas expulser une personne, ou positives, lorsqu'il est tenu de laisser une personne entrer et résider sur son territoire»[39].

Les termes «vie privée» ne doivent pas être interprétés de façon restrictive et aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles de la notion de «vie privée». Dès lors, la communication par l'employeur des données relatives aux rémunérations versées à son personnel à une autorité publique porte atteinte au droit et au respect de la vie privée des intéressés, quelle que soit l'utilisation ultérieure des informations ainsi communiquées.[40]

Le respect de la vie privée inclut, selon la Cour, le droit à la protection du secret médical[41] ou, dans d'autre termes, le droit d'une personne à garder son état de santé en secret[42]. Ce droit n'apparaît pas comme une prérogative absolue, mais peut compter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti. Au nombre des objectifs susceptibles de justifier de telles restrictions, figure la protection de la santé publique et de la vie des personnes[43].

La Cour, lorsqu'elle examine ce droit, prend en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, soulignant

---

[38] Voir, affaire 249/86 Commission/Allemagne, arrêt du 18 mai 1989, Rec. p. 1263, point 10, ou
affaire C-60/00, Carpenter, arrêt du 11 juillet 2002, Rec. p. I-6279, point 42.

[39] Voir, affaire C-540/03 Parlement/Conseil, arrêt du 27 juin 2006, Rec. p. I-5769, point 52.

[40] Voir, affaires jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, antérieurement citées, points 73 et 74.

[41] Voir, affaire C-62/90 Commission/Allemagne, arrêt du 8 avril 1992, Rec. p. I-2575, point 23.

[42] Voir, affaire C-404/92 P X/Commission, arrêt du 5 octobre 1994, Rec. p. I-4737, point 17.

[43] Voir, affaire C-62/90, antérieurement citée, point 23, ou
affaire C-404/92 P, antérieurement citée, point 8.

que les principes applicables en matière de regroupement familial sont les suivants:

1. L'étendue de l'obligation pour un État d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général.
2. Les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.
3. En matière d'immigration, l'article 8 de la CEDH, ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État, l'obligation générale de respecter le choix par les couples mariés de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire.[44]

Par ailleurs, la Cour à reconnu l'obligation de respecter le droit à la vie privée et familiale de nationaux de pays tiers. En effet, même si la Cour à jugé que la CEDH ne garantit pas comme un droit fondamental celui pour un étranger d'être entré ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé, exclut une personne d'un pays où vivent ses parents proches, peut constituer une inférence dans le droit au respect de la vie familiale.[45]

3.3. Liberté d'expression

La Cour de justice à reconnu que la liberté d'expression constitue un droit fondamental dont elle doit assurer le respect dans le domaine du droit communautaire[46] et elle lui donne une très grande importance, en reprenant, sur ce point, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour souligne que «la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des condi-

---

[44] Voir, affaire C-540/03, déjà citée, point 55.

[45] Voir, affaire C-60/00, antérieurement citée, point 42, ou affaire C-540/03, antérieurement citée, point 53.

[46] Voir, p. ex., affaire 100/88 Oyowe et Taore, arrêt du 13 décembre 1989, Rec. p. 4285, point 16;
affaire C-219/91 Ter Voort, arrêt du 28 octobre 1992, Rec. p. I-5485, point, ou
affaire C-235/92 P Montecatini, arrêt du 8 juillet 1999, Rec. p. I-4539, point 137.

tions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, de l'article 10, de la CEDH, elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent, le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de société démocratique».[47]

Par ailleurs, la Cour reconnaît que la liberté d'expression est susceptible de faire l'objet des limitations énoncées à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH, au terme duquel l'exercice de cette liberté comportant des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.[48]

Ces restrictions appellent toutefois une interprétation étroite. Selon la Cour des droits de l'homme, l'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10, paragraphe 2, implique un besoin social impérieux et si les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, l'ingérence doit être proportionnée au but légitime poursuivi et les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier doivent être pertinents et suffisants.

Par ailleurs, les restrictions doivent être prévues dans des dispositions normatives libellées de façon suffisamment précise pour permettre aux intéressés de régler leur conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés.

Cette nécessité de concilier le respect d'une liberté fondamentale avec l'obligation de garantir d'autre objectifs d'intérêt général mène les autorités compétentes à chercher où se trouve le juste équilibre. C'est pour ça que la Cour déclare que, «il est constant que le pouvoir

[47] Voir, affaire C-274/99 P Connolly, arrêt du 6 mars 2001, Rec. p. I-1611, point 39.

[48] Voir, affaire C-274/99 P, antérieurement citée, points 40, 41 et 42.
Voir également, affaire 71/02, Karner, arrêt du 25 mars 2004, Rec. p. I-3025, point 50.

d'appréciation dont disposent les autorités compétentes, s'agissant de la question de déterminer où se trouve le juste équilibre entre la liberté d'expression et les objectifs susvisés, est variable pour chacun des buts justifiant la limitation de ce droit et selon la nature des activités en jeu. Quand l'exercice de la liberté ne contribue pas à un débat d'intérêt général et, que, au surplus, on se trouve dans un contexte dans lequel les États ont une certaine marge d'appréciation, le contrôle se limite à un examen du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence. Il en va ainsi de l'usage commercial de la liberté d'expression, notamment dans un domaine aussi complexe que la publicité».

Par conséquent, il incombe aux autorités et aux juridictions nationales chargées d'appliquer la réglementation nationale transposant la réglementation communautaire d'assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire.[49]

À cet égard, la Cour considère que l'examen de la compatibilité du droit national eu égard du droit communautaire doit s'apprécier en relation avec toutes les règles du droit communautaire, y inclus la liberté d'expression, en tant que principe général du droit dont la Cour assure le respect.[50]

En dernier lieu, la Cour donne une importance spéciale au respect du droit fondamental à la liberté d'expression dans le champ du droit de la fonction publique communautaire. C'est ainsi que la Cour à jugé que «les fonctionnaires et agents de Communautés jouissent du droit à la liberté d'expression y compris dans le domaine couvert par l'activité des institutions communautaires. Cette liberté comprend celle d'exprimer verbalement ou par écrit des opinions discordantes ou minoritaires par rapport à celles défendues par l'institution qui les emploient.

Cependant, il est également légitime dans une société démocratique de soumettre en raison de leur statut le fonctionnaire à des obligations telles que celles contenues aux articles 11 et 12 du Statut. De telles obligations sont destinées, principalement, à préserver la re-

[49] Voir, en ce sens, l'affaire C-101/01 Lindqvist, arrêt du 6 novembre 2003, Rec. p. I-12971, point 90.

[50] Voir, affaire C-260/89 ERT, arrêt du 18 juin 1991, Rec. p. I-2925, point 44, et affaire C-112/00 Eugen Schmidberger, antérieurement citée, point 81.

lation de confiance qui doit exister entre l'institution et ses fonctionnaires ou agents.

Il est constant que, la portée de ces obligations varie selon la nature des fonctions exercées par l'intéressé ou le rang qu'il occupe dans la hiérarchie.

Des restrictions spécifiques à l'exercice de la liberté l'expression peuvent, en principe, trouver leur justification dans le but légitime de protéger les doits d'autrui au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH en l'occurrence, ceux des institutions chargées de missions d'intérêt général sur le bon accomplissement desquels les citoyens doivent pouvoir compter.

Les règles qui expriment les devoirs et responsabilités qui pèsent sur la fonction publique européenne poursuivent ce but. Pourtant, un fonctionnaire ne pourrait pas, une expression verbale ou écrite, violer ses obligations statutaires à l'égard de l'institution qu'il est censé servir, en rompant ainsi la relation de confiance qui l'uni à cette institution et, en rendant ultérieurement plus difficile, voir impossible, l'accomplissement en collaboration avec ces fonctionnaires, des missions dévolues à ladite institution.[51]

3.4. Liberté d'association

La Cour à reconnu que la liberté d'association consacrée par l'article 11, de la CEDH, fait partie des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire.

C'est ainsi que, dans l'affaire C-415/93[52], après avoir affirmé le caractère de droit fondamental protégé par l'ordre juridique communautaire du droit d'association, la Cour à jugé que «on ne saurait considérer que les règles édictées par des associations sportives et visées par la juridiction nationale sont nécessaires pour garantir l'exercice de cette liberté par lesdites associations, par les clubs ou par les joueurs, ou qu'elles en constituent une conséquence inéluctable».

---

[51] Voir, affaire C-274/99 P, antérieurement citée, points 43 à 48, et affaire C-340/00 P CWIK, arrêt du 13 décembre 2001, Rec. p. I-10269, point 19.

[52] Bosman, arrêt du 15 décembre 1995, Rec. p. I-4921, points 79 et 80.

Également, dans l'affaire 235/92P[53], la Cour en ayant reconnu le caractère de droit fondamental de la liberté d'association, souligne que ledit droit n'avait pas été méconnu parce que «il résulte expressément du point 91 de l'arrêt attaqué, que les réunions périodiques des producteurs de polypropylène n'ont pas été jugées contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité, en tant que telles, mais pour autant qu'elles avaient un objet anticoncurrentiel».

Par ailleurs, la Cour considère que la liberté d'association ne revêt pas un caractère absolu. L'exercice du droit d'association peut être assorti de restrictions répondant à des motifs légitimes, pour autant que de telles restrictions ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ce droit.

Dans ce sens, la liberté d'association ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre de son pouvoir d'organisation interne, le Parlement européen subordonne la constitution d'un groupe de députés en son sein, à une exigence d'affinités politiques, dictée par la poursuite d'objectifs légitimes et interdisant la constitution d'un groupe qui méconnaît, d'une manière patente, une telle exigence. De telles mesures, qui répondent à des motifs légitimes, n'affectent pas le droit des députés concernés de s'organiser en groupe dans le respect des conditions prescrites à cette fin par le règlement.[54]

3.5. Non-discrimination

Selon une jurisprudence constante[55], le principe de l'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées

---

[53] Montecatini, antérieurement citée, points 137 et 138.

[54] Voir, affaires jointes T-222/99, T-327/99 et T-329/99 Martinez/Parlement, arrêt du 2 octobre 2001, Rec. p. II-2823, points 231 à 233.

[55] Voir, par exemple, affaire 250/83 Finsider, arrêt du 15 janvier 1985, Rec. p. 131, point 8;
affaire C-304/01 Espagne/Commission, arrêt du 9 septembre 2004, Rec. p. I-7655, point 31;
affaires jointes C-184/02 et C-223/02 Espagne et Finlande/Parlement et Conseil, arrêt du septembre 2004, Rec. p. 7789, point 64;

de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié.

Le respect du principe de l'égalité de traitement doit se concilier avec le respect du principe de légalité selon lequel nul ne peut invoquer, à son profit, une illégalité commise en faveur d'autrui.[56]

En outre, le respect du principe de non-discrimination constitue une condition de la légalité des actes communautaires. En effet, selon la Cour, le respect des droits fondamentaux constitue une condition de la légalité des actes communautaires. Il s'en suit qu'une disposition d'une directive adoptée par le Conseil en méconnaissance du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes serait entachée d'illégalité.[57]

La Cour à procédé à l'examen, d'une façon plus approfondie, de deux types de discrimination: en raison du sexe et en raison de l'âge.

Pour ce qui est de la discrimination en raison du sexe, la Cour à dit qu'on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie des droits fondamentaux que, comme des principes généraux du droit communautaire elle à comme mission d'assurer le respect.[58]

Ce principe implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès aux emplois ou postes de travail, et ne permet d'exclure les femmes d'un emploi au seul motif qu'elles devraient être d'avantage protégées que les hommes contre des risques qui concernent les hommes et les femmes de la même manière.[59]

En outre, toute personne à droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Il appartient aux États membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif

affaire C-110/03 Belgique/Commission, arrêt du 14 avril 2005, Rec. p. I-2801, point 71.

[56] Voir, affaire 134/84 Williams, arrêt du 4 juillet 1985, Rec. p. 2225, point 14.

[57] Voir, affaire C-25/02 Rinke, arrêt du 09 septembre 2003, Rec. p. I-8344, points 27 et 28.

[58] Voir, affaire 1490/77 Defrenne, antérieurement citée, point 27.

[59] Voir affaire C-203/03 Commission/Autriche, arrêt du 01 février 2005, Rec. p. I-935, points 42 y 45.

sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en œuvre les droits prévus par ledit droit.[60]

En ce qui concerne l'âge, la Cour à reconnu que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, doit être considéré comme un principe général du droit communautaire. Dès lors qu'une réglementation entre dans le champ d'application de ce dernier, la Cour saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale de la conformité de cette réglementation avec un tel principe.

En conséquence, le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général, pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge, notamment en ce qui concerne l'organisation des voies de recours appropriées, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions, le dialogue social, les actions positives et d'autre mesures spécifiques de mise en œuvre d'une telle directive.

Dans ces conditions, il incombe à la juridiction nationale saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit communautaire et de garantir le plein effet de celui-ci, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale.[61]

3.6. Nulla poena sine lege

Selon la Cour[62], le principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des États membres, consacré par l'article 7, de la CEDH, comme un droit

[60] Voir, affaire 222/84 Johston, arrêt du 15 mai 1986, Rec. p. 1651, point 19.

[61] Voir, affaire C-144/04 Mangold, arrêt du 22 novembre 2005, Rec. p. I-9981, points 75, 76 et 77.

[62] Voir, affaire 63/83, antérieurement citée, points 22 et 23, ainsi que affaire C-331/88 Fedesa, arrêt du 13 novembre 1990, Rec. p. I-4023, point 42.

fondamental qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect.

Ce principe empêche que l'application rétroactive d'une disposition communautaire justifie à posteriori la légalité des mesures nationales qui imposaient des sanctions pénales.

Par ailleurs, ce principe doit inspirer l'interprétation qu'on doit faire des obligations imposées par une disposition communautaire. C'est ainsi que, dans l'affaire C-331/88, Fedesa, la Cour à interprété l'article 10 de la directive 88/146/CEE, du Conseil, du 7 mars 1988, interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales en disant que «cette disposition ne peut pas être interprétée dans le sens qu'elle imposerait aux États membres l'obligation de prendre des mesures contraires au droit communautaire, et, notamment au principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales».[63]

En dernier lieu, ce principe exige que, si après qu'une infraction à été commise, la loi prévoie une peine plus légère, ou doit appliquer celle-ci. Ainsi, la Cour à reconnu que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de sorte qu'il doit être considéré comme un principe général de droit communautaire dont la Cour assure le respect et que le juge national est tenu d'observer lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit communautaire.[64]

3.7. Droit à un procès équitable

Dans le cadre du droit à un procès équitable, la Cour à examiné trois aspects différents: le respects des droits de la défense, la présomption d'innocence et le principe de non bis in dem. Nous allons procéder à l'analyse de ces trois aspects.

---

[63] Voir, affaire C-331/88, antérieurement citée, point 44.

[64] Voir, affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02 Berlusconi, arrêt du 3 mai 2005, Rec. p. I-3595, points 68 et 69;
affaire C-45/06 Campina, arrêt du 8 mars 2007, Rec. p. I-2089, point 32, ainsi que affaire C-420/06 Jager, arrêt du 11 mars 2008, pas encore publié, point 59.

3.7.1. Le respect des droits de la défense

La Cour considère que «les droits de la défense sont des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré».[65]

Dans ce sens, le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administrative.[66]

Selon la Cour, il y à violation des droits de la défense lorsqu'il existe une possibilité que, en raison d'une irrégularité commise par la Commission, la procédure administrative menée par elle aurait pu aboutir à un résultat différent. Une entreprise requérante établit qu'une telle violation à eu lieu lorsqu'elle démontre à suffisance, non pas que la décision de la Commission aurait eu un contenu différent, mais bien qu'elle aurait pu mieux assurer sa défense en l'absence de l'irrégularité, par exemple en raison du fait qu'elle aurait pu utiliser, pour sa défense, des documents dont l'accès lui à été refusé lors de la procédure administrative.[67]

---

[65] Voir, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P Aalborg Pórtland, arrêt du 7 janvier 2004, Rec. p. I-123, point 64.

[66] Voir, e. a., affaire 85/76 Hoffman-La Roche, arrêt du 13 février 1979, Rec. p. 461, point 9;
affaire 234/84 Belgique/Commission, arrêt du 10 juillet 1986, Rec. p. 2263, point 27;
affaire C-135/92 Fiskano, arrêt du 29 juin 1994, Rec. p. 2885, points 39 et 40;
affaire C-288/96 Allemagne/Commission, arrêt du 5 octobre 2000, Rec. p. I-8237, point 99;
affaires jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij e.a., arrêt du 15 octobre 2002, Rec. p. I-8375, point 85.

[67] Voir, affaire 30/78 Distillers Company, arrêt du 10 juillet 1980, Rec. p. 2229, point 26, ou
affaire C-194/99 P Thyssen Stahl, arrêt du 2 octobre 2003, Rec. p. I-10821, point 31.

Le contenu de ce droit se concrétise dans divers aspects. En premier lieu, il existe un droit à être entendu, mais «l'exigence d'entendre les intéressés avant l'adoption de l'acte qui les concerne ne s'impose que lorsque la Commission envisage l'application d'une sanction ou de prendre une mesure susceptible d'affecter leur situation juridique».[68]

En deuxième lieu, on doit respecter le principe du contradictoire. Ledit principe s'applique à toute procédure susceptible d'aboutir à une décision d'une institution communautaire affectant de manière sensible les intérêts d'une personne.[69]

En troisième lieu, le respect des droits de la défense implique le droit à ne pas s'inculper. C'est ainsi que la Commission ne saurait, lors d'une demande de renseignements, imposer à une entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve.[70]

Toutefois, si la Commission ne peut contraindre une entreprise à avouer sa participation à une infraction, elle n'est pas pour autant empêchée de tenir compte dans la fixation du montant de l'amende, de l'aide que l'entreprise, de son propre gré, lui à fourni aux fins d'établir l'existence de l'infraction. Il y à lieu, par conséquent, de considérer que la prise en compte par la Commission du degré de coopération avec cette dernière de l'entreprise concernée, y compris la reconnaissance de l'infraction, aux fins de l'infliction d'une amende d'un montant moins élevé, ne constitue pas une atteinte aux droits de la défense.[71]

En quatrième lieu et comme corollaire du principe du respect des droits de la défense, se trouve le droit d'accès au dossier qui implique

---

[68] Voir, affaire C-48/96 P Windpark Groothusen, arrêt du 14 mai 1998, Rec. p. I-2873, point 47.

[69] Voir, affaire 17/74 Transocean Marine Paint, arrêt du 23 octobre 1974, Rec. p. 1063, point 15, ou
affaire C-315/99 P Ismeri Europa, arrêt du 10 juillet 2001, Rec. p. I-5281, point 28.

[70] Voir, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, antérieurement citées, point 65.

[71] Voir, affaire C-57/02 P Acerinox, arrêt du 14 juillet 2005, Rec. p. I-6689, point 87, et affaires jointes C-65/02 et C-73/02 P Thyssenkrupp, arrêt du 14 juillet 2005, Rec. p. I-6773, points 50 et 53.

que la Commission doit donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense. Ceux-ci comprennent tant les pièces à convictions que celles à décharge, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles.[72]

La Cour à procédé à l'analyse des exigences du respect de ce droit dans les différents types de procédures devant la Commission. C'est ainsi que dans le champ du droit de la concurrence, la Cour, en interprétant le Règlement 17, à reconnu, de manière constante, que le respect des droits de la défense implique que l'entreprise intéressée ait été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et, la pertinence des faits et circonstances allégués, ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction du traité.[73]

En outre, et dans le cadre de procédure d'enquête préalable, la Cour reconnaît la nécessité de respecter les droits de la défense pour éviter que ces droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de ces procédures d'enquête préalable qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal des comportements des entreprises de nature à engager leur responsabilité.

Par conséquent, si certains droits de la défense ne concernent que les procédures contradictoires qui font suite à une communication de griefs, d'autres doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable.[74]

Aussi, en matière d'aides d'État, la Cour se réfère au respect de droit de la défense en affirmant que «ce principe exige que l'État membre en cause soit mis en mesure de faire connaître, utilement, son point de vue sur les observations présentées par les tiers intéressés,

[72] Voir, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00P, antérieurement citées, point 68.

[73] Voir, affaire 85/76, antérieurement citée, point 11, ou affaires accumulées 100 à 103/80 Musique Diffusion française, arrêt du 7 juin 1983, Rec. p. 1825, point 10.

[74] Voir, affaire Hoechst, antérieurement citée, points 15 et 16, ainsi que affaire 374/87 Orkem, arrêt du 18 octobre 1989, Rec. p. 3283, point 33.

conformément à l'article 93, paragraphe 2, du traité. Dans la mesure où l'État membre n'a pas été mis en mesure de commenter ces observations, la Commission ne peut pas les retenir dans sa décision contre cet État.

Toutefois, une telle violation des droits de la défense n'entraîne une annulation que si, en l'absence de cette irrégularité, la procédure pouvait aboutir à un résultat différent».[75]

Un autre secteur, objet d'examen par la Cour, est celui des pratiques de dumping où la Cour à signalé que les exigences découlant du respect des droits de la défense «s'imposent, non seulement dans le cadre de procédures susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également, dans les procédures d'enquête précédant l'adoption de règlements antidumping qui, malgré leur portée générale, peuvent affecter les entreprises concernées de manière directe et individuelle et comporter pour elles des conséquences défavorables». «Dans l'accomplissement de leur devoir d'information, les institutions communautaires doivent agir avec toute la diligence requise, en cherchant à donner aux entreprises concernées, dans la mesure où le respect du secret des affaires demeure assuré, des indications utiles à la défense de leurs intérêts et en choisissant, le cas échéant d'office, les modalités appropriées d'une telle communication. Les entreprises intéressées doivent, en tout état de cause, avoir été mises en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégées et sur les éléments de preuve, retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une pratique de dumping et du préjudice qui en résulterait».[76]

[75] Voir, affaire C-288/96 Allemagne/Commission, antérieurement citée, points 100 et 101, ainsi que
affaire C-301/87 France/Commission (Boussac), arrêt du 14 février 1990, Rec. p. I-307, point 31.

[76] Voir, affaire C-49/88 Al-Jubail Fertilizer, arrêt du 27 juin 1991, Rec. p. I-3187, points 15 et 17, ou
affaire C-458/98 P Industrie des poudres sphériques, arrêt du 3 octobre 2000, Rec. p. I-8147, point 99.

3.7.2. Présomption d'innocence

Le principe de la présomption d'innocence, tel qu'il résulte, notamment, de l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH, fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, sont protégés dans l'ordre juridique communautaire.

La Cour applique ce principe d'une manière spécifique dans le domaine du droit de la concurrence, en disant que «il convient d'admettre que, eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, le principe de la présomption d'innocence s'applique aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à al prononciation d'amendes ou d'astreintes».[77]

3.7.3. Non bis in idem

Pour ce qui est du principe non bis in idem, la Cour le qualifie de principe fondamental du droit communautaire en faisant référence à l'article 4, paragraphe 1, du Protocole nº 7, de la CEDH.[78]

La Cour à appliqué ce principe dans le domaine des procédures en matière de droit de la concurrence en soulignant qu'il interdit qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie, une nouvelle fois, du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle à été sanctionnée ou dont elle à été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours.

L'application de ce principe suppose donc qu'il à été statué sur la matérialité de l'infraction ou que la légalité de l'appréciation portée sur celle-ci à été contrôlée.

Ainsi, le principe non bis in idem interdit uniquement une nouvelle appréciation au fond de la matérialité de l'infraction, qui aurait

---

[77] Voir, affaire C-199/92 P Hüls, arrêt du 8 juillet 1999, Rec. p. I-4287, points 149 et 150, ainsi que
l'affaire C-235/92 P Montecatini, arrêt du 8 juillet 1999, Rec. p. I-4539, points 175 et 176.

[78] Voir, affaires jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, antérieurement citées, points 58, 59, 60, 61 et 62.

pour conséquence l'imposition, soit d'une seconde sanction s'ajoutant à la première, dans l'hypothèse où la responsabilité serait une nouvelle fois retenue, soit d'une première sanction dans l'hypothèse où la responsabilité, écartée par la première décision, serait retenue par la seconde.

En revanche, il ne s'oppose pas en soi à une reprise de poursuites ayant pour objet le même comportement anticoncurrentiel lorsqu'une première décision à été annulée pour des motifs de forme, sans qu'il ait été statué au fond sur les faits reprochés, la décision d'annulation ne valant pas alors acquittement au sens donné à ce terme dans les matières répressives.

Dans un tel cas, les sanctions imposées par la nouvelle décision ne s'ajoutent pas à celles prononcées par la décision annulée, mais se substituent à elles».

Également, dans le champ du droit de la concurrence, la Cour s'est prononcée sur l'application du principe non bis in idem à des situations dans lesquelles les autorités d'un État tiers sont intervenues, en vertu de leurs pouvoirs de sanction, dans le domaine du droit de la concurrence applicable sur le territoire de cet État.

La Cour à considéré qu'une entente qui se situe dans un contexte international est caractérisé, notamment, par l'intervention sur leurs territoires respectifs, d'ordres juridiques d'États tiers et, que l'exercice des pouvoirs par les autorités de ces États tiers chargées de la protection de la libre concurrence dans le cadre de leur compétence territoriales, obéit à des exigences qui sont propres audits États. En effet, les éléments qui sous-tendent les ordres juridiques d'autres États dans le domaine de la concurrence, non seulement comportent des finalités et des objectifs spécifiques, mais aboutissent également à l'adoption de règles matérielles particulières ainsi qu'à des conséquences juridiques très variées dans le domaine administratif, pénal ou civil, lorsque les autorités desdits États ont établi l'existence d'infractions aux règles applicables en matière de concurrence.

Selon la Cour, il en découle que, lorsque la Commission sanctionne le comportement illicite d'une entreprise, même ayant son origine dans une entente à caractère international, elle vise à sauvegarder la libre concurrence à l'intérieur du marché commun que constitue, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE, un objectif fondamental

de la Communauté. En effet, par les spécificités du bien juridique protégé, au niveau communautaire, les appréciations opérées par la Commission, en vertu de ses compétences en la matière, peuvent diverger considérablement d'États tiers.

Dès lors, la Cour en à conclu que le principe non bis in idem ne s'applique pas à des situations dans lesquelles les ordres juridiques et les autorités de la concurrence d'États tiers sont intervenus dans le cadre de leurs compétences propres.[79]

En dehors du domaine de la concurrence, la Cour à aussi examiné le principe de non bis in idem, dans le cadre de l'accord de Schengen, en application de l'article 54, du CAAS, selon lequel «une personne qui à été définitivement jugée par une partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante de condamnation».[80]

La Cour s'est référée à l'objectif poursuivi par cet article, en disant qu'il prétend éviter qu'une personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États membres. Il assure la paix civique des personnes qui, après avoir été poursuivies, ont été définitivement jugées.[81] Celles-ci doivent pouvoir circuler librement sans devoir craindre de nouvelles poursuites pénales pour les mêmes faits dans un autre État contractant.

Pour ce qui est de son champ d'application la Cour à procédé à l'examen de différents cas. Ainsi, dans les affaires jointes C-187/01 et

---

[79] Voir, affaires C-284/04 P Showa Denko, arrêt du 29 juin 2006, Rec. p. I-5859, points 50 à 63, affaire
C-308/04 SGL Carbon, arrêt du 29 juin 2006, Rec. p. I-5977, points 26 à 39 ainsi que l'affaire 328/05 P SGL Carbon, arrêt du 10 mai 2007, Rec. p. I-3921, points 24 à 28.

[80] Convention d'application de l'accord Schengen, du 14 juin 1985, JOCE 2000, L 239, p. 19.

[81] Voir, affaires jointes C-187/01 y C-385/01 GözÜtok y Brügge, arrêt du 11 février 2003, Rec. p. I-1345, point 38,
affaire C-150/05 Van Straaten, arrêt du 28 septembre 2006, Rec. p. I-9327, point 57, ainsi que
affaire C-467/04 Gasparini, arrêt du 28 septembre 2006, Rec. p. I-9199, point 27.

C-385/01, Gözutok et Brügge, la Cour à jugé que le principe non bis in idem s'applique à des procédures d'extinction de l'action publique par lesquelles le Ministère public d'un État membre met fin, sans intervention d'une juridiction à la procédure pénale engagée dans cet État, après que le prévenu à satisfait à certaines obligations et, notamment, à acquitté une certaine somme d'argent fixée par le Ministère public.

Par contre, dans l'affaire C-469/03, Miraglia[82], la Cour à jugé que le principe non bis in idem ne trouve pas à s'appliquer à une décision des autorités judiciaires d'un État membre déclarant qu'une affaire est clôturée, après que le ministère public à décidé de ne pas poursuivre l'action publique au seul motif que des poursuites pénales ont été engagées dans un autre État membre à l'encontre du même prévenu et pour les mêmes faits, et ce en l'absence de toute appréciation sur le fond.

Également, dans l'affaire C-467/04, Gasparini[83], la Cour à déclaré que lorsqu'une juridiction d'un État contractant, à la suite de l'exercice de l'action pénale, à rendu une décision acquittant définitivement en raison de la prescription du délit ayant donné lieu aux poursuites, l'exercice de nouvelles actions pénales compromettrait la mise en œuvre de l'objectif poursuivi par l'article 54, du CAAS, et en conséquence, une telle personne doit être considérée comme définitivement jugée au sens de cette disposition.

En dernier lieu, la Cour à interprété la notion de «mêmes faits» en déclarant que le seul critère pertinent aux fins de l'application de l'article 54, de la CAAS est celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles.

Il s'ensuit que le point de départ de l'appréciation de la notion de «mêmes faits» est une prise en considération globale des comportements illicites concrets qui ont donné lieu à des poursuites pénales devant des juridictions des deux États contractants. Ainsi, l'article 54 de la CAAS ne peut devenir applicable que lorsque l'instance saisie de la seconde procédure pénale constate que les faits matériels, par leurs

[82] Arrêt du 10 mars 2005, Rec. p. I-2009, point 35.
[83] Point 28.

liens dans le temps, dans l'espace et par leur objet forment un ensemble indissociable.

En revanche, si les faits matériels ne forment pas un tel ensemble, la seule circonstance que l'instance saisie de la seconde procédure constate que l'auteur présumé de ces faits à agi avec la même intention criminelle ne saurait suffire pour assurer l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles qui relève de la notion de «mêmes faits» au sens de l'article 54 de la CAAS.

Un lien subjectif entre des faits qui ont donné lieu à des poursuites pénales dans deux États contractants différents n'assure pas nécessairement l'existence d'un lien objectif entre les faits matériels en cause qui, par conséquent, pourraient se distinguer du point de vue temporel et spatial ainsi que par leur nature.[84]

3.8. Droit à un recours effectif

Le droit à un recours effectif constitue un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Le principe à été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH.[85]

Le principe exige, d'un côté, que la Communauté, comme communauté de droit, doit être soumise au contrôle juridictionnel et les

---

[84] Affaire C-150/05, antérieurement citée, point 52;
affaire C-439/04 Van Esbroeck, arrêt du 9 mars 2006, Rec. p. I-2333, points 24 et 38;
affaire C-367/05 Kraaijenbrink, arrêt du 18 juillet 2007, pas encore publié, points 26 à 30 et,
affaire C-288/05 Kretzinger, arrêt du 18 juillet 2007, pas encore publié, points 29, 31 et 34.

[85] Voir, p. ex., affaire 222/084 Johnston, arrêt du 15 mai 1986, Rec. p. 1651, point 18;
affaire 222/86 Unectel, arrêt du 15 octobre 1987, Rec. p. 4097, point 14;
affaire C-97/91 Oleificio Borelli, arrêt du 3 décembre 1992, Rec. p. I-6313, point 14;
affaire C-269/99 Carl Kühne, arrêt du 6 de décembre 2001, Rec. p. I-9517, point 57;
affaire C-424/99 Commission/Autriche, arrêt du 27 novembre 2001, Rec. p. I-9285, point 45;
affaire C-50/00 P UPA, arrêt du 25 juillet 2002, Rec. p. I-6677, point 39;
affaire C-467/01 Eribrand, arrêt du 19 juin 2003, Rec. p. 6471, point 61, y
affaire C-263/02 P Jégo-Quéré, arrêt du 1er avril 2004, Rec. p. 3425, point 29.

actes des institutions se trouve soumis au contrôle de sa conformité avec le traité et les principes généraux du droit dont les droits fondamentaux font partie.

De l'autre côté, ce principe exige que les États membres garantissent un contrôle juridictionnel effectif pour que les dispositions du droit communautaire soient respectées. Selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droit que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)[86].

En outre, s'il appartient en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un principe pour agir en justice, le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte à une protection juridictionnelle.[87]

Quant au respect par le système juridictionnel communautaire de ce principe, la Cour à jugé que le traité à établi un système complet de voies de recours et des procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire[88]. Ce système se combine avec la compétence reconnue aux juridictions nationales que, comme juges de droit communautaire, doivent connaître des affaires relatives à ce droit, en interrogeant, le cas échéant, la Cour par la voie des questions préjudicielles. Ainsi, il incombe aux États membres de prévoir un système des voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective.

---

[86] Voir, p. ex., affaire C-467/01 Eribrand, antérieurement citée, point 62, ou affaire C-13/01 Safalero, arrêt du 11 septembre 2003, Rec. p. I-8679, point 49.

[87] Voir, affaire C-13/01 Safalero, antérieurement citée, point 50.

[88] Voir, p. ex., affaire C-50/00 P, antérieurement citée, point 40; affaire C-167/02 P Rothley, arrêt du 30 mars 2004, Rec. p. I-3149, point 46, ou affaire C-263/02 P Jégo-Quéré, antérieurement citée, points 30, 31 et 32.

Dans ce cadre, conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 10 du traité, les juridictions nationales sont tenues dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier.[89]

La Cour à procédé à l'examen de diverses spécificités dans lesquelles, l'exigence d'un droit à un recours effectif découle concrètement d'une disposition de droit dérivé.

C'est ainsi que, par exemple, en matière de marchés publiques, et en interprétant la directive 89/665/CEE, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, la Cour à interprété d'une manière large l'exigence prévue à l'article 1, paragraphe 1, de ladite directive, en jugeant qu'il constitue une décision susceptible de recours, au sens dudit article, tout acte d'un pouvoir adjudicateur, adopté en rapport avec un marché public relevant du champ d'application matériel de la directive susceptible d'avoir des effets juridiques, indépendamment de la question de savoir, si cet acte est adopté en dehors d'une procédure formelle de passation de marché ou dans le cadre de celle-ci.

Quant aux personnes auxquelles est ouverte une procédure de recours, il suffit de constater, selon la Cour, qu'aux termes de l'article 1, paragraphe 3, de la directive 89/665, les États membres doivent assurer l'accès aux procédures de recours au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. La qualité formelle de soumissionnaire ou de candidat n'est donc pas requise.

Des lors, les États membres ne sont pas autorisés à subordonner la possibilité de recours au fait que la procédure de marché public en cause à formellement atteint un stade déterminé.[90]

---

[89] Voir, affaire C-50/00 P, antérieurement citée, points 41 et 42.

[90] Voir, affaire C-26/03 Stadt Halle, arrêt du 11 janvier 2005, Rec. p. I-1, point 41.

Également, en relation avec la directive 76/207, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle, ainsi que les conditions de travail, et concrètement son article 6, la Cour à déclaré que cet article impose aux États membres une obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle. Il découle de cette disposition que les États membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que les droits ainsi conférés puissent être effectivement invoques devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées.

Le contrôle juridictionnel imposé par cet article est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. En vertu de l'article 6 de la directive, interprète à la lumière du principe général indiqué, toute personne à droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/207. Il appartient aux États membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en œuvre les droits prévus par la directive.[91]

En dernier lieu, dans le cadre du troisième pilier, la Cour à reconnu que les traités ont établi un système de voies de recours dans lequel les compétences de la Cour sont, en vertu de l'article 35 UE, moins étendues dans le cadre du titre VI UE, qu'elles ne le sont au titre du traité CE. Cependant, cela ne signifie pas, selon la Cour, que le droit à une protection juridictionnelle effective ne soit pas respecté.[92]

[91] Voir, affaire 222/84, antérieurement citée, points 17, 18 et 19.

[92] Voir, affaire C-355/04 P Segi, arrêt du 27 février 2007, Rec. p. I-1657, point 49, ou affaire C-354/04 P Gestoras Pro Amnistía, arrêt du 27 février 2007, Rec. p. I-1579, points 50 et 51.

3.9. Droit de propriété

Selon la jurisprudence constante de la Cour[93], le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire, conformément aux conceptions communes aux constitutions des États membres, reflétés également par le premier protocole joint à la CEDH.

Cependant, ce principe n'apparaît pas, toutefois, comme prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société. Ainsi, l'article 1, du premier Protocole, reconnaît aux États membres le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et également les règles et pratiques constitutionnelles des États membres permettant au législateur de règlementer l'usage de la propriété privée dans l'intérêt général. [94]

Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit garanti.[95]

La Cour à procédé fondamentalement à l'examen du respect du droit de propriété dans le domaine de la politique agricole commune. En effet, aussi bien les États membres que les particuliers ont allégué dans de nombreuses occasions que les dispositions communautaires qui établissent certaines mesures restrictives en matière agricole violeraient le droit de propriété.

---

[93] Voir, p. ex., affaire 44/79 Liselotte Hauer, antérieurement citée, points 17 et 18;
affaires jointes 41, 121 et 796/79 Testa, antérieurement citées, points18, ou
affaire C-347/03 Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, antérieurement citée, point 119.

[94] Voir, affaire 44/79, antérieurement citée, points 19 et 20.

[95] Voir, p. ex., affaire C-306/93 SMW Winzersekt, arrêt du 13 décembre 1994, Rec. p. I-5555, point 22;
affaires C-37/02 et C-38/02 Di Leonardo et Dilexport, arrêt du 15 juillet 2004, Rec. p. I-6911, point 82,
ainsi que, affaire C-347/03, antérieurement citée, point 119.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire 59/85, Bio-vilac[96], la Cour à jugé qu'il n'existe pas d'infraction du droit de propriété parce que les mesures adoptées par la Commission ne privent pas la requérante, ni de sa propriété, ni du libre usage de celle-ci et ne portent donc pas atteinte à la substance de ces droits. La Cour à considéré que si ces mesures peuvent avoir des effets négatifs sur la commercialisation de ces produits, ses effets négatifs ne sauraient être assimilés à une telle atteinte, en particulier, comme c'est le cas en l'espèce, ces effets négatifs ne sont qu'une conséquence indirecte d'une politique poursuivant des objectifs d'intérêts général, essentiellement variables, en fonction des facteurs économiques qui influencent l'évolution des prix des marchés, ainsi que, de l'orientation générale de la politique agricole commune.

Également, dans l'affaire C-280/93[97], la république fédérale d'Allemagne à fait valoir, comme moyen d'annulation du règlement 404/93, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, la violation du droit de propriété.

La Cour rejeta le recours et considéra que «le droit de propriété des opérateurs de bananes pays tiers n'est pas mis en cause par l'instauration du contingent communautaire et les règles de répartition de celui-ci. En effet, aucun opérateur économique ne peut revendiquer un droit de propriété sur une part de marché qu'il détenait à un moment antérieur à l'instauration d'une organisation commune des marchés, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée exposée aux aléas d'un changement de circonstances».

En outre selon la Cour «Un opérateur économique ne saurait davantage faire valoir un droit acquis ou même une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des décisions prises par les institutions communautaires dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation».

Aussi, en matière de politique de pêche, la Cour à eu l'occasion de se prononcer sur le droit de propriété. Ainsi, dans les affaires jointes C-20/00 et C-64/00[98], dans une question préjudicielle relative à la validité de la directive 93/53/CEE du Conseil, établissant des mesures

[96] Arrêt du 6 décembre 1984, Rec. p. I-4057, point 22.

[97] Allemagne contre Conseil, arrêt du 5 octobre 1994, Rec. p. I-4973, points 77 à 80.

[98] Booker Aquaculture et Hydro Seefood, arrêt du 10 juillet 2003, Rec. p. I-7411, points 64 à 86.

communautaires minimales de lutte contre certaines maladies des poissons, la Cour après avoir reconnu que les droits fondamentaux n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société, examina si la disposition en cause poursuivait un objectif d'intérêt général poursuivi par la Communauté et ne constituait pas une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ce droit conclu que la directive ne viole pas le droit de propriété parce qu'elle vise à contribuer à l'achèvement du marché intérieur des animaux ainsi que des produits d'aquaculture et faisait partie d'un régime destiné à établir des mesures communautaires minimales de lutte contre certaines maladies des poissons.

En outre, les mesures visées à la directive n'ont pas pour effet de priver les propriétaires des exploitations l'aquaculture de l'usage de ces dernières et ils peuvent continuer à y exercer leur activité.

Par ailleurs, l'exercice d'une activité en tant que propriétaire d'une exploitation d'aquaculture comporte des risques commerciaux, et les éleveurs peuvent s'attendre à ce qu'une maladie de poissons se déclare à tout moment et en cause un préjudice. Le risque est inhérent à l'activité d'élevage et de commercialisation d'animaux vivants.

Selon la Cour, il résulte de tout ce qui précède «que les mesures minimales de destruction et d'abattage immédiats imposées par la directive 93/53/CEE afin de lutter contre les maladies de la liste I, en l'absence, d'une indemnisation en faveur des propriétaires affectés, ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété».

Un autre domaine dans lequel la Cour s'est référé au droit de propriété est celui de la politique commerciale. Ainsi, dans l'affaire C-84/95[99], relative à une question préjudicielle posée par la Suprême Court d'Irlande sur l'interprétation de l'article 8, du règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la république fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), selon lequel «tous les navires, véhicules de transport, matériels roulants et aéronefs dans lesquels une participation majoritaire ou une minorité de contrôle est détenue par une per-

[99] Bosphorus, arrêt du 30 juillet 1996, Rec. p. I-3953, points 19 à 27.

sonne physique ou morale ayant son siège dans la république fédérative de Yougoslavie ou opérant depuis cette république sont saisis par les autorités compétentes des États membres», la Cour déclara que cette disposition n'était pas contraire au droit de propriété car, au regard d'un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale qui consiste à mettre un terme à l'état de guerre dans la région et aux violations successives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la république de Bosnie-Herzégovine, la saisie de l'aéronef en question qui est la propriété d'une personne ayant son siège dans la république fédérative de Yougoslavie ou opérant depuis cette république ne saurait passer pour inadéquate ou disproportionnée.

En dernier lieu, dans le domaine de la libre circulation de marchandises, la Cour à aussi dû examiner le respect du droit de propriété.

Concrètement, dans les affaires jointes C-154/04 et C-155/04[100], la Cour examina la validité de la directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires, à la lumière du droit de propriété et déclara que l'interdiction de commercialiser dans la Communauté des compléments alimentaires qui ne sont pas conformes aux règles énoncées dans la directive ne porte pas atteinte au droit de propriété des opérateurs, car aucun opérateur économique ne peut revendiquer un droit de propriété sur une part de marché, même s'il la détenait à un moment antérieur à l'instauration d'une mesure affectant ledit marché, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée exposée aux aléas d'un changement de circonstances. En outre, l'interdiction établie par la directive vise la protection de la santé des personnes, laquelle est un objectif d'intérêt général et il n'apparaît pas que cette mesure d'interdiction présente un caractère inapproprié à cet objectif. Dans ces conditions, une mesure de cette nature ne peut être analysée, au regard du but poursuivi comme portant une atteinte démesurée au droit de propriété.

[100] Alliance for natural Health, arrêt du 12 juillet 2005, Rec. p. I-6451, points 125 à 130.

3.10. Droit au libre exercice d'une activité professionnelle

De manière analogue au droit de propriété, la Cour qualifie le libre exercice d'une activité professionnelle ou économique comme un principe général du droit communautaire et également, comme le droit de propriété; ce principe n'apparaît pas comme une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées au libre exercice des activités professionnelles à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis.[101]

La Cour à procédé à l'examen de respect du libre exercice d'une activité professionnelle dans plusieurs domaines du droit communautaire. Ainsi, par exemple, en matière de politique agricole, dans l'affaire C-280/93[102], la Cour, en examinant la validité du règlement 404/93, du Conseil, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, déclara que «en ce qui concerne la prétendue atteinte au libre exercice des activités professionnelles, il y à lieu de relever que l' instauration du contingent tarifaire et du mécanisme de répartition de celui-ci modifie effectivement la position concurrentielle en particulier des opérateurs économiques sur le marché allemand, seuls jusqu' alors à pouvoir importer des bananes pays tiers en dehors de toute restriction tarifaire dans le cadre d'un contingent annuellement adapté aux besoins du marché. Encore faut-il examiner si les restrictions introduites par le règlement répondent à des objectifs d'intérêt général communautaire et ne portent pas atteinte à la substance même de ce droit».

La restriction à la faculté d'importer les bananes pays tiers, imposée aux opérateurs économiques sur le marché allemand et inhérente à l'instauration d'une organisation commune des marchés, vise à assurer

---

[101] Voir, p. ex., affaire C-280/93, antérieurement citée, point 78;
affaire C-44/94 Fishermen's Organisations, arrêt du 17 octobre 1995, Rec. p. I-3115, points 55 et 56, ou
affaire C-200/96 Metronome Musik, arrêt du 28 avril 1998, Rec. p. I-1953, point 21.

[102] Allemagne contre Conseil, antérieurement citée, points 81à 87.

la sauvegarde des objectifs de l'article 39 du traité et le respect des obligations internationales assumées par la Communauté, en vertu de la convention de Lomé. En effet, la suppression des régimes nationaux divergents, en particulier du régime dérogatoire dont avaient continué à bénéficier les opérateurs sur le marché allemand ainsi que des régimes protecteurs dont avaient bénéficié sur d'autres marchés nationaux les opérateurs de bananes communautaires et traditionnelles ACP, rendait nécessaire une limitation du volume des importations des bananes pays tiers vers la Communauté. Il s'agissait en effet d'assurer la réalisation d'une organisation commune des marchés tout en évitant que, à la suite de la disparition des barrières protectrices assurant leur écoulement à l'abri de la concurrence des bananes pays tiers, les bananes communautaires et ACP ne soient écartées de l'ensemble du marché commun.

La situation différente des opérateurs de bananes dans les divers États membres exigeait, de son côté, au regard de l'objectif de l'intégration des différents marchés nationaux, l'instauration d'un mécanisme de répartition du contingent tarifaire entre les différentes catégories d'opérateurs économiques concernés. Ce mécanisme vise à amener les opérateurs de bananes communautaires et traditionnelles ACP à s' approvisionner en bananes pays tiers au même titre qu' il tend à inciter les importateurs de bananes pays tiers à distribuer des bananes communautaires et ACP.»

«Il résulte de ce qui précède que l'atteinte au libre exercice des activités professionnelles des opérateurs traditionnels de bananes pays tiers opérée par le règlement répond à des objectifs d' intérêt général communautaire et n' affecte pas la substance même de ce droit.»

Dans le domaine des droits d'auteur, la Cour à examiné le libre exercice des activités professionnelles dans l'affaire C-200/96[103], au regard de la directive 92/100/CEE du Conseil, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. La Cour reconnaît que «la directive à pour objet d'instituer une protection juridique harmonisée dans la Communauté en ce qui concerne le droit de location et de prêt et certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la pro-

[103] Metronome Musik, antérieurement citée, points 21 à 26.

priété intellectuelle. Selon ses trois premiers considérants, cette harmonisation vise à éliminer les différences entre les législations nationales qui sont de nature à créer des entraves aux échanges, à provoquer des distorsions de concurrence et à nuire à la réalisation et au bon fonctionnement du marché intérieur. Ainsi qu'il ressort plus précisément des quatrième, cinquième et septième considérants de la directive, le droit de location, qui revêt, en raison de la menace de plus en plus grave que constitue la piraterie, une importance croissante pour le développement économique et culturel de la Communauté, doit notamment garantir la possibilité d'assurer aux auteurs, artistes interprètes ou exécutants un revenu approprié et d'amortir les investissements extrêmement élevés et aléatoires qu'exige en particulier la production de phonogrammes et de films.

De tels objectifs sont effectivement conformes aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté. À cet égard, il convient notamment de rappeler que la protection de la propriété littéraire et artistique, qui fait partie de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 du traité, constitue l'une des raisons d'intérêt général qui peuvent justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises. Il convient également de relever que le développement culturel de la Communauté fait partie des objectifs qui ont été consacrés par l'article 128 du traité CE, dans sa rédaction issue du traité sur l'Union européenne, qui vise en particulier à encourager la création artistique et littéraire.»

«De surcroît, comme cela à été relevé par la plupart des intéressés l'obligation d'instituer, au bénéfice des producteurs de supports de son et de tous autres détenteurs de droits sur ces derniers, un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location commerciale de ces produits est conforme aux stipulations de l'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.»

Ainsi, le principe général du libre exercice d'une activité professionnelle ne peut pas être interprété indépendamment des principes généraux qui s'attachent à la protection des droits de propriété intellectuelle et des obligations internationales contractées dans ce domaine par la Communauté et par les États membres. Dès lors qu'il n'apparaît pas que les objectifs poursuivis auraient pu être atteints par

des mesures préservant davantage le libre exercice de l'activité des personnes ou des entreprises spécialisées dans la location commerciale de phonogrammes, les conséquences de l'introduction d'un droit de location exclusif ne sauraient être considérées comme démesurées et intolérables.

Également, dans le domaine de la politique de transports, la Cour à abordé le libre exercice d'une activité professionnelle dans les affaires jointes C-184/02 et C-223/02[104], dans le cadre d'un recours en annulation, présenté par le Royaume d'Espagne et par la République de Finlande contre la directive 2002/15/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exerçant des activités mobiles de transporteurs routiers.

La Cour considère que la directive attaquée vise à améliorer la sécurité routière et répond, par conséquent, à un objectif d'intérêt général.

En outre, s'il est vrai que cette directive interfère sur les modalités d'exercice de l'activité professionnelle de conducteurs indépendants, elle n'affecte, toutefois pas, l'existence même de la liberté d'exercer cette activité.

Par conséquent, compte tenu du large pouvoir dont il dispose pour adopter les mesures utiles en vue d'une politique commune des transports, le législateur communautaire à pu considérer que des mesures visant à encadrer le temps consacré aux activités directement liées au transport routier, sans entamer la liberté du conducteur ayant opté pour le statut d'indépendant d'organiser comme il l'entend les tâches générales inhérentes à ce statut, constituent des mesures adéquates et raisonnables au regard de l'objectif de sécurité routière.

En dernier lieu, dans le domaine de la libre circulation de marchandises et de la protection de la santé, la Cour s'est aussi prononcée sur le droit au libre exercice d'une activité professionnelle dans l'affaire C-210/03[105], dans l'examen de la validité de la directive 2001/37 du Parlement européen et du Conseil, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives

[104] Espagne et Finlande contre Parlement et Conseil, arrêt du 9 septembre 2004, Rec. p. I-7789, points 51 à 56.

[105] Swedish Match, arrêt du 14 décembre 2004, Rec. p. I-11893, points 73 et 74.

des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, en reconnaissant que s'il est vrai que l'interdiction de commercialiser les produits du tabac à usage oral prévue à l'article 8 de la directive 2001/37 est susceptible de restreindre le libre exercice de l'activité professionnelle des fabricants de ces produits, cependant cette disposition poursuit un objectif d'intérêt général en garantissant un niveau élevé de protection de la santé dans le cadre de l'harmonisation des dispositions applicables à la mise sur le marché des produits du tabac et la mesure d'interdiction ne présente pas un caractère inapproprié à cet objectif. Dans ces conditions, l'obstacle au libre exercice d'une activité économique que constitue une mesure de cette nature ne peut être analysé au regard de but poursuivi comme portant une atteinte démesurée au droit à l'exercice de cette liberté.

4. La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne

Comme nous avons pu le constaté tout au long de ce chapitre, la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne comme principes généraux du droit communautaire est une construction de la jurisprudence de la Cour de justice qui, ultérieurement s'est vu reflétée, au niveau législatif, à partir du traité de Maastricht.

Cependant, on ne peut finir cette exposition sans faire une brève mention à la Chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle, selon le traité de Lisbonne, à la même valeur juridique que les traités.

Cette chartre permet à l'Union d'avoir un texte avec force juridique contraignante dans lequel on reconnaît les droits et libertés fondamentaux qui doivent être respectés par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

La Chartre, composée par 54 articles, contient les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles et des engagements internationaux des États membres et, très spécialement de la

Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, le titre I sur la dignité contient le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants et l'interdiction de l'esclavage.

Dans le titre II sur les libertés on reconnaît le droit à la liberté et à la sûreté, le respect de la vie privée et familiale, la protection des données à caractère personnel, le droit de se marier et de fonder une famille, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté de réunion et d'association, la liberté des arts et des sciences, le droit à l'éducation, la liberté professionnelle et le droit de travailler, la liberté d'entreprise, le droit de propriété, le droit d'asile et la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition.

Dans le chapitre III, sur l'égalité, la Chartre reconnaît l'égalité en droit, la non-discrimination, la diversité culturelle, religieuse et linguistique, l'égalité entre femmes et hommes, les droits de l'enfant, les droits des personnes âgées et l'intégration des personnes handicapées.

Dans le chapitre IV, sur la solidarité, la Chartre mentionne le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, le droit de négociation et d'actions collectives, le droit d'accès aux services de placement, la protection en cas de licenciement injustifié, les conditions de travail justes et équitables, l'interdiction du travail des enfants et la protection des jeunes au travail, la vie familiale et la vie professionnelle, la sécurité sociale et l'aide sociale, la protection de la santé, l'accès aux services d'intérêt économique général, la protection de l'environnement et la protection des consommateurs.

Dans le chapitre V, sur la citoyenneté, la Chartre reconnaît le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen et aux élections municipales, le droit à une bonne administration, le droit d'accès aux documents du médiateur européen, le droit de pétition, la liberté de circulation et de séjour et la protection diplomatique et consulaire.

En dernier lieu, le titre VI, sur la justice, contient le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial, la présomption d'innocence et les droits de la défense, les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines et le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction.

LA PORTEE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE EN MATIERE DE DROIT DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES

Koen Lenaerts*

1. À première vue, la construction européenne ne concerne pas le droit de la famille et des personnes. Aussi, contrairement à la question de l'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la famille et des personnes, notamment en ce que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) consacre le droit au respect de la vie privée et familiale[1], la question de la portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après «la Cour»), en cette même matière, peut-elle surprendre de prime abord. Eu égard à la transversalité évidente de cette question, s'en emparer est l'hommage que nous souhaitons rendre à notre distingué collègue et ami, dont l'expertise reconnue, qui profite désormais à la Cour[2], à pleinement contribué à l'œuvre prétorienne de la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle il à siégé.

2. Sur cette question, il est généralement considéré que le droit communautaire, dont le but est de réglementer des activités écono-

* L'auteur s'exprime à titre personnel.

[1] Sur cette disposition, voir, notamment, Sudre, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 5ème éd., 2001, nos 167, 168 et 208.

[2] Voir, dernièrement, Kūris, P., «La coopération entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales: quoi de neuf dans la pratique du renvoi préjudiciel?», *in Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Dike/Nomos, Zürich/Baden-Baden, 2007, p. 1359.

miques dans un contexte interétatique et sa source demeurant la volonté des États membres, n'aurait aucun point de contact avec le droit de la famille et des personnes, qui constitue le noyau dur du droit privé, un droit ancien régissant les relations humaines les plus intimes et trouvant son fondement dans l'autonomie de la volonté des individus telle que reconnue par chaque État[3].

3. Il est vrai que, à son origine, le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, devenue par la suite la Communauté européenne, ne vise que les opérateurs économiques et n'envisage que des relations de marché. Et, même si, avec le traité sur l'Union européenne, s'est dégagé, aux côtés de l'opérateur économique, le citoyen de l'Union, force est de constater, en attendant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne[4] qui attribue une compétence d'action en matière de droit de la famille[5], que le droit matériel de la famille et des personnes relève de la compétence exclusive des États membres.

4. Certes, la Cour est compétente pour connaître, à titre préjudiciel, de questions d'interprétation portant sur la convention de Bruxelles relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciales[6] en vertu d'un protocole annexé à la convention[7]. Et, même si sont exclus de son application l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions[8], ladite convention prévoit des règles de compétence spéciales et optionnelles en matière d'obligations alimentaires[9]. À ce titre, la Cour à eu l'occasion de juger

---

[3] Moro, F., «Observations sur la communautarisation du droit de la famille», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2007, p. 675, 675.

[4] S'il est ratifié par tous les États membres, le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306, p. 1), signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, entrera en vigueur le 1er janvier 2009.

[5] Voir article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), lequel remplacera, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le traité CE.

[6] Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [JO 1998, C 27, p. 1 (version consolidée)].

[7] Protocole concernant l'interprétation par la Cour de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [JO 1998, C 27, p. 27 (version consolidée)].

[8] Voir article 1er, paragraphe 1, de la convention de Bruxelles.

[9] Ainsi, en vertu de l'article 5, point 2, de la convention de Bruxelles, le défendeur

que la prestation compensatoire ordonnée par une juridiction nationale statuant en matière de divorce relève de la notion d'obligation alimentaire au sens de l'article 5, point 2, de la convention de Bruxelles[10] et qu'une décision, rendue dans le contexte d'une procédure de divorce, qui ordonne le paiement d'une somme forfaitaire ainsi que le transfert de la propriété de certains biens d'un époux au profit de son ex-conjoint doit être considérée comme portant sur des obligations alimentaires et donc comme relevant du champ d'application de la convention de Bruxelles, dès lors qu'elle à pour objet d'assurer l'entretien de cet ex-conjoint[11].

5. Depuis la communautarisation du droit international privé avec le traité d'Amsterdam[12], la Cour est également compétente, et ce sur la base du traité[13], pour interpréter le règlement dit «Bruxelles I»[14], lequel à remplacé la convention de Bruxelles[15], ainsi que le règlement dit «Bruxelles II»[16] lequel à été abrogé et remplacé par le

---

domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant, «en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties». Sur cette disposition, voir, essentiellement, Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 2002, nos 204-208.

[10] Voir arrêt du 6 mars 1980, de Cavel (120/79, Rec. p. 731, points 5 à 9).

[11] Arrêt du 27 février 1997, van den Boogaard (C-220/95, Rec. p. I-1147, point 27).

[12] Voir article 65 CE; sur cette question, voir, essentiellement, Kohler, Ch., «Interrogations sur les sources du droit international privé après le traité d'Amsterdam», *Revue critique de droit international privé* 1995, p. 1. Voir également article 81 TFUE.

[13] Voir article 68 CE; voir également article 2, point 67, du traité de Lisbonne.

[14] Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1); sur ce texte, voir, essentiellement, Gaudemet-Tallon, *op. cit*.

[15] Il est souligné que, pour ce qui est des aspects du droit de la famille et du droit des personnes, le règlement Bruxelles I a repris les dispositions des articles 1er, paragraphe 1, et 5, point 2, de la convention de Bruxelles.

[16] Règlement (CE) nº 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (JO L 160, p. 19).

règlement dit «Bruxelles II bis»[17]. À ce titre, la Cour à déjà eu l'occasion de dire pour droit que l'article 1er, paragraphe 1, du règlement n° 2201/2003, tel que modifié par le règlement n° 2116/2004 doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matières civiles», au sens de cette disposition, une décision unique qui ordonne la prise en charge immédiate et le placement d'un enfant en dehors de son foyer d'origine, dans une famille d'accueil, lorsque cette décision à été adoptée dans le cadre des règles de droit public relatives à la protection de l'enfance[18].

6. De plus, si les initiatives de la Commission dans ce domaine se concrétisent sur le plan législatif, la Cour sera également compétente pour se prononcer sur le droit applicable et la compétence judiciaire en matière d'obligations alimentaires[19], de divorce[20], de successions[21], d'effets patrimoniaux des relations matrimoniales et des partenariats[22].

7. L'objet de la présente contribution n'est toutefois pas de

[17] Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (JO L 338, p. 1). Le règlement n° 2201/2003 a également été modifié par le règlement (CE) n° 2116/2004 du Conseil, du 2 décembre 2004, en ce qui concerne les traités avec le Saint-Siège (JO L 367, p. 1).

[18] Arrêt du 27 novembre 2007, C (C-435/06, non encore publié au Recueil, point 1 du dispositif). De même, la Cour a également dit pour droit que les articles 6 et 7 du règlement n° 2201/2003, tel que modifié par le règlement n° 2116/2004, doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'une procédure de divorce, lorsqu'un défendeur n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qu'il n'est pas ressortissant d'un État membre, les juridictions d'un État membre ne peuvent pas, pour statuer sur cette demande, fonder leur compétence sur leur droit national, si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes au titre de l'article 3 dudit règlement (arrêt du 29 novembre 2007, Sundelind Lopez, C-68/07, non encore publié au Recueil, dispositif).

[19] Voir proposition de la Commission de règlement du Conseil sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires [COM (2005) 649 final].

[20] Voir Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce [COM (2005) 82 final].

[21] Voir Livre vert relatif aux successions et testaments [COM (2005) 65 final].

[22] Voir Livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle [COM (2006) 400 final].

considérer l'incidence de la jurisprudence de la Cour sur le droit international privé communautaire de la famille et des personnes, qu'il s'agisse du conflit de juridictions ou du conflit de lois. La présente contribution est en effet rédigée en l'honneur d'un collègue et ami dont l'apport à été le plus considérable en droit international ainsi qu'en matière de droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle notre recherche vise exclusivement à dégager l'incidence de la jurisprudence de la Cour, en tant que juridiction suprême dans l'ordre juridique de l'Union, sur les droits nationaux de la famille et des personnes.

8. Cette incidence ne découle pas d'une logique de droit international privé, mais bien d'une logique de droit communautaire et de droit international en application desquels sont sanctionnés, notamment, les droits fondamentaux. Cette logique, qui procède du respect de normes de rang supérieur dans un système basé sur les principes de l'État de droit (*rule of law*),[23] se manifeste par des effets induits, ou par ricochets, du droit communautaire sur le droit de la famille et des personnes.

9. En effet, si ces matières n'ont encore été que peu explorées sous cet angle[24], elles n'en demeurent pas moins appréhendées par la Cour. Ainsi, la Cour prend en compte les dimensions familiales et personnelles lorsqu'elle est amenée à sanctionner les libertés de circulation. De même, tout en reconnaissant les compétences retenues par les

---

[23] Voir, à cet égard, Lenaerts, K., "The Basic Constitutional Charter of a Community based on the Rule of Law – Case 294/83 *Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament* [1986] ECR 1339", *in* Poiares Maduro, M., et Azoulai, L. (sous la dir.), *The Past and Future of EU Law; The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (à paraître chez Hart Publishing).

[24] Voir, essentiellement, Andrini, M. Cl., (sous la dir.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Cedam, Padoue, 2007; McGlynn, C., *Families and the European Union: Law Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; Meeusen, J., Pertegás, M., Straetmans, G., et Swennen, F., (sous la dir.), *International family law of the European Union*, Intersentia, Anvers, Oxford, 2007, de même que Ramet, S., *Le droit communautaire et la famille*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2001, citée par Bénabent, A., «La réception du droit communautaire en droit de la famille», *in* Bergé, J.-S., et Niboyet, M.-L., (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 51.

États membres en ces matières, la Cour encadre l'exercice de ces compétences, notamment pour ce qui est du nom de famille. Plus généralement, la Cour assure dans ces matières le respect des droits fondamentaux, en particulier de ceux relevant de l'exigence cardinale de non-discrimination.

Droit de la famille et des personnes et libertés de circulation

10. À la lumière de la jurisprudence de la Cour, le premier effet induit du droit communautaire sur le droit de la famille et des personnes se vérifie à l'aune des libertés de circulation.

11. L'exercice des libertés communautaires, notamment de la libre circulation des travailleurs consacrée à l'article 39 CE, à en effet une incidence pour la famille et les personnes. Si un travailleur salarié se déplace d'un État membre à un autre, la Cour reconnaît le corollaire de cet exercice de la liberté de circulation qu'est le besoin d'intégration dans le nouveau milieu, ce qui implique le droit pour le travailleur de s'installer avec sa famille, c'est-à-dire le droit au regroupement familial. Il est important de souligner que ce droit est reconnu non seulement au conjoint ressortissant d'un État membre mais également à celui qui à la nationalité d'un État tiers.

12. Pour rappel, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les ressortissants communautaires, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur l'ensemble du territoire de la Communauté et s'opposent aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre[25]. À cette fin, les ressortissants des États membres disposent, en particulier, du droit d'entrer et de séjourner sur le territoire des autres États membres en vue d'y exercer une activité économique[26]. Or, un ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de

[25] Voir, notamment, arrêt du 7 juillet 1988, Stanton (143/87, Rec. p. 3877, point 13).

[26] Voir, notamment, arrêts du 8 avril 1976, Royer (48/75, Rec. p. 497, point 31), et du 5 février 1991, Roux (C-363/89, Rec. p. I-273, point 9).

quitter son pays d'origine pour exercer une activité salariée ou non salariée sur le territoire d'un autre État membre s'il ne pouvait pas bénéficier, lorsqu'il revient dans l'État membre dont il à la nationalité, de facilités au moins équivalentes à celles dont il peut disposer, en vertu du droit communautaire, sur le territoire d'un autre État membre.

13. À cet égard, la Cour à déjà jugé qu'un ressortissant communautaire serait dissuadé de le faire si son conjoint et ses enfants n'étaient pas autorisés, eux aussi, à entrer et à séjourner sur le territoire de cet État dans des conditions au moins équivalentes à celles qui leur sont reconnues par le droit communautaire sur le territoire d'un autre État membre: partant, le ressortissant d'un État membre, qui s'est rendu sur le territoire d'un autre État membre afin d'y exercer une activité salariée et qui revient s'établir, pour exercer une activité non-salariée, sur le territoire de l'État membre dont il à la nationalité, tire du traité le droit d'être accompagné sur le territoire de ce dernier État par son conjoint, ressortissant d'un pays tiers.[27] Une solution identique à été dernièrement adoptée dans une affaire dans laquelle il ne s'agissait pas du conjoint mais de la fille — également ressortissante d'un État tiers — d'un ressortissant communautaire et ce alors que ce dernier revenait s'établir sur le territoire de l'État membre dont il avait la nationalité sans y exercer une activité économique.[28] Clairement, la Cour, tout comme le législateur communautaire, reconnaît l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité[29].

14. Dans le même esprit, la Cour à déjà dit pour droit que les enfants d'un citoyen de l'Union européenne qui se sont installés dans un État membre alors que leur parent exerçait des droits de séjour en tant que travailleur migrant dans cet État membre sont en droit d'y séjourner afin d'y poursuivre des cours d'enseignement général, le fait que les parents des enfants concernés ont entre-temps divorcé, le fait

---

[27] Arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265, points 19 à 21).

[28] Arrêt du 11 décembre 2007, Eind (C-291/05, non encore publié au Recueil, point 45).

[29] Voir, en ce sens, arrêts du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279, point 38); du 25 juillet 2002, MRAX (C-459/99, Rec. p. I-6591, points 53), et Eind (précité, point 44).

que seul l'un des parents est un citoyen de l'Union européenne et que ce parent n'est plus un travailleur migrant dans l'État membre d'accueil ou le fait que les enfants ne sont pas eux-mêmes des citoyens de l'Union européenne n'ayant à cet égard aucune incidence[30].

15. De même, lorsque des enfants bénéficient d'un droit de séjour dans un État membre d'accueil afin d'y suivre des cours d'enseignement général, le parent qui à effectivement la garde de ces enfants, quelle que soit sa nationalité, est en droit de séjourner avec eux de manière à faciliter l'exercice dudit droit nonobstant le fait que les parents ont entre-temps divorcé ou que le parent qui à la qualité de citoyen de l'Union européenne n'est plus un travailleur migrant dans l'État membre d'accueil.[31]

16. La même logique de droit au regroupement familial anime la jurisprudence de la Cour sur le terrain de la libre prestation de services consacrée à l'article 49 CE. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Carpenter*, la Cour à jugé que l'article 49 CE devait être interprété comme s'opposant à ce que l'État membre d'origine d'un prestataire de services établi dans ce même État, qui fournit des services à des destinataires établis dans d'autres États membres, refuse le séjour sur son territoire au conjoint de ce prestataire, ressortissant d'un pays tiers, lorsque cette décision, qui constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, n'est pas proportionnée au but poursuivi[32].

17. Il est essentiel de souligner que, dans cet arrêt, la Cour s'est appuyée sur le principe général du droit au respect de la vie familiale pour exclure la possibilité pour un État membre d'invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services lorsque cette mesure n'est pas conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Sur ce point, la Cour à jugé qu'exclure une personne d'un pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel que protégé par l'article 8 de la

[30] Voir arrêt du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, Rec. p. I-7091, point 63).

[31] Voir arrêt Baumbast et R (précité, point 75).

[32] Arrêt Carpenter (précité, points 45 et 46).

CEDH, lequel fait partie des droits fondamentaux qui sont protégés dans l'ordre juridique communautaire[33].

18. Dans la logique communautaire, le droit au regroupement familial s'étend au-delà du simple droit de séjour des membres de la famille du ressortissant communautaire qui exerce une liberté de circulation: il concerne également la protection sociale. Des effets induits du droit communautaire en cette matière se vérifient en effet sur le droit de la famille et des personnes, et ce quand bien même la réglementation communautaire pertinente n'entend pas harmoniser les conditions d'affiliation ou d'octroi de prestations sociales; ladite réglementation à en effet seulement pour objet la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale afin de garantir la mobilité des personnes dans l'Union européenne.

19. Aussi ressort-il d'une jurisprudence désormais constante que, d'une part, le «droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale»[34] et que, d'autre part, «les États membres doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire»[35]. À ce titre, la Cour procède, comme en d'autres matières qui relèvent de la compétence des États membres, à un véritable encadrement des régimes nationaux de sécurité sociale, et ce à l'aune de la réglementation communautaire applicable et du traité, notamment pour ce qui est des libertés de circulation, dont elle doit sanctionner le respect en vertu de la primauté attachée à ces dispositions.

20. Peut-être est-ce dû au fait que son adoption remonte maintenant à plus de trente-cinq ans que l'on à parfois tendance à oublier que le règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté[36] ainsi

---

[33] Voir arrêt Carpenter (précité, points 40 à 42).

[34] Arrêts du 7 février 1984, Duphar e.a. (238/92, Rec. p. 523, point 16), et du 17 juin 1997, Sodemare e.a. (C-70/95, Rec. p. I-3395, point 27)

[35] Arrêts du 28 avril 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931, point 19), et Decker, (C-120/95, Rec. p. I-1831, point 23).

[36] Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2), refondu par le règlement (CE) n°

que le règlement n° 574/72, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement 1408/71[37] constituent sans nul doute à ce jour l'une des réalisations les plus ambitieuses du droit social européen[38].

21. La voie de la coordination, qui caractérise ces textes, implique de coordonner les systèmes nationaux de sécurité sociale en consacrant quelques principes essentiels, tels que l'égalité de traitement, la désignation de la législation applicable ou le maintien des droits acquis. L'objectif est bien de garantir une protection entière et continue des travailleurs exerçant leurs activités professionnelles dans un pays autre que leur État d'origine. Or, en interprétant cette réglementation communautaire, la Cour à accordé une importance toute particulière à son application à la famille des travailleurs salariés, parallèlement à l'extension du domaine personnel du règlement n° 1408/71 — ayant principalement et initialement vocation à ne concerner que les travailleurs salariés ressortissants d'États membres — aux travailleurs indépendants et à leur famille ainsi qu'aux étudiants[39].

22. Ainsi, même si la Cour admet toutefois l'existence d'inégalités

883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166, p. 1), modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1992/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2006 (JO L 392, p. 1).

[37] Règlement (CEE) nº 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) nº1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 74, p. 1), modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 311/2007 de la Commission, du 19 mars 2007 (JO L 82, p. 6).

[38] Sur ces textes, voir essentiellement Van Raepenbusch, S., *La sécurité sociale des travailleurs européens: principes directeurs et grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, de Boeck, Bruxelles, 2001.

[39] Voir, sur ces points, Van Raepenbusch, *La sécurité sociale des travailleurs européens*, *op. cit.*, nºs 19 à 31. Le règlement n° 883/2004, qui a succédé au règlement n° 1408/71, s'applique, aux termes de son article 2, «aux ressortissants de l'un des États membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants», de même qu'aux «survivants des personnes qui ont été soumises à la législation d'un ou de plusieurs États membres, quelle que soit la nationalité de ces personnes, lorsque leurs survivants sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant dans l'un des États membres».

de traitement en présence de situations objectivement non comparables[40], elle à censuré des législations soumettant à une certaine durée de résidence sur le territoire national l'octroi d'allocations pour handicapés et du revenu garanti pour personnes âgées[41] ou encore l'octroi d'allocations de naissance et de maternité[42]. La Cour à jugé, dans le même sens, concernant une condition de résidence des enfants pour l'octroi d'une allocation familiale[43].

23. Il est important de noter que la prise en compte de la situation familiale des ressortissants communautaires peut également amener à la Cour à tempérer les exigences découlant des libertés de circulation.

24. Ceci est particulièrement marqué en matière fiscale. À cet égard, il est désormais bien connu que la Cour appréhende la fiscalité directe des États membres à l'aune des libertés de circulation consacrées dans le traité — des employés (article 39 CE), des travailleurs indépendants (article 43 CE), des prestataires et des destinataires de services (article 49 CE), et, plus généralement des citoyens de l'Union (article 18 CE). Selon une jurisprudence constante, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ceux-ci doivent néanmoins l'exercer dans le respect du droit communautaire[44]. Par cet encadrement de la fiscalité directe[45], la Cour à progressivement dégagé un principe d'égalité de traitement fiscal[46], lequel

---

[40] Voir, notamment, arrêt du 16 décembre 1993, Leguaye-Neelsen (C-28/92, Rec. p. I-6857).

[41] Voir, notamment, arrêt du 10 novembre 1992, Commission/Belgique (C-326/90, Rec. p. I-5517).

[42] Voir, notamment, arrêt du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg (C-111/91, Rec. p. I-817).

[43] Voir, notamment, arrêts du 15 janvier 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), et du 2 mars 1989, Pinna (359/87, Rec. p. 585). Voir également arrêt du 18 juillet 2007, Hartmann (C-212/05, non encore publié au Recueil).

[44] Voir, en tout premier lieu, arrêt du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 21) et, dernièrement, arrêt du 17 janvier 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, non encore publié au Recueil, point 12).

[45] Voir, à cet égard, Lenaerts, K., et Bernardeau, L., «L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *Cahiers de droit européen* 2007, p. 19.

[46] Voir, à ce titre, arrêt du 6 décembre 2007, Columbus (C-298/05, non encore publié au Recueil, point 54).

implique l'interdiction des restrictions à l'entrée et l'interdiction des restrictions à la sortie, et ce pour ce qui est notamment de la fiscalité des personnes physiques.

25. Il est également bien connu que la Cour ne censure pas en principe le traitement fiscal distinct d'un contribuable selon qu'il est ou non résident. En effet, une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes. Or, en matière d'impôts directs, il est désormais de jurisprudence constante que la situation des résidents et celle des non-résidents ne sont, en règle générale, pas comparables[47].

26. Or, il faut souligner que cette jurisprudence est justifiée par la considération que le revenu perçu sur le territoire d'un État par un non-résident ne constitue le plus souvent qu'une partie de son revenu global, centralisé au lieu de sa résidence, et que la capacité contributive personnelle du non-résident, résultant de la prise en compte de l'ensemble de ses revenus et de sa situation personnelle et familiale, peut s'apprécier le plus aisément à l'endroit où il à le centre de ses intérêts personnels et patrimoniaux, ce qui correspond en général à sa résidence habituelle[48]. Ce faisant, la Cour respecte la compétence des États membres en matière de fiscalité directe et, pour ce qui est de l'imposition des personnes physiques, vise à assurer la meilleure prise en compte possible de leur situation familiale[49].

---

[47] Voir, en tout premier lieu, arrêt Schumacker (précité, point 31), et, ultérieurement, arrêt du 6 juillet 2006, Conijn (C-346/04, Rec. p. I-6137, point 16).

[48] Arrêts Schumacker, précité (points 31 à 34); du 11 août 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I- 2493, points 18 et 19); du 14 septembre 1999, Gschwind (C-391/97, Rec. p. I-5451, point 22); du 16 mai 2000, Zurstrassen (C-87/99, Rec. p. I-3337, point 21); du 12 juin 2003, Gerritse (C-234/01, Rec. p. I-5933, point 44), et du 1er juillet 2004, Wallentin (C-169/03, Rec. p. I-6443, point 15).

[49] Voir également arrêt du 12 juillet 2005, Schempp (C-403/03, Rec. p. I-6421), dans lequel la Cour a dit pour droit que les articles 12, premier alinéa, CE et 18, paragraphe 1, CE ne s'opposent pas à ce qu'un contribuable résidant en Allemagne ne puisse pas déduire de son revenu imposable dans cet État membre la pension alimentaire versée à son ex-épouse résidant dans un autre État membre dans lequel ladite pension n'est pas imposable, alors qu'il en aurait le droit si son ex-épouse résidait en Allemagne.

Droit de la famille et des personnes et citoyenneté de l'Union

27. Au-delà des libertés de circulation, la Communauté à franchi les limites de la simple intégration économique pour s'orienter vers l'Europe des citoyens avec la consécration de la citoyenneté européenne. Il va sans dire que cette nouvelle dimension de la construction européenne à eu une incidence marquée en droit de la famille et des personnes, notamment en ce que la nationalité d'un État membre est devenue le critère essentiel pour la jouissance de ce statut de citoyen de l'Union.

28. Ceci est ressorti très nettement de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Chen*[50]: M^me^ Chen et son mari, de nationalité chinoise, travaillaient pour une entreprise chinoise établie en Chine; mais, dans le cadre de son activité professionnelle, le mari de M^me^ Chen avait effectué de fréquents voyages d'affaires dans différents États membres, un enfant du couple étant né en Irlande et la mère et l'enfant vivant à l'époque des faits au Royaume-Uni. Conformément à la loi irlandaise, la fille s'est vue délivrer un passeport irlandais, mais elle n'a pas eu le droit d'obtenir la nationalité britannique. La question posée dans cette affaire était de savoir si un ressortissant mineur en bas âge d'un État membre, à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, confère le droit de séjourner dans un autre État membre dans lequel le mineur est bénéficiaire de services de puériculture, à ce mineur et à son parent. La Cour à dit pour droit que l'article 18 CE confère au ressortissant mineur en bas âge d'un État membre qui est couvert par une assurance-maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui même ressortissant d'un État tiers, dont les ressources sont suffisantes pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil, un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de ce dernier État. Dans un tel cas, ces mêmes dispositions permettent au parent qui à effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'État membre d'accueil.

[50] Arrêt du 19 octobre 2004, Zhu et Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925).

29. Au-delà du droit de séjour attaché à la citoyenneté de l'Union, l'interprétation par la Cour des articles 17 CE et 18 CE produit également des effets par ricochets sur le droit des personnes, notamment en ce qui concerne le droit au nom.

30. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Konstantinidis*, la Cour à dit pour droit que la liberté d'établissement s'oppose à ce qu'un ressortissant hellénique se voie obligé, par la législation nationale applicable, d'utiliser, dans l'exercice de sa profession, une graphie de son nom telle que la prononciation s'en trouve dénaturée et que la déformation qui en résulte l'expose au risque d'une confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle[51].

31. De manière plus significative, et précisément au titre de la citoyenneté européenne, la Cour à développé son encadrement des droits nationaux en matière de nom dans son arrêt, rendu en formation d'assemble plénière, dans l'affaire *Garcia Avello*[52]. Dans cette affaire, un litige opposait M. Garcia Avello, ressortissant espagnol résidant en Belgique et marié à une ressortissante belge, à l'État belge au sujet d'une demande de changement du nom de famille de ses enfants possédant la double nationalité belge et espagnole. En l'espèce, l'état civil belge avait inscrit pour les enfants le seul nom du père, conformément au droit belge, et refusait que les enfants portent, conformément à l'usage consacré en droit espagnol, le premier nom de leur père suivi de celui de leur mère, ce qu'a contesté M. Garcia Avello devant les juridictions belges. Dans ce contexte, la Conseil d'État belge à saisi la Cour de cette question à la lumière des articles 17 CE et 18 CE sur la citoyenneté de l'Union.

32. Soucieuse tant de respecter les compétences retenues par les États membres en matière de droit du nom que de sanctionner les exigences de l'Union, la Cour à précisé que «si, en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire»,[53] et ce après avoir rappelé que «le statut de citoyen

[51] Arrêt du 30 mars 1993, Konstantinidis (C-168/91, Rec. p. I-1191).
[52] Arrêt du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613).
[53] Arrêt Garcia Avello (précité, point 25).

de l'Union à vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres»[54]. Sur ces fondements, la Cour à dit pour droit que les articles 12 CE et 17 CE s'opposent à ce que l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande à pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre[55].

33. Actuellement pendante, l'affaire *Grunkin et Paul* donnera à la Cour l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si les articles 12 CE et 18 CE s'opposent à la législation allemande de droit international privé selon laquelle le nom d'une personne est régi par la loi de l'État dont elle à la nationalité, dans la mesure où ladite législation s'applique dans le contexte d'une demande de reconnaissance d'un nom dûment enregistré dans un autre État membre[56]. Il sera intéressant de voir comment la Cour articule, au titre de l'encadrement communautaire du droit du nom, la citoyenneté européenne et l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité.

Droit de la famille et des personnes, principe de non-discrimination et droits fondamentaux

34. L'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité constitue un principe fondamental de la construction européenne énoncé à l'article 12 CE et à l'article 21, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[57]. Comme pour le droit du nom, ainsi qu'il à été vu plus haut, il va sans dire qu'un tel principe produit des effets directs sur le droit de la famille et des personnes,

[54] Arrêt Garcia Avello (précité, point 22).

[55] Arrêt Garcia Avello (précité, point 45).

[56] Affaire C-353/06 (JO 2006 C 281, p. 22). Voir, antérieurement, arrêt du 27 avril 2006, Standesamt Stadt Niebüll (C-96/04, Rec. p. I-3561), dans lequel la Cour s'est toutefois déclarée incompétente, l'organisme ayant saisi la Cour n'ayant pu être regardé comme une juridiction au sens de l'article 234 CE.

[57] JO 2007, C 303, p. 1.

pour autant que sa mise en œuvre entre dans le domaine d'application du traité[58].

35. Au-delà des discriminations fondées sur la nationalité, il est important de souligner que la Cour à généralisé la mise en œuvre du principe de non-discrimination, le principe d'égalité étant l'un des principes fondamentaux du droit communautaire. Il en à notamment été le cas en matière de politique sociale, l'égalité de traitement dans le travail ayant été inscrite au-delà de l'accès à un emploi dans un autre État membre, c'est-à-dire au-delà du seul cadre de l'article 39 CE. En effet, l'égalité de traitement à fait l'objet d'une extension progressive indépendamment de l'exercice d'une liberté de circulation, et ce à partir de l'article 119 du traité CE (devenu article 141 CE). La jurisprudence de la Cour à contribué sensiblement à la consécration d'une protection générale des droits des travailleurs salariés par une généralisation du principe d'égalité de traitement. Initialement confiné dans les rapports entre nationaux et ressortissants d'autres États membres et dans ceux entre l'homme et la femme au titre de la rémunération, le principe d'égalité de traitement à désormais vocation à s'appliquer, dans le cadre de l'article 13 CE, à l'ensemble des discriminations regardées comme étant, en substance, contraires aux droits fondamen-

[58] Voir, à cet égard, arrêt du 10 juin 1999, Johannes (C-430/97, Rec. p. I-3475). Dans cet arrêt rendu en matière de fonction publique communautaire, la Cour a rappelé que le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ne s'oppose pas à l'application, dans un litige entre deux ex-conjoints, de dispositions de droit national prévoyant la compensation des droits à pension entre époux divorcés, le législateur communautaire n'étant pas compétent pour fixer les droits des époux dans une procédure de divorce, lesquels sont régis par les dispositions de droit privé et de droit de la famille applicables dans les États membres et relèvent de la compétence de ces États membres. La Cour a également jugé que l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité se limite au domaine d'application du traité et que ni les dispositions nationales de droit international privé déterminant le droit matériel applicable aux effets d'un divorce entre conjoints, ni les dispositions nationales de droit civil réglementant matériellement ces effets ne font partie du domaine d'application du traité. Partant, elle a considéré que cette interdiction ne s'opposait pas à ce que le droit d'un État membre réglementant, eu égard à la nationalité des époux considérée comme facteur de rattachement, les conséquences du divorce entre un fonctionnaire des Communautés européennes et son ex-conjoint aboutisse à ce que ce fonctionnaire supporte des charges plus lourdes qu'un fonctionnaire d'une autre nationalité placé dans la même situation.

taux de la personne humaine, ce qui à nécessairement eu des effets dans la matière qui nous intéresse ici, en particulier en ce qui concerne les discriminations fondées sur le sexe ou sur les orientations sexuelles.

36. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Reed*, la Cour à jugé que la possibilité pour un travailleur migrant d'obtenir que son partenaire non marié, non-ressortissant de l'État membre d'accueil, soit autorisé à y séjourner avec lui peut contribuer à son intégration dans le milieu du pays d'accueil et donc à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs et qu'un État membre qui accorde un tel avantage à ses travailleurs nationaux ne saurait le refuser aux travailleurs ressortissants des autres États membres sans commettre une discrimination fondée sur la nationalité prohibée par le traité[59].

37. Dans cette perspective, la Cour n'interfère pas avec les choix politiques des États membres quant à la reconnaissance de l'union libre ou du concubinage en tant que source de droits ou d'obligations. Cette question relève en effet de la compétence des États membres. Toutefois, la Cour tire les conséquences de ces choix à l'aune du principe de non-discrimination.

38. Ceci résulte très nettement de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Grant*[60]. Dans cette affaire, la question posée était celle de savoir si le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable constitue une discrimination prohibée par l'article 119 du traité (devenu article 141 CE), lorsqu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage.

39. Dans cette affaire, la Cour à relevé que, en ce qui concerne le droit des États membres, si, dans certains d'entre eux, la communauté de vie entre deux personnes du même sexe est assimilée au mariage, quoique incomplètement, dans la plupart des États membres, elle n'est assimilée aux relations hétérosexuelles stables hors mariage que pour un nombre limité de droits ou bien ne fait l'objet d'aucune reconnais-

[59] Arrêt du 17 avril 1986, Reed (59/85, Rec. p. 1283).
[60] Arrêt du 17 février 1998, Grant (C-249/96, Rec. p. I-621).

sance particulière[61]. Au visa de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour à jugé que, en l'état actuel du droit au sein de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé et que, par conséquent, un employeur n'était pas tenu par le droit communautaire d'assimiler la situation d'une personne ayant une relation stable avec un partenaire de même sexe à celle d'une personne mariée ou ayant une relation stable hors mariage avec un partenaire de sexe opposé[62].

40. Et la Cour d'ajouter qu'il ne peut appartenir qu'au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation[63].

41. De même, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *K.B.*, la Cour à rappelé qu'il appartenait aux États membres de déterminer les conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne[64] et que la décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, relève soit du choix du législateur, soit de l'interprétation effectuée par les juridictions nationales des règles juridiques de droit interne, sans que les particuliers puissent faire valoir aucune discrimination fondée sur le sexe interdite par le droit communautaire[65]. Dans cette affaire, la

[61] Arrêt Grant (précité, point 32).

[62] Arrêt Grant (précité, point 35).

[63] Arrêt Grant (précité, point 36).

[64] Arrêt du 7 janvier 2004, K.B. (C-117/01, Rec. p. I-541, point 35); voir également arrêt du 27 avril 2006, Richards (C-423/04, Rec. p. I-3585, point 21).

[65] Arrêt K.B. (précité, point 28); voir également, en matière de fonction publique communautaire, arrêt du 31 mai 2001, D et Suède/Conseil (C-122/99 P et C-125/99 P, Rec. p. I-4319), dans lequel la Cour était saisie pour la première fois de la question de la distinction ou de l'assimilation qu'il convient d'opérer entre les notions de mariage et de partenariat enregistré, aux fins de l'interprétation du statut des agents des Communautés européennes. À cet égard, la Cour a relevé qu'il était constant que le terme de «mariage», selon la définition communément admise par les États membres, désignait une union entre deux personnes de sexe différent, mais que, depuis 1989, des États membres en nombre croissant avaient mis en place, à côté du mariage, des régimes légaux accordant une reconnaissance juridique à diverses formes d'union entre des partenaires de même sexe ou de sexe différent et donnant à ces unions certains effets identiques ou comparables à ceux du mariage, tant entre les partenaires

Cour à toutefois considéré qu'il existait une inégalité de traitement qui, tout en ne mettant pas en cause directement le bénéfice d'un droit protégé par le droit communautaire, affectait l'une de ses conditions d'octroi, cette inégalité ne se rapportant pas à la reconnaissance, en l'espèce, d'une pension de veuf, mais à une condition préalable indispensable à l'octroi de celle-ci, à savoir la capacité de se marier. Elle à également rappelé que la Cour européenne des droits de l'homme avait jugé que l'impossibilité pour un transsexuel de se marier avec une personne du sexe auquel il appartenait avant l'opération de changement de sexe, et qui tient au fait que, au regard de l'état civil, ils sont du même sexe étant donné que la réglementation du Royaume-Uni ne permet pas la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle, constituait une violation de son droit de se marier au sens de l'article 12 de la CEDH[66]. La Cour en à conclu que la législation britannique en cause dans cette affaire devait être considérée comme étant, en principe, incompatible avec les exigences de l'article 141 CE, en ce qu'elle empêchait, en violation de la CEDH, un couple tel que K. B. et R de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre[67].

42. La très récente affaire *Tadao Maruko*,[68] concernant la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de

qu'à l'égard des tiers. Toutefois, la Cour a également relevé que, au-delà de leur grande hétérogénéité, ces régimes d'enregistrement de relations de couple qui n'étaient jusque-là pas reconnues par la loi étaient, dans les États membres concernés, distincts du mariage. La Cour a considéré que de telles circonstances ne permettaient pas au juge communautaire d'interpréter le statut de telle sorte que soient assimilées au mariage des situations légales qui en sont distinctes et qu'il ne pouvait appartenir qu'au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation, par exemple en modifiant les termes du statut.

[66] Arrêt K.B. (précité, points 31 et 33).

[67] Arrêt K.B. (précité, point 34). Étant donné qu'il appartient aux États membres de déterminer les conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne dans la situation de R, la Cour a précisé qu'il incombait au juge national de vérifier si, en l'espèce, une personne dans la situation de K. B. pouvait se fonder sur l'article 141 CE afin de se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d'une pension de réversion.

[68] Arrêt du 1er avril 2008, Tadao Maruko (C-267/06, non encore publié au Recueil).

l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail,[69] avait également trait aux partenariats enregistrés. En l'espèce, une pension de veuvage avait été refusée par une caisse de retraite allemande au motif que ses statuts ne prévoyaient pas un tel bénéfice pour les partenaires survivants, mais seulement pour les époux survivants. Devant les juridictions allemandes, M. Maruko faisait valoir que, en droit allemand, le principe d'égalité du partenariat de vie et du mariage avait été consacré pour ce qui concerne les pensions de veuvage et que le régime de sa caisse de retraite était constitutif d'une discrimination fondée sur ses orientations sexuelles.

43. Dans un premier temps, la Cour à jugé que la prestation en cause entrait dans le champ d'application de la directive 2000/78/CE[70], après avoir rappelé, d'une part, que l'état civil et les prestations qui en découlent sont des matières relevant de la compétence des États membres et que le droit communautaire ne porte pas atteinte à cette compétence et, d'autre part, que les États membres doivent toutefois exercer cette compétence dans le respect du droit communautaire[71]. La Cour à ainsi étendu, en matière de prestations découlant de l'état civil, l'application du principe d'encadrement — déjà consacré en d'autres matières telles que les soins de santé[72], la fiscalité directe[73] et le droit du nom[74] — en vertu duquel, tout en reconnaissant les compétences des États membres en certaines matières, la Cour n'en censure pas moins tout exercice desdites compétences contraire au droit communautaire.

44. Dans un second temps, la Cour à relevé que, dans les circonstances de cette affaire, les partenaires de vie étaient traités de manière

---

[69] Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 169).

[70] Voir arrêt Tadao Maruko (précité, points 39 à 60).

[71] Voir arrêt Tadao Maruko (précité, point 58).

[72] Voir, pour les systèmes de sécurité sociale au regard de la libre prestation de services, arrêts du 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473, points 44 à 46); du 13 mai 2003, Müller-Fauré et van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509, point 100); du 23 octobre 2003, Inizan (C-56/01, Rec. p. I-12403, point 17); du 16 mai 2006, Watts (C-372/04, Rec. p. I-4325, point 92), et du 19 avril 2007, Stamatelaki (C-444/05, non encore publié au Recueil, point 23).

[73] Voir, *supra*, n^{os} 24 à 26.

[74] Voir, *supra*, n^{os} 29 à 33.

moins favorable que les époux, avant de juger que, si la juridiction de renvoi estimait que les partenaires de vie survivants étaient dans une situation comparable à celles d'époux survivants au regard de la prestation de survie, le régime de la caisse de retraite en cause serait contraire à la directive[75].

45. Ces affaires soulèvent incontestablement la question sensible de savoir dans quelle mesure la Cour peut participer à la délimitation de la sphère familiale, eu égard aux divergences historiques, culturelles et juridiques des États membres en cette matière et il va sans dire que le respect des droits fondamentaux y joue un rôle central.

46. Ce respect s'impose également au législateur communautaire lui-même. Ainsi, dans son arrêt concernant précisément la directive sur le droit au regroupement familial[76], affaire dans laquelle le récipiendaire des présents Mélanges siégeait, la Cour à précisé qu'une disposition d'un acte communautaire pouvait, en tant que telle, ne pas respecter les droits fondamentaux si elle imposait aux États membres ou autorisait explicitement ou implicitement ceux-ci à adopter ou à maintenir des lois nationales ne respectant pas lesdits droits[77]. Sur le fond, la Cour a, classiquement, vérifié si les dispositions attaquées de ladite directive ne contrevenaient pas aux droits fondamentaux, lesquels font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, revêtant, à cet égard, une signification particulière[78].

---

[75] Voir arrêt Tadao Maruko (précité, points 71 à 73).

[76] Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial (JO L 251, p. 12).

[77] Arrêt de la Cour du 27 juin 2006, Parlement/Conseil (C-540/03, Rec. p. I-5769, point 23).

[78] Dans son arrêt du 27 juin 2006, Parlement/Conseil, précité, la Cour s'est ainsi référée à l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 8 de la CEDH, concernant le droit au respect de la vie familiale, dans ses arrêts Gül c. Suisse, du 19 février 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996-I, p. 174); Ahmut c. Pays-Bas, du 28 novembre 1996 (Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI, p. 2030);

47. La Cour à ainsi rappelé que le droit au respect de la vie familiale, au sens de l'article 8 de la CEDH, était, en tant que droit fondamental, protégé dans l'ordre juridique communautaire. Ledit droit signifie le droit de vivre avec ses parents proches et entraîne pour les États membres des obligations négatives, lorsque l'un d'eux est tenu de ne pas expulser une personne, ou positives, lorsqu'il est tenu de laisser une personne entrer et résider sur son territoire[79]. À ce titre, la Cour à considéré que la CEDH et les différents textes au regard desquels la directive était contrôlée soulignaient l'importance, pour l'enfant, de la vie familiale et recommandaient aux États de prendre en considération l'intérêt de celui-ci, mais ne créaient pas de droit subjectif pour les membres d'une famille à être admis sur le territoire d'un État et ne pouvaient être interprétés en ce sens qu'ils priveraient les États d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils examinent des demandes de regroupement familial[80].

48. La Cour à également jugé que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tout en ne constituant pas un instrument juridique contraignant, liait dans une certaine mesure le législateur communautaire, lequel avait précisé dans le préambule de la directive attaquée que cette dernière respectait les principes reconnus par la charte[81].

* * *

49. Il peut sembler évident que la valeur normative dont sera dotée la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans le prolongement de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne[82], constituera un point tournant pour le droit de la famille et des personnes.

50. On rappellera, à cet égard, que l'article 7 de la charte consacre, à l'instar de l'article 8 de la CEDH, le droit au respect de sa vie privée et familiale, de même que l'article 33, paragraphe 1, de la charte dispo-

---

Sen c. Pays-Bas, 21 décembre 2001, et Rodrigues da Silva c. Pays-Bas, du 31 janvier 2006, non encore publié.

[79] Arrêt Parlement/Conseil (précité, point 52).

[80] Arrêt Parlement/Conseil (précité, point 59).

[81] Arrêt Parlement/Conseil (précité, points 38 et 58).

[82] Voir article 6, paragraphe 1, UE, tel que modifié par le traité de Lisbonne.

se que la «protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social». On signalera également que les articles 24, 25 et 26 de la charte envisagent, respectivement, la protection des droits de l'enfant[83], des personnes âgées[84] et des personnes handicapées[85]. On relèvera tout autant que l'article 9 de la charte précise, sans aucune mention du sexe, que les droits de se marier et de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

51. Plus généralement, le principe de non-discrimination énoncé à l'article 21 de la charte interdit «toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

52. Même à considérer que le centre de gravité de la constitutionnalisation des règles régissant les rapports familiaux et personnels sera de plus en plus axé sur le droit de l'Union, au sein duquel pourront être formulés des principes déterminant la structure et l'évolution du droit de la famille[86], gageons que la Cour saura, dans l'exercice de ses compétences, respecter et sanctionner l'architecture européenne laquelle repose sur l'équilibre d'une Union dans la diversité.

Références bibliographiques:

1. Andrini, M. Cl., (sous la dir.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Cedam, Padoue, 2007.
2. Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 2002, nos 204-208.

[83] Voir, à cet égard, Poillot-Peruzzetto, S., «Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire», *in* Gadbin, D., et Kernaleguen, Fr., *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 31.

[84] Voir, à cet égard, arrêt du 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981).

[85] Voir, à cet égard, arrêt du 11 juillet 2006, Chacón Navas (C-13/05, Rec. p. I-6467).

[86] Voir, en ce sens, Simitis, S., «La réception du droit communautaire en droit de la famille», *in* Bergé et Niboyet, *op. cit.*, p. 49.

3. Kohler, Ch., «Interrogations sur les sources du droit international privé après le traité d'Amsterdam», *Revue critique de droit international privé* 1995, p. 1.
4. Kūris, P., «La coopération entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales: quoi de neuf dans la pratique du renvoi préjudiciel?», *in Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Dike/Nomos, Zürich/Baden-Baden, 2007, p. 1359..
5. Lenaerts, K., "The Basic Constitutional Charter of a Community based on the Rule of Law – Case 294/83 *Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament* [1986] ECR 1339", *in* Poiares Maduro, M., et Azoulai, L. (sous la dir.), *The Past and Future of EU Law; The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (à paraître chez Hart Publishing).
6. Lenaerts, K., et Bernardeau, L., «L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *Cahiers de droit européen* 2007, p. 19.
7. McGlynn, C., *Families and the European Union: Law Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
8. Meeusen, J., Pertegás, M., Straetmans, G., et Swennen, F., (sous la dir.), *International family law of the European Union*, Intersentia, Anvers, Oxford, 2007.
9. Moro, F., «Observations sur la communautarisation du droit de la famille», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2007, p. 675, 675.
10. Poillot-Peruzzetto, S., «Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire», *in* Gadbin, D., et Kernaleguen, Fr., *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 31.
11. Ramet, S., *Le droit communautaire et la famille*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2001, citée par Bénabent, A., «La réception du droit communautaire en droit de la famille», *in* Bergé, J.-S., et Niboyet, M.-L., (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 51.
12. Simitis, S., «La réception du droit communautaire en droit de la famille», *in* Bergé, J.-S., et Niboyet, M.-L., (sous la dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 49.
13. Sudre, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 5ème éd., 2001, nos 167, 168 et 208.
14. Van Raepenbusch, S., *La sécurité sociale des travailleurs européens: principes directeurs et grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, de Boeck, Bruxelles, 2001.

THE CONFIDENTIALITY OF THE LAWYER-CLIENT RELATIONSHIP AND THE LIMITS THEREOF

Uno Lõhmus

Lawyer's profession involves certain principles, described by such terms as "protection of professional secrecy", "legal professional privilege", "attorney-client privilege", and "protection of the confidentiality of communication between lawyer and his client", which can be generally subsumed under "the confidentiality of the lawyer-client relationship". Relationship of trust between a person requiring advice and assistance and a person offering assistance, protected by the requirement of confidentiality of communications, is not peculiar to the lawyer-client relationship only. Representatives of some other professions, primarily notaries, doctors and ministers of religion, are also under the obligation of professional secrecy. The lawyer-client confidentiality is the most extensive and the better protected among these. The principles of protection of confidentiality encourage people communicating with lawyers to speak openly of their problems; require that lawyers, often under the threat of punishment, keep silent about what has come to their knowledge, and hinder the authorities from requiring the disclosure of confidential information. Nevertheless, the lawyer-client communication is not always protected. Subsequently I shall examine the nature and extent of the lawyer-client relationship of trust *ratione materiae* and *ratione personae*, taking into account the case law of the Court of Justice and the Court of Human Rights on determination of the limits of protection of this confidentiality. Lawyers' obligation of cooperation with the authori-

ties from the aspect of competition law is dealt with in a judgment rendered 25 years ago (Case 155/79: *AM & S* [1982]). The same issues were again examined by the Court of First Instance in joined Cases T-125/03 and T-253/03: *Akzo Nobel Chemicals Ltd* [2007]. A recent judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice concerned the obligation of lawyers to inform the authorities of the facts which could be an indication of money laundering (Case C-305/05: *Ordre des barreaux francophones et germanophone and others* [2007]).

I. The sources and nature of relationship of trust

Maintenance of professional secrets and confidentiality of lawyer-client communications as principles related to lawyer's functions are universally known. Although these principles can not be found in international agreements *expressis verbis*, they are recognised in national laws, in the case law of the European Court of Human Rights and the ECJ, as well as in the codes of conduct of lawyers' associations (see Code of Conduct for European Lawyers). Also, the Council of Europe Committee of Ministers Recommendation Rec (2000) 21 on the freedom of exercise of the profession of lawyer underlines that "all necessary measures should be taken to ensure the respect of the confidentiality of the lawyer-client relationship. Exceptions to this principle should be allowed only if compatible with the rule of law" [principle I(6)].

The protection of confidentiality of lawyer-client relationship is guaranteed in all European countries, yet the extent and justifications thereof may vary. Differences can be explained primarily by the differences in judicial organisation and rules of procedure. For example, in France and Belgium the principle of confidentiality of lawyer-client communications evolved not so much on the basis of professional secrecy, but on the basis of rights of defence (les droits de la défense) and secrecy of correspondence (le secret de letters). In the English law the same principle is related to the legal professional privilege. Also, in the USA the privilege was originally conceived to safeguard the oath and the honour of the attorney, yet by the eighteenth century the protec-

tion of the privilege began to shift from the attorney to the client (Rosenfeld, 1982, p. 496).

The Code of Conduct for European Lawyers is based on the concept of legal professional privilege. The document refers to three essential principles to be protected: lawyer's independence, trust and personal integrity, and confidentiality. The Code of Conduct for European Lawyers explains that the lawyers' independence is as necessary to trust in the process of justice as the impartiality of the judge (principle 2.1.1.) To be sure, this requirement of independence does not only mean the recognition of lawyers' independence by other (officials) persons, it also means the lawyers' obligation to refrain from acts which may compromise this independence.

At large the confidentiality of communications in all countries is guaranteed by imposing on lawyers the obligation not to disclose the content of his communications with the client and by prohibiting the authorities to call lawyers to report what the client had disclosed to them.

What is it that justifies the confidentiality of the lawyer-client communications? The requirement of confidentiality arises primarily from the nature of a democratic society and the necessity that each person could be able to address a lawyer for legal advice and assistance, and - if need be - for representation or defence in different proceedings. What is of no less importance is that as the society and the law become more complicated, a person must be able to understand what the law allows him to do, what it prevents him from doing, and which are the risks he has to take into account in his activities. Furthermore, the confidentiality of communications ensures that there is trust between the client and the lawyer, without which *la bonne administration de la justice* would be unthinkable. According to Lord Denning the requirement of confidentiality is not a lawyer's privilege, it is the privilege of the client (Lord Denning, 1980, p. 29).

II. Extent of protection of the relationship of trust

Two important issues are being discussed both in theory and in practice: firstly, whether the protection of this relationship of trust

extends beyond judicial or pre-trial proceedings and secondly, on what conditions the confidentiality may be restricted.

There is no doubt that the requirement of confidentiality of the lawyer-client relationship applies to a situation where a lawyer represents or defends a person in court or in pre-trial proceedings. The reality is that the professional activities of a lawyer are not confined to assisting his clients in judicial proceedings; in the modern world they are much broader in scope than mere representation or defence of a person in court. Lawyers have widened their sphere of activities and very often they receive the bigger part of their income for other legal services they offer, whereas it is often difficult to discriminate some of these services from business activities. Hence the necessity to specify the limits of lawyer-client communications. The European Court of Justice had to check these limits in case C-305/05: *Ordre des barreaux francophones et germanophone*.

Let us first examine the relevant norms. Directive 2005/06/RC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (OJ L 309, 25.11.2005, pp 15-36) imposes on notaries and other independent legal professionals the duty to cooperate with the authorities, when they participate, whether by acting on behalf of and for their client in any financial or real estate transaction, or by assisting in the planning or execution of transactions for their client concerning the:

1) buying and selling of the real property or business entities;
2) managing of client money, securities or other assets;
3) opening or management of bank, savings or securities accounts;
4) organisation of contributions necessary for the creation, operation or management of companies;
5) creation, operation or management of trusts, companies or similar structures (article 2 (3) b i-v).

The directive of 2005, replacing the Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (OJ L 166, 28.6.1991), thus retained the rules on independent legal professionals' obligation of cooperation.

The directive requires that the Member States impose an obligation on independent legal professionals to cooperate fully, by promptly informing the financial intelligence unit (FIU), on their own initiative, where they know, suspect or have reasonable grounds to suspect that money laundering or terrorist financing is being or has been committed or attempted [art 22 (1a)]. According to the directive the Member States shall not be obliged to apply the obligation of information to independent legal professionals with regard to information "they receive from or obtain on one of their clients, in the course of ascertaining the legal position for their client or performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial proceedings, including advice on instituting or avoiding proceedings, whether such information is received or obtained before, during or after such proceedings" [art 23 (2)].

The conformity of the lawyers' obligation of cooperation with the EU law was examined by the European Court of Justice on the basis of a request of a preliminary ruling from the Constitutional Court of Belgium.

2.1. The judgment of the ECJ of 26 June 2007 in case C-305/05:: Ordre des barreaux francophones et germanophone

In this case the validity of one provision of Council Directive 91/308/EEC, as amended by Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council, was under discussion. The Belgian court wanted to know whether the provision of the directive enumerating the cases[1] when notaries and other independent legal professionals are under the obligation to inform the authorities responsible for combating money laundering of all facts which could be an indication of money laundering, was in conformity with the right to a fair trial, as guaranteed by Article 6 of the ECHR and Article 6(2) EU.

The Belgian Bar Associations had filed complaints with the Belgian Constitutional Court, arguing that several provisions of a Belgian

[1] The list of transactions is similar to that provided in Directive 2005/60/EC (see above).

Law of 2004, imposing on lawyers the obligation to inform the competent authorities if they come across facts which they know or suspect to be linked to money laundering and the obligation to transmit to those authorities additional information which those authorities consider useful, unjustifiably impinge on professional secrecy and the independence of lawyers, on principles which are a constituent element of the fundamental right of every individual to a fair trial and to respect of his rights of defence. The complainants argued that the obligation of cooperation violated Articles 10 and 11 of the Belgian Constitution read in conjunction with Article 6 of the ECHR, the general principles of law relating to the rights of the defence, Article 6 (2) EU and also Articles 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Council of the Bars and Law Societies of the European Union intervened in the proceedings before the Court.

The complainants emphasised that the obligations of reporting on and incriminating clients go beyond mere infringement of professional secrecy and wholly destroy the relationship of trust between lawyer and client. The Council of the Bars and Law Societies of the European Union added that the obligation of cooperation made it impossible to maintain intact the traditional role of the lawyer. The specific character of lawyer's profession, especially independence and professional secrecy, contribute to the trust which the public has in that profession, and that such trust in a lawyer applies generally, not only to particular tasks performed by the lawyer.

The referring court observed that as the actions for annulment had been brought against the Law of 2004, the function of which was the transposition into Belgian law of the provisions of Directive 2001/97, it was first necessary to settle the question whether the directive itself was lawful, as the Law was based on it. That is why the Belgian court referred to the ECJ the question of compatibility of the directive to Article 6 of the ECHR and Article 6(2) EU.

Proceeding from the object of dispute pending before the Belgian court the European Court of Justice examined only the lawfulness of the lawyers' obligation of cooperation, although the directive also refers to notaries and other independent legal professionals. Neither did the ECJ consider the fundamental rights not specified by the referring

court, such as the right to respect for privacy provided for in Article 8 of the ECHR.

The ruling of the Grand Chamber of the Court of Justice stated that the lawyers' obligation of cooperation with the authorities responsible for combating money laundering did not infringe the right to a fair trial as guaranteed by Article 6 of the ECHR and Article 6(2) EU.

What is the reasoning of the ECJ? First, the Court recollected what had repeatedly been stated, namely that fundamental rights form an integral part of the general principles of law whose observance the Court ensures. The right to a fair trial, established in Article 6 of the ECHR, is a fundamental right which the European Union respects as a general principle under Article 6(2) EU. The Court underlined that lawyers would be unable to carry out their task of advising, defending and representing their clients if lawyers were obliged, in the context of judicial proceedings or preparation for such proceedings, to cooperate with the authorities by passing them information obtained in the course of related legal consultations.

The key to why the Court, having made such general remarks, declared that the lawyers' obligations of information and cooperation, as provided by the directive, were in conformity with the general principles of EU law, is to be found in paragraph 33 of the judgment. The Court explains that the obligations of information and cooperation apply to lawyers only in so far as they advise their client in the preparation or execution of the financial and real estate transactions enumerated in the directive or when they act on behalf of and for their client in any financial or real estate transaction. The nature of such activities is such that they take place in a context with no link to judicial proceeding and, consequently, those activities fall outside the scope of the right to a fair trial. The Court argues that the obligations of information and cooperation are justified to combat money laundering effectively, in view of its evident influence on the rise of organised crime, which itself is a particular threat to society in the member state.

The Court's interpretation differentiates between the activities of lawyers which have a link to judicial proceedings and activities, which do not have such link. Activities having a link to judicial proceedings fall within the sphere of protection of Article 6 of the

ECHR, which has been extended by the Human Rights Court case law to include also pre-trial proceedings. The obligations of information and cooperation do not apply to the cases where lawyers advise clients in regard to proceedings already instituted or avoiding judicial proceedings.

Advocate General Poiares Maduro (Opinion of Advocate General Poiares Maduro of 14 December 2006 in case C-305/05) admitted that a distinction between lawyers' activities of legal nature and their "extra-legal" activities may be difficult to draw in practice, adding that it does not seem impossible to design a clear criterion for separating cases in which lawyer, acting "as a lawyer", enjoys the protection of professional secrecy from cases in which that protection does not need to be applied. In his opinion only on that condition the balance between the requirement of protection of the trust existing between a lawyer and his client and the requirement of protection of the general interests of society can be safeguarded. If the purpose of the ascertainment of the legal position of his client is merely to help the client organize his activities in compliance with the law and subject his objectives to the rule of law, it must be regarded as advice and exempted from the obligation to inform. On the other hand, if the main purpose of the ascertainment is to execute or plan a commercial or financial transaction and to identify the economically most favourable solution, the lawyer is no longer acting in any capacity other than that of a "business agent". In the first case the lawyer is acting in the interests of his client but also in the interests of the law. In the latter case only the interests of the client prevail, the lawyer is not acting as an independent lawyer.

By way of interim conclusion we can say that according to the Court of Justice the sphere of protection of the lawyer-client relationship of trust includes legal assistance in relation to judicial and pre-trial proceedings and legal advice to enable the client to find out his rights and obligations and the risks entailed in his activities.

For the time being it remains open whether the conclusions reached in the referred case are applicable solely to the needs of combating money laundering and terrorism, or they are more general in nature, allowing for the restriction of the lawyer-client relationship of

trust also in other cases, when this is justified by weighty interest of the society.

The protection of the confidentiality of lawyer-client communications extends beyond criminal, civil or administrative court proceedings or advising on legal matters in relation to these proceedings. This opinion is supported by the ECJ judgment of 18 May 1982 in case *AM & S* and the judgment of the Court of First Instance of 17 September 2007 in *Akzo Nobel Chemicals Ltd*.[2]

2.2. Protection of confidentiality of the lawyer-client communications in administrative proceedings

To ensure the observance of competition rules the EC legislation gives extensive powers of inspection to investigative bodies. Such an investigation may lead to the imposition of fines or periodic penalty payments on the business operators who have violated the rules, and this renders the procedure similar to misdemeanour and criminal proceedings. This is why the Court of Justice has formulated some procedural guarantees, such as rights of defence, prohibition to punish again for the same act, prohibition of arbitrary and disproportionate investigation, etc.,[3] and has considered it necessary that these guarantees be observed. The Court has emphasised that the protection of the confidentiality of written communications between lawyer and client is an essential corollary to the rights of the defence (Case 155/79: *AM & S* [1982], paragraph 23). Pursuant to the established case law, observance of the right to be heard is, in all proceedings in which sanctions, in particular fines or penalty payments, may be imposed, a fundamental principle of Community law which must be respected even if the proceedings in question are administrative proceedings. It is necessary to prevent those rights from being irremediably impaired during preliminary inquiry procedures, including, in particular, inves-

[2] At the time of writing this article the judgement had not yet entered into force.

[3] It has been argued that national rules ensuring more extensive protection to the confidentiality of communications are not in conflict with the situation that the protection of confidentiality is more limited when the investigations are conducted by the Commission (See E. Gippini-Fournier, 2004, p.6).

tigations which may be decisive in providing evidence of the unlawful nature of conduct engaged in by undertakings for which they may be liable (Case T-125/03 and T- 253/03: Akzo Nobel Chemicals [2007], paragraph 120).

The issue under dispute in *AM & S* was whether in the inspection proceedings over the observance of competition rules undertakings had an obligation to present to the European Commission the documents exchanged between a legal adviser and his client. This was the first case in the ECJ practice where the Court ruled that the EC law protects the confidentiality of the lawyer-client communications. The valid Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty[4] requires close cooperation of the Commission and the competition authorities of Member States in the supervision of the application of competition rules in the EC. The regulation gives the Commission extensive powers of inspection, including the right to enter any premises, land and means of transport of undertakings and associations of undertakings, to examine the books and other records related to the business, irrespective of the medium on which they are stored and take copies from these.

The Court of Justice explained in this case that irrespective of the lack of uniform concept of the limits of protection of the confidentiality of the lawyer-client communications, some common criteria can be found. In all countries laws protect the confidentiality of written communications between lawyer and client provided that such communications are made for the purposes and in the interests of the client's rights of defence and that the defence counsel is an independent lawyer who is not bound to the client by a relationship of employment. The Court held that the regulation on the implementation of competition rules must be interpreted to the effect that it protects the confidentiality of communications if the aforementioned two conditions are fulfilled. The rights of defence deserve protection, and the confidentiality of communications is an integral part of these rights. The confidentiality of communications shall be protected to

[4] OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25. This Regulation replaced Council Regulation no 17 of 1962.

the extent covering all written communications exchanged between a lawyer and his client after the initiation of the administrative procedure. The Court added furthermore that it must also be possible to extend the protection to earlier written communications which have a relationship to the subject-matter of the administrative procedure.

In the *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* case The Court of First Instance added that due to the particular nature of the principle of legal professional privilege, the purpose of which is both to guarantee the full exercise of individuals' rights of defence and to safeguard the requirement that any person must be able, without constraint, to consult his lawyer, the fact that the Commission reads the content of a confidential document is in itself a breach of this principle. The requirement of protection of confidentiality goes beyond the requirement that information provided by an undertaking to its lawyer or the content of the advice given by the lawyer cannot be used against it in a decision which penalises a breach of the competition rules. First, that protection seeks to safeguard the public interest in the proper administration of justice in ensuring that a client is free to consult his lawyer without fear that any confidences which he imparts may subsequently be disclosed. Secondly, its purpose is to avoid the harm which may be caused to the undertaking's rights of the defence as a result of the Commission reading the contents of a confidential document and improperly adding it to the investigation file. Even if that document is not used as evidence in a decision imposing a penalty under the competition rules, the undertaking may suffer harm which cannot be made good or can only be made good with great difficulty. Information covered by legal professional privilege might be used by the Commission, directly or indirectly, in order to obtain new information or new evidence without the undertaking in question always being able to identify or prevent such information or evidence from being used against it. Moreover, harm which the undertaking concerned would suffer as a result of disclosure to third parties of information covered by legal professional privilege could not be made good (*Akzo Nobel Chemicals, paragraphs 86 and 87*).

The requirement as to the position and status as an independent lawyer is based on a conception of the lawyer's role as collaborating in the administration of justice by the courts and as being required to

provide, in full independence, and in the overriding interests of that cause, such legal assistance as the client needs. The counterpart of that protection lies in the rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced by Bar Associations (*AM & S, paragraphs 22-24*). The requirement of confidentiality of communications does not prevent a client from disclosing the content of the communications, if this is in his interests.

2.3. The search of a lawyer or of his office

The confidentiality of lawyer-client communications is compromised by the possibility to search lawyers' offices or homes and to seize data media. Thus, the general prohibition to apprehend, search or arrest a lawyer in relation to his activities relating to his profession, is directly linked to the requirements of lawyers' independence and confidentiality of communications. This prohibition is not an absolute one, on the condition that apprehension or search can be justified by a public interest and that procedural guarantees are observed. Such a public interest may be, e.g. the objective of detection of criminal offence.

The European Court of Human Rights has analysed the search of a lawyer's office and seizure of data media on the basis of Article 8 of the ECHR, which protects the right to respect for private and family life, home and correspondence. According to the case law of the Court the search of lawyer's office and seizure of data media may infringe upon the inviolability of home and confidentiality of correspondence. Although, normally the term "home" denotes a place where a person lives, the case-law of the Human Rights Court, beginning with the *Niemietz v. Germany* [1992] case, gives a broad interpretation of the term an extends the protection of Article 8 to business premises. According to the Human Rights Court such an interpretation is fully consonant with the French text, since the word "domicile" has a broader connotation than the word "home". Niemietz lived in Germany and practised as a lawyer. His law office was searched on the basis of a court order, to find the documents which could help to identify the person who had insulted a judge. The Court held that the interference

into the right protected under Article 8 of the Convention was not necessary, because the offence which was sought to be detected was a minor one, the search warrant was drawn in broad terms and there was no independent observer present. The Court also took into account that a lawyer is protected by the requirement of professional secrecy. In the *Roemen and Schmit v. Luxembourg* [2003] case the search of a lawyer's office had been executed in the presence of an investigating judge, a public prosecutor and the President of the Bar Council. The latter's observations regarding the protection of the professional confidence were recorded in the police department's search report. In this case, too, the Court argued that the search violated the rights established in Article 8, as the search warrant was drafted in wide terms and the ultimate purpose of the search was to establish the journalist's source through his lawyer, thus interfering into the freedom of expression, protected by Article 10 of the Convention.

A violation of Article 8 of the Convention was found also in the case of *Petri Sallinen et al v. Finland* [2005]. Sallinen was a member of the Finnish Bar, the other 17 applicants were his clients. The police, assisted by a tax inspector, searched Sallinen's law office, flat and vehicles. The search warrant was based on the suspicion that two of Sallinen's clients had committed debtor's fraud, and that Sallinen himself had aided and abetted the offences by drafting certain documents. During the search of the law office the police perused the files of all clients and the computer, which contained information about meetings with clients. The hard disc of the computer was copied, some hard discs were seized. Later on the police returned the seized hard discs and informed him that a copy of one of the hard disks will be stored. A representative of the Bar was present during the search. Subsequently the prosecutor filed charges against two of Sallinen's clients, but not to Sallinen himself. The Court reproached Finland that the relationship between the provisions of the criminal procedural law and the Advocates Act (read together) was somewhat unclear and gave rise to diverging views on the extent of the protection afforded to privileged material, and that the provisions did not make it sufficiently clear under which circumstances the privileged material may be searched and seized.

A recent judgment of the Court in *Wieser and Bios Beteiligungen GmbH v. Austria* [2007] is of interest in this context, as it deals with a case where a person had combined a lawyer's profession with business. Wieser was a lawyer in Salzburg, and at the same time he was the owner and general manager of Wieser and Bios Beteiligungen GmbH. The holding company, in turn, was the sole owner of the limited liability company Novamed. Both companies had their seats at the law office. An Austrian court issued a warrant to search the seat of the applicant company and Novamed, which was simultaneously a law office, upon a request for legal assistance by the Naples prosecutor in the course of pending criminal proceedings in Italy, concerning illegal trade in medicaments, where invoices addressed to Novamed had been found.

The search was carried out by ten officers of police and data securing experts. One group of the officers searched the law office for files concerning Novamed or Bicos in the presence of the lawyer and a representative of the Salzburg Bar Association. Whenever the lawyer objected to an immediate examination of a document seized it was sealed and deposited at the court. All seized or sealed documents were listed in a search report. Simultaneously, another group of police officers and data securing experts examined the law office's computer facilities and copied several files to disks. The representative of the Bar Association was informed about the search of the computer facilities and was also temporarily present. When the officers had terminated the search of the computer facilities, they left without having drawn up a search report, but later the same day they drew up a data securing report, stating that no complete copy of the server was made. The report described that they had found and studied a folder named Novamed and had copied it. Also, deleted items were retrieved and copied. At the police premises all the files were printed out and both the disks and print-outs were then handed over to the investigating judge.

Wieser filed a complaint only in regard to the search and seizure of electronic data. The Court found that professional secrecy was not sufficiently protected during the search, as the representative of the Bar was only temporarily present during the search of the computer facilities. Therefore he could not properly exercise his supervisory function as regards the course of the search. Furthermore, the search

report was not drawn up at the end of the search but only later the same day, and the police officers failed to inform the applicant or the representative of the Bar Association of the results of the search of the computers. In the case of *Tamosius v. United Kingdom* [2002] the Court came to the conclusion that upon the search of a lawyer's office with the aim of detecting a tax fraud the requirement of protection of legal professional privilege had been observed, and therefore the application was declared inadmissible.

It can be concluded on the basis of case law that upon deciding whether search and seizure are necessary in a democratic society it is important that the national law and practice provide for adequate and effective remedies against abuse and arbitrariness. A search of a lawyer's office may be justified by a legitimate aim, but even in this case the right of clients to confidentiality of communications must be guaranteed. Pursuant to the case law the Human Rights Court takes into account 1) whether the search permission was issued by a court and whether it is based on a reasonable doubt, and 2) whether the extent of search was reasonably limited; and 3) upon the search of lawyers' offices, whether the search was effected in the presence of an independent observer, who supervises that the medium carrying professional secrets is protected.

The case law confirms that not only the data media in the possession of a lawyer but also the documents in the possession of a client are protected by the requirement of confidentiality of communications. For example, in *Foxly v. United Kingdom* [2000] case the British court had decided that in the interests of determining the size of bankruptcy estate it was necessary to check the letters sent to the bankrupt, and requested that the letters addressed to the bankrupt be re-directed to the trustee in bankruptcy. Among the letters were two from his legal advisers regarding the proceeding of the complainant's application in the European Human Rights Commission. The Court pointed out that the checking of the bankrupt's correspondence can be justified with the objective of determining his sources of income, yet because of the relationship of trust between a lawyer and his client the client's correspondence with his lawyer is, as a rule, confidential. The Court found a violation of Article 8, because the trustee in bank-

ruptcy had opened, read and copied to file the letters from legal advisers before forwarding these to the applicant.

III. Applicability of confidentiality of communications ratione personae

This issue relates to one party of the relationship of trust and could have been worded as follows: do the guarantees and privileges, as well as obligations arising from the confidentiality of communications extend to other legal professionals in addition to lawyers? The question is justified by the terminology utilised in the Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing.

Speaking of the obligation of professional secrecy the directive addresses "independent members of professions providing legal advice which are legally recognised and controlled" and "notaries and other independent legal professionals". It is understandable that different countries use different terms and the term "lawyer" may not be uniformly understood in all countries. At the same time there are states where legal aid may be provided by law offices the employees of which are not members of the Bar. The word "independent" seems to play a decisive role in this context. A legal adviser must be legally recognised and controlled and independent. Commonly, the rules on discipline and professional ethics are not binding on the lawyers who are not members of the Bar. There is no supervisory system, comparable to that applicable to lawyers, over the activities of legal advisers, and there are no sanctions against those who violate the law or the requirements of professional conduct.

In the *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* case the plaintiffs posed the question of the protection of confidentiality of communications between an undertaking and the in-house lawyer. The company's adviser was a lawyer, member of the Bar Association, who provided legal advise on the basis of an employment contract entered into with the company. The CCBE (Conseil des barreaux européens), who intervened in the proceedings, submitted that, in the context of applying

protection of legal professional privilege, a distinction should be made not between legal advisers who are employed and those who are not employed by the company to which they give advice. Instead, a distinction should be made between those who are and those who are not subject to professional obligations, compliance with which is supervised by the Bar or Law Society in the Member State concerned.

The Court of First Instance pointed out that in the case of *AM & S* the court had expressly excluded communications with in-house lawyers, with legal advisers bound to their clients by a relationship of employment, from protection under legal professional privilege (paragraph 167). As regards the argument advanced by the applicants to the effect that the Court of First Instance should extend the personal scope of legal professional privilege beyond the limits established by the Court of Justice in *AM & S*, the Court pointed out, that an examination of the laws of the Member States showed that, even though it was the case that specific recognition of the role of in-house lawyers and the protection of communications with such lawyers under legal professional privilege was relatively more common today than when the judgment in *AM & S* was handed down, it was not possible, nevertheless, to identify tendencies which are uniform or have clear majority support in that regard in the laws of the Member States (paragraph 170).

Conclusion

The protection of confidentiality of lawyer-client communications is an integral part of a fair trial, recognised in the EU law. In a democratic society it is in a public interest that a person must be able to consult a lawyer without fearing that what he confides would later be disclosed. The confidentiality of communications also ensures trust between a lawyer and his client, whish is a prerequisite of effective protection of a person's interests and rights. The confidentiality of communications can be violated by search, seizure of data media, and interception or surveillance of communication; consequently, for the performance of these acts the law must provide effective remedies for the prevention of abuse. Nevertheless, the requirement of confidentia-

lity is not an absolute one and can not be extended to all legal services. As in the continental Europe the confidentiality of communications must, first of all, guarantee that a person's rights of defence are effective, the protection of confidentiality generally includes the legal services which have a link to the defence of the person in criminal or misdemeanour proceedings and his representation in administrative and civil court proceedings, and legal advice with the aim of ascertaining the client's legal position with the view of helping him to organise his activities in conformity with the law. The European Court of Justice, bearing in mind the need to guarantee the rights of defence, has extended the protection of confidentiality of communications to the inspection procedure over the observance of competition rules, which in essence is an administrative procedure.

Pursuant to EU legislation and case law the aim of combating such serious crime as terrorism and money laundering justifies the imposition on lawyers of the obligation to cooperate with the authorities, when the lawyer acts as his client's "business agent".

References

1. Code of Conduct for European Lawyers - http://www.ccbe.eu/index.php?id=32&L=0
2. Gippini-Fournier, E. Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance. - www.ssrn.com.
3. Lord Denning (1980) The Due Process of Law. London, Butterwords.
4. Council of Europe Recommendation (2000) 21 on the Freedom of the exercise of the profession of lawyer – http:/www.legislationline.org/ legislation.php?tid=105&lid=5249
5. Rosenfeld, M. (1982) The Transformation of the Attorney-Client Privilege: In Search of an Ideological Reconciliation of Individualism, the Adversary system, and the Corporate Client's Sec Disclosure Obligations – Hastings Law Journal, 33, p 495-550.

Caselaw

European Court of Justice

1. Case 155/79: AM & S Europe Limited [1982]
2. Joined Cases T-125/03 and T-253/03: Akzo Nobel Chemicals Ltd [2007]
3. Case C-305/05: Ordre des barreaux francophones et germanophone and others [2007]

European Court of Human Rights

1. Niemietz, Judgement of 16 December 1982
2. Foxly, Judgement of 20 June 2000
3. Tamosius, Decision of 19 September 2002
4. Roemen and Schmit, Judgement of 25 February 2003
5. Sallinen and others, Judgement of 27 September 2005
6. Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH, Judgement of 16 October 2007

© MRU

MRU © MRU © MRU

THE LEGACY OF CARLO RUSSO: CREATION OF A SUPREME EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Paul Mahoney, Jonathan Sharpe*

I. Introductory Remarks

The woes of the European Court of Human Rights are well known and well documented in academic writings. The solutions proposed for ensuring the survival of the Court in the face of its ever-mounting and potentially suffocating caseload are many and varied. The object of this article is not to offer a comprehensive review of this vast subject, but rather to put on paper one circumscribed idea for the possible reform of one – crucial - aspect of the judicial system set up under the European Convention on Human Rights (the "ECHR") which the late Carlo Russo, former Italian judge on the Court, had been propounding at meetings and colloquies for a number of years before his death in November 2007. That idea may be boiled down to the proposition to

create a Supreme European Court of Human Rights invested with jurisdiction to give a final ruling in a limited number of cases brought before it from the present Court, the added complexity that this would bring to the ECHR system being offset by reduction in jurisdiction at the level of the present Court.

The present article is the product of our discussions with Carlo Russo on the subject. Carlo Russo's original ideas as discussed with

* Any views expressed are personal.

him are presented, but the present authors have taken the liberty of interspersing this presentation with glosses or comments of their own.

Pranas Kūris has first-hand knowledge both of the operational problems of the ECHR system and of Carlo Russo, having been the latter's colleague as a judge on the former European Court of Human Rights before the installation of the single, permanent Court under Protocol No. 11 to the ECHR in 1998. The subject-matter of the present paper thus reflects one of the several areas of law in which Pranas Kūris has served within distinction during his highly successful professional life.

II. Aims Pursued by the Proposal

There is a physical limit to the number of cases on which a Strasbourg judge can sensibly adjudicate each week, each year. In 2007, 41,700 applications were allocated to a judicial formation, with 24,450 pending cases still waiting to be processed at the pre-judicial stage at 31 December 2007. Even if these figures are reduced so as to eliminate the 13,000 or so applications which are disposed of "administratively" each year without ever going before a judge, that is to say, those applications which are shredded by the Registry as a result of a lack of response from the applicant after a period of twelve months, it cannot be seriously suggested that each one of the remaining tens of thousands of cases can be the subject of proper judicial examination within a reasonable time by the 47 judges on the Court. Already one consequence of the Strasbourg Court's exploding caseload is that the judicial examination to be carried out by a committee of three judges, as provided for under the literal wording of the ECHR, before an application can be rejected as manifestly unmeritorious in a "reasoned decision" is becoming a legal fiction: there is no decision in a material sense and no developed reasoning as such; and only very rarely has a judge examined the case-file, the final decision of rejection usually being taken on the basis of summaries and proposals prepared by the Registry. Secondly, notwithstanding this streamlining, delays and backlogs have built up (at 1 April 2008 no less than 85,000 applications were pending before a judicial formation, not counting the pending cases waiting to be processed at the pre-judicial stage), not

only for the vast majority of applications that will be rejected as manifestly unmeritorious by a committee but, worse still, for the meritorious cases that need to be judicially considered – and properly considered – by a seven-judge chamber.

How will the judges be able to devote enough time to the statistically small proportion of meritorious cases where there is arguably a human-rights violation and a victim, and to crafting high-quality caselaw to serve as a unifying European template for human-rights protection by the national courts, when confronted, as they are, with a suffocating mass of unmeritorious applications which also have to be adjudicated on and in relation to which the applicant is also entitled to a decision within a reasonable time?

Another critical feature of the ECHR system at risk because of the pressure on the Court to increase its productivity – largely a budgetary pressure from cash-strapped governments for the Court to "do more for less money"[1] – is the confidence placed in the Court's caselaw by the national courts. As it has been put by one commentator, Michael O'Boyle, currently Deputy Registrar of the Court, "damage to the reputation of the Court due to a loss of authority could erode not only the integrity of the Court itself but one of the factors which nourishes and sustains its continued effectiveness, namely continued confidence [of Governments, national courts, the legal profession and the public] in its ability to do justice".[2] Yet the treatment of cases is having to become more and more expeditive; less time is available to the Court, the judges and the Registry case-lawyers for preparing meritorious cases, for research and for drafting the judgment, even in the important cases. How long can this tendency continue before quality, and therefore the authority of the Court's caselaw, suffer ir-

[1] This is not the place to dwell on the Court's budgetary problems. It suffices to note that under present practice any increase in the Court's resources correspondingly reduces the resources available for other Council of Europe activities, which include assisting Member States in achieving the aims pursued by the ECHR. This, coupled with adherence come what may to a policy of zero real growth for the Council's budget, can only raise a question as to the States' commitment to the long-term future of the Organisation.

[2] Michael O'Boyle, "The Imperilled Success of the European Court of Human Rights", in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme: Etudes à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Harno Hartig (ed.), pp.251-264 (Nemesis-Bruylant, Brussels, 2007)

reparably? National courts will be willing to follow and apply Strasbourg jurisprudence, to adapt national law and even to overrule their own preferred interpretations as long as they can have confidence in the quality of the rulings being handed down by the Strasbourg Court.[3] Once that confidence goes, the collective character of the human rights protection which lies at the heart of the ECHR system will be undermined, since that collective character depends not only on the collective elaboration and enforcement of judgments by the ECHR community of countries at international level in Strasbourg but also, more importantly in the long run as far as the actual enjoyment of the guaranteed rights and freedoms by ordinary individuals on a day-to-day basis in the ECHR countries is concerned, on an active, two-way collaboration between the national authorities and the international system, in particular between the national courts and the European Court.

The Russo proposal for a Supreme European Court of Human Rights is aimed at achieving two primary objectives in relation to the treatment of the small percentage of serious, meritorious cases raising an important human rights issue. Firstly, it is intended to put in place a dedicated judicial body having both the expertise and the time necessary to enable an in-depth adjudication of such cases. Secondly, the proposal seeks to reinforce the links with, and mutual confidence between, the supreme courts of the ECHR Contracting States and the Strasbourg Court.

The concomitant measures that need to be taken, whether at national or international level, for resolving the problem of the huge

[3] At least one member of a national supreme court (Lord Rodger of Earlsferry, Lord of Appeal in Ordinary, House of Lords, London; formerly President, Court of Session, Edinburgh), who is both familiar with and a supporter of the ECHR system, has referred in print to such a concern. See Alan Rodger, "The Future of the European Court of Human Rights/The Graz Symposium", in 24 *Human Rights Law Journal* 149 at 151 (2003). After stressing "the need to maintain, or if possible to improve, the quality of the Court's judgments", Lord Rodger summarised the view expressed at the Symposium as follows: "The Court plays a crucial role in developing the law of human rights in the countries of the Council of Europe. The highest national courts would only respect the Court's judgments and strive to apply this jurisprudence, however, if they could see that the judgments were indeed carefully, cogently and consistently reasoned. That was not always the case at present."

volume of unmeritorious, repetitive and routine applications flooding into Strasbourg are not addressed in the present paper.[4]

III. The Proposal

1. Creation of a Supreme European Court of Human Rights

As indicated earlier, the essence of the proposal is to place at the summit of the ECHR machinery of protection a "Supreme European Court of Human Rights".

In orthodox treaty practice, which is what Carlo Russo envisaged, this would be done by means of an additional protocol to the ECHR, which would enter into force on ratification by all the Contracting States. However, as the saga of the Protocol No. 14 has shown, such a manner of proceeding not only carries the potential of making entry into force a lengthy process, with so many ratifications needed, but also confers a right of veto on each and every one of the 47 Contracting States. Thus, just one, single State, for motives which it may well consider legitimate from the point of view of its own national interests or legal traditions, is in a position to block a vital procedural improvement sought by its 46 partner states. Given the urgency of the plight of the Strasbourg Court, this is a high price to pay in order to respect national sovereignty.

The present authors would not therefore exclude recourse to an optional protocol – that is to say, the orthodox treaty practice under the ECHR normally reserved for the introduction of new rights rather than new remedies, whereby entry into force of the change occurs after ratification by a specified number of Contracting States (in the present context, this would have to be a high number), but solely

[4] On this point, the two present authors tend to think that the analysis contained in the (2001) *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers of the Council of Europe on the European Court of Human Rights* (22 Human Rights Law Journal 308 (2001)) remains valid today, despite the intervening adoption of Protocol No. 14 to the ECHR.

in relation to applications lodged against those volunteering States.[5] The general interest – of ensuring the survival of the ECHR protection machinery – would be served through the introduction of the new system for the specified high majority of the States, while the perceived national interest of the few recalcitrant States, if there are any, would be respected by allowing them to remain outside for as long as they wished. The ECHR enforcement system would not thereby be unbalanced, nor would a wholly discriminatory "two-speed" remedy for individual applicants be installed, since, as will be seen from the following account, the proposal does not involve radically dismantling the present set-up, but only grafting on to it, with a few necessary adaptations, an alternative for processing a very small, albeit important category of cases.

2. Composition of the Supreme Court

The Supreme Court would be composed of fifteen judges.[6]

[5] It will be recalled that there is a precedent for such an approach in relation to the enforcement machinery rather than the rights of the ECHR, in the form of Protocol No. 9 to the ECHR. Protocol No. 9, which enabled applicants, subject to obtaining leave, to bring their case before the old Court at the close of the proceedings before the European Commission of Human Rights, was optional.

[6] The idea of having less than 47 judges has been propounded elsewhere. See, e.g., (a) the *Evaluation Group Report*, footnote 4 above, §98 (d), which raised "the more political issue of whether, under such an arrangement [in which the Court would consist of two divisions, the first composed of elected judges and the second – with responsibility for preliminary examination of applications – composed of appropriately appointed independent and impartial persons invested with judicial status], the first division of the Court should be composed of a number of judges equal to or less than the number of Contracting States and whether that division should sit full-time"; (b) the (2006) Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers of the Council of Europe (document SAGES (2006) 06 EN Def), §§ 119-122: "In the Group's opinion, the logic underlying the new role proposed for the Court and the setting up of the Judicial Committee [that is a new judicial filtering mechanism] should lead in due course to a reduction in the number of judges, bringing it into line with the Court's functional requirements and the need to ensure consistency of caselaw. The Group therefore recommends limiting the number of members of the Court while ensuring the presence of a national judge of the State party to a dispute through the appointment of an *ad hoc* judge. In order to respect the principle of equality between States

As to the qualifications required, one possibility, in view of the objective of consolidating the links with national judicial systems, would be to limit candidates to persons who are exercising or have exercised high judicial functions in their country of origin – that is to say, on national supreme or constitutional courts. There is much to be said for such an approach. However, while guaranteeing judicial competence and the confidence of the national courts by "plugging" the Supreme European Court directly into the national judicial fabric of the Member States through its composition, such a limitative qualification would exclude other categories of candidates who have in the past proved their worth. This is why Carlo Russo was himself, after reflection, in favour of opening the list to practising lawyers and professors of law of high renown and to persons who have held judicial posts at international or supranational level.

Five of the fifteen seats would be reserved for the "big five" Member States of the Council of Europe, namely France, Germany, Italy, Russia and the United-Kingdom (subject, of course, to their retaining their status as parties to the ECHR). The ten remaining seats would be occupied by the other Contracting States according to a system of rotation, which could be devised, with weightings or groupings, so as to allow the larger States such as Poland and Spain a more frequent presence on the Court than the smaller and micro States. The rotation system would also presumably include provisions designed to facilitate equitable geographical distribution and balanced representation of legal systems and of the sexes. Whenever, as is bound to happen, the Court's complement of fifteen did not include a judge appointed in respect of Contracting State which is concerned (as respondent or, much more rarely, as applicant, but not as intervener) in a case brought before the Court, the State concerned would have the right to nominate an *ad hoc* judge to sit in the case. The temptation

---

Parties to the Convention, it would be appropriate if the judges were elected on the basis of a system of rotation between States. It should be noted that, in most international courts, the number of judges is significantly less than the number of States Parties. It need only be pointed out that the International Court of Justice consists of 15 Judges and that the Inter-American Court of Human Rights based in San José (Costa Rica) – which, like the European Court, protects human rights in a regional framework – has only 7 judges for 23 States Parties."

for the Governments concerned to choose "horses for courses" could be avoided by limiting the choice to persons figuring on pre-established lists of approved *ad hoc* judges for each country, to be drawn up in a similar manner to that provided for the appointment of full judges.

Now that, with the Treaty of Lisbon, the chances of the European Union acceding to the ECHR are becoming firmer, thought would also have to be devoted to how to integrate the Union into such a scheme of reserved and rotating seats.

3. Appointment of Judges

With a pedigree of fifty years, the present manner of appointing judges would appear to be the one to retain. In any event, despite the criticisms that are periodically voiced, it is unlikely that the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe would be prepared to concede any of their current prerogatives in this – sensitive – domain. Thus, the judges of the Supreme Court of the Human Rights would be elected by the Parliamentary Assembly, on the basis of lists of candidates presented by the Governments through the Committee of Ministers. The system adopted for rotation of seats among the Contracting States would determine whether all or only some of the States would have the right to present a list.

The term of office, non-renewable, would be for five years. The non-renewable character of the term of office is prompted by the same motive as that behind the provision figuring in Protocol No. 14 to the Convention, namely to consolidate the independence of the judges from their home-country authorities by removing any scope for untoward pressure linked to possible renomination or not for a further term. The shortness of the term – five years –is explained by the fact that it is only to be a part-time activity, not involving residence in Strasbourg or the abandonment by the judge of his or her existing career, and by the need to ensure the rotation of judges at regular intervals between the Contracting States which do not have a "reserved" seat on the Court.

4. Functions of the Supreme Court

The jurisdiction of the new Supreme Court would be restricted to cases brought before the present Court by a Contracting State or by an individual applicant, in which

(a) a chamber of the present Court has relinquished jurisdiction in favour of the Supreme Court; or

(b) within three months of delivery of a judgment by a chamber of the present Court, one of the parties has requested the referral of the case to the Supreme Court; the decision on the request being taken by a panel of five judges of the Supreme Court; or

(c) the Supreme Court decides of its own motion to substitute itself for the present Court by taking over the consideration of the case; this power to assume jurisdiction being exercisable by decision taken, at any stage of the proceedings before the present Court, by a two-thirds majority of the plenary of the Supreme Court.[7]

In all three instances set out in (a), (b) and (c) above the exercise of the relevant power to bring the case before the Supreme Court would be subject to conditions of the kind found in the present Articles 30 and 43 ECHR (on relinquishment of jurisdiction by a chamber to the Grand Chamber prior to judgment and on referral by a party to the Grand Chamber after judgment), namely that

- the case raises a serious question of interpretation or application of the ECHR, or a serious issue of general importance; or
- the resolution of a question before the competent chamber might have a result inconsistent with previous caselaw.

Given the proposal to empower the Supreme Court to assume jurisdiction of its own motion at any stage of the proceedings before the present Court and the guarantee that this represents in the general interest, it would even be conceivable to maintain the much maligned power of veto conferred on the parties by the present Article 30 ECHR, whereby the parties, if they object, may prevent relinquishment of jurisdiction by a chamber.

[7] The idea of own-motion assumption of jurisdiction is also found in the *Wise Persons' Report*, footnote 6 above, §64.

There would therefore be no possibility for applicants to directly lodge an originating application with the Supreme Court, thereby bypassing the present Court, even on the ground that the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the ECHR and so on. This lack of direct access is necessary to prevent the Supreme Court being flooded with unmeritorious originating applications in the way that the present Court is. What is more, any such direct access would most likely only serve to multiply the workload in Strasbourg, in that originating applications not accepted for consideration by the Supreme Court would presumably have to be passed down the line to the present Court for fresh examination.

The Supreme Court would be competent to rule on admissibility as well as merits. Apart from the assumption of jurisdiction by the Supreme Court of its own motion, where the exceptional character of the decision would require a two-thirds majority, all judicial decisions (by panels and the plenary) would be taken by simple majority. The provisions in the ECHR on the obligation of the Contracting States to abide by judgments and on the execution of judgments would, naturally, also apply to the Supreme Court.

Although this did not figure in the original Russo proposal, it would seem sensible, given the role as final instance to be attributed to the Supreme Court, also to invest it with a fourth head of jurisdiction:

(d) the task of rendering advisory opinions at the request of the Committee of Ministers of the Council of Europe (a competence currently conferred on the Grand Chamber of the present Court by Articles 31 and 47 ECHR).[8]

5. Role of the Present Court

Under the envisaged scheme the present Court would remain in place with unchanged attributions, save that the competence of the Grand Chamber in relation to both contentious matters and advisory opinions would be removed. The present Court would in effect be

[8] NB. The *Wise Persons' Report*, footnote 6 above, §76-86, also envisaged, as "an innovation which would foster dialogue between courts and enhance the Court's 'constitutional' role", requests for non-binding opinions from national courts.

converted into the "ordinary" jurisdiction before which is to be exercised the international remedy under the ECHR, retaining responsibility for screening out unmeritorious applications and disposing of the great majority of meritorious applications. The volume of work involved in this dual task would require the present Court to stay a permanent body, with full-time judges residing in Strasbourg as now. Whether the status and attendant benefits of those judges should be adjusted to take account of the relative reduction in judicial responsibility allotted to them in the modified system is largely a political question.

6. Procedure before the Supreme Court

There would be a written procedure, followed by an oral hearing only if deemed necessary by the Supreme Court. The opportunity for third-party intervention would be re-opened on the bringing of a case before the Supreme Court. In particular, other Contracting States or non-governmental organisations might well wish to intervene on issues of the importance envisaged for Supreme Court examination.

7. Premises and Registry of the Supreme Court

The Supreme Court would have its seat in Strasbourg and sit in the Human Rights Building. The Supreme Court would be assisted by a small, permanent registry of its own for the accomplishment of its judicial work, but this would not be incompatible with its being dependent on the common services of the present Court in appropriate areas such as staff management, information technology, translation, library and research facilities, and so on.

8. Financial Aspects

The Supreme Court would sit in plenary formation for the consideration of cases, save as regards requests from the parties for referral of a case after judgment by the present Court, which would be dealt

with by a panel of five judges. It may be estimated that the judges would be called on to deal with twenty or so cases a year.

The fifteen judges would not be full-time public servants of the Council of Europe. They would act on a part-time basis only, being required to come to Strasbourg whenever necessary for the performance of their duties. As Carlo Russo saw it, they would receive allowances to cover their travelling, subsistence and other expenses, but no remuneration as such. This corresponds to the notion of unselfish public service which Carlo Russo himself espoused and practised throughout his life, both in his political career in Italy and in judicial functions in Strasbourg; but it may well be too strict an approach in the face of the reality of the personal expenditure and inconvenience that being a part-time international judge outside one's own country will undoubtedly entail. The present authors therefore feel that a system of a modest annual retainer, as was operated for the judges on the old semi-permanent Court prior to November 1998, might be more advisable.

IV. Concluding Remarks

Carlo Russo turns out not to have been a completely lone wolf crying in the wilderness when he launched his idea for a Supreme European Court of Human Rights in the early 2000's, since the Wise Persons' Group subsequently recommended limiting the Court, composed of a reduced number of elected judges, to "its essential role" through the establishment of a new judicial filtering mechanism coming under the direct authority of the Court and having jurisdiction to decide admissibility issues and applications judged to be manifestly well-founded or manifestly ill-founded.[9] More recently, a broadly similar idea to Carlo Russo's, based on the comparable objective of guaranteeing the authority of ECHR judgments vis-à-vis the national courts, has recently been put forward by Professor Frédéric Sudre of

[9] The *Wise Person's Report*, footnote 6 above, §§51-65, 129-133.

Montpellier University, at a hearing of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.[10]

The advantage of the Russo proposal for the creation of a Supreme Court above the present Court, in comparison with proposals for the creation of a purely filtering body below the present Court,[11] is that it does not condemn the lower judicial element in the equation (and the judges and legal staff that make it up) to doing nothing but the tedious work of screening out the huge volume of clearly unmeritorious and inadmissible applications, but leaves them with the substantial legal work of ruling on the admissibility and merits of the majority of meritorious cases. In sum, the present Court would remain the "ordinary" jurisdiction for the day-to-day judicial business of the ECHR international enforcement machinery established in Strasbourg.

The Russo proposal of course runs the risk of losing some of its value as an antidote to the Court's current ills because of the long delays usually associated with the process of treaty amendment, "the perennial problem with reform of the [ECHR being] that it has always suffered from a time-lag".[12] Unlike some past changes to the ECHR enforcement machinery – including Protocol No. 11, which had already been overtaken by events (notably the fall of the Berlin Wall) when the single, permanent Court entered into function in Novem-

[10] Document AS/Jur (2008)08 of 21 February 2008, working document presented to the Committee on Legal Affairs and Human Rights, on the issue of "Guaranteeing the authority and effectiveness of the [ECHR]". Sudre calls for a dual structure, with a European Tribunal and a European Court of Human Rights, the Tribunal acting as a court of first instance composed of 47 judges whose function would be to hear individual cases and the Court being "the supreme, 'quasi-constitutional' jurisdiction, composed of a limited (9-15) number of judges" whose task would be to "rule on the law".

[11] One of the present authors, in 2002 before the opening for signature of Protocol No.14, himself came out in favour of a dedicated, separate filtering mechanism operated by a different corps of judges, so as to relieve the Court of the vast mass of applications and leave it free to adjudicate exclusively on the meritorious applications that do raise an arguable human rights issue: Paul Mahoney, "New Challenges for the European Court of Human Rights Resulting from the Expanding Caseload and Membership", 21 *Penn State International Law Review* 101-114 (2002).

[12] *O'Boyle*, footnote 2 above.

ber 2008 -, the institution of a semi-permanent European Supreme Court of Human Rights would represent a guarantee for the authority and quality of the Strasbourg jurisprudence, and thereby a reinforcement of the necessary bond of confidence between the national courts and the Strasbourg Court, whatever the context and even if the parameters and dimensions of the caseload dilemma in Strasbourg have altered in the meantime.

Many friends of the Strasbourg Court, like Carlo Russo and his erstwhile colleague Pranas Kūris, have become increasingly concerned about the future of the Court. The fear is that the institution is being submerged and will sink in the flood of applications and - bearing in mind the time needed to put reforms into effect - that valuable time is being lost in the repetitious rounds of discussion on the same topic. It may also be questioned whether the executive and the Member States of the Council of Europe have the drive to grasp the nettle firmly enough to bring about the measures needed to save what is recognised to be the Organisation's principal achievement. As we have said, the proposal outlined in this paper is far from representing the only conceivable reform capable of alleviating the Court's current dilemma, but it has the great merit, by recognising that cases do not all require the same depth of treatment, of combining a means of dealing with the ever-increasing caseload with a mechanism that would maintain the quality of the caselaw, and hence the prestige and standing, of the international ECHR judicial enforcement machinery in Strasbourg.

We suspect that had Carlo Russo lived to add his own name to a joint article developing in print the idea of creating a European Supreme Court of Human Rights, as was the intention when we had our discussions with him, Pranas Kūris, because of his first-hand knowledge of the problem and his own commitment to the protection of human rights in Europe, would doubtless have been one of the first to rally to the cause. For this reason, this article is dedicated to him as well as to Carlo Russo.

L'ÉVALUATION DES INCIDENCES DE CERTAINS PROJETS SUR L'ENVIRONNEMENT, UNE PROCÉDURE AU SERVICE DE LA RECONNAISSANCE CONCRÈTE DU DROIT DE L'HOMME À L'ENVIRONNEMENT PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE?

Jerzy Makarczyk*

«L'Homme [...] à le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures», Déclaration de la conférence de Stockholm, juin 1972

Pendant longtemps, la prise en compte de la protection de l'environnement à été présentée comme une simple déclaration de principe, éloignée de toute approche concrète, mais aujourd'hui, il n'en est plus de même, ainsi que la Cour internationale de justice l'a au demeurant exprimé dans un avis consultatif rendu le 8 juillet 1996 [1]: «La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle à également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et de leur santé y compris pour les générations à venir ...».

* L'auteur s'exprime à titre personnel.

Ainsi, au niveau international, une forme de reconnaissance du droit de l'homme à l'environnement est désormais acquise. Il existe à cet égard un très grand nombre d'instruments internationaux affirmant ce droit. L'on peut ainsi citer la Déclaration de Stockholm [2] sur l'environnement humain adoptée en 1972, à la suite de la première conférence mondiale des Nations unies sur l'environnement, intervenue après la tenue à l'UNESCO en 1968, de la conférence intergouvernementale d'experts sur les bases scientifiques de l'utilisation rationnelle et de la conservation des ressources naturelles de la biosphère, la Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1982 [3] et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 [4].

On citera enfin la ratification du protocole de Kyoto [5], adopté en décembre 1997 par les pays signataires de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, significatif de l'action de la Communauté européenne en matière de protection de la biodiversité.

La survenance de grandes catastrophes écologiques comme celles de Seveso, Bhopal, ou Tchernobyl, et la médiatisation des débats scientifiques sur les changements climatiques ou la réduction de la couche d'ozone ont, par ailleurs, sensibilisé l'opinion mondiale, de sorte que chacun perçoit désormais que la menace sur l'environnement est un phénomène collectif, à tel point que le prix Nobel de la Paix de l'année 2007 à été attribué à l'ancien vice-président américain Al Gore et au GIEC, groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, pour leur contribution à l'éveil des consciences sur les risques liés au réchauffement climatique.

Dans un tel contexte évolutif très progressif, il n'est guère étonnant de constater que la prise en considération de la protection de l'environnement en Europe est, de fait, assez récente. En juillet 1971, à ainsi été adoptée la première communication sur la politique de la Communauté en matière d'environnement, étant rappelé qu'à l'origine aucune disposition du traité de Rome ne conférait à la Communauté de compétence pour intervenir spécifiquement en matière environnementale. C'est ainsi que les premiers textes en la matière furent adoptés sur le fondement des anciens articles 100 et 235. Intervinrent ensuite les programmes d'action des Communautés

européennes en matière d'environnement de 1973 et de 1977 ainsi que le programme d'action de 1983 dont les orientations générales ont été approuvées par le Conseil des Communautés européennes et les représentants des gouvernements des États membres. En 1992, un nouveau programme d'action à été centré sur la mise en œuvre d'un développement durable, le programme du 22 juillet 2002 adopté par le Parlement européen et le Conseil s'inscrivant également dans la stratégie d'un tel développement et se concentrant sur le changement climatique, la nature et la diversité biologique, l'environnement et la santé ainsi que les ressources naturelles et les déchets.

L'Acte unique [6] à introduit expressément l'environnement dans le traité. Depuis le traité de Maastricht [7], les articles 2, 3 et 6 CE, ainsi que le titre XIX du traité CE consacré à l'environnement et au demeurant ainsi intitulé, sont venus légitimer et encadrer l'intervention de la Communauté dans ce domaine. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise à promouvoir un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité dudit environnement. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du «pollueur-payeur», les articles 174 CE à 176 CE constituant en principe le cadre dans lequel elle doit être conduite. À cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'important arrêt *Commission/Conseil* rendu le 13 septembre 2005 [8], à rappelé que les mesures visées à l'article 175, paragraphe 2, CE impliquent toutes une intervention des institutions communautaires dans des domaines tel que la politique fiscale, la politique de l'énergie ou la politique de l'aménagement du territoire, dans lesquels, en dehors de la politique de l'environnement, soit la Communauté ne dispose pas de compétence législative, soit l'unanimité au sein du Conseil est requise.

Quant au traité de Lisbonne [9], il s'inscrit dans cette lignée et affirme que l'un des objectifs de l'Union est d'œuvrer à un développement durable de l'Europe fondé, notamment, sur un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Le développement durable est également considéré comme l'un des objectifs fondamentaux de l'Union dans ses relations avec le reste du monde.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [10], prescrit, à son article 37, qu'un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de la qualité de celui-ci doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable. L'article 6 du traité sur l'Union européenne résultant du traité de Lisbonne reconnaît, quant à lui, les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Là encore, l'affirmation d'un droit à l'environnement n'est pas posée ce dont on ne peut, en réalité, pas véritablement s'étonner.

Comme le confirme la Cour de justice des Communautés européennes, en particulier dans l'arrêt du 13 septembre 2005, précité, «il est constant que la protection de l'environnement constitue un des objectifs essentiels de la Communauté, cet objectif ayant un «caractère transversal et fondamental», les exigences de la protection de l'environnement devant être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté.

L'approche communautaire de l'environnement est donc essentiellement conçue en termes d'objectifs à poursuivre, aucune disposition n'affirmant expressément le droit à l'environnement. C'est ce que l'on à pu qualifier de «processus de reconnaissance inachevé d'un droit à l'environnement au sein de l'ordre juridique de l'Union» (Nathalie Hervé-Fournereau [11], Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire, une alliance d'ombres et de lumières, in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur [12]).

On notera que le droit à l'environnement ne figure pas davantage dans les droits protégés énumérés dans la Convention européenne des droits de l'homme et que c'est sur le terrain de l'article 8 de ladite convention, relatif à la vie privée et familiale, que s'est d'abord positionnée la Cour européenne des droits de l'homme afin de protéger les atteintes à l'environnement, des atteintes graves à ce dernier étant en effet susceptibles d'affecter le bien être d'une personne.

Dans l'arrêt *Hamer c. Belgique* du 27 novembre 2007 [13], la Cour européenne des droits de l'homme rappelle que si aucune disposition de la Convention n'est spécialement destinée à assurer une protection générale de l'environnement en tant que tel, «la société d'aujourd'hui se soucie sans cesse davantage de le préserver ... L'environ-

nement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'État à légiféré en la matière. Les pouvoirs publics assument alors une responsabilité qui devrait se concrétiser par leur intervention au moment opportun afin de ne pas priver de tout effet utile les dispositions protectrices de l'environnement qu'ils ont décidé de mettre en œuvre».

Par ailleurs, la Cour de Strasbourg, dans un arrêt *Öneryildiz c/ Turquie* du 30 novembre 2004 [14], s'agissant d'une affaire où l'un des griefs portait sur des décès survenus lors d'un accident dans une décharge municipale, à jugé que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme trouvait à s'appliquer dans ce contexte particulier. Elle à ainsi jugé que l'obligation positive pour les États de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie, à fortiori pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telles que l'exploitation de sites de stockage de déchets.

Il est toutefois incontestable que la reconnaissance juridique du droit à l'environnement passe par différents vecteurs. En effet, au-delà de l'universalisme que devrait présenter l'affirmation d'un tel droit, il est essentiel que l'attente de l'opinion publique trouve une réponse directe dans l'instauration de mécanismes concrets permettant la mise en œuvre, en particulier, d'actions préventives.

À cet égard, le législateur communautaire à adopté nombre de textes de droit dérivé, on peut ainsi en recenser environ 300, qui touchent à cette nécessaire protection de l'environnement en tant qu'ils contribuent à assurer sa défense effective, illustrant le fait que le droit de l'environnement est un droit concret, imposant des obligations précises. Les domaines d'intervention du législateur communautaire sont variés, allant de la protection de l'air, de l'eau, de la faune et de la flore sauvage, à celle du cadre de vie, et tendent à encadrer des activités

à risques notamment dans les domaines de l'industrie, de l'agriculture, des transports.

On compte parmi ces textes la directive 85/337/CEE [15], du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences sur l'environnement de certains projets publics et privés, adoptée sur la base des articles 100 et 235 précités.

Cette directive à été modifiée par la directive 97/11/CE [16], du Conseil, du 3 mars 1997 et par la directive 2003/35/CE [17], du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003. Les modifications introduites en 2003 visent en particulier à tenir compte de la convention CEE/ONU, dite convention d'Aarhus [18], sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée par la Communauté le 25 juin 1998.

La directive 85/337/CEE à pour objet, conformément à ses premier et sixième considérants, de prévenir les pollutions et autres atteintes à l'environnement en soumettant certains projets publics et privés à une évaluation préalable de leurs incidences sur l'environnement, la meilleure politique en matière d'environnement consistant à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets. Elle affirme la nécessité de tenir compte le plus tôt possible des incidences sur l'environnement de tous les processus techniques de planification et de décision.

L'évaluation par anticipation est l'un des objectifs essentiels de ce texte, objectif que l'on retrouve dans d'autres domaines. Ainsi, dans le rapport sur les aspects éthiques du cinquième programme-cadre de recherche et développement de l'Union européenne, le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE) auprès de la Commission européenne distinguait trois niveaux de responsabilité en vue de l'évaluation éthique de projets de recherche, parmi lesquels l'évaluation du processus de recherche, sous l'angle des risques expérimentaux pour les personnes, les animaux, l'environnement, ainsi que l'évaluation anticipative des usages et conséquences possibles des résultats et produits dérivés de la recherche à moyen ou long terme. Il s'agit là d'anticiper des conséquences ou usages dangereux ou nuisibles des résultats de recherches.

La directive 85/337/CEE vise en substance à fournir aux autorités compétentes les informations appropriées leur permettant de prendre une décision en toute connaissance de cause sur un projet déterminé en ce qui concerne les incidences notables que celui-ci est susceptible d'avoir sur l'environnement.

Elle prévoit également une information, voire une participation, du public dans le but de favoriser la transparence du processus décisionnel, cet objectif ayant substantiellement évolué par le biais des modifications intervenues depuis 1985.

Selon l'expression que la Cour de justice des Communautés européennes elle-même utilise dans certains arrêts, l'obligation de réaliser une évaluation des projets pouvant avoir des incidences notables sur l'environnement constitue l'«objectif essentiel de la directive».

Cet objectif est évidemment indissociable du champ d'application de la directive. À cet égard, il convient de préciser quels sont les projets qui entrent dans ce dernier.

I) Les projets concernés par l'évaluation des incidences sur l'environnement

A) Définitions données par la directive

Si l'on se réfère à l'article 1er de la directive 85/337/CEE, il convient d'entendre par projet «la réalisation de travaux de construction ou d'autres installations ou ouvrages», ainsi que «d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol».

Il ne s'agit toutefois pas de projets destinés à n'importe quelle activité. En effet, l'article 2 précise que ces projets sont définis à l'article 4. L'article 4, pour sa part, fait état de deux annexes, l'annexe I (visée par le paragraphe 1 de l'article 4) et l'annexe II (visée par le paragraphe 2 dudit article), la force contraignante du dispositif communautaire n'étant pas identique selon que l'on se trouve dans le champ de l'une ou de l'autre annexe. Des «classes» de projets sont ainsi énumérées dans chacune d'entre elles.

L'annexe I de la directive mentionne des activités qui, ainsi que l'a indiqué M. l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer dans différentes conclusions (C-87/02, *Commission/Italie* [19], C-98/04, *Commission/Royaume-Uni* [20]), par présomption légale, sont toujours susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, et pour lesquelles il doit donc être procédé systématiquement à une évaluation de leur impact sur l'environnement. On trouve évidemment dans cette énumération des projets dont on ne peut ignorer qu'ils peuvent avoir des incidences importantes sur l'environnement (certaines centrales thermiques, centrales nucléaires et autres réacteurs nucléaires, raffineries de pétrole brut, ...).

En revanche, pour d'autres projets, ceux de l'annexe II, une telle présomption ne joue pas car leur nature n'implique pas, par elle-même, qu'ils sont susceptibles d'avoir, de façon systématique, des incidences notables sur l'environnement. Aussi, il appartient aux États membres de déterminer si leurs caractéristiques exigent qu'ils soient soumis à la procédure prévue aux articles 5 à 10, articles relatifs au déroulement de l'étude d'impact. Pour ces activités, les États membres déterminent, sur la base d'un examen au cas par cas ou sur la base de seuils ou critères qu'ils fixent, voire par le recours à ces deux méthodes, les projets qui doivent être soumis à une évaluation de leurs incidences sur l'environnement.

En application de l'article 4, paragraphe 3, de la directive 85/337/CEE modifiée, les États membres ont l'obligation de tenir compte, dans la fixation des seuils et/ou des critères, des critères de sélection pertinents définis à l'annexe III de celle-ci.

L'énumération de classes de projets, aussi précise soit-elle, conduit souvent, par sa nature même, à des interrogations dans la mesure, notamment, où des projets particuliers peuvent ne pas correspondre exactement aux définitions données par la directive, d'où l'importance que revêt la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur la notion de projet.

B) Quelques exemples jurisprudentiels sur la notion de projet

La clef d'interprétation que la Cour de justice des Communautés européennes utilise sur cette question semble bien identifiée et réside

dans le choix d'une méthode d'analyse mixte, à la fois littérale et téléologique.

Dans l'arrêt *Abraham e.a.* du 28 février 2008 [21], la Cour précise qu'il ressort des termes mêmes de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 85/337/CEE modifiée que le terme «projet» vise des travaux ou des interventions physiques. Elle en déduit qu'une convention ne peut être considérée comme un projet au sens de la directive indépendamment de la question de savoir si cette convention comporte une description de travaux à réaliser.

Ce n'est pas pour autant que la Cour se dégage de l'analyse de l'économie générale du texte et de l'objectif poursuivi par la directive, omniprésente dans sa jurisprudence. Partant du constat que l'objectif essentiel de celle-ci est que, avant l'octroi d'une autorisation, les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, soient obligatoirement soumis à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences, elle conclut qu'«il peut être déduit du texte de la directive que son champ d'application est étendu et son objectif très large» (arrêt *Kraaijeveld*, du 24 octobre 1996 [22]).

Dans cette dernière affaire, la Cour était notamment appelée à dire si la notion d'«ouvrages de canalisation et de régularisation de cours d'eau», comprise à l'annexe II de la directive, englobait également certains types de travaux concernant une digue le long de voies navigables aux Pays-Bas.

Le gouvernement néerlandais exposait qu'il existe une distinction entre des travaux relatifs à une digue et ceux de régularisation des cours d'eau ou de canalisation, ces derniers modifiant le cours d'eau lui-même c'est-à-dire la quantité ou la qualité de l'eau ainsi que les rives et les berges et pouvant de fait avoir une incidence sur l'environnement, les travaux de renforcement des digues qui consistent à construire ou à exhausser des talus ne portant pas, pour leur part, atteinte au niveau de régularisation pour une rivière donnée.

La Cour retient, pour sa part, que le seul constat du champ d'application étendu et de l'objectif très large de la directive devrait suffire pour interpréter l'annexe II comme englobant les travaux de retenue des eaux et de prévention des inondations, et donc les travaux de digues en cause dans cette affaire.

Elle poursuit en indiquant qu'il y à lieu de relever que même les travaux de retenue d'une quantité d'eau statique peuvent avoir une incidence notable sur l'environnement dès lors qu'ils peuvent affecter durablement la composition des sols, la faune et la flore ou encore le paysage. C'est la sauvegarde du milieu qui est ici directement prise en considération.

Dans cette même affaire *Kraaijeveld* [22], la Cour à été amenée à se prononcer sur la notion de «modification de projet».

La directive 85/337/CEE, tant dans sa version initiale que dans ses versions modifiées, ne donne en effet aucune définition de la notion de «modification de projet». Dans la version initiale, elle n'envisageait que le cas des modifications de projets figurant à l'annexe I, soumettant celles-ci expressément au même régime que les projets de l'annexe II.

La Cour de justice des Communautés européennes indique, à titre liminaire, qu'à défaut de définition spécifique de la notion de «modification de projet», il y à lieu de l'interpréter à la lumière de l'économie générale et de la finalité de la directive.

À cet égard, elle précise qu'«il serait porté atteinte à cet objectif si la qualification de 'modification de projet' permettait de faire échapper certains travaux ou ouvrages à l'obligation de réaliser une étude d'incidences, alors que, en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, ces travaux ou ouvrages sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement».

La Cour ajoute que le fait que la directive ne mentionne pas expressément les modifications de projets relevant de l'annexe II, au contraire des modifications de projets figurant à l'annexe I, ne permet pas d'en déduire que les premières n'entrent pas dans le champ d'application de la directive. Faire échapper certains travaux à l'obligation de réaliser une évaluation au seul motif du silence du texte porterait atteinte à l'objectif de la directive, en réduisant de manière injustifiée son champ d'application, indépendamment de la prise en considération de leurs effets potentiels sur l'environnement. Dans l'espèce, la Cour à jugé que l'expression «ouvrages de canalisation et de régularisation de cours d' eau», qui figure à l' annexe II, point 10, sous e), de la directive, doit être interprétée en ce sens qu' elle englobe non seulement la construction d' une nouvelle digue, mais également

la modification d' une digue existante par son déplacement, son renforcement ou son élargissement, le remplacement d'une digue par la construction d'une nouvelle digue au même endroit, que celle-ci soit plus solide ou plus large que l'ancienne, ou encore une combinaison de plusieurs de ces hypothèses.

On voit que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes répond à l'objectif largement entendu de protection de l'environnement par recours aux études d'impact environnemental. La Cour s'attache ainsi, au cas par cas, à vérifier si, en elle-même, la modification de projet ne constitue pas un projet autonome relevant comme tel de l'une des annexes de la directive, sauf pour les modifications de projets figurant à l'annexe I.

À titre d'exemple, dans l'arrêt *Commission/Allemagne* du 11 août 1995 [23], la Cour de justice des Communautés européennes à eu à se prononcer sur la qualification de la construction d'une nouvelle tranche d'une centrale thermique, qui, selon l'Allemagne, ne constituait pas un projet au sens de l'article 4, paragraphe 1, mais une modification d'un projet et à ce titre ne relevait pas de l'évaluation obligatoire des incidences sur l'environnement.

La Cour a, pour sa part, jugé que «les projets de centrales thermiques d'une puissance calorique d'au moins 300 MW doivent être soumis à une évaluation systématique indépendamment de la question de savoir s'ils sont réalisés de manière autonome, s'ils sont adjoints à une construction préexistante ou même s'ils ont avec celle-ci des liens fonctionnels étroits», de tels projets relevant de l'annexe I. Des liens avec une construction existante ne privent pas le projet de son caractère de centrale thermique d'une puissance calorique d'au moins 300 MW et ne le fait pas entrer dans la catégorie de modification de projet relevant de l'annexe II.

L'arrêt plus récent, *Commission/Espagne* du 16 septembre 2004 [24] illustre, de même, cette jurisprudence extensive quant au champ d'application de la directive.

L'annexe I, point 7, de la directive, dans sa version alors applicable, visait entre autres projets «la construction de voie pour le trafic à grande distance des chemins de fer».

La Cour à jugé que l'annexe I, point 7, de la directive 85/337/CEE doit être comprise comme englobant le dédoublement d'une voie ferrée déjà existante.

Un projet de cette nature peut en effet avoir une incidence importante sur l'environnement au sens de ladite directive, dès lors qu'il est susceptible d'affecter durablement, par exemple, la faune et la flore, la composition des sols ou encore le paysage, ainsi que d'avoir, notamment, un impact sonore significatif, si bien qu'il doit être inclus dans le champ d'application de l'annexe I de cette directive. Il serait sérieusement porté atteinte à l'objectif poursuivi par la directive 85/337/CEE si ce type de projet de construction d'une voie ferrée nouvelle, même parallèle à une voie préexistante, pouvait être soustrait à l'obligation de réaliser une évaluation de ses incidences sur l'environnement. Partant, un tel projet ne saurait être analysé comme constituant une simple modification d'un projet antérieur au sens du point 12 de l'annexe II de cette directive.

Il est à noter que la directive 85/337/CEE à été modifiée en ce qui concerne la soumission des modifications de projets des annexes I et II. Dans un premier temps, la directive 97/11/CE à amendé la directive 85/337/CEE en précisant que relève de l'annexe II toute modification ou extension des projets figurant à l'annexe I ou à l'annexe II, déjà autorisés, réalisés ou en cours de réalisation qui peut avoir des incidences négatives importantes sur l'environnement. Les modifications ainsi apportées n'avaient pas d'autre finalité que d'expliciter la portée qu'il convenait de donner à la directive 85/337/CEE dans sa version initiale, comme l'indique expressément l'arrêt *Abraham* e. a. précité.

Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes, à propos de travaux portant sur l'infrastructure d'un aéroport déjà construit, à considéré qu'il serait contraire à l'objet même de la directive de faire échapper au champ d'application de son annexe II des travaux d'amélioration ou d'agrandissement de l'infrastructure d'un aéroport déjà construit au motif que l'annexe I vise la «construction d'aéroports» et non les «aéroports» en tant que tels. Elle ajoute «qu'une telle interprétation permettrait de faire échapper aux obligations qui découlent de la directive tous les travaux de modification apportés à un aéroport existant, quelle que soit l'ampleur de ces

travaux et viderait, ainsi, sur ce point, de toute portée l'annexe II de la directive».

Dans un second temps, est intervenue la directive de 2003 qui précise désormais que relèvent de l'annexe I les modifications ou extensions de projets visés à cette même annexe qui répondent en elles-mêmes aux seuils éventuels qui y sont énoncés et que relèvent de l'annexe II, plus simplement, les modifications ou extensions de projets ne figurant pas à l'annexe I, sous réserve qu'elles puissent avoir des incidences négatives importantes sur l'environnement.

Ces modifications s'inscrivent dans la ligne jurisprudentielle dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes.

C) L'exclusion de certains projets

Certains projets peuvent échapper au jeu des dispositions de la directive 85/337/CEE. Au-delà de la réserve habituelle liée aux préoccupations tenant à la défense nationale et qui figure à l'article 1er, paragraphe 4, il résulte de l'article 1er, paragraphe 5, que la directive ne s'applique pas aux projets qui sont adoptés en détail par un acte législatif national spécifique, les objectifs poursuivis par la directive, y compris l'objectif de la mise à disposition d'informations, étant atteints à travers la procédure législative.

Quant à la mise en œuvre de l'exception de l'article 1er, paragraphe 4, la Cour fait une application classique du principe de l'interprétation restrictive, s'agissant d'une disposition limitant le champ d'application de la directive. Dans l'arrêt *WWF e.a.* du 16 septembre 1999 [25], elle à ainsi jugé que seuls les projets destinés à titre principal à la défense nationale peuvent ainsi être exclus de l'obligation d'évaluation.

S'agissant de l'article 1er, paragraphe 5, il découle de cette disposition que, lorsque les objectifs de la directive sont atteints à travers une procédure législative, y compris celui de la mise à disposition d'informations, la directive ne s'applique pas au projet concerné.

La Cour retient que, si c'est un acte législatif qui, au lieu d'une décision des autorités compétentes, ouvre au maître d'ouvrage le droit de réaliser le projet, cet acte doit être spécifique et présenter les mêmes

caractéristiques que l'autorisation visée par l'article 1er, paragraphe 2, de la directive. Par conséquent, pour présenter les mêmes caractéristiques qu'une autorisation, telle que définie par l'article 1er de la directive, un acte législatif doit adopter le projet en détail, à savoir de manière suffisamment précise et définitive, de sorte qu'il comporte, à l'instar d'une autorisation, après leur prise en compte par le législateur, tous les éléments du projet pertinents au regard de l'évaluation des incidences sur l'environnement.

Il en résulte qu'une loi ne peut être considérée comme adoptant un projet en détail, au sens de l'article 1er, paragraphe 5, de la directive, lorsque, d'une part, elle ne comporte pas les éléments nécessaires à l'évaluation des incidences sur l'environnement de ce projet, mais impose, au contraire, la réalisation d'une étude à cet effet, laquelle doit être élaborée ultérieurement, et que, d'autre part, elle nécessite l'adoption d'autres actes pour ouvrir au maître d'ouvrage le droit de réaliser le projet (voir l'arrêt *WWF e.a.*, précité).

L'arrêt *Linster* du 19 septembre 2000 [26] poursuit dans cette voie. Dans l'espèce, était en cause la réalisation d'une liaison autoroutière Luxembourg-Sarre, prévue par un texte législatif, plusieurs tracés étant en cours de discussion lors du vote. Selon la Cour, l'article 1er, paragraphe 5, de la directive doit être interprété en ce sens que constitue un acte législatif spécifique au sens de cette disposition une norme adoptée par un Parlement après débats parlementaires publics, lorsque la procédure législative à permis d'atteindre les objectifs poursuivis par la directive, y compris l'objectif de la mise à disposition d'informations, et que les informations dont ce Parlement disposait, au moment d'adopter le projet en détail, étaient équivalentes à celles qui auraient dû être soumises à l'autorité compétente dans le cadre d'une procédure ordinaire d'autorisation de projet.

Toutefois, la Cour admet que, dans certaines circonstances particulières, les objectifs de la directive peuvent être respectés alors même que le tracé d'une autoroute à construire n'a pas été arrêté dans l'acte législatif. Mais il convient que, dans l'hypothèse de plusieurs variantes de ce tracé, celles-ci soient étudiées en détail, sur la base d'informations fournies par le maître d'ouvrage et éventuellement complétées par les autorités et par le public susceptibles d'être concernés par le

projet, ces variantes devant avoir des incidences équivalentes sur l'environnement.

II) Les limites de l'action des États membres

Indépendamment de la jurisprudence qui définit la portée de l'objectif essentiel de la directive 85/337/CEE, la Cour de justice des Communautés européennes à dégagé une jurisprudence qui vise à garantir pleinement les droits qui en découlent pour les particuliers et fixe parallèlement les limites apportées à l'intervention des États membres, tenus de donner à la directive une exécution qui corresponde pleinement aux exigences qu'elle pose compte tenu de son objectif essentiel. Par ailleurs, des droits procéduraux sont reconnus aux particuliers créant ainsi des obligations nouvelles pour les États membres.

A) Les limites apportées au pouvoir d'appréciation des États membres

On l'a vu, si l'article 4, paragraphe 1, de la directive impose aux États membres de réaliser une évaluation des projets visés à l'annexe I de celle-ci, le paragraphe 2 du même article autorise en revanche les autorités nationales à déterminer ceux des projets figurant à l'annexe II qui devront être soumis à une évaluation, au moyen d'un examen au cas par cas et/ou de seuils ou critères qu'elles fixent.

Les États membres disposent ainsi d'une marge d'appréciation dont la Cour à rapidement précisé les limites.

Ainsi, dans un arrêt *Commission/Belgique* du 2 mai 1996 [27], la Cour indique que le législateur communautaire à lui-même considéré que toutes les classes de projets énumérées à l'annexe II peuvent éventuellement, selon les caractéristiques que les projets présentent lors de leur élaboration, avoir des incidences notables sur l'environnement.

Elle en tire comme conséquence que les critères ou seuils mentionnés à l'article 4, paragraphe 2, ont pour but de faciliter l'appréciation des caractéristiques concrètes que présente un projet en vue de déterminer s'il est soumis à l'obligation d'une évaluation et non

de soustraire d'avance à cette obligation certaines classes entières des projets énumérés à l'annexe II. «Quelle que soit la méthode retenue par un État membre pour déterminer si un projet spécifique nécessite ou non une évaluation, [...], cette méthode ne doit pas porter atteinte à l'objectif de la directive, qui vise à ne soustraire à l'évaluation aucun projet susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, au sens de la directive», sauf si le projet spécifique exclu pouvait être considéré sur la base d'«une appréciation globale» comme n'étant pas susceptible d'avoir de telles incidences (arrêt *WWF* e.a. précité).

Dans l'arrêt déjà cité *Kraaijeveld*, la Cour à jugé que lorsqu'un État fixe des critères ou des seuils tels que en pratique la totalité des projets d'une certaine nature serait d'avance soustraite à l'obligation de l'étude des incidences sur l'environnement, il outrepasse la marge d'appréciation dont il dispose sauf si la totalité des projets exclus peut être considérée, sur la base d'une appréciation globale, comme n'étant pas susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

On rappellera ici que s'agissant du droit pour un particulier de se prévaloir d'une directive et, pour le juge national, de la prendre en considération, la Cour de justice des Communautés européennes juge de façon constante qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant reconnu à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par les personnes concernées. Particulièrement, dans les cas où les États doivent adopter un comportement déterminé, l'effet utile de la directive se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire pour vérifier si, dans les limites de la faculté qui est réservée quant à la forme et aux moyens pour la mise en œuvre de la directive, le législateur national est resté dans les limite de la marge d'appréciation tracée par la directive.

Par ailleurs, il importe de souligner qu'une décision par laquelle l'autorité nationale compétente estime que les caractéristiques d'un projet n'exigent pas qu'il soit soumis à une évaluation de ses incidences sur l'environnement doit contenir ou être accompagnée de tous les éléments permettant de contrôler qu'elle est fondée sur une vérification préalable adéquate, effectuée conformément aux exigences de la

directive 85/337/CEE (arrêt *Commission/Italie* du 10 juin 2004 [28]).

Dans ses conclusions dans cette même affaire, M. l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer indiquait que, «lorsque les États membres ont fait le choix de recourir à une délimitation de portée générale, il paraît obligatoire dans la phase d'application de ces prévisions abstraites de vérifier si, compte tenu de ses caractéristiques, un projet à des incidences notables sur l'environnement». Il poursuivait: «Si c'est le cas, la règle générale est à nouveau appliquée: après vérification pertinente, si les incidences sur l'environnement sont importantes, il est procédé à l'évaluation du projet».

Toutefois, comme l'indique la Cour dans l'arrêt *Kraaijeveld*, il ne saurait être valablement soutenu que l'existence de spécifications, critères et seuils ne dispenserait pas d'un examen concret de chaque projet afin de vérifier s'il remplit les critères de l'article 2, paragraphe 1, une telle interprétation priverait en effet l'article 4, paragraphe 2, de toute signification. En effet, un État membre n'aurait aucun intérêt à fixer des spécifications, seuils et critères si, indépendamment de ceux-ci, chaque projet devait néanmoins faire l'objet d'un examen individuel au regard des critères de l'article 2, paragraphe 1.

La marge d'appréciation des États membres est ainsi encadrée lorsqu'ils ont fait le choix de recourir à des critères ou seuils pour l'application de l'article 4, paragraphe 2. Dans l'arrêt Commission/Irlande (arrêt *Commission/Irlande* du 21 septembre 1999 [29]), la Cour considère que, dans la mesure où l'article 2, paragraphe 1, impose de soumettre à une évaluation les projets figurant à l'annexe II susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, un État membre qui fixerait des critères et/ou des seuils ne tenant compte que de l'une de ces caractéristiques, par exemple les dimensions du projet, sans prendre en compte également les autres, «outrepasserait la marge d'appréciation dont il dispose».

C'est ce même rappel, étendu à l'ensemble des conséquences attachées à l'étude des incidences sur l'environnement que fait la Cour dans l'arrêt *Linster* lorsque, en réponse à une question préjudicielle, elle répond que, lorsqu'une juridiction nationale est appelée à vérifier la légalité d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique,

dans le cadre de la réalisation d'une autoroute, de biens immobiliers appartenant à un particulier, elle peut contrôler si le législateur national est resté dans les limites de la marge d'appréciation tracées par la directive 85/337/CEE, notamment, lorsque l'évaluation préalable des incidences du projet sur l'environnement n'a pas été effectuée, que les informations recueillies aux termes de l'article 5 n'ont pas été mises à la disposition du public et que le public concerné n'a pas eu la possibilité d'exprimer son avis avant que le projet ne soit entamé, contrairement aux prescriptions de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 85/337/CEE.

On notera que, à la suite des modifications apportées à la directive 85/337/CEE par la directive 97/11/CE, lorsque, en application de l'article 4, paragraphe 2, de la directive, les États membres fixent des seuils ou critères, ceux-ci doivent désormais tenir compte des critères de sélection pertinents énumérés à l'annexe III, ce qui limite, ou pour le moins encadre encore davantage, leur marge d'appréciation. Ils sont de même tenus de prendre en compte lesdits critères pour l'examen cas par cas.

L'annexe III de la directive distingue, parmi les critères de sélection visés à l'article 4, paragraphe 3, en premier lieu, les caractéristiques des projets, qui doivent être considérées notamment par rapport à la dimension du projet, au cumul avec d'autres projets, à l'utilisation des ressources naturelles, à la production de déchets, à la pollution et aux nuisances, au risque d'accidents, en deuxième lieu, la localisation des projets, à savoir que doit être considérée la sensibilité environnementale des zones géographiques susceptibles d'être affectées par le projet, ainsi que, en troisième lieu, les caractéristiques de l'impact potentiel.

C'est cette même approche globale que retient l'article 3 de la directive en tant qu'il précise que «l'évaluation des incidences sur l'environnement identifie, décrit et évalue de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier les effets directs et indirects d'un projet» sur l'homme, la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage, les biens matériels et le patrimoine culturel, ainsi que l'interaction entre ces différents facteurs.

B) La participation du public et la réalisation de l'évaluation des incidences sur l'environnement

Un certain nombre de conditions viennent encadrer la réalisation de l'étude d'impact environnemental, parmi lesquelles la participation du public trouve sa place.

Par ailleurs, il ressort du libellé de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 85/337/CEE que l'évaluation des incidences sur l'environnement doit intervenir «avant l'octroi de l'autorisation» qui confère au maître d'ouvrage le droit de réaliser son projet, les considérants de la directive précisant, «le plus tôt possible».

L'étude d'impact environnemental doit, donc, en principe, être réalisée avant l'exécution des projets, et plus exactement avant même qu'ils ne soient autorisés.

Accepter qu'il puisse en être autrement, même en dehors de toutes circonstances exceptionnelles, contredirait la lettre même de la directive et reviendrait à remettre en cause l'objectif qu'elle poursuit. En effet, un déroulement chronologique différent ne permettrait pas de respecter la finalité première de ladite directive consistant à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets, la prise en considération des incidences sur l'environnement devant être intégrée le plus tôt possible dans le processus décisionnel. Il ferait en outre perdre toute sa portée à la participation du public telle qu'elle est organisée par la directive 85/337/CEE modifiée, en particulier dans ses articles 5 à 8, dans la droite ligne de la convention d'Aarhus.

Cette convention à pour objectif de faire participer le public au processus décisionnel par sa consultation très en amont de la décision à intervenir, décision susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement. Cette démarche favorable à un engagement actif du public repose sur le postulat selon lequel une information dispensée à celui-ci dès le stade de la préparation d'un projet d'aménagement conduit à une meilleure prise en considération par les décideurs de la dimension environnementale des projets.

Les instruments environnementaux, dont les conventions environnementales récentes adoptées au niveau mondial et au niveau régional, ont progressivement fait état, à la faveur du développement

des principes de démocratie participative et de transparence, de ce que l'on peut qualifier de droits procéduraux environnementaux: le droit à l'information, le droit à la participation et le droit d'accès à la justice. Une telle approche paraît incontournable dans la mesure où les questions environnementales répondent à des préoccupations d'intérêt public eu égard à leurs incidences sur l'ensemble de la société.

Le principe 10 de la Déclaration de Rio de Janeiro de 1992 sur l'environnement et le développement souligne qu'il convient, notamment, d'assurer la participation du public après lui avoir fourni l'information nécessaire. Pour les États européens, la Convention d'Aarhus sur l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, élaborée dans le cadre de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe, assure le bénéfice des droits procéduraux à toute personne physique ou morale. Lorsqu'un processus décisionnel concernant l'environnement est engagé, le public qui est touché ou risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement doit en être informé et il doit pouvoir participer, en soumettant par écrit ou lors d'une audition ou d'une enquête publique, toutes observations, informations, analyses ou opinions qu'il estime pertinentes au regard de l'activité proposée. Indépendamment de projets précis, le public doit aussi pouvoir être associé à l'élaboration des plans et des programmes relatifs à l'environnement, après avoir reçu les informations nécessaires. Le dernier volet de la Convention à trait à l'accès à la justice lorsqu'une personne estime que son droit à l'information ou à la participation n'a pas été respecté ou lorsque les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques vont à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement.

La directive 2003/35/CE, qui à modifié la directive 85/337/CEE, et la directive 2003/4 [30] du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès au public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE [31] du Conseil, s'inscrivent directement dans cette ligne. Cette dynamique de la technique de la participation se retrouvera donc dans des secteurs environnementaux importants, par exemple celui des déchets. Toutefois, sont maintenues des procédures de participation du public spécifiques telles que celles mises en œuvre au titre de

la directive 2001/42/CE [32] du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement ou au titre de la directive 2000/60/CE [33]du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

On relèvera que l'approche tenant aux droits procéduraux est également présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt rendu le 19 février 1998, dans l'affaire *Guerra et autres c. Italie* [34], dans une formation de jugement comprenant M. le juge Kūris, mérite à cet égard d'être rappelé. Si, dans cette affaire où était dénoncée la non adoption par l'État italien de mesures d'information sur les risques encourus et les comportements à adopter en cas d'accidents majeurs liés à l'activité d'une usine, la Cour à conclu à la non application de l'article 10 de la Convention sur le droit à la liberté d'expression, celle-ci comprenant la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, c'est exclusivement au regard des circonstances de l'espèce. La Cour européenne des droits de l'homme n'excluait donc pas que, dans des circonstances différentes, l'État puisse avoir l'obligation positive de fournir au public les informations en sa possession et de diffuser celles qui, par nature, ne pourraient pas autrement venir à la connaissance du grand public, comme le rappelle, au demeurant, une opinion concordante.

L'évaluation des incidences sur l'environnement doit donc avoir lieu en amont du processus décisionnel. Ceci ne heurte pas la position arrêtée par la Cour dans l'arrêt *Wells* du 7 janvier 2004 [35] qui rappelle que, en vertu du principe de coopération loyale prévu à l'article 10 CE, les États membres sont tenus d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire et que les autorités compétentes sont ainsi obligées de prendre les mesures nécessaires afin de remédier à l'omission d'une évaluation des incidences sur l'environnement.

La Cour à précisé, dans cette espèce, que le fait que les opérations d'exploitation minière doivent être arrêtées pour attendre les résultats de l'évaluation est la conséquence de la réalisation tardive par l'État membre de son obligation d'assurer que soit réalisée une évaluation

par les autorités compétentes des incidences sur l'environnement. N'est donc pas ici en cause une quelconque obligation qui incomberait en vertu de la directive aux propriétaires de la carrière. La Cour indique expressément que cette conséquence particulière qu'est l'arrêt de l'exploitation ne peut être qualifiée «d'inverse direct effect». On renverra ici à l'étude faite par M. Timmermans dans les Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet [36].

Une difficulté peut survenir lorsque la procédure d'autorisation se déroule en plusieurs étapes, dans la mesure où il peut alors s'avérer peu aisé de déterminer le moment auquel l'évaluation doit effectivement avoir lieu.

Confrontée à pareille situation, la High Court of Justice (England & Wales) à saisi la Cour d'une question préjudicielle. Dans son arrêt *Wells*, déjà cité, la Cour de justice des Communautés européennes à répondu que, «lorsque le droit national prévoit que la procédure d'autorisation se déroule en plusieurs étapes, l'une de celles-ci étant une décision principale et l'autre une décision d'exécution qui ne peut aller au-delà des paramètres déterminés par la décision principale, les effets que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement doivent être identifiés et évalués lors de la procédure relative à la décision principale».

La Cour admet, toutefois, que «ce n'est que si [les] effets ne sont identifiables que lors de la procédure relative à la décision d'exécution que l'évaluation devrait être effectuée au cours de cette procédure».

Rappelant cette jurisprudence, la Cour dans l'arrêt *Commission/Royaume-Uni* du 4 mai 2006 [37], après avoir relevé que le régime en cause prévoyait qu'une évaluation des incidences d'un projet sur l'environnement peut être effectuée uniquement lors de l'étape initiale de l'octroi d'un permis de construire sur avant-projet, et non plus lors de l'étape ultérieure de l'approbation des points réservés, à considéré que ledit régime était contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 4, paragraphe 2.

L'approche qui vient d'être faite d'une directive à priori technique, aux implications multiples, prouve que le juge est le fer de lance de l'action en matière de protection de l'environnement, qu'il s'agisse au demeurant du juge communautaire ou du juge national, dont on à vu dans le présent exposé qu'il saisit souvent le premier de questions

préjudicielles. Conscient des débats idéologiques sur la nature et la place d'un droit à l'environnement, le juge œuvre quotidiennement pour la reconnaissance de garanties procédurales effectives et veille au respect des obligations posées par le droit positif, dans l'objectif ultime d'améliorer l'application du droit environnemental.

C'est le juge, encore, qui est au cœur des débats sur les questions de subsidiarité et de proportionnalité que suscite la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement. Cette proposition définit en effet un groupe d'exigences minimales relatives à l'accès aux procédures administratives et judiciaires en matière d'environnement, et achève en quelque sorte l'approche arrêtée par la Convention d'Aarhus, en abordant, après l'accès à l'information et la participation du public, l'accès à la justice.

Ces débats rappellent, toutes choses égales, les discussions qui ont entouré la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal fondée sur le titre VI du traité sur l'Union européenne, ayant donné lieu à l'arrêt déjà cité du 13 septembre 2005 qui à annulé ladite décision comme empiétant sur les compétences que l'article 175 CE attribue à la Communauté.

L'ensemble de ces orientations s'inscrit directement dans la démarche entreprise par le plan d'application de Johannesburg, arrêté lors du Sommet mondial pour le développement durable de 2002, qui souligne la nécessité de renforcer la capacité et l'action des juges dans la promotion d'une mise en œuvre plus efficace de la législation en matière d'environnement. Répond également à cet objectif le Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement, créé en 2004 qui trouve son origine dans le Programme des Nations unies pour l'environnement et dont l'assemblée constitutive, ce n'est pas un hasard, s'est tenue dans l'enceinte de la Cour de justice des Communautés européennes.

Ce rôle du juge est également illustré par la sollicitation dont il fait l'objet. Ainsi, s'agissant de la Cour de justice des Communautés européennes, au cours de l'année 2006, ce sont les affaires touchant à l'environnement et aux consommateurs qui ont été les plus nombreu-

ses à avoir été introduites, ces mêmes affaires venant en deuxième place s'agissant du nombre d'affaires clôturées.

Enfin, et au-delà du rôle du juge, c'est l'individu lui-même qui est au centre des normes communautaires environnementales et qui est ainsi devenu un acteur de premier plan dans l'ordre juridique communautaire dès lors que, de sa vigilance et de sa participation, sur la base d'une information complète, vont dépendre indirectement des décisions publiques essentielles sur le devenir de son environnement et la nécessaire protection qu'il impose.

Liste des références

1. Avis consultatif, du 8 juillet 1996, sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, faisant suite à la demande de l'Assemblée générale des Nations unies formulée dans la résolution 49/75 du 15 décembre 1994, voir site www.icj-cij.org.
2. Déclaration de la Conférence des Nations unies sur l'environnement adoptée le 16 juin 1972 à Stockholm.
3. Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 28 octobre 1982.
4. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992 (Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques).
5. Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, adopté en décembre 1997.
6. Acte unique européen, signé à Luxembourg en février 1986 et entré en vigueur le 1er juillet 1987, modifiant le traité de Rome de 1957 // JO 1987 L 169.
7. Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1er novembre 1993 // JO 1992 C 191, p. 109.
8. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, Rec. p. I-7879.
9. Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 // JO 2007 C 306, p. 1.
10. Charte des droits fondamentaux de L'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice.

11. Nathalie Hervé-Fournereau, Chargée de recherche CNRS, Université de Rennes I.
12. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, «Pour un droit commun de l'environnement», Éditions Dalloz, 2007.
13. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, du 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgique*, requête n° 21861/03.
14. Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, du 30 novembre 2004, Grande Chambre, *Öneryıldız c. Turquie*, requête n° 48939/99.
15. Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement // JO 1985 L 175, p.40.
16. Directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement // JO 1997 L 73, p. 5.
17. Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil // JO 2003 L 156, p. 17.
18. Convention CEE/ONU, dite convention d'Aarhus, signée par la Communauté européenne le 25 juin 1998.
19. Conclusions de M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, avocat général, du 8 janvier 2004, dans l'affaire C-87/02, *Commission/Italie*, arrêt du 10 juin 2004, Rec. p. I-5975.
20. Conclusions de M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, avocat général, du 14 juillet 2005, dans l'affaire C-98/04, *Commission/Royaume-Uni*, arrêt du 4 mai 2006, Rec. p. I-4003.
21. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 28 février 2007, *Abraham e.a.*, C-2/07, non encore publié au Recueil.
22. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.*, C-72/95, Rec. p. I-5403.
23. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 août 1995, *Commission/Allemagne*, C-431/92, Rec. p. I-2189.
24. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 16 septembre 2004, *Commission/Espagne*, C-227/01, Rec. p. I-8253.
25. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 16 septembre 1999, *WWF e.a.*, C-435/97, Rec. p. I-5613.
26. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 19 septembre 2000, *Linster*, C-287/98, Rec. p. I-6917.

27. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 2 mai 1996, *Commission/Belgique*, C-133/94, Rec. p. I-2323.
28. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 10 juin 2004, *Commission/Italie*, C-87/02, Rec. p. I-5975.
29. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 21 septembre 1999, *Commission/Irlande*, C-392/96, Rec. p. I-5901.
30. Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil // JO 2003 L 41, p. 26.
31. Directive 90/313/CEE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement // JO 1990 L 158, p. 56.
32. Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement // JO 2001 L 197, p. 30.
33. Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau // JO 2000 L 327, p. 1.
34. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 19 février 1998, Grande Chambre, *Guerra et Autres c. Italie* (116/1996/735/932).
35. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 7 janvier 2004, *Wells*, C-201/02, Rec. p. I-723.
36. Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissochet, «L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui», Éditions A. Pedone, 2008.
37. Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 4 mai 2006, *Commission/Royaume-Uni*, C-508/03, Rec. p. I-3969.

© MRU

POREIKIS KAIP ŽMOGAUS TEISIŲ RAIDOS PAGRINDAS

Alvydas Pumputis

Labai dažnai žmogaus teises mes suvokiame kaip tobulą sistemą, bet neskiriame reikiamo dėmesio šių teisių įgyvendinimo lygiui, jas vertiname tik pagal įstatymus bei kitų norminių aktų formuluotes. Dažniausiai visiškai neįvertiname individo poreikių, visuomenės technologinės aplinkos ir kt. Tai labai svarbios aplinkybės, turinčios įtakos žmogaus teisių sistemai bei jų realizavimo lygiui.

Individo poreikiai yra realiausias kriterijus kuriant žmogaus teisių sistemą. Apibrėžiant poreikį, galima: pirma, paaiškinti žmogaus siekį gyventi visuomenėje[1], pavyzdžiui, poreikis materialiai apsirūpinti formuoja ekonominius santykius, pasiskirstymą tarp žmonių; antra, galima suvokti bendrąsias aplinkybes, sukuriančias žmogaus teises.

Žmogaus poreikiai gali būti analizuojami įvairių mokslo šakų: medicinos, biologijos, psichologijos, antropologijos, ekonomikos, politikos ir kt. Visų poreikių sistema turi būti apibrėžta empiriškai.

Poreikis nėra tas pat kas noras, pageidavimas, reikalavimas. Mūsų noras ne visada gali būti nulemtas poreikių, nes galime norėti ir to, ko mums nereikia. Poreikis apibrėžiamas troškimų, kuriuos suponuoja socialinės prielaidos, visuma. Neretai poreikis išreiškiamas siekiais, kurie parodo konkrečius individo patenkinimo būdus. Poreikis visada yra determinuotas kultūros, gamtos bei socialinės aplinkos. Daugelis individo poreikių egzistuoja kaip kultūros poreikis[2]. Pagrindinis žmo-

[1] Mann M. I. The Sources of Social Power. – Cambridge University Press, 1986, p. 14.
[2] Ware A., Goodin R. E. Needs and Welfare. – London, 1990, p. 12.

gaus poreikis kyla iš jo ir visuomenės noro tobulėti[3].

Sąvokos „poreikis“, „teisės“ yra teorinės konstrukcijos, ir jų egzistavimą bei raidą lemia socialinė struktūra. Jeigu mes pripažįstame, jog žmogiškasis poreikis egzistuoja, tai jis turėtų būti empirinių tyrinėjimų objektas. Būtina nuolat analizuoti, ar noras pagrįstai tapatinamas su poreikiu.

Iš tikrųjų medicinos, biologijos mokslai mums labai tiksliai pasako, ko žmogaus organizmui reikia. Vis dažniau psichologai apibūdina psichikos būklę, antropologai, genetikai pasako, kokie mūsų veiksmai būtinai turi būti atliekami. Pagaliau poreikis gali padėti apibrėžti žmogaus prigimtį. Daugumą poreikių žmogus gali realizuoti tik gyvendamas visuomenėje. Todėl labai svarbu, kad visuomenė būtų pajėgi skatinti žmogaus poreikių dinamiką bei įgyvendinimą.

Kitaip negu norai, poreikiai nėra visiškai subjektyvūs. Išskyrus ypatingas aplinkybes, mes paprastai manome, jog asmuo pats sau yra geriausias teisėjas, sprendžiantis, ar jis nori ko nors, ar ne. Vis dėlto kalbant apie poreikius, kiti žmonės gali nuspręsti, ar tam tikras žmogus turi tam tikrą poreikį.

Visiems žmonėms reikia vandens, kad gyventų, bet tai yra per daug akivaizdu. Be to, būna situacijų, kurios akivaizdžiai rodo, kad žmogui iškilo tam tikras poreikis, – kaip kad žmogui, neturinčiam vandens dykumoje.

Nors sutariama, kad poreikius galima apibūdinti objektyviai, nesutariama, ar jie sudaro „absoliutų“ standartą, pagal kurį gali būti testuojamas kiekvienas, susiduriantis su poreikiu. Tie, kurie ginčijasi, jog poreikiai yra tam tikra prasme „sąlyginiai“, gali pateikti vieną iš trijų skirtingų argumentų[4].

Kiekvienas siekia apsirūpinti maistu, vandeniu, pastoge ir t. t., tačiau tai, kurie ištekliai yra reikalingi, priklausys nuo fizinių aplinkybių, kuriose yra žmogus. Tarkime, šiaurėje gyvenančio žmogaus poreikiai skiriasi nuo pietuose gyvenančio žmogaus poreikių. Tačiau „absoliutistas“ tvirtintų, kad tik fizinės, o ne socialinės aplinkybės lemia reikalingų išteklių paketą, atitinkantį asmens poreikius.

---

[3] Roy R. Human needs and Freedom, Lebeder K. Needs. – Cambridge, 1980, p. 191–212.

[4] Ware A., Goodin R. E. Needs and Welfare. – London, 1990, p. 13–19.

Dalis autorių palaiko absoliučią poreikio sampratą ir neigia poreikio, kaip politinės koncepcijos, svarbą remdamiesi tuo, kad faktiškai kiekvienas visuomenėje gali fiziškai išgyventi. Gebėjimas fiziškai išgyventi yra rodiklis, lemiantis poreikius, tačiau išteklių prieinamumas įgalina žmones jaustis tam tikros visuomenės, kurioje jie gyvena, nariais. Minimalūs poreikiai nėra paprasčiausiai patenkinami vien rūpinantis fizinėmis gyvenimo reikmėmis, pavyzdžiui, reikiamais drabužiais, maistu, pastoge, bet jiems patenkinti taip pat reikia sudaryti tam tikras sąlygas, tinkamas „visuomeniniams atstovams“, bendraujantiems su kitais tam tikroje visuomenėje.

Šis požiūris apibūdina poreikius kaip „sąlyginius“ ta prasme, jog tai, ko reikia, yra nulemta tam tikros visuomenės, kurioje žmogus gyvena. Stokoti – tai nesugebėti gyventi visaverčio tos visuomenės nario gyvenimo.

Tam tikroje konkrečioje visuomenėje kai kurie poreikiai yra sąlyginiai ta prasme, jog tai, ko žmogui reikia, priklauso nuo to, kokias gėrybes bei išteklius jau turi kiti žmonės. Visuomenėje, kurioje fizinė jėga didele dalimi lemia išteklių paskirstymą, žmonės gali norėti ne tik turėti maisto išgyventi, bet ir maisto, pakankamai aprūpinančio kalorijomis, suteikiančiomis jėgų. Šių poreikių tenkinimas reikalauja skirtingos sampratos, ir valstybės vaidmuo čia turėtų būti svarbiausias.

Akivaizdu, jog valstybė privalo atlikti tam tikrą vaidmenį tenkinant poreikius. Dažniau valstybė apsiriboja vien teikdama pagalbą tiems žmonėms, kurių poreikių negalima tenkinti per neformalųjį tinklą, rinką arba per savanorišką veiklą. Valstybė čia pasitarnauja kaip paskutinė išeitis tiems, kurių pastangos patenkinti poreikį patiems sužlunga.

Valstybės lygiu nuo pat ankstyvųjų visuomenės gerovės užtikrinimo etapų taip pat regime skirtumus tarp politikos, skirtos faktiniam nepritekliui mažinti, ir politikos, pagrįstos draudiminiu principu. Tad galime įžvelgti du skirtingus gerovės užtikrinimo modelius: poreikiu pagrįstą modelį ir draudimo (arba įnašais pagrįstą) modelį. Nuo XX a. pradžios iki jo vidurio atsirado trečiasis modelis, jungiantis ankstesniųjų dviejų požymius, bet ir kitoks negu du pirmieji: tai socialinio pilietiškumo (arba teisėmis pagrįstas) modelis. Praktiškai skirtumai tarp trijų modelių dažnai painiojami su tam tikromis gerovės užtikrinimo

programomis, turinčiomis vieno arba daugiau kaip vieno modelio elementų.

Šis modelis siekia universaliai patenkinti poreikius ta prasme, jog kiekvienas žmogus (apibūdinamas kaip pilietis arba nuolatinis gyventojas) turi teisę į pagalbą, jei susiduria su nepritekliumi. Nepriteklius apibrėžiamas minimalistine prasme, t. y. tai, kas susiję su pagrindiniais būtinais išgyventi ištekliais. Tiktai faktiškai atsidūrusieji už pragyvenimo minimumo ribos gauna kokią nors pagalbą, bet ši pagalba suteikiama kiekvienam, kuris atsiduria panašioje situacijoje. Kadangi nepriteklius susijęs su finansine pagalba, turi būti taikomas tam tikras testas siekiant išsiaiškinant, ar asmuo tikrai patiria nepriteklių, o tai paprastai reiškia, jog jie turi deklaruoti visą jiems priklausantį turtą (tai vadinama „patikrinimu“). Kadangi šis poreikių tenkinimas yra universalus, valstybė gali beveik nesistengti, kad užtikrintų, jog skurstantieji sužinotų apie veikiančias programas, ji taip pat gali nesirūpinti, kad priimantieji labdarą nesijaustų pažeminti.

Poreikių tenkinimas yra griežtai apribotas; jis reiškia, kad žmonėms suteikiamas tam tikras minimalus pragyvenimo standartas, kad jie turėtų pakankamai išteklių išgyventi. Tačiau faktiškai nėra nubrėžtų ribų ten, kur galima išleisti, – išlaidos paprasčiausiai apibrėžiamos tuo, kaip toli už šio standarto yra atsidūrę stokojantys.

Skurdą lemia ne daiktų stygius, bet poreikis, kurį jie išreiškia. Didieji poreikiai kyla iš didelio turto; ir dažnai geriausias būdas gauti tai, ko norime, – tai atsikratyti to, ką turime, nors tai skamba gana paradoksaliai.

Kas yra, o kas nėra poreikis, gali būti ginčytina. Ar poreikis buvo, ar nebuvo patenkintas esant tam tikroms aplinkybėms, taip pat gali būti ginčytina. Geriau, kai žmonės aprūpinami daugiau negu jiems reikia, iki tiek, kad jiems to pradeda nebereikėti.

Dažnai teigiama, jog, kilus konfliktui tarp žmonių troškimų ir poreikių patenkinimo, pirmenybė teikiama pastariesiems. Tarpasmeniniuose santykiuose šis teiginys sudaro argumentų už tėvišką rūpinimąsi šerdį: jis mums liepia tarnauti asmens poreikiams, nepaisant to, ar jis/ji to nori, ar ne. Tarpasmeniniuose santykiuose šis teiginys reiškia socialinių išteklių paskirstymą, suteikdamas prioritetą vieno as-

mens poreikių patenkinimui prieš kito asmens „paprasčiausius norus“[5].

Šalia to egzistuoja paklausa, dažnai apibūdinama kaip „poreikis“. Tarkim, būstas dažnai apibūdinamas kaip „nestandartinis“ remiantis ne tuo, kad jis yra absoliučiai netinkamas (kenksmingas sveikatai, nehigieniškas ir t. t.), bet vien tuo, jog jis neatitinka tipiško tos visuomenės „standarto“.

Namas gali būti didelis arba mažas: jei aplinkiniai namai yra vienodai maži, jis atitinka visus reikalavimus gyvenamajam būstui. Tačiau jei šalia to mažo namo atsiranda pilis, jis tarsi pasidaro tik lūšnelė. Nors ir labai aukštas gali tapti (neturtingo žmogaus) namas vystantis civilizacijai, šio sąlyginai mažo namo gyventojas jausis vis labiau ir labiau nepatogiai šalia kaimynystėje esančios pilies, jeigu ji kils taip pat arba dar sparčiau.

Gyvenamasis būstas apibūdina asmens visuomeninį statusą, iš to darytinos atitinkamos politinės išvados. Pirmoji yra ta, jog sąlyginių poreikių patenkinimą padidins ta politinė tvarka, kuri įtvirtins bendrą gyvenamųjų būstų standartų lygybę. Pagal minimalų standartą, nustatytą remiantis absoliučiu esminiu gyvenamojo būsto poreikiu, vienodai maži namai yra lygiai taip pat geri kaip ir vienodai dideli. Šios diskusijos ribose galima teigti, jog visų gyvenamųjų būstų vienodumas turi daug didesnę reikšmę negu jo absoliutus dydis.

Antroji politikos išvada yra ta, kad galbūt socialiai būtų priimtiniau, jog gyvenamasis būstas būtų vienodai kuklus visiems negu vienodai didžiulis visiems, remiantis minimaliu standartu, nustatytu pagal absoliutų esminį poreikį gyvenamajam būstui.

Tai, kas buvo pasakyta apie būstą, gali būti pasakyta ir apie kitus du šio klasikinio trio narius – maistą ir drabužius. Abu, be abejo, iki tam tikro laipsnio atstovauja visiškai absoliutiems poreikiams. Tai, kiek ir kokios rūšies maisto žmogus nori valgyti ir kiek bei kokios rūšies drabužius vilkėti, priklauso nuo vietinio klimato ir t. t. Bet tai yra sąlygiškai paviršutiniškas socialinis reliatyvizmas. Iš esmės kiekvieno pagrindinis poreikis tam tikram kiekiui maisto ir drabužių, žinoma, yra toks pat absoliutus kaip ir poreikis gyvenamajam būstui, reikalingam apsisaugoti nuo atšiaurios aplinkos.

[5] Goodin R.E. Reasons for Welfare. – Princeton University Press, 1988, p. 7–41.

Antra vertus, paprastai manoma, kad žmogaus poreikiai maistui bei drabužiams pranoksta absoliučiuosius poreikius. Kokios rūšies maistą jūs valgote ir kokius drabužius dėvite, tam tikru mastu yra sąlygiška tam, ką kiti aplink jus valgo ir dėvi. Iš dalies galbūt taip yra dėl to poreikio, kurį žmogui patenkinti padeda maistas ir drabužiai, idant jis sugebėtų efektyviai panaudoti savo žmogiškąjį kapitalą darbo rinkoje: gerai besimaitinantis ir gerai apsirengęs darbuotojas gali dirbti efektyviau negu ne taip gerai besimaitinantis ir apsirengęs darbuotojas. Didžiąja dalimi, be abejonės, maisto ir drabužių būtinybė atsiranda iš šių prekių, kaip kiekvienos kultūros simbolių bei ženklų, vaidmens. Kas mūsų kultūroje pasitikėtų atsakingas pareigas užimančiu prastai apsirengusiu žmogumi?

Vėl peršasi išvada, jog būstas, maistas ir drabužiai, be esminės absoliučios būtinybės, didele dalimi yra statuso prekės, kurioms jaučiamas poreikis priklausomai nuo to, kiek jų turi aplinkiniai. Dar kartą galima klausti, kokia šių prabangos prekių socialinė svarba lyginant su tuo, kaip jos paskirstomos. Sąlyginių poreikių patenkinimas visoje visuomenėje yra labiau atsargų vienodo padalijimo, o ne jų padidinimo reikalas.

Socialinis simbolizmas yra gana lankstus, o politikos instrumentai ganėtinai neaiškūs, todėl tikriausiai yra beviltiška kada nors tikėtis įvesti bent grubią lygybę būsto, maisto ir drabužių vartojimo srityje.

Švietimas patenka į tą patį bendrą modelį. Aukštesnis išsilavinimas iki tam tikro laipsnio suteikia turtingesnį gyvenimą: sugebama geriau valdyti aplinką, atsiranda didesnis pasitenkinimas gyvenimu ir kt. Vis dėlto asmens poreikis švietimui yra socialiai sąlygiškas. Tai visiškai suprantama, nes tai, kiek jums reikia turėti informacijos, priklauso nuo to, ar jūs gyvenate primityvioje kultūroje, ar technologiškai išsivysčiusioje. Kita vertus, tai, kokio išsilavinimo jums reikia, priklauso nuo to, kokį išsilavinimą įgiję aplinkiniai. Išsilavinimas yra reikalingas siekiant įgyti sąlyginį pranašumą konkuruojant darbo rinkoje. Mums reikia tik nuspręsti, kiek yra darbų (ir kiek tikriausiai bus) ir kokio išsilavinimo lygio jie reikalauja.

Taigi yra du poreikių patenkinimo komponentai. Viena, mes turime poreikius, kurie yra absoliutūs, antra vertus, pasitenkinimas, kurį bet koks žmogus gauna iš reikalingų jam išteklių, priklauso nuo to,

kiek panašių išteklių turi ir naudoja kiti. Šie du poreikių patenkinimo komponentai yra analitiškai atskiriami, bet vis tiek sudaro vienovę.

Kiekvienoje demokratinėje visuomenėje pasireiškia tarsi apibendrintas individo poreikio lygis, siekiant užtikrinti pusiausvyrą tarp individo ir visuomenės interesų. Jeigu pagrindiniai poreikiai netenkinami, prasideda dezintegracija (tiek individuali, tiek kolektyvinė, arba socialinė). Socialinė dezintegracija yra nepakankamo žmogaus poreikio tenkinimo tam tikroje istorinėje situacijoje indikatorius, paprastai išryškina dvi šio reiškinio puses: *„freezing"* (atšalimas – aktyvumo trūkumas) *ir „boiling"* (virimas – per didelis aktyvumas, maištas, sukilimas ir kt.)[6].

Pagrindinio poreikio analizė gali padėti išvengti socialinės dezintegracijos. Šiuo požiūriu minėtoji teorija būtų palanki suvokiant gerovės prielaidas.

Pagrindiniai žmogaus poreikiai yra tarpusavyje gana glaudžiai susieti ir gana sunku juos suskirstyti į grupes. Vieni poreikiai gali virsti kitais. Pavyzdžiui, psichologiniai poreikiai (ypač jeigu jie nepatenkinti) gali virsti fiziniais, ir atvirkščiai.

Labai svarbu apibrėžti bendrąją poreikių hierarchiją, nes vieniems asmenims pagrindiniai yra materialiniai poreikiai, kiti šiuos poreikius lengvai keičia į dvasinius. Poreikių skalė rodo, jog vieni iš jų yra daug svarbesni už kitus. Poreikių sistema gali būti skirtinga – priklauso nuo istorinės raidos etapo arba net nuo geografinių sąlygų.

Bet kokių reiškinių tipologija priklauso nuo siekio pabrėžti kokius nors klasifikuojamųjų reiškinių požymius. Nuo šio siekio priklauso ir klasifikavimo kriterijaus parinkimas.

A. Maslovas (1 lentelė) žmogaus poreikius pagal jų svarbą skirsto į penkis lygius: 1) fiziologinius; 2) saugumo; 3) meilės; 4) pagarbos; 5) saviraiškos[7]. Patenkinus vienus poreikius, formuojasi kiti.

J. Galtungas poreikius skaido į materialinius ir nematerialinius (dvasinius)[8].

---

[6] Galtung J. International Development in Human Perspective / Burton J. Conflict: Human needs Theory. – London, 1990, p. 304–305.

[7] Wilson C. New Pathways in Psychology Maslow and the Post-Freudian Revolution. – London, 1972, p. 163.

[8] Galtung J. International Development in Human Perspective / Burton J. Conflict: Human needs Theory. – London, 1990, p. 309.

M. Bunge'as siūlo skaidyti poreikius į fizinius ir intelektinius[9].

Įvertinus esamą žmogaus poreikių klasifikaciją, būtų galima išskirti tokias poreikių grupes:

– pirmojo lygio pagrindiniai poreikiai (saugumo, gerovės poreikiai);
– antrojo lygio pagrindiniai poreikiai (laisvės, lygybės, minties, sąžinės, religijos ir kt.).

Pirmojo lygio pagrindiniai poreikiai – tai daugiau prigimtiniai poreikiai, susiję su individo egzistencijos išsaugojimu. Jais remdamiesi formuojasi antrojo, trečiojo, ketvirtojo ir tolesnio lygio pagrindiniai poreikiai. Poreikių lygių sistema (kiekis) priklauso nuo visuomenės ekonominės ir socialinės aplinkos, nuo technologijų lygio.

Kiekvienas tolesnis žmogaus pagrindinių poreikių lygis tarsi išsklaido, detalizuoja prieš tai buvusįjį. Poreikių tenkinimo lygis pabrėžia individo socialinę prigimtį.

Poreikių sistema yra pats tinkamiausias būdas pagrįsti pagrindinių žmogaus teisių prigimtį. Šis požiūris, pirma, leidžia paaiškinti žmogaus vietą visuomenėje, nes daugelį savo poreikių jis gali patenkinti tik gyvendamas visuomenėje; antra, leidžia nustatyti tuos poreikius, kurie yra bendri visiems visuomenės nariams.

Žmogaus teisės priklauso nuo poreikių, kuriuos lemia politinė sistema, arba, tiksliau sakant, politinė sistema formuoja žmogiškuosius poreikius, o šie – žmogaus teises. Jeigu pripažįstame, jog žmogaus teisių formavimosi pagrindas yra poreikis, tai žmogaus teisių sistemą lemia poreikių sistema. Kitaip tariant, žmogaus teisių tipologija priklauso nuo žmogaus poreikių tipologijos.

Jau buvo minėta, jog galima išskirti pirmojo, antrojo ir aukštesnių lygių pagrindinius poreikius. Remiantis šia sistema pagrindines žmogaus teises galima suskaidyti į pirmojo, antrojo ir tolesnio lygio pagrindines žmogaus teises.

Pirmojo lygio žmogaus teisės daugiausia yra prigimtinės žmogaus teisės (teisė į gyvybę, į fizinį bei socialinį žmogaus saugumą ir kt.). Šių teisių sistema leidžia individui egzistuoti pačiu minimaliausiu lygiu. Kitaip tariant, pirmojo lygio pagrindinės žmogaus teisės yra minimalios individo egzistavimą palaikančios teisės.

[9] Bunge M. Treatise on basic Philosophy: The Good the Right. – Netherlands, 1989, p. 285–315.

Besivystant visuomenei, formuojasi aukštesnio lygio poreikiai ir jais paremtos antrojo lygio žmogaus teisės (minties, sąžinės, spaudos, susirinkimų, sąjungos ir t. t.).

Kintant poreikiams, formavosi žmogaus teisių kartos.

Pirmoji žmogaus teisių karta buvo ilgų istorinių įvykių, kurie kulminaciją pasiekė „buržuazinės revoliucijos" forma, rezultatas. Šios kartos žmogaus teisės yra individo teisės, pastatytos prieš naujai atsirandančios valstybės valdžios galią. Jos taip pat vadinamos „liberaliomis teisėmis".

Antroji žmogaus teisių karta atsirado dėl socialistinės revoliucijos įtakos. XX a. sveikatos apsaugą, valstybines pensijas vyresnio amžiaus žmonėms, nedarbingumo išmokas ir socialinio draudimo išmokas numatė valstybės, įsipareigojusios šioms antros kartos žmogaus teisėms. Šios kartos žmogaus teisės nebegina individo nuo valstybės kišimosi, tačiau reikalauja aktyvios vyriausybės nuostatos individo naudai.

Trečioji žmogaus teisių karta yra kolektyvinės „solidarumo teisės", susijusios su žmonijos išgyvenimo poreikiu: teisė į taiką, teisė į vystymąsi, teisė į sveiką aplinką ir teisė į bendrą žmonijos paveldą. Ši žmogaus teisių rūšis yra gerai žinoma, nors Vakaruose egzistuoja skirtingos nuomonės dėl jos sampratos ir sistemos.

Antroji žmogaus teisių karta yra atsitiktinė. Ji neišplaukia iš bendros žmogaus poreikių sistemos.

Žmogaus poreikių formavimosi požiūriu žmogaus teisių sistemą tikslingiau skirstyti į du raidos laikotarpius:

pirmąjį: nevisuotinių žmogaus teisių laikotarpį, – iki 1948 m.;

antrąjį: visuotinių žmogaus teisių laikotarpį, – nuo 1948 m.

Šiuos du laikotarpius skiria 1948 m. gruodžio 10 d. Jungtinių Tautų Visuotinė žmogaus teisių deklaracija. Nuo šios deklaracijos priėmimo žmogaus teisės teoriškai yra „visuotinės". Iki deklaracijos priėmimo, remiantis Visuotinių žmogaus teisių deklaracijos pavadinimu, teoriškai žmogaus teisės buvo nevisuotinės. „Nevisuotinės" reiškia, kad žmogaus teisės ir laisvės, kurios egzistavo iki 1948 m., buvo suteikiamos pagal rasę, spalvą ir t. t.

Pirmoji žmogaus teisių karta atsirado remdamasi į pirmojo lygio pagrindinius poreikius – tai poreikis gyventi, saugios aplinkos poreikis, sveikatos, aprūpinimo, poilsio, darbo ir kiti poreikiai.

Apibendrintai galima pasakyti – tai žmogaus išgyvenimo poreikiai. Šio lygio poreikiais paremta formavosi ir formuojasi pirmoji žmogaus teisių karta, t. y. teisė į gyvybę, teisė į asmens saugumą, teisė į darbą bei socialinį saugumą ir kt.

Pirmosios žmogaus teisių kartos doktrinos bei normų apraiškų galima rasti *Hammurabio* kodekse (*maždaug* 2130 pr. m. e.), tačiau jie akivaizdūs ir senovės hebrajų moralės apmąstymuose (pvz., *Mozės* įstatyme, *maždaug* 1400 m. pr. m. e.), senovės graikų filosofų darbuose (Platono, Aristotelio ir stoikų, *maždaug* 400–200 m. pr. m. e.) ir netgi kinų išminčiaus Konfucijaus (551–179 m. pr. m. e.), kurio svarbiausius moralės mokymus galima vertinti kaip universalaus moralinio humanizmo formą, kūriniuose[10].

Vakarietiškoje tradicijoje universalios moralės teisės idėja evangelijų dėka perėjo į krikščioniškąją erą, o vėliau ir tokių bažnyčios rašytojų, kaip Šv. Augustinas (*maždaug* 400 m.) ir Šv. Akvinietis (*maždaug* 1270 m.), kūrinius apie prigimtinę teisę, kuriuose graikiškajai koncepcijai, paveldėtai iš stoikų, buvo suteiktas teologinis pagrindas. Paprastai Didžiajai laisvių chartijai (1215 m.) suteikiama pirmo labai svarbaus „teisių dokumento" garbė, kuriame susisteminta bendroji anglų teisė ir specifinėmis teisėmis, tokiomis kaip savavališko suėmimo draudimas, laisvės atėmimas ir tremtis, nustatyti konkretūs karaliaus valdžios apribojimai[11].

Šiuolaikinės žmogaus teisių doktrinos pradmenis galima rasti kelių įtakingų Europos Švietimo epochos mąstytojų: Hobbeso (1588–1679), Locke'o (1632–1704), Montesquieu (1689–1755), Rousseau (1712–1778) ir Kanto (1724–1804), darbuose. Šiuo laikotarpiu jau buvo plėtojama visuotinių teisių idėja suteikiant jai pasaulietinį, racionalų pagrindą.

Dauguma šiuo laikotarpiu plėtotų filosofinių idėjų politinę išraišką įgavo prancūzų ir amerikiečių revoliucijų metu XVIII a. pabaigoje ir buvo įtrauktos į šių respublikų konstitucijas (1787–1791).

1918 m. galima apibrėžti kaip šio laikotarpio pabaigą, kadangi jie sutampa su Europos valstybių sistemos žlugimu per Pirmąjį pasaulinį

[10] Winston M. E. The philosophy of Human Rights. – Wadsworth, 1989, p. 12–41.

[11] Meyer M. J., Parent W. A. The Constitution of Rights: Human Dignity and American Valnes. – Cornell University Press, 1992, p. 21–38.

karą. Tautų Sąjungos sutartyje nebuvo minimas „žmogaus teisių“ terminas. Du dešimtmečiai (1919–1939) buvo pažymėti „didele patologinių simptomų įvairove“, įskaitant fašizmo atsiradimą Italijoje ir Vokietijoje bei pirmos pasaulyje totalitarinės valstybės – Lenino ir Stalino vadovaujamos Sovietų Sąjungos – sukūrimą.

Pirmoji žmogaus teisių karta, kaip jau minėta, formavosi poreikio „išgyventi“ fone, todėl vieno žmogaus siekis užvaldyti kitą labai stiprus. Plačiau nekalbant apie karus, kolonizacijos procesus ir kitus reiškinius, kurie labai diferencijavo atskirų žmonių grupių teisinį statusą, privalu pabrėžti, kad pirmosios žmogaus teisių kartos ryškus požymis – tai nelygybės įtvirtinimas. Prancūzų užkariautojai savo „koncesijose“ Kinijoje prie parkų ir kitų viešojo susibūrimo vietų kabino iškabas su užrašu „Kinai ir šunys neįleidžiami“. Tokios iškabos Kinijoje kabėjo iki 1928 m.[12]

Šiame etape žmogaus teisės buvo apibrėžiamos remiantis antropologinėmis prielaidomis. Antropologinis suvokimas buvo konkreti racionali civilizuoto žmogaus samprata. Ši samprata iš esmės išbraukė moteris, tamsiaodžius, ne europiečius ir kt. Patriarchalinės Švietimo epochos autoriai racionalų mąstymą skyrė *a priori* vyriškajai lyčiai, o neracionalų mąstymą arba emocijas (ypač isteriją) – moteriškajai lyčiai. Tik tie, kurie turi protą, buvo laikomi žmonėmis. Todėl daroma išvada, kad moterys *a priori* apibūdinamos kaip neracionalios, nežmogiškos, subžmogiškos. Tuomet „protas“ nėra savybė, kurią individas įgyja mokydamasis ir save kontroliuodamas, o prigimtinė savybė, su kuria individas gimė, jeigu yra vyras. Pagal dualistinę antropologiją (vyras = racionalus; moteris = neracionali) nėra atviro būdo moterims kada nors tapti racionalioms, taigi ir žmonėmis, piliečiais, turinčiais lygias teises, asmenimis, turinčiais savo teises. Todėl logiška ir visiškai nelaikytina „principų pažeidimu“, kai 1793 m. Prancūzijos nacionalinėje konvencijoje patvirtinta, kad „vaikai, psichiškai nesveiki asmenys, nepilnamečiai, moterys ir kaliniai, kol nebus perauklėti, nėra piliečiai“ ir kad Prancūzijos moterims nebuvo leidžiama balsuoti iki 1944 m.[13]

Prie antrojo lygio žmogiškųjų poreikių priskirtinas laisvės, lygybės, minties, sąžinės ir kitų laisvių siekis. Labai sunku apibrėžti, kokiu

[12] Human rights and cultural diversity. – Keip., 1993, p. 50–51.
[13] Human rights and cultural diversity. – Keip., 1993, p. 51–65.

istoriniu civilizacijos laikotarpiu šie poreikiai susiformuoja. Net ir šiuo laikotarpiu negalime pasauliniu mastu kalbėti apie bendrą poreikių sistemą, nes civilizacijos lygis atskiruose regionuose labai skirtingas. Kas vienur yra poreikis, tai kitur – to poreikio siekinys, geriausiu atveju noras.

Antrojo lygio poreikiais remdamosi formuojasi tokios teisės, kaip teisė į laisvę, teisė į lygybę, susirinkimų, sąjungų, asociacijų laisvė, teisė dalyvauti valdant savo šalį ir t. t.

Šiuolaikinė visuotinių žmogaus teisių idėja buvo plėtojama tik Antrojo pasaulinio karo metu bei po jo ir buvo išreikšta Visuotinėje žmogaus teisių deklaracijoje (1948 m.), kuri buvo pirmas svarbus tarptautinis žmogaus teisių dokumentas, įtvirtinantis universaliąsias žmogaus teises. Visuotinė žmogaus teisių deklaracija nėra tarptautinė sutartis, o tik Jungtinės Tautų Generalinės Asamblėjos rezoliucija. Tad ji nėra privalomas tarptautinis dokumentas.

Pasakytina tai, kad žmogaus teisės negali būti apibūdintos kurios nors vienos kultūros standartais arba būti paremtos kurios nors vienos tautos lūkesčiais. Toks dokumentas sukeltų suvaržymų daugybei žmonių, negalinčių realizuoti savęs kaip asmenybių. Kiekvienas bandymas įtvirtinti žmogaus teises, kurių realizavimas neišplaukia iš socialinės aplinkos ir poreikių sistemos, bus deklaratyvus, o šį siekį įtvirtinančios normos bus fiktyvios.

HUMAN NEED AS BASE FOR EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS

Alvydas Pumputis

Summary

Human rights are frequently perceived as a consummate system and construed on the basis of legislation and legal norms without paying proper attention to the level they are exercised. Individual needs, technological environment of the society and similar elements having impact on human rights are often neglected. These issues are very important as they influence the whole system of human rights.

Individual needs are the most important criterion in the development of human rights system. Determination of human needs allows us: 1) to explain human striving to live in a society[14], e.g. the need for material welfare determines economic relations and social layers in a society; and 2) to understand general circumstances creating human rights.

Various approaches, medical, biological, psychological, anthropological, economic, political etc., may be applied to analyse human needs. Empiric determination of an integral system of needs is essential here.

A need is different from a desire, request or demand, since an individual may desire what he actually does not need.

A need is determined by the entity of desires preconditioned by social circumstances. Frequently, a need is expressed by objectives indicating certain means to content an individual.

A need is always determined by cultural, natural and social environment. A great deal of individual needs appear as cultural needs[15]. Basic human needs originate in an individual and social desire for progress[16].

The concepts *need* and *rights* are theoretical constructs and their existence and evolution are determined by a social structure.

Basic human needs are tightly interconnected and it is quite difficult to classify them into groups. Some needs may change into others. For instance, psychological needs, in particular unfulfilled, may change into physical and vice versa.

It is very important to determine a general hierarchy of human needs since some individuals put material needs in the first place while others easily exchange material needs into spiritual ones.

The scale of needs clearly illustrates that some needs are more important than others. Systems of needs may vary depending on a stage of historical development or even on geographical circumstances.

Available classification of human needs allows us to distinguish the following levels:

– First-level basic needs (safety, welfare);
– Second-level basic needs (freedom, equality, thought, conscience, religion, etc.).

The first-level basic needs are natural needs necessary to grant individual's existence. They constitute a basis for the second, third, forth, etc. levels

[14] Mann M. I. The Sources of Social Power. – Cambridge University Press, 1986, p. 14
[15] Ware A., Goodin R. E. Needs and Welfare. – London, 1990, p. 12.
[16] Roy R. Human Needs and Freedom, Lebeder K. Needs. – Cambridge, 1980, p. 191–212.

to develop. The entire system of needs (the number of levels) depends on a socio-economic environment and technological progress.

In the described hierarchy, each second level dissipates or itemizes the former. The level of fulfilled needs indicates individual's social background.

The system of needs grounds, in the most appropriate way, the nature of basic human rights. Firstly, this approach may explain a human need to live in a society and secondly, identify the needs which a common to all members of a society.

Human rights depend entirely on the needs determined by a political system or, in other words, political system determines human needs and the latter, in their turn, determine human rights.

The assumption that development of human right is grounded on human needs, implies the idea that the system of human rights is conditioned by the system of needs.

To put it other way, the typology of human rights depends on the typology of human needs.

In the context of the first, second, third, forth, etc levels of basic needs, basic human rights might be grouped into the first, second, third, forth, etc levels of human rights.

Human rights depending to the first level are mainly natural inborn human rights (the right to life, physical and social security, etc.) The entirety of these rights allows minimal standard of individual's existence, or in other words, first-level human rights are rights sustaining minimal standard of individual's existence.

Evolution of the society has conditioned development of upper levels of human needs giving rise to second-level human rights (thought, conscience, press, meetings, assembly, etc.)

Dynamics of human needs provide a basis for the development of historic generations of human rights.

The first generation of human rights resulted from numerous historical events which arrived at their climax in the form of bourgeois revolution. This generation comprises the rights introduced to limit the powers of state authority. They are also called *Liberal Rights*.

The second generation of human rights emerged under influence of socialist revolution. Health protection, retirement pensions, sickness benefits and social welfare benefits were granted by 20th century states committed to the second-generation human rights. Instead of protecting an individual from state interference, these rights commit the state to actively perform for the benefit of an individual.

The third generation of human rights comprises collective *Solidarity Rights* associated with the need for survival of the human race: the right to peace, development, healthy environment and common human heritage. These rights are known worldwide however western states have adopted different approaches towards their interpretation and the entire system.

The second generation of human rights is incidental. It is not resultant from the general system of human needs.

In the context of human needs development, a more reasonable classification of the system of human rights would be classification into two periods of their development:

1) a period of non-universal human rights which lasted until 1948; and
2) a period of universal human rights which started in 1948.

These two periods are separated by the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly in December 10th 1948. The adoption of the Declaration of Human Rights earmarked the moment human rights theoretically became universal. Before the Declaration, theoretically human rights were non-universal as the name of the Declaration implies. The term *non-universal* means that until 1948 human rights and freedoms were granted on the grounds of race, colour, anthropological features, etc.

An attempt to entrench human rights which are not conditioned by the social environment and the system of human needs would be declarative and norms establishing such attempts would be vain.

MRU © MRU © MRU

LA PROTECTION DE LA VIE FAMILIALE DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

José Narciso da Cunha Rodrigues

1. Les droits fondamentaux. Temps fondateur et évolution

Dans l'une des premières affaires où la question de l'application des droits fondamentaux dans le domaine communautaire à été soulevée[1], *Kohlengrosshandlung* avait formé un recours en annulation contre la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, arguant que, dans les décisions de la Haute Autorité, les droits de l'individu, protégés dans presque toutes les constitutions des pays membres, restaient «lettre morte».

Cette affaire annonçait l'espace croissant que les droits fondamentaux viendraient à occuper dans le droit communautaire.[2]

Plus tard, l'arrêt prononcé dans l'affaire préjudicielle *Internationale Handelsgesellschaft*[3] reflétait déjà l'esprit du temps révélé, d'ailleurs, dans l'ordonnance de renvoi elle-même. La juridiction nationale commentait que l'État membre concerné n'avait pas renoncé à l'application des droits fondamentaux prévus par sa loi fondamentale qui constitueraient un élément d'un fonds commun de valeurs fondamentales qui faisaient partie du droit communautaire.

[1] Arrêt du 4 février 1959, *Stork/Haute Autorité*, Affaire 1/58, Rec. p. 43.

[2] Cette introduction suit, dans ses grandes lignes, Cunha Rodrigues, *On Internationale Handelsgesellschaft and Nold*, à paraître.

[3] Arrêt du 17 décembre 1970, Affaire 11/70, Rec. p. 1125.

Répondant à cette interpellation, la Cour de justice à réaffirmé la primauté du droit communautaire et sa position en tant que source autonome de droit. Elle a, en outre, proclamé que le respect des droits fondamentaux intégrait les principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect et que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, devrait être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.

Cette proclamation promettait une longue controverse sur la question de la primauté du droit communautaire.[4]

Néanmoins, le temps était encore d'esquisser une notion de primauté et de créer, dans un droit basé sur des libertés économiques, des outils méthodologiques qui puissent dialoguer avec ceux élaborés dans les droits nationaux.[5]

L'approche de *Internationale Handelsgesellschaft* fut que l'autonomie du droit communautaire oblige à ce que l'inspiration des traditions constitutionnelles communes aux États membres doit être réalisée «dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté».

Cette dualité (structure et objectifs) reposait sur une vision réaliste des différences entre les États membres et la Communauté, notamment en ce qui concerne l'organisation du pouvoir, la participation démocratique, le rôle des institutions et l'importance cruciale de l'économie en matière de réglementation.

Toutefois, comme certains auteurs l'ont souligné[6], l'accent tonique apparaissait moins mis sur des droits fondamentaux *subjectivés* que sur des droits fondamentaux en tant qu'instruments de l'intégration.

---

[4] Voir Joseph Weiler, *Methods of protection: towards à second and third generation of protection, Human Rights and the european community: methods of protection*, Baden-Baden, 1991, p. 576.

[5] L'arrêt du 12 novembre 1969, *Stauder*, Affaire 29/69, Rec. p. 419, à fait une première appréciation de la question des droits fondamentaux sans, toutefois, constater l'existence d'une violation. La Cour à décidé que la disposition litigieuse, interprétée d'une certaine manière, ne révélait «aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect».

[6] Ainsi, Joseph Weiler, *ibidem* p. 583.

La Cour persistait dans une analyse unilatérale des relations entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux.

Dans l'affaire 4/73[7] *Nold/Commission,* la Cour de justice à tiré une autre conséquence, celle d'assumer le contrôle des droits fondamentaux même en ce qui concerne les actes internes, lorsque ceux-ci procurent l'exécution du droit communautaire.[8] Les droits fondamentaux ne seraient donc plus une limite au seul pouvoir des institutions communautaires.

La Cour à ajouté que les droits fondamentaux ne sont garantis régulièrement que sous réserve de limitations prévues en fonction de l'intérêt public, et que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites.

C'est l'énoncé d'une clause «horizontale» de limitation pour les droits fondamentaux.[9]

Les limites étaient justifiées par «les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté» à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la substance de ces droits et que le principe de proportionnalité fut respecté.[10]

Cette architecture – inspirée, en ce qui concerne les deux premières règles, de la convention européenne des droits de l'homme et, quant au principe de proportionnalité, des principes constitutionnels en vigueur dans certains États membres – s'est présentée comme une source pour la jurisprudence à venir soit pour la pondération de la valeur relative des droits soit pour l'esquisse, parmi les droits fonda-

---

[7] Arrêt du 14 mai 1974, Rec. p. 491. La jurisprudence de cet arrêt à été reprise dans d'autres décisions, notamment l'arrêt du 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, Affaire 136/79, Rec. p. 2033.

[8] Cette jurisprudence fut affirmée dans les arrêts du 11 juillet 1985, *Cinéthèque e.a.*, Affaires jointes 60 et 61/84, Rec. p. 2605 (point 26), et du 13 juillet 1989, *Wachauf*, Affaire 5/88, Rec. p. 2609 (point 19).

[9] Plus tard, réaffirmée par l'arrêt du 13 décembre 1979, *Hauer*, Affaire 44/79, Rec. p. 3727 et par l'arrêt du 13 juillet 1989, *Wachauf*, précité.

[10] Voir A.Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, Rivista di Diritto Internazionale, Milano, vol. LXXXIX, 2006, fasc. 3, p. 649.

mentaux, d'un noyau dur dont le respect est en dehors de toute possibilité de pondération.[11]

Schmidberger[12] à été l'une des dernières explicitations de cette distinction entre prérogatives absolues et relatives.

La déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977, après avoir rappelé la jurisprudence de la Cour, faisait référence, d'une part, aux droits garantis par les Constitutions des États membres et, d'autre part, à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950.

Cette mention atteste de l'interaction entre jurisprudence et législateur qui, comme nous le verrons plus tard, à accompagné toute évolution en matière de droits fondamentaux.

L'Acte unique européen (1986)[13] le traité de Maastricht (1992)[14] et le traité d'Amsterdam (1997)[15] en ont rapporté aussi la preuve.

---

[11] Une explicitation de cette orientation concernant la fonction sociale de la propriété peut être vue dans l'arrêt du 13 décembre 1979, *Hauer*, précité.

[12] Arrêt du 12 juin 2003 prononcé dans l'affaire C-112/00, Rec. p. I-5659. Le renvoi préjudiciel provenait d'une juridiction autrichienne. La requérante était une entreprise allemande de transports internationaux et réclamait des autorités de cet État membre une indemnité à titre de dommages-intérêts en raison de l'impossibilité pour ses camions d'emprunter l'autoroute du Brenner eu égard à un rassemblement et à la réglementation autrichienne concernant le trafic de poids lourds pendant les week-ends et les jours fériés. La Cour à dit pour droit que «...les droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique garantis par la CEDH n'apparaissent pas non plus – contrairement à d'autres droits consacrés par la même convention, tels que le droit de toute personne à la vie ou l'interdiction de la torture ainsi que des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qui ne tolèrent aucune restriction – comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société» (point 80).

Sur la limitation des droits fondamentaux voir également les arrêts du 26 juin 1997, *Familiapress*, Affaire C-368/95, Rec. p. I-3689 (point 26) et du 11 juillet 2002, *Carpenter*, Affaire C-60/00, Rec. p. I-6279 (point 42).

[13] Qui à incorporé dans son préambule la décision des États membres de promouvoir ensemble la démocratie, en se basant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et les lois des États membres, dans la CEDH et la Charte sociale européenne, en particulier, la liberté, l'égalité et la justice sociale.

[14] Avec l'article F.2 selon lequel l'Union respectera les droits fondamentaux tels que garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux de droit communautaire.

Par cette voie, l'on est arrivé à la reconnaissance d'un système «autonome» de protection de droits fondamentaux au niveau européen.

Ce système comporte des standards propres, des compétences[16], une capacité de dialogue avec les traditions constitutionnelles communes aux États membres, le respect de l'acquis communautaire en matière de droits de l'homme notamment celui fourni par la CEDH, et une capacité d'évolution dans son contexte dogmatique spécifique.

Toutefois, il n'est pas exclu que la Cour renvoie à la protection assurée par les États membres lorsque la question est en dehors du champ matériel du droit communautaire.[17]

Un des problèmes les plus aigus est précisément de savoir si une question sur les droits fondamentaux se trouve dans le champ matériel du droit communautaire.

La Cour à établi des critères généraux et s'est, parfois, livrée à une interprétation large des faits[18], mais le principe[19] n'a jamais été remis en question.

Cette évolution à conduit:

– à l'insertion dans l'acquis communautaire des droits fondamentaux enracinés dans la culture européenne, notamment ceux consacrés dans la CEDH;
– à la réaffirmation et au renforcement du principe de primauté du droit communautaire;
– à la recherche de critères de mise en balance permettant de parvenir à un équilibre entre des droits fondamentaux d'égale hiérarchie;

---

[15] Le traité à ajouté que l'Union se base sur les principes de liberté, démocratie, respect des droits fondamentaux et des libertés fondamentales et l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.

[16] Ces compétences se réfèrent à l'ordre communautaire dans son ensemble pouvant donc être comblées par les juridictions des États membres selon un principe d'équivalence.

[17] Voir arrêt du 18 décembre 1997, *Annibaldi*, Affaire C-309/96, Rec. p. I-7493 et, quoique le rattachement puisse faire l'objet de discussion, arrêt du 23 septembre 2003, *Akrich*, Affaire C-109/01, Rec. p. I-9607 (points 58 à 60).

[18] Ainsi, selon une partie de la doctrine, dans l'arrêt *Carpenter*, précité.

[19] Par exemple, arrêts du 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, précité, et du 29 mai 1997, *Kremzow*, Affaire C-299/95, Rec. p. I-2629.

– à l'évaluation des droits civiques, politiques, sociaux, culturels et économiques dans un contexte unifié exigé par une société démocratique bien tempérée;
– à une ouverture à l'affirmation d'autres droits, tels que les droits de l'environnement et des consommateurs;
– au traitement, dans le même contexte dogmatique, de nouveaux droits inspirés de la société technologique, tels que ceux liés à la bioéthique;
– à mettre le principe d'«équivalence» au service de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans son ensemble.

La citoyenneté européenne à émergé, dans ce contexte, comme un nouveau cadre de référence et un pôle de gravité dans l'élaboration de la jurisprudence.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne couronne cette évolution et représente la fin du «fonctionnalisme» au service des libertés économiques, le dépassement de toute conception de l'individu comme facteur de production, la mise en œuvre d'une nécessaire dialectique entre droits civils, politiques, culturels, sociaux et économiques et l'affirmation de nouvelles générations de droits.

2. La protection de la vie familiale

La protection de la vie familiale, comme droit fondamental, à toujours été présente dans la construction européenne.

Pour ainsi dire, elle est devenue un axe autour duquel les tensions motivées par la structuration sociale résultant des migrations se déclenchent.

Certes, il est loisible d'affirmer que ce qui était initialement en cause n'était pas la famille en tant que réalité politique et sociale ni les relations subjectives établies par l'individu comme élément du groupe opposant à l'État ses sentiments d'appartenance et son aspiration à vivre d'une certaine manière, mais plutôt les libertés économiques.

Néanmoins, peu à peu, le droit communautaire s'est orienté vers une protection de la vie familiale qui non seulement répond aux traditions constitutionnelles des États membres et suit la ligne de

certains instruments internationaux, notamment la convention européenne des droits de l'homme, mais aussi influe sur la législation dans son ensemble et acquiert le statut d'élément systématique d'interprétation.

La jurisprudence de la Cour de justice confirme cet itinéraire. Nous nous proposons de la suivre selon ce schéma:

– les conditions de l'application du droit à la protection de la vie familiale dans le domaine du droit communautaire;
– l'interprétation de certaines notions à la lumière du droit à la protection de la vie familiale;
– la législation et la jurisprudence communautaires;
– les nouveaux enjeux suscités par la citoyenneté européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

3. Les conditions de l'application du droit à la protection de la vie familiale dans le domaine du droit communautaire

Le cadre juridique auquel on se réfère est, tout d'abord, celui de l'article 8 de la CEDH, dont la teneur est la suivante:

«1. Toute personne à droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

Nous sommes, toutefois, dans le champ du droit communautaire.

L'examen par la Cour d'une situation qui soulève une question de droits fondamentaux, telle que le droit à la protection de la vie familiale, dépend de l'existence d'un rattachement au droit communautaire.

L'un des arrêts les plus anciens dans lequel la Cour à défini les conditions qui permettent de vérifier la compatibilité d'une réglemen-

tation nationale avec la convention européenne des droits de l'homme concernait précisément l'article 8 de cette convention.[20]

Était en cause l'expulsion d'une ressortissante turque à l'expiration de la durée de validité de son visa.

À l'époque, il n'existait pas de norme de droit communautaire définissant les conditions dans lesquelles les États membres devaient autoriser le regroupement familial des travailleurs turcs licitement installés dans la Communauté. Dès lors, la réglementation nationale n'avait pas à exécuter une disposition de droit communautaire.

Cette réglementation ne se situant donc pas dans le cadre du droit communautaire, la Cour à écarté sa compétence pour apprécier la compatibilité.

Cette jurisprudence à été réaffirmée à maintes reprises.

Certains commentaires arguent que le critère de la Cour à cet égard prend parfois en compte l'intensité du risque de violation d'un droit fondamental. La carence de tutelle d'une situation juridique déterminée tendrait à justifier, dans des situations exceptionnelles, l'exigence d'un rattachement moins évident au droit communautaire.

Une affaire qui à soulevé de telles remarques concernait la menace d'expulsion du conjoint d'un ressortissant communautaire provenant d'un pays tiers.[21]

Dans cette affaire, la Cour à estimé que l'activité exercée par le ressortissant communautaire concerné constituait un lien suffisant. En effet, une partie significative de l'activité professionnelle du ressortissant communautaire consistait à fournir des prestations de services, contre rémunération, à des annonceurs établis dans d'autres États membres. Pour la Cour, pareilles prestations relevaient de la notion de prestation de services au sens de l'article 49 CE, à la fois en tant que le prestataire se rendait, à cette fin, dans l'État membre du destinataire et en tant qu'il fournissait les services transfrontaliers sans se déplacer de l'État membre dans lequel il était établi.

---

[20] Arrêt du 30 septembre 1987, *Demirel*, Affaire 12/86, Rec. p. 3719.

[21] *Carpenter*, précité.

De même, la Cour à argumenté que la directive 73/148/CEE[22] ne réglementant pas le droit de séjour des membres de la famille d'un prestataire de services dans l'État membre d'origine de celui-ci, la réponse à la question préjudicielle dépendrait de savoir si, dans une situation telle que celle au principal, un droit de séjour en faveur du conjoint pouvait être inféré des principes ou d'autres normes du droit communautaire.

Cette considération à appelé l'invocation de l'importance de la vie familiale afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité.[23]

La Cour à conclu que la séparation des époux nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par le mari, vu que cette liberté ne pourrait pas produire son plein effet si celui-ci était détourné de l'exercer, par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son épouse.

Dans cette affaire, la nécessité de protection de la vie familiale à influé sur l'interprétation des dispositions communautaires, en leur transmettant une tension qui n'existait, peut-être, pas en elles-mêmes, dépourvues de cet encadrement.

[22] Directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services (JO L 172, p. 14).

[23] Ainsi qu'il ressort notamment des dispositions des règlements et directives du Conseil relatifs à la libre circulation des travailleurs salariés et non salariés à l'intérieur de la Communauté (par exemple, article 10 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2), articles 1er et 4 de la directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 13) et articles 1er, paragraphe 1, sous c), et 4 de la directive 73/148.

4. L'interprétation de certaines notions de droit communautaire à la lumière de la protection de la vie familiale

La protection de la vie familiale à eu une incidence fondamentale dans la configuration de certaines notions.

L'une de ces notions est celle d'ordre public.

Conformément à la jurisprudence de la Cour[24], le droit communautaire s'oppose à l'expulsion d'un ressortissant d'un État membre fondée sur des motifs de prévention de trouble à l'ordre public.

Cette assertion découle d'une argumentation plus large.

Pour la Cour, l'examen, par les autorités nationales, de l'existence éventuelle d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public et, le cas échéant, de la question de savoir où se situe le juste équilibre entre les intérêts légitimes en présence doit se faire dans le respect des principes généraux du droit communautaire.

Ces considérations s'inscrivent dans l'objectif d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants communautaires afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité.

Toutefois, cette protection tend à acquérir une autonomie méthodologique face à cet objectif.

Selon la jurisprudence de la Cour, exclure une personne du pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel qu'il est consacré à l'article 8 de la CEDH.

Pareille ingérence enfreint la CEDH si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 du même article, à savoir si elle n'est pas «prévue par la loi», inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe et «nécessaire, dans une société démocratique», c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notam-

[24] Voir notamment arrêt du 27 avril 2006, *Commission/Allemagne*, Affaire C-441/02, Rec. p. I-3449.

ment, proportionnée au but légitime poursuivi.[25]

Dans certains cas, comme par exemple dans l'arrêt *Orfanopoulos et Oliveri* [26], la Cour à souligné, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la nécessité de respecter le principe de proportionnalité.

Pour apprécier si l'ingérence envisagée est proportionnée au but légitime poursuivi, en l'occurrence la protection de l'ordre public, il convient de prendre en compte, notamment, la nature et la gravité de l'infraction commise par l'intéressé, la durée de son séjour dans l'État membre d'accueil, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction, la situation familiale de l'intéressé et la gravité des difficultés que risquent de connaître le conjoint et leurs enfants éventuels dans le pays d'origine de l'intéressé.

Une autre notion développée dans le cadre de la protection de la vie familiale est celle de personne «à charge».

Un arrêt de la Cour du 9 janvier 2007[27] présente les lignes force de cette notion.

On sait que l'article 1er, paragraphe 1, sous d), de la directive 73/148 ne s'applique qu'aux ascendants du conjoint du ressortissant d'un État membre établi dans un autre État membre afin d'y exercer une activité non salariée qui sont «à [sa] *charge*».

Pour la Cour, la qualité de membre de la famille «à charge» résulte d'une situation de fait caractérisée par la circonstance que le soutien matériel du membre de la famille est assuré par le ressortissant communautaire ayant fait usage de la liberté de circulation ou par son conjoint.

La qualité de membre de la famille à charge ne suppose donc pas un droit à des aliments, sous peine de faire dépendre ladite qualité des législations nationales qui varient d'un État à l'autre.

En outre, il n'est pas nécessaire de déterminer les raisons du recours à ce soutien et de se demander si l'intéressé est en mesure de subvenir à ses besoins par l'exercice d'une activité rémunérée.

---

[25] Voir dans le même sens notamment, Cour eur. D. H., arrêt *Boultif* c. *Suisse* du 2 août 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39 et 46.

[26] Arrêt du 29 avril 2004, C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257.

[27] *Jia*, Affaire C-1/05, Rec. p. I-1.

Cette interprétation est exigée, en particulier, par le principe selon lequel les dispositions qui consacrent la libre circulation des travailleurs, en tant que partie des fondements de la Communauté, doivent être interprétées largement. Afin de déterminer si les ascendants du conjoint d'un ressortissant communautaire sont à la charge de celui-ci, l'État membre d'accueil doit apprécier si, eu égard à leurs conditions économiques et sociales, ceux-ci ne sont pas en mesure de subvenir à leurs besoins essentiels. La nécessité du soutien matériel doit exister dans l'État d'origine ou de provenance de ces ascendants au moment où ils demandent à rejoindre ledit ressortissant communautaire.

Mais la notion de «personne à charge» peut trouver à s'appliquer dans des conditions inattendues dont l'arrêt *Zhu et Chen*[28] est une expression intéressante.

M^me^ Chen et son mari, de nationalité chinoise, travaillaient pour une entreprise chinoise établie en Chine. Souhaitant donner naissance à un deuxième enfant, M^me^ Chen est entrée sur le territoire du Royaume-Uni, alors qu'elle était enceinte d'environ six mois. Elle s'est rendue à Belfast et Catherine y est née. La mère et l'enfant vivaient, au temps des faits, à Cardiff, pays de Galles (Royaume-Uni).

Conformément à l'article 6, paragraphe 1, de l'Irish Nationality and Citizenship Act 1956 (loi de 1956 sur la nationalité et la citoyenneté irlandaises), dans sa version applicable à l'époque, l'Irlande permettait à toute personne née sur l'île d'Irlande d'acquérir la nationalité irlandaise. Suivant le paragraphe 3 de cet article, une personne née sur l'île d'Irlande était un citoyen irlandais de naissance si elle ne pouvait prétendre à la citoyenneté d'un autre pays.

En application de cette réglementation, Catherine s'est vu délivrer un passeport irlandais. Selon la décision de renvoi, Catherine n'avait en revanche pas le droit d'obtenir la nationalité britannique, dans la mesure où, par la British Nationality Act 1981 (loi de 1981 sur la nationalité britannique), le Royaume-Uni s'était écarté du *jus soli* (droit du sol), de sorte que la naissance sur le territoire de cet État membre ne conférait plus la nationalité britannique de façon automatique.

[28] Arrêt du 19 octobre 2004, Affaire C-200/02, Rec. p. I-9925.

Catherine dépendait tant affectivement que financièrement de sa mère. En outre, Catherine était destinataire au Royaume-Uni de services médicaux privés et de services de puériculture rémunérés. Enfin, elle avait perdu le droit d'acquérir la nationalité chinoise en raison de sa naissance en Irlande du Nord et de l'acquisition consécutive de la nationalité irlandaise.

La juridiction de renvoi cherchait à savoir si la directive 73/148, la directive 90/364[29] ou l'article 18 CE, le cas échéant, lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conféraient au ressortissant mineur en bas âge d'un État membre qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, le droit de séjourner dans un autre État membre dans lequel ce mineur était destinataire de services de puériculture.

C'est dans ce contexte que s'est posée la question de «personne à charge».

Selon la Cour, l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 90/364, qui garantit aux ascendants du titulaire du droit de séjour qui «sont à sa charge», quelle que soit leur nationalité, le droit de s'installer avec ledit titulaire, ne saurait conférer un droit de séjour au ressortissant d'un État tiers se trouvant dans la situation de Mme Chen ni en raison des liens affectifs liant la mère à son enfant ni au motif que le droit d'entrée et de séjour au Royaume-Uni de la mère dépendrait du droit de séjour de cet enfant.

En effet, la qualité de membre de la famille «à charge» résulte d'une situation de fait caractérisée par la circonstance que le soutien matériel du membre de la famille est assuré par le titulaire du droit de séjour. Or, dans un contexte tel que celui de l'affaire au principal, c'était précisément la situation inverse, dans la mesure où le titulaire du droit de séjour était à charge du ressortissant d'un État tiers qui en assurait effectivement la garde et qui désirait accompagner le premier. Dans ces conditions, Mme Chen ne saurait se prévaloir de la qualité de membre de la famille «à charge» de Catherine, au sens de la directive 90/364, en vue de bénéficier d'un droit de séjour au Royaume-Uni.

[29] Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour (JO L 180, p. 26).

La Cour à fondé la solution sur les liens familiaux mêmes.

Le refus de permettre au parent, ressortissant d'un État membre ou d'un État tiers, qui à effectivement la garde d'un enfant auquel l'article 18 CE et la directive 90/364 reconnaissent un droit de séjour, de séjourner avec cet enfant dans l'État membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier. Pour la Cour, il était clair que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour.

L'analyse de la Cour des problèmes liés à l'intégration confirme cette approche d'accorder à l'intérêt de l'enfant une place primordiale dans la protection de la vie familiale.

C'est la situation appréciée dans un arrêt du 27 juin 2006.[30]

Le Parlement européen demandait l'annulation des articles 4, paragraphes 1, dernier alinéa, 6 et 8 de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial.[31]

Le deuxième considérant de cette directive établit que «les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international» et que la directive «respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 de la convention européenne pour la protection des droits humains et des libertés fondamentales et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne».

En outre, le douzième considérant de la directive précise:

«La possibilité de limiter le droit de regroupement familial pour les enfants de plus de 12 ans dont la résidence initiale n'est pas chez le regroupant, vise à tenir compte de la faculté d'intégration des enfants dès le plus jeune âge et garantit qu'ils acquièrent l'éducation et les connaissances linguistiques nécessaires à l'école.»

---

[30] *Parlement/Conseil*, Affaire C-540/03, Rec. p. I-5769.

[31] JO L 251, p. 12.

Ces orientations étaient au cœur des dispositions qui ont fait l'objet du travail interprétatif de la Cour dans cette affaire.

L'arrêt à établi les liens entre plusieurs instruments de droit international s'occupant de la protection familiale. Parmi ces instruments, la Cour à évoqué le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention relative aux droits de l'enfant et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de même que les chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe.

À titre liminaire, la Cour à rappelé que le droit de vivre avec ses parents proches entraîne pour les États membres des obligations qui peuvent être négatives, lorsque l'un d'eux est tenu de ne pas expulser une personne, ou positives, lorsqu'il est tenu de laisser une personne entrer et résider sur son territoire.

Toujours selon la Cour, et ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'avait jugé[32], l'article 8 de la CEDH peut engendrer des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Les principes applicables à pareilles obligations sont comparables à ceux qui gouvernent les obligations négatives. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation.

Renvoyant à l'arrêt *Sen c. Pays-Bas*, la Cour à cité les principes applicables en matière de regroupement familial, tels qu'énoncés dans les arrêts précités *Gül c. Suisse*, § 38, et *Ahmut c. Pays-Bas*, § 67:

«a) L'étendue de l'obligation pour un État d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général.

b) D'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.

c) En matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le

[32] Voir, notamment, arrêt *Sen c. Pays Bas* du 21 décembre 2001.

choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire.»

Dans une appréciation d'ensemble, la Cour à considéré que les différents textes soulignent l'importance, pour l'enfant, de la vie familiale et recommandent aux États de prendre en considération l'intérêt de celui-ci mais ne créent pas de droits subjectifs pour les membres d'une famille à être admis sur le territoire d'un État et ne sauraient être interprétés en ce sens qu'ils priveraient les États d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils examinent des demandes de regroupement familial.

À la lumière de ces considérations, l'article 4, paragraphe 1, dernier alinéa, de la directive ne saurait être considéré comme allant à l'encontre du droit au respect de la vie familiale. En effet, dans le contexte d'une directive imposant aux États membres des obligations positives précises, il maintient dans le chef de ces États une marge d'appréciation limitée qui n'est pas différente de celle qui leur est reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence.

S'agissant, en particulier, du critère d'intégration, la Cour à décidé qu'il n'apparaît pas, en tant que tel, contraire au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la CEDH. Ce droit ne doit pas être interprété comme comportant nécessairement l'obligation, pour un État membre, de permettre le regroupement familial sur son territoire et l'article 4, paragraphe 1, dernier alinéa, de la directive ne fait que maintenir la marge d'appréciation de l'État membre.

En tout état de cause, l'absence de définition de la notion d'intégration ne saurait être interprétée comme une autorisation conférée aux États membres d'utiliser cette notion d'une manière contraire aux principes généraux du droit communautaire et, plus particulièrement, aux droits fondamentaux.[33] Les États membres qui souhaitent faire

[33] Dans d'autres domaines, notamment le pénal, l'intégration communautaire à trouvé des résistances dont l'origine se rattache également au rôle joué par les droits fondamentaux. Voir Cunha Rodrigues, À *propos du principe «ne bis in idem»*, Une Communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Berlin, 2003 et *Vers la communautarisation du droit pénal?*, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Neuchâtel, 2006.

usage de la dérogation ne peuvent utiliser une notion indéterminée d'intégration, mais doivent appliquer le critère d'intégration prévu par leur législation existant à la date de la mise en œuvre de la directive pour examiner la situation particulière d'un enfant de plus de 12 ans arrivant indépendamment du reste de sa famille.

5. La législation et la jurisprudence communautaires

La matrice constituée par l'article 8 de la CEDH n'exclut pas qu'un corps significatif de normes ait été introduit au sein du droit communautaire en vue de la protection de la vie familiale.

La législation communautaire comporte de nombreuses références à la nécessite d'assurer la protection de la vie familiale.

Le règlement n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, en est une illustration.

Le préambule de ce règlement établit que la libre circulation constitue pour «les travailleurs et leur famille» un «droit fondamental».

Le fait que la famille ait été placée, dès 1968, au cœur des conditions exigées pour la mobilité des travailleurs induit un programme d'action qui imprime à la liberté de circulation une nature non exclusivement économique.

Cette idée est confirmée par un autre passage du même préambule dont le langage se rapproche de celui des droits fondamentaux: «...le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et à l'accès au logement, et aussi que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille, et les conditions d'intégration de cette famille dans le milieu du pays d'accueil.»

L'article 10, paragraphe 1, du règlement n° 1612/68 dispose que «ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État

membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité:

a) son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge;
b) les ascendants de ce travailleur et de son conjoint qui sont à sa charge.»

Le même règlement prévoit que «les États membres favorisent l'admission de tout membre de la famille qui ne bénéficie pas des dispositions du paragraphe 1 s'il se trouve à la charge ou vit, dans le pays de provenance, sous le toit du travailleur visé ci-dessus.»

D'après le même règlement, «pour l'application des paragraphes 1 et 2, le travailleur doit disposer d'un logement pour sa famille, considéré comme normal pour les travailleurs nationaux dans la région où il est employé, sans que cette disposition puisse entraîner de discriminations entre les travailleurs nationaux et les travailleurs en provenance d'autres États membres.»

Une interaction entre la jurisprudence et la législation est visible dans des domaines sensibles où la Cour à dû répondre à des questions suscitées par le développement de communautés multiculturelles en Europe.

Cette interaction laisse souvent des traces dans les travaux préparatoires d'importants instruments législatifs.[34]

En matière de directives relatives à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour à l'intérieur de la Communauté, la jurisprudence de la Cour vise de façon systématique le droit à la protection de la vie familiale.

---

[34] La communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (nº Celex 52003SC1293) adoptée le 30 décembre 2003 confirme cette attention du législateur communautaire:

«...l'amendement du Parlement visait à introduire dans le texte des éléments repris de l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire C-459/99 MRAX du 25 juillet 2002...»

Il convient d'ajouter que la directive a, en effet, codifié une partie substantielle de la jurisprudence établie dans cet arrêt.

Ainsi, un arrêt du 14 avril 2005[35], rendu dans le cadre d'un recours en manquement, rappelait, en harmonie avec la jurisprudence constante de la Cour, que le législateur communautaire à reconnu l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et que les États doivent accorder aux membres de la famille qui ne possèdent pas la nationalité d'un des États membres, toutes les facilités pour obtenir les visas qui leur seraient nécessaires.

Les droits des membres de la famille ont fait l'objet d'appréciation de la part de la Cour à plusieurs titres.

Ces droits, qui sont, au départ, des droits dérivés de ceux du titulaire, notamment le travailleur, peuvent devenir des droits propres. Telle est la situation en cas de décès du travailleur.

Ainsi que la Cour l'a affirmé[36], le décès du travailleur transforme le droit de demeurer des membres de sa famille en un droit propre.

L'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1251/70[37] prévoit que, si le travailleur décède au cours de sa vie professionnelle et avant d'avoir acquis le droit de demeurer sur le territoire de l'État membre d'accueil conformément à l'article 2 dudit règlement, les membres de sa famille ont le droit d'y demeurer à titre permanent à condition que ledit travailleur ait résidé, à la date de son décès, de façon continue sur le territoire de cet État membre depuis au moins deux années.

C'est donc dans l'intérêt du travailleur et de sa famille que, en cas de mort prématurée de ce travailleur, les membres de celui-ci soient, en principe, en droit de demeurer sur le territoire de l'État membre d'accueil.[38]

Il y a, d'ailleurs, d'autres situations dans lesquelles les liens entre le droit à la libre circulation et la protection de la vie familiale, à

---

[35] *Commission/Espagne*, Affaire C-157/03, Rec. p. I-2911.

[36] Arrêt du 9 janvier 2003, *Givane e.a.*, Affaire C-257/00, Rec. p. I-345.

[37] Règlement (CEE) n° 1251/70 de la Commission, du 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un État membre après y avoir occupé un emploi (JO L 142, p. 24).

[38] La Cour à décidé que, aux termes de l'article 3, paragraphe 2, premier tiret, du règlement n° 1251/70, la période de deux années de résidence continue prévue par cette disposition doit précéder immédiatement le décès du travailleur.

l'égard des droits des membres de la famille, peuvent également persister après la disparition de la situation juridique de départ.

Cette question à été analysée, en particulier, dans un arrêt du 17 septembre 2002.[39]

Au centre de l'affaire étaient les questions de savoir si les enfants d'un citoyen de l'Union européenne qui étaient eux-mêmes des citoyens de l'Union et qui s'étaient installés dans un État membre au cours de leur enseignement primaire alors que leur père (ou parent) exerçait des droits de séjour en tant que travailleur dans cet État membre dont il n'était pas ressortissant («pays d'accueil») étaient en droit de séjourner dans le pays d'accueil afin d'y suivre les cours d'enseignement général, conformément à l'article 12 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil et si cette disposition permettait au parent qui gardait effectivement les enfants («primary carer»), qu'il était ou non un citoyen de l'Union, de séjourner avec eux de manière à faciliter l'exercice du droit précité.

La Cour à rappelé que l'objectif du règlement n° 1612/68, à savoir la libre circulation des travailleurs, exige, pour que celle-ci soit assurée dans le respect de la liberté et de la dignité, des conditions optimales d'intégration de la famille du travailleur communautaire dans le milieu de l'État membre d'accueil.

Cette considération, également affirmée dans d'autres arrêts[40], visait à une protection qui dépasse la personne du travailleur. Elle exigeait une intégration de la famille obtenue dans des *conditions optimales*.

L'arrêt à avancé une de ces conditions: que l'enfant du travailleur communautaire ait la possibilité d'entreprendre sa scolarité et ses études dans l'État membre d'accueil en vue de les terminer avec succès.

Par ailleurs, dans cet arrêt, la Cour à adopté une notion de la famille qui ne se limite pas aux liens de sang établis avec le travailleur. Le droit de s'installer avec le travailleur migrant à été interprété en ce sens qu'il bénéficie aux descendants tant du travailleur qu'à ceux de son conjoint.

---

[39] *Baumbast* et *R*, Affaire C-413/99, Rec. p. I-7091.

[40] Voir notamment arrêt du 15 mars 1989, *Echternach* et *Moritz*, Affaires 389/87 et 390/87, Rec. p. 723.

Un autre aspect qui mérite d'être relevé, puisqu'il écarte une notion de protection strictement liée à la liberté de circulation, est celui qui à mis l'accent sur l'intérêt des enfants, en leur accordant un droit de séjour afin de poursuivre des cours d'enseignement général même si leurs parents avaient entre-temps divorcé ou si un seul des parents était un citoyen de l'Union, celui-ci n'étant plus un travailleur migrant dans l'État membre d'accueil.

Il y à lieu d'ajouter que, d'après cet arrêt, le parent ayant effectivement la garde des enfants, quelle que soit sa nationalité, à le droit de séjourner avec eux.

De même, les formalités d'entrée et de séjour des membres de la famille font partie des questions qui ont plus souvent attiré l'attention de la Cour.

L'une des questions les plus délicates à été celle de savoir si les directives 68/360 et 73/148, ainsi que le règlement n° 2317/95[41], lus à la lumière du principe de proportionnalité, devaient être interprétés en ce sens qu'un État membre peut refouler à la frontière des ressortissants des pays tiers, conjoints de ressortissant des États membres, qui tentent de pénétrer sur leur territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque lesdits conjoints sont en mesure de prouver leur identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'ils représentent un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens des articles 10 de ces directives.

La réponse de la Cour[42] à été que les États membres ne peuvent refuser de délivrer un titre de séjour à un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un État membre, qui est entré régulièrement sur le territoire de cet État membre, ni prendre à son encontre une mesure d'éloignement du territoire, au seul motif que son visa à expiré avant qu'il sollicite un titre de séjour.

Dans d'autres cas, les allégations de violation de la vie familiale n'ont pas révélé le même degré de pertinence ou la violation du droit à

[41] Règlement (CE) n° 2317/95 du Conseil, du 25 septembre 1995, déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres (JO L 234, p. 1).

[42] Arrêt du 25 juillet 2002, *MRAX*, Affaire C-459/99, Rec. p. I-6591.

la protection de la vie privée à été soulevée dans un cadre exorbitant qui, toutefois, n'a fait que confirmer les potentialités argumentatives de cette catégorie de droits fondamentaux.

Ainsi, la question à été soulevée de savoir si les dispositions des articles 3, 4, paragraphe 1, et 15, deuxième alinéa, sous b), de la directive 2002/46/CE[43], étaient invalides en raison d'une violation de l'article 6, paragraphe 2, UE, lu à la lumière de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[44].

Les requérantes au principal soutenaient que ladite directive comportait une atteinte injustifiée et disproportionnée à la capacité des producteurs de compléments alimentaires à poursuivre leurs activités exercées jusqu'ici en toute légalité ainsi qu'au droit individuel au libre choix des produits alimentaires. La Cour à répondu que le fait que les dispositions des articles 3, 4, paragraphe 1, et 15, deuxième alinéa, sous b), de la directive puissent priver des personnes du droit de consommer des compléments alimentaires non conformes ne saurait être considéré comme constitutif d'une atteinte au respect de la vie privée et familiale de ces dernières.

6. Les implications de la citoyenneté européenne et de la Charte

Ainsi qu'il vient d'être constaté, la protection familiale à trouvé une base juridique propre dans plusieurs instruments de droit communautaire dérivé. De ce fait, dans de nombreuses situations, l'appel à la CEDH est devenu superflu ou n'a été utilisé que pour apporter à l'interprétation la contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

[43] Directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 juin 2002, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires (JO L 183, p. 51).

[44] Arrêt du 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, Affaires C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451.

Avec la citoyenneté européenne, la protection de la vie familiale à acquis un nouvel environnement juridique.

Depuis l'arrêt *Grzelczyk*[45], la Cour ne cesse de rappeler que la citoyenneté européenne à vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres.

L'affaire *Garcia Avello*[46] à donné l'occasion à la Cour de développer cette approche dans un contexte de vie familiale.

Était en cause le droit au nom de famille. La question était, en substance, de savoir si les principes du droit communautaire en matière de citoyenneté européenne et de liberté de circulation des personnes demandaient la possibilité de changement de nom d'enfants ayant la double nationalité, afin qu'ils puissent prendre le nom de leurs parents.

La Cour à considéré que le statut de citoyen européen permet à des personnes se trouvant dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité CE, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique.

En outre, elle à argumenté que si, en l'état du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relevaient de la compétence des États membres, ces derniers devaient néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres.

Un rattachement au droit communautaire fut reconnu par la Cour à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello, qui étaient des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre.

La Cour à estimé qu'une situation de diversité de noms de famille était de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils avaient la

[45] Arrêt du 20 septembre 2001, Affaire C-184/99, Rec. p. I-6193.
[46] Arrêt du 2 octobre 2003, Affaire C-148/02, Rec. p. I-11613.

nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possédaient également la nationalité.

En outre, pour la Cour, en raison notamment de l'ampleur des flux migratoires à l'intérieur de l'Union, différents systèmes nationaux d'attribution du nom coexistaient dans un même État membre, de sorte que la filiation ne saurait être nécessairement appréciée dans la vie sociale d'un État membre à l'aune du seul système applicable aux ressortissants de ce dernier État. À cela s'ajoutait qu'un système permettant la transmission d'éléments du nom de famille des deux parents, loin de provoquer une confusion sur le lien de filiation des enfants, pouvait contribuer au contraire à renforcer la reconnaissance de ce lien par rapport aux deux parents.

L'affaire *Eind*[47] en est un autre exemple.

En réponse à l'une des questions posées, la Cour à considéré que le droit de séjour dont bénéficient les membres de la famille d'un citoyen de l'Union économiquement non actif, au titre de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 90/364, est lié à celui que le citoyen de l'Union détient en vertu du droit communautaire. Or, le droit du travailleur migrant de rentrer et de séjourner dans l'État membre dont il possède la nationalité, après avoir exercé une activité salariée dans un autre État membre, est conféré par le droit communautaire, dans la mesure où il est nécessaire pour assurer l'effet utile du droit de libre circulation que les travailleurs tirent de l'article 39 CE ainsi que des dispositions prises pour la mise en œuvre dudit droit, telles que celles du règlement n° 1612/68.

Une telle interprétation était confortée par l'instauration du statut de citoyen de l'Union.

En effet, le ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter l'État membre dont il à la nationalité afin d'exercer une activité salariée sur le territoire d'un autre État membre s'il n'a pas la certitude de pouvoir revenir dans l'État membre d'origine, indépendamment de l'exercice d'une activité économique dans ce dernier État. Cet effet dissuasif se produirait également au regard de la simple perspective, pour le même ressortissant, de ne pas pouvoir

[47] Arrêt du 11 décembre 2007, Affaire C-291/05, non encore publié au Recueil.

poursuivre, après son retour dans l'État membre d'origine, une vie commune avec ses proches parents, éventuellement commencée par l'effet du mariage ou du regroupement familial, dans l'État membre d'accueil.

Les obstacles au regroupement familial sont donc susceptibles de porter atteinte au droit de libre circulation que les ressortissants des États membres tirent du droit communautaire, le retour d'un travailleur communautaire dans l'État membre dont il possède la nationalité ne pouvant pas être considéré comme une situation purement interne.

Ces arrêts montrent l'impact de la citoyenneté européenne sur le champ de la protection de la vie familiale.

Ce statut à invité à une tutelle forte des droits et des libertés dans une communauté multiculturelle où la citoyenneté représente un élément décisif de règlement de conflits entre droits de la même hiérarchie.[48]

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne apporte à cet acquis une dynamique accrue.

En premier lieu, de droit à la protection de la vie familiale est proclamé en tant que principe (article 7) mais aussi explicité en plusieurs domaines, notamment le droit de se marier et de fonder une famille (article 9), le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants (article 14), l'affirmation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les actes qui le concernent (article 24) et la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle (article 33).

Ces références élargissent le cadre d'application dans le champ des libertés fondamentales, des politiques communes ou du droit secondaire. Des possibilités s'ouvrent pour une interprétation extensive, en particulier en matière des instruments qui assurent les droits économiques et sociaux prévus par la Charte.

En second lieu, ainsi qu'il à été soutenu, la Charte valorise les aspects relationnels des droits concernant la famille[49], ce qui

[48] Voir Cunha Rodrigues, *Entre à Europa das liberdades e à Europa da cidadania*, Estudos, Coimbra, 2006, p. 693.

[49] Gilda Ferrando, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, Politica del diritto, vol. XXXIV, mars 2003, p. 350.

contribuera à une *subjectivation* plus effective des libertés consacrées dans le traité.

Finalement, la Charte renforce le dialogue entre les droits fondamentaux, en reprenant et en actualisant l'historique de la jurisprudence relative aux droits de l'homme dans un contexte déterminant pour l'avenir de l'Europe.

Résumé

Les droits fondamentaux sont un des domaines où la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes s'est manifestée de façon la plus aiguë en tant que facteur de la construction européenne.

Un chapitre essentiel est celui de la protection de la famille.

Les libertés consacrées par le traité ont été mises en œuvre par plusieurs instruments de droit dérivé qui reconnaissent l'importance d'assurer la protection de la vie familiale.

En approfondissant la portée des normes et leurs rapports systématiques, la jurisprudence de la Cour à contribué à ce que cette tension, installée au sein des libertés économiques, renforce la dimension personnaliste du droit communautaire.

La citoyenneté européenne à couronné ce mouvement qui trouverait dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne un nouvel élan.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Allan Rosas

1. Introduction

While the European Union (hereinafter "EU") has its origins in economic communities which did not pay much attention to fundamental rights and human rights, later developments have brought about a radical change in this regard. Fundamental rights and human rights questions are by now high on the agenda of the EU.

A string of developments bears witness to this new reality. Without being exhaustive, one can mention, inter alia, the many fundamental rights and human rights provisions which have been included in the Treaty on European Union (hereinafter "TEU") and the Treaty establishing the European Community (hereinafter "ECT"), the Charter of Fundamental Rights of the European Union solemnly proclaimed on 7 December 2000 and adapted at Strasbourg, on 12 December 2007[1] and the establishment, in February 2007, of a European Union Agency for Fundamental Rights.[2]

[1] OJ C 364, 18.12.2000, p. 1. The Charter was proclaimed by the European Parliament, the Council and the Commission. The adapted version of 12 December 2007, which will replace the earlier version as from the date of the entry into force of the Reform Treaty of Lisbon (see *infra*, note 4), will, if the Lisbon Treaty enters into force, be made legally binding and included in EU primary law by Article 6, paragraph 2, of the TEU as amended.

[2] Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, OJ L 53, 22.2.2007, p. 1.

The extensive case-law of the Court of Justice of the European Communities (the European Court of Justice, hereinafter "ECJ") relating to fundamental rights is also of crucial importance. In fact, it was the case-law of the ECJ which set the ball rolling (Rosas 2007a). In its landmark judgment of 1969 in *Stauder*, the Court for the first time declared that fundamental rights form part of the general principles of Community law whose observance the Court ensures.[3]

The new Reform Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, will, if it enters into force, further reinforce the status of fundamental rights and human rights in EU law.[4]

The protection and promotion of fundamental rights and human rights in and by the EU can be roughly divided into two parts, namely the internal EU situation, on the one hand, and the question of the EU external relations with third countries, on the other.

In the former case, it has become commonplace to speak of *fundamental rights*, as can be seen from the wording of Article 6, paragraph 2, TEU, which contains a commitment of the EU to respect fundamental rights as general principles of Community law. The title of the Charter of Fundamental Rights and the name of the Fundamental Rights Agency referred to above are also significant in this regard.

The notion of *human rights* is mainly reserved for the field of EU external relations, which include human rights clauses provided for in cooperation agreements with third countries, human rights assistance programmes in favour of third countries and international and non-governmental organisations and the coordination of EU Member States' human rights policies (Brandtner and Rosas, 1998; Alston, 1999; Rosas, 2003).

Despite these developments, the EU, or its most important component, the European Community (hereinafter "EC"),[5] has not been

[3] Case 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419.

[4] Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, 17.12.2007, p. 1. It is scheduled to enter into force on 1 January 2009, or if not all 27 instruments of ratifications have been deposited in 2008, "on the first day of the month following the deposit of the instrument of ratification of the last signatory State to take this step" (Article 6, paragraph 2, of the Treaty of Lisbon).

in a position to adhere formally to international human rights conventions. The human rights clause contained in bilateral cooperation agreements referred to above is a very general provision which does not establish new human rights but simply constitutes an affirmation of the two parties to generally accepted human rights standards, in many cases as recognised in the Universal Declaration of Human Rights of 1948 (Brandtner and Rosas, 1998, p. 474; Rosas 1999). While the ECJ has accepted the legality of such clauses, underlining their function as a public international law basis for suspending the operation of an agreement in case of gross human rights violations,[6] the Court, in an Opinion of 1996, came to a negative conclusion as to the competence of the EC to accede to the European Convention on Human Rights (hereinafter "ECHR").[7]

The entry into force of the Reform Treaty of Lisbon would change the situation, as Article 6, paragraph 2, of the amended TEU provides that the EU "shall accede" to the ECHR. This would also require an amendment to the ECHR itself, as the Convention is open to States only. In fact, EU accession would be allowed under Article 59 of the ECHR, as amended by Article 17 of its Protocol No. 14. At the time of writing, this Protocol has not entered into force, however.[8] Accession to the ECHR will apparently take some time, also because an agreement has first to be concluded on the modalities of accession, including the question of specific arrangements for the EU's possible participation in the control bodies of the Convention.[9]

---

[5] The Reform Treaty of Lisbon (*supra*, note 4) will, if it enters into force, abolish the concepts of "Community" and "European Community". According to Article 1, paragraph 3, of the TEU as amended by the Treaty of Lisbon, the Union "shall replace and succeed the European Community".

[6] Case C-268/94 *Portugal v. Council* [1996] ECR I-6188.

[7] Opinion 2/94 *European Convention on Human Rights* [1996] ECR I-929.

[8] According to the provision as amended, the EU "may accede" to the ECHR. See Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Strasbourg 13 May 2004. At the time of writing, the Protocol has been ratified by 46 Member States of the Council of Europe but it has not entered into force, due to the refusal of the Russian Federation to ratify it, see Chart of signatures and ratifications published on the website of the Council of Europe, http://conventions.coe.int.

[9] See Protocol relating to Article 6 (2) of the Treaty on European Union on the Acces-

The negative opinion of the ECJ of 1996 as to the Community's competence to accede to the ECHR was probably prompted by the far-reaching control system provided for by the European Convention and was not meant to close the door to any competence of the EC in the human rights area (Brandtner and Rosas, 1998, pp. 471-472). In legal doctrine, the view has been put forward that even under existing Community law, the EC might well be competent to adhere to some special human rights conventions in fields covered to a large extent by Community legislation, such as gender equality, non-discrimination and asylum and refugees (Rosas, 2001, pp. 65-66). In fact, Article 53 of the EU Charter of Fundamental Rights seems to presuppose that there is indeed some competence to adhere to human rights treaties, referring as it does to "international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party".[10]

As has been the case with the ECHR, accession to UN and other universal human rights conventions has, under the adherence clauses of these Conventions, been open to States only. The first universal convention to allow for EU accession is the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted by the UN General Assembly on 13 December 2006. According to Article 44 of the Convention, it is open for adherence not only by States but also by "regional integration organizations", meaning essentially the EU. The Convention was open for signature on 30 March 2007, when it was signed by the EC as well. At the time of writing, the Convention is not yet in force.[11]

The formal accession of the EU to human rights conventions would affect both the external and the internal dimension of the EU fundamental rights and human rights agenda. Adherence to such conventions is part of EU external relations as it constitutes a public in-

---

sion of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, annexed to the Reform Treaty, OJ C 306, 17.12.2007, p.155.

[10] In the adapted version of 12 December 2007 (*supra*, note 1), the reference to the Community has been dropped (which is related to what has been said in note 5, *supra*).

[11] On 25 February 2008, the Convention had been signed by 125 States, including the EC, and ratified by 17 States. Its entry into force requires 20 ratifications or accessions, http://www.ohchr.org/english/issues/disability.

ternational law commitment vis-à-vis third States and contributes to the human rights policy profile of the EU. But adherence also has an internal aspect, since international agreements binding on the EC become part of the Community legal order (Eeckhout, 2004, pp. 274-344).

Even without formal EU adherence, international human rights conventions play a role as guidelines or sources of inspiration in both the development and application of EU law. They have clearly inspired the references to fundamental rights or human rights which have been added to the basic Treaties by the Treaties of Maastricht (1992), Amsterdam (1997) and Nice (2001). Already the Preamble to the European Single Act of 1986 referred to the ECHR and the European Social Charter of 1961. Today, Article 6, paragraph 2, TEU contains an explicit reference to the ECHR, Article 63, paragraph 1, ECT mentions the Geneva Convention of 1951 and its Protocol of 1967 relating to the status of refugees, while a reference to the European Social Charter of 1961 is to be found in Article 136 ECT. Similar references appear in a number of acts of secondary law[12] and in the Charter of Fundamental Rights.[13]

Moreover, since 1974, international human rights instruments have been used by the ECJ as *guidelines* when applying fundamental rights as *general principles of Community law*. It is this latter function of international human rights instruments in the case-law of the ECJ which will be the focus of the present contribution.

My main ambition is to discuss the place and status of international human rights instruments in existing case-law, starting from the case of *Nold* (1974) and, after a brief survey of subsequent developments, looking more closely at some judgments of recent origin (2006 – 2008).[14] Attention will be paid not only to the ECHR, which has al-

[12] Just to mention one example, see Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251, 3.10.2003, p. 12, and Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769, in which the legality of this Directive was at issue (see further *infra*, at notes 31-36).

[13] The Charter refers to the ECHR, the European Social Charter and, in Article 53, to "international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party, including the [ECHR]".

[14] Case 4/73 *Nold* [1974] ECR 491.

ready been the subject of numerous studies relating to fundamental rights and the EU courts (see, e.g., Rosas, 2005a, with references) but also to other human rights instruments, including universal instruments. In this context, I shall also consider to what extent the use of the ECHR by the ECJ may differ from the way the other instruments serve as guidelines for the Court. The concluding remarks will include a brief discussion about the possible consequences of formal EU accession to a given convention for EU law and the case-law of the ECJ.

While it is the case-law of the ECJ itself which will be in focus, the discussion will be of relevance, *mutatis mutandis*, for the Court of First Instance, the EU Civil Service Tribunal and, to the extent that they apply EU law, the national courts of the EU Member States (on the role of national courts as EU courts, see, e.g., Claes, 2006). The EFTA Court,[15] too, draws inspiration from the ECJ's fundamental rights case-law (Baudenbacher, 2005, pp. 30-31).

Our subject is thus situated in an intersection between international human rights law, European law and constitutional law. These are areas of law which have all benefited from the contributions of *Pranas Kūris*, to whom this *Festschrift* rightly pays tribute.

2. The *Nold* formula

While in *Stauder* the ECJ did not mention any external sources, and in *Internationale Handelsgesellschaft* only referred to the "constitutional traditions common to the Member States",[16] the judgment in *Nold* sets out a broader formula:[17]

> As the Court has already stated, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures.
>
> In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States, and it cannot therefore uphold measures which are incompatible with fun-

[15] The EFTA Court is the judicial body of the European Economic Area, comprising Iceland, Liechtenstein and Norway (Baudenbacher, Tresselt and Örlygsson, 2005).

[16] Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125, paras 3-4.

[17] Case 4/73 (*supra*, note 14), para. 13.

damental rights recognized and protected by the Constitutions of those States.

Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law.

This formula has been followed in subsequent case-law, including quite recent case-law, of the ECJ.[18] It is to be noted that this is so even if Article 6, paragraph 2, which in other respects can be seen as a codification of the case-law of the ECJ in the field of fundamental rights, does not mention other human rights conventions than the ECHR.

Concerning the third subparagraph of the above citation from *Nold*, one is struck by the broad wording of the reference to international human rights treaties. A "signatory" of a treaty may be a State which has signed but not yet ratified the treaty in question, while the reference to Member States' collaboration on a treaty may cast the net even wider.

It is true that in *Rutili*, the ECJ, in citing for the first time individual provisions of the ECHR in the operative part of its judgment, mentioned that the European Convention had been "ratified by all the Member States" (France had ratified the ECHR on 3 May 1974).[19] This, however, may have been an early sign of the "special significance" that the ECJ has later attributed to the ECHR and to the enhanced status the Convention has received in EU primary law and in the Charter of Fundamental Rights (see below, section 3). With respect to other human rights conventions, the Court or its Advocates General have not refrained from citing occasionally conventions which have not (yet) been binding on all Member States (Rosas, 2001, pp. 57-58).[20] Not even "soft law" instruments such as the Universal

[18] See, e.g., Opinion 2/94 (*supra*, note 7), para. 33; Case C-540/03 (*supra*, note 12), para. 35.

[19] Case 36/75 *Rutili* [1975] ECR 1219, para. 32. Already in *Nold* (supra, note 14), the Court did refer to the ECHR (para. 12 of the judgment) but only in the context of the arguments of one of the parties.

[20] See, e.g., Case 149/77 *Defrenne* [1978] ECR 1365, para. 28, citing ILO Convention No. 111 of 1958 concerning discrimination in respect of employment and occupation, which had not in 1978 been ratified by France, Luxembourg or the United Kingdom (http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce?C111) and Advocate General

Declaration of Human Rights of 1948 have escaped the attention of the Court or its Advocates General (Rosas, 2001, p. 58).[21]

Such citations are exceptions, however, and citations in more recent case-law seem to be limited to human rights conventions which are binding on all Member States. And in citing, in a judgment of June 2006, the Convention on the Rights of the Child of 1989, the ECJ observed that this Convention, like the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, "binds each of the Member States".[22] It should be noted, on the other hand, that it is increasingly hard to find conventions which have not by now been ratified by all Member States.[23] In this context, it is noteworthy that Article 53 of the Charter of Fundamental Rights, which, in providing that it should not be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, inter alia, by international agreements, refers to international agreements to which the Union, the Community "or all the Member States" are party.

These developments, however, arguably should not be seen as establishing any absolute bar to the use of international agreements, including their additional protocols, which have not been ratified by all the Member States. It will be recalled that international instruments are used by the ECJ only as "guidelines" with a view to determining the content of fundamental rights as general principles of Community law. The distinction, then, between binding conventions and "soft law" instruments, and between conventions ratified and conventions not ratified by member States, becomes a relative one. It should also

---

Jacobs in Case C-168/91 *Konstantinidis* [1993] ECR I-1191, para. 35 of the Opinion, who in citing the International Covenant on civil and Political Rights of 1966 noted that the Covenant had been ratified by all Member States except Greece.

[21] In Case C-76/93 P *Scaramuzza* [1994] ECR I-5173, the Court cited the Universal Declaration (paras 14 and 29) but only as part of the arguments of one of the parties. It is more common to cite "soft law" instruments approved in the context of the EU itself, such as the Joint Declaration on Fundamental Rights, adopted by the European Parliament, the Council and the Commission on 5 April 1977 (OJ C 103, 27.4. 1977, p. 1), or the Charter of Fundamental Rights of 2000 (see *infra*, at note 42).

[22] Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769, para. 37.

[23] For a list of such conventions, as matters stood in 1998, see the Annex to the report *Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, 1998.

be recalled in this context that the *Nold* formula is not limited to the use of international instruments as guidelines but also mentions the "constitutional traditions common to the Member States", a formulation which, of course, does not refer to a binding source of law but to a source of inspiration of a rather indeterminate character.

3. The significance of the ECHR

While a number of international human rights instruments thus can provide guidelines for "finding" the fundamental rights which have become part of the general principles of Community law, the ECHR has achieved "special significance" in this respect. Not only does Article 6, paragraph 2, TEU state that the fundamental rights to be protected as general principles of Community law are "guaranteed" by the ECHR but the EU Charter of Fundamental Rights goes further in providing (Article 52, paragraph 3) that in so far as the Charter contains rights guaranteed by the ECHR, "the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention". As was noted above, the entry into force of the Reform Treaty of Lisbon of 2007 would not only make the Charter legally binding but also provide for the formal accession of the EU to the ECHR.[24]

Accession to the ECHR would be the culmination of a long development. The relationship between the Luxembourg and Strasbourg systems has been one of gradual *rapprochement* (Rosas, 2005a). After having first refrained from citing the ECHR, the ECJ changed tack in 1974-75, when the Convention had been ratified by all Member States. The Court later started to characterise the ECHR as an instrument having "special significance".[25] And more recently, the ECJ has begun to refer to individual judgments of the European Court of

[24] Article 6, paragraph 2, TEU, as amended by the Reform Treaty (*supra*, notes 4 and 8), which on this point confirms what was said in Article I-9 of the abortive Treaty establishing a Constitution for Europe (OJ C 310, 16.12.2004, p. 1).

[25] The first such statement seems to have been in Joined Cases 46/87 and 222/88 *Hoechst* [1989] ECR 2859, at para. 13. See also Case C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925, at para. 41.

Human Rights.[26] This is nowadays done on an almost routinely basis.

One can thus note the following "stages" in the case-law of the ECJ (Rosas, 2005a, p. 169):

- fundamental rights outside the competence of the Court
- fundamental rights as part of the general principles of Community law (since 1969)
- explicit reference to the ECHR (since 1974-75)
- characterisation of the ECHR as having "special significance" (since 1989)
- reference to individual judgments of the European Court of Human Rights (since the 1990s)

Given that the Court has started to refer to individual judgments of the Court of Human Rights, it is not surprising that it has also indicated a willingness to adjust its own case-law in the light of developments in Strasbourg case-law.[27] In *Roquette Frères*, the Court of Justice referred expressly to the development of ECHR case-law relating to the right to privacy of commercial enterprises, in order to explain why, despite having suggested the opposite in its earlier judgment in *Hoechst*, such enterprises can, in principle, benefit from Article 8 of the ECHR.[28]

In the light of this case-law, as well as the case-law of the ECJ in general, the thesis, sometimes put forward in legal literature, that there is tension or even conflict between Luxembourg and Strasbourg case-law (Turner, 1999), is somewhat exaggerated, to put it mildly. Harmony, rather than conflict, is a much more likely scenario (Rosas, 2005a, p. 170). And in *Spain v. United Kingdom* (2006), the ECJ paid

---

[26] Case C-13/94 *P v S* [1996] ECR I-2143, para. 16. For more recent citations of Strasbourg case-law, see, e.g., Case C-60/00 *Carpenter* [2002] ECR I-6279, at para. 42; the *Roquette Frères* case mentioned in note 28, *infra*, paras 29 and 52; Case C-117/01 *K.B.* [2004] ECR I-541; Case C-71/02 *Karner* [2004] ECR I-3025; Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769.

[27] Thus in Joined Cases C-238/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij* [2002] ECR I-8375, para. 274, the ECJ noted that there had been, since its *Orkem* judgment (Case 374/87 *Orkem* [1989] ECR 3283), further developments in Strasbourg case-law that the Community judiciary should take into account in interpreting fundamental rights.

[28] Case C-94/00 *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011, para. 29. Cf. Cases 46/87 and 222/98 *Hoechst* [1989] ECR 2859, para. 18.

considerable attention to the fact that the extension, by the United Kingdom, of electoral rights in European elections to some residents of Gibraltar who were not EU citizens, an extension that the Court accepted, had been made in order to implement the *Matthews* judgment of the European Court of Human Rights.[29] On the other hand it is true that the ECHR is not, in itself, part of binding Community law but plays a role as a particularly important authoritative guideline for determining the general principles of Community law which the Court applies.[30]

4. Other Human Rights Conventions: Recent Examples

As was noted above, the "special significance" of the ECHR, including the case-law of the European Court of Human Rights, and the focus on the ECHR alone in Article 6, paragraph 2, TEU, have not prevented the ECJ from citing occasionally other international human rights instruments as well. The *Nold* formula, as supplemented by the "special relevance" attribution for the ECHR, and the possibility to refer to the constitutional traditions common to the Member States, thus continues to form the basis of the Court's approach to fundamental rights. The EU Charter of Fundamental Rights seems to be in line with this approach, as it refers not only to the ECHR but also to the European Social Charter of 1961 as well as to other human rights conventions binding on the Member States.

Why is the ECHR not good enough for the ECJ? First of all, it

---

[29] Case C-145/04 *Spain v. United Kingdom* [2006] ECR I-7917; Case of *Matthews v. United Kingdom*, judgment of the Eur.C.H.R. of 18 February 1999, Application No 24833/94, Reports of Judgments and Decisions 1999-I. 9-I.

[30] In Case T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke* [2001] ECR II-729, the Court of First Instance put it in the following terms: While the Court had no jurisdiction to "apply" the ECHR when reviewing an investigation undertaken by the Commission under competition law, as the Convention was not as such part of Community law (para. 59), the Community law principles of the right of defence and the right to fair legal process "offer, in the specific field of competition law. . . protection equivalent to that guaranteed by Article 6 of the [ECHR]" (para. 77).

should be recalled that the Convention does not (yet) form an integral part of the Community legal order in the same way as international agreements concluded by the EC do. The formal source of law applied by the ECJ consists of the general principles of Community law and to "find" these general principles, the Court uses various sources of inspiration and guidelines, including international instruments and the constitutional traditions common to the Member States. Secondly, it should be noted that the ECHR was originally concluded already in 1950. While the Convention has been bestowed with a number of additional protocols, it remains the case that some human rights issues are not covered or are covered only partially by it.

In the following, I shall discuss four judgments, given in 2006 – 2008, in which the ECJ has gone beyond the ECHR and cited not only the European Social Charter of 1961 but also the Convention on the Rights of the Child and International Labour Organisation (hereinafter "ILO") Convention No 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise of 1948. Two of the cases relate to children's rights and two to the right to collective action, thus human rights which are not at the centre of attention in the ECHR.

The first case, *Parliament v. Council*,[31] is interesting already because the Court was called upon to decide whether certain provisions of an act of secondary law (a directive on family reunification adopted in 2003[32]) were invalid because they infringed fundamental rights. The Court did enter into such a control of validity stating that a provision of a Community act "could, in itself, not respect fundamental rights if it required, or expressly or impliedly authorised, the Member States to adopt or retain national legislation not respecting those rights".[33]

In examining the content of EU fundamental rights in the areas of family rights and children's rights, the ECJ took into account not only the ECHR as well as the European Social Charter (the latter Convention was also mentioned in the Directive in question[34]), but

[31] Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769.

[32] See *supra*, note 12.

[33] Para. 23 of the judgment.

[34] Article 3, paragraph 4, of the Directive provides that it is without prejudice to more

also the Convention on the Rights of the Child, citing some of its provisions.[35] The Court recalled its earlier case-law in which it had found that the International Covenant on Civil and Political Rights "is one of the international instruments for the protection of human rights of which it takes account in applying the general principles of Community law" and added that "[t]hat is also true of the Convention on the Rights of the Child referred to above which, like the Covenant, binds each of the Member States".[36]

At the end, the provisions of the Family Reunification Directive were not found in themselves to infringe fundamental rights, as they left Member States a sufficiently wide margin of appreciation. This margin of appreciation, according to the ECJ, enabled them to apply the Directive in a manner consistent with the requirements flowing from the protection of fundamental rights, in accordance with their general obligation to apply and enforce EU fundamental rights in matters falling within the domain of EU law.

In December 2007, the ECJ handed down two judgments relating, inter alia, to the relation between the economic freedoms recognised in the ECT and fundamental rights,[37] more specifically, the right of trade unions to take collective action. In *International Transport Workers' Federation* (also referred to as the "*Viking Line* case") at issue was the right of establishment in another Member State (Estonia) of a Finnish ferry operator, while *Laval an Partneri* concerned the right of a Latvian company to post workers in Sweden in the framework of the transnational provision of services.[38] In both cases the companies had started legal action against trade union organisations which had taken collective actions against the companies allegedly restricting their said economic freedoms.

The ECJ accepted that the right to take collective action had be-

---

favourable provisions of, inter alia, the European Social Charter of 18 October 1961 and the amended European Social Charter of 3 May 1987.

[35] Paras 37 and 57 of the judgment.

[36] Para. 37 of the judgment.

[37] See also Cases C-1120/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659 and C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609.

[38] Cases C-438/05 *International Transport Workers' Federation*, judgment of 11 December 2007, and C-341/05 *Laval an Partneri*, judgment of 18 December 2007.

come "a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law the observance of which the Court ensures".[39] In reaching this conclusion, the Court noted that this right, including the right to strike, "is recognised both by various international instruments which the Member States have signed or cooperated in. . . and by instruments developed by those member States at Community level or in the context of the European Union".[40]

As examples of relevant international instruments, the Court cited the European Social Charter, "to which, moreover, express reference is made in Article 136 EC", and Convention No 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, adopted on 9 July 1948 by the ILO (on previous case-law citing ILO Conventions see Rosas, 2001, pp. 57-58). The fundamental nature of the right to take collective action, however, did not render the Community law right of establishment or right to post workers in the framework of the transnational provision of services inapplicable.

The fourth and last example is the recent judgment in *Dynamic Medien*, which concerned German legislation which, for the purpose of protecting children, restricted the sale by mail order of video cassettes and other image storage media and its relation to Article 28 ECT (free movement of goods).[41] As the objective of the German legislation was to protect children, the ECJ cited the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 and the Convention on the Rights of the Child of 1989, as international instruments to be taken into account when applying the general principles of Community law. As the national legislation established a system of control of the contents of image storage media, the Court referred to Article 17 of the latter Convention in particular, which concerns mass media and the protection of children from information and material injurious to their well-being.

The conclusion of the Court was that, while the legislation implied a restriction on the free movement of goods, it was in principle justified, subject to a proportionality test, as it was designed to protect

[39] Para. 44 of the judgment in "*Viking Line*" and para. 90 of the judgment in *Laval an Partneri*.

[40] Para. 43 of the former and para. 89 of the latter judgment.

[41] Case C-244/06 *Dynamic Medien*, judgment of 14 February 2008.

children against information and materials injurious to their well-being, in other words, an objective expressed in Article 17 of the Convention on the Rights of the Child.

It is interesting to note that in all the four judgments discussed above, the ECJ did not limit itself to a reference to the international human rights instruments in question but supplemented this reference by a citation of instruments drawn up in an EU framework, including the Charter of Fundamental Rights.

With respect to the Charter of Fundamental Rights, in particular, *Parliament v. Council* was the first case in which the Court, not counting its Advocates General or the Court of First Instance, cited the Charter (Bulterman, 2007, p. 256). One may ask whether citing the Charter was considered more appropriate in a context of referral, not to the ECHR with its "special relevance", but to universal instruments. Perhaps these latter instruments, which are not bestowed with a system of judicial control akin to that of the ECHR, were considered as somewhat less relevant guidelines than the ECHR, prompting an additional reference to the Charter as a specific EU instrument and an authoritative interpretation of the EU *acquis* in the field of fundamental rights?[42] One can note, in this context, that in *Grant*, the ECJ had also cited the International Covenant on Civil and Political Rights but had added that its control body, the Human Rights Committee, "is not a judicial institution" and that its findings "have no binding force in law".[43]

5. Concluding Remarks

As the preceding discussion demonstrates, the gradual *rapprochement* which can be discerned between EU law and the ECHR, and between the ECJ and the European Court of Human Rights, has not

[42] It should be noted, on the other hand, that the ECJ also cited the Charter in Cases C-432/05 *Unibet* [2007] ECR I-2271, para. 37; C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633, para. 46; C-275/06 *Promusicae*, judgment of 29 January 2008, paras 46, 61 and 64 and C-450/06 *Varec*, judgment of 14 February 2009, para. 48, without citing other human rights conventions than the ECHR.

[43] Case C-249/96 *Grant* [1998] ECR I-621, para. 46.

closed the door to a broader reliance, by the ECJ, on other international human rights instruments as complementary guidelines for determining the contents of EU fundamental rights. The ECJ has used such complementary guidelines notably in cases involving human rights issues which are not regulated, or regulated only marginally, in the ECHR (such as children's rights and trade union rights). This broader approach in a way finds confirmation in the EU Charter of Fundamental Rights, which has both drawn inspiration from a wider range of human rights instruments and also refers explicitly in the preamble and the main text to international human rights conventions, including the European Social Charter.

The open approach which the ECJ takes vis-à-vis international human rights instruments can be seen in the wider context of what I have called the Court's openness to public international law and the case-law of international adjudicatory bodies, including above all the European Court of Human Rights but also to some extent the International Court of Justice and the WTO Appellate Body (Rosas, 2006).[44] The ECJ is also engaged in a more informal "judicial dialogue" with such bodies. Thus, in 2007 alone, the Court had seminars and meetings not only with the national courts of the EU Member States and the US Supreme Court, but also the European Court of Human Rights, the International Court of Justice and the WTO Appellate Body (Rosas, 2007b).

This is not the place to assess all the substantive implications of the broad nature of the *Nold* formula in the case-law of the ECJ. I shall limit myself to mention one particular area in which the "broader approach" may be particularly relevant, namely social rights. While it is not true that social rights are outside the remit of the ECHR (Scheinin, 2001, pp. 33-42), it remains the case that the main focus of the Convention is on civil and political rights. Other human rights instruments such as the European Social Charter, the ILO conventions relating to core labour standards and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights may thus become highly rele-

[44] In addition, the ECJ cites in its case-law the EFTA Court (Baudenbacher, 2005, 35-48; Rosas, 2006, pp. 210-212). The EFTA Court, however, deals with issues which are in substance identical or similar to internal market issues of EU law and can thus be seen as an associated member of the EU judicial system.

vant. It is perhaps symptomatic that in the "*Viking Line*" and *Laval an Partneri* judgments discussed above, the ECJ referred to the European Social Charter and ILO Convention No. 87.[45]

This is to be seen in the broader context of the social dimension which is discernible in EU law and ECJ case-law (Rosas, 2005b, pp. 195-203; Lenaerts and Heremans, 2006). In "*Viking Line*" and *Laval*, the ECJ underlined that "the Community has. . . not only an economic but also a social purpose".[46] The fact that the EU Charter of Fundamental Rights covers some economic and social rights as well can only reinforce this trend.

Finally, the question arises as to what consequences formal EU accession to international human rights instruments may have for the EU legal order and the case-law of the EU courts. It will be recalled that accession is already foreseen for the ECHR and the new UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.[47] The latter Convention has already been signed by the EC.

If and when these Conventions, and possibly other human rights conventions, enter into force for the EU, they will, as was noted above, become an integral part of the EU legal order. This implies that, having been concluded by the EU, they become directly applicable. If they are sufficiently unconditional and precise, they will also have direct effect and can thus be invoked before EU and national courts and authorities (Eeckhout, 2004, pp. 274-344). As human rights conventions are by their nature designed to protect the rights of individuals, it is, taking also into account the status the ECHR and other human rights conventions has achieved in many national jurisdictions (Blackburn and Polakiewicz, 2001), safe to predict that human rights conventions binding on the EU will not only be directly applicable but also have direct effect.

Will accession to human rights conventions also imply that individuals will be able to complain to the control bodies set up by these conventions about measures taken by the EU, including decisions of the EU judiciary? The answer is probably in principle yes, but much

[45] See *supra*, at notes 39-40.

[46] See *supra*, note 38, paras 79 (Viking Line) and 105 (Laval) of the judgments.

[47] See *supra*, at notes 8 and 11.

will depend on the modalities of each convention and EU accession to it. In this respect, a number of issues concerning EU accession to the ECHR still remain to be solved.[48]

It is easier to say what EU accession to human rights conventions will not change: According to Article 6, paragraph 3, as amended by the Treaty of Lisbon,[49] fundamental rights, as guaranteed by the ECHR and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, "shall constitute general principles of the Union's law". This provision thus essentially reproduces the text of Article 6, paragraph 2, as it still stands today and confirms that fundamental rights will remain part of the general principles of Community law and accordingly of primary law. This will probably also mean that the *acquis*, formed by the case-law of the EU courts, remains an important basis and source for EU fundamental rights. It goes without saying that if the Treaty of Lisbon enters into force, this *acquis* will also be developed on the basis of the Charter of Fundamental Rights, "which shall have the same value as the Treaties", and the human rights conventions eventually binding on the EU.

In such a scenario, it is likely that, for the purpose of determining the general principles of Community law, the relevance of international human rights conventions not binding on the EU will diminish. But there is still a way to go before we have reached that point.

References

1. Alston, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*. Oxford 1999: Oxford University Press.
2. Baudenbacher, Carl, Per Tresselt and Thorgeir Örlygsson (eds), *The EFTA Court: Ten Years On*. Oxford 2005: Hart Publishing.
3. Baudenbacher, Carl, 'The EFTA Court Ten Years On', in Baudenbacher, Tresselt and Örlygsson, op.cit., pp. 13-51.

[48] See *supra*, at note 9, and Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights* (2007).

[49] See *supra*, note 4.

4. Blackburn, Robert and Jörg Polakiewitcz (eds), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and Its Member States, 1950 – 2000*. Oxford 2001: Oxford University Press.
5. Brandtner, Barbara and Allan Rosas, 'Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice', 9 *European Journal of International Law* 1998, 468-490.
6. Bulterman, Mielle, Case Note on Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769, 45 *Common Market Law Review* 2007, 245-259.
7. Claes, Monia, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*. Oxford 2006: Hart Publishing.
8. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Ri*ghts, AS/Jur (2007) 53, 12 October 2007.
9. Eeckhout, Piet, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*. Oxford 2004: Oxford University Press.
10. Lenaerts, Koen and Tinne Heremans, 'Contours of a European Social Union in the Case-law of the European Court of Justice', 2 *European Constitutional Law Review* 2006, 101-115.
11. *Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*. Report of a *Comité des Sages* consisting of Judge Antonio Cassese, Ms Catherine Lalumière, Professor Peter Leuprecht and Ms Mary Robinson, launched at a Conference held in Vienna on 9-10 October 1998, also published in Alston, op.cit., pp. 921-927.
12. Rosas, Allan, 'The Role of the Universal Declaration of Human Rights in the Treaty Relations of the European Union', in Peter Baehr et al. (eds), *Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights*. Amsterdam 1999: Koninklijke Nederlandse Adademie van Wetenschappen, pp. 201-209.
13. Rosas, Allan, 'The European Union and International Human Rights Instruments', in Vincent Kronenberger (ed.), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?* The Hague 2001: T.M.C. Asser Press, pp. 53-67.
14. Rosas, Allan, 'The Legal Sources of EU Fundamental Rights', in Ninon Colneric et al. (eds), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Berlin 2003: Berliner Wissenschafts-Verlag, pp. 87-102.
15. Rosas, Allan, 'Fundamental Rights in the Case-Law of the Luxembourg and Strasbourg Courts', in Baudenbacher, Tresselt and Örlygsson, op.cit., pp. 163-185 (Rosas 2005a).

16. Rosas, Allan, 'The Role of the European Court of Justice in the Application and Interpretation of Social Values and Rights', in Elina Palola and Annikki Savio (eds), *Refining the Social Dimension in an Enlarged EU*. Helsinki 2005: STAKES and Ministry of Social Affairs and Health, pp. 195-203 (Rosas 2005b).
17. Rosas, Allan, 'With a Little Help from My Friends: International Case-Law as a Source of Reference for the EU Courts', 5 *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2005* (2006), 203-230 (Rosas 2006).
18. Rosas, Allan, 'The European Court of Justice and Fundamental Rights: Yet Another Case of Judicial Activism?', in Carl Baudenbacher and Henrik Bull (eds), *European Integration Through Interaction of Legal Regimes*. Oslo 2007: Universitetsforlaget, pp. 33-63 (Rosas 2007a).
19. Rosas, Allan, 'The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue', 1 *European Journal of Legal Studies* 2007, No. 2, 1-16, http://www.ejls.eu. (Rosas 2007b).
20. Scheinin, Martin, 'Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights', in Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Second revised edition. Dordrecht 2001: Martinus Nijhoff, pp. 29-54.
21. Turner, Catherine, ' Human Rights Protection in the European Community: Resolving Conflict and Overlap between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights', 5 *European Public Law* 1999, 453-470.

© IMRU

LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION EUROPÉENNE DANS LA PERSPECTIVE DE LA RATIFICATION DU TRAITÉ DE LISBONNE

Vassilios Skouris

A) Introduction

La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne est un domaine toujours d'actualité et en constante évolution. En effet, au mois de décembre 2007, le Traité de Lisbonne à été signé par les Chefs d'État et de gouvernement. Ce traité est particulièrement significatif pour la protection des droits fondamentaux puisque l'article 6 du Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité de Lisbonne prévoit que «l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, laquelle à la même valeur juridique que les traités». En outre, le paragraphe 2 de ce même article dispose que l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH»). Il s'ensuit que, malgré l'aventure relativement récente du Traité constitutionnel, l'Union européenne disposera, sous peu, d'une Charte de droits fondamentaux juridiquement contraignante. L'importance incontestable de la sauvegarde des droits fondamentaux à l'échelle européenne est ainsi confirmée et renforcée.

En tant que Professeur, juge à la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après «Cour EDH») et juge à la CJCE, Pranas Kūris à consacré une grande partie de sa vie professionnelle à l'étude, à l'enseignement et à la pratique dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Un «état des lieux» de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne à la suite de la signature du Traité de Lisbonne nous est apparu comme un thème trouvant naturellement sa place dans le présent ouvrage destiné à rendre hommage à Pranas Kūris à l'occasion de son 70ème anniversaire.

Dans les pages qui suivent, nous allons, tout d'abord, rappeler brièvement l'évolution de la protection des droits fondamentaux dans les Communautés européennes et l'Union européenne jusqu'au moment de l'adoption de la Charte. En outre, nous présenterons de manière succincte les principales caractéristiques et les innovations les plus importantes de ladite Charte. Ensuite, nous procéderons à une analyse des conséquences probables du caractère contraignant de la Charte dans l'ordre juridique de l'Union européenne en mettant l'accent sur les problèmes éventuels résultant de la coexistence de trois systèmes de protection de trois fondamentaux dans l'Union européenne et ses États membres: les constitutions nationales, la Charte et la CEDH. Enfin, nous allons soumettre quelques réflexions finales à titre de conclusion.

B) L'évolution de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne jusqu' à l'adoption de la Charte

Il est bien connu que dans ses arrêts célèbres des années 60 (van Gend & Loos[1], et Costa/E.N.E.L.[2]), la Cour de justice des Communautés Européennes (ci-après la «CJCE») à reconnu les deux principes fondamentaux du droit communautaire, l'effet direct et la primauté. Ces principes ont été reçus avec réticence par certaines juridictions nationales suprêmes. Le domaine de la protection des droits

[1] Arrêt du 5 février 1963, van Gend & Loos, (26/62, Rec. p. 3).
[2] Arrêt du 15 juillet 1964, Costa/E.N.E.L., (6/64, Rec. p. 1141).

fondamentaux, étant en dehors des préoccupations économiques du Traité initial, ces juridictions n'ont pas hésité à exprimer leurs inquiétudes à l'égard de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire et à se réserver la compétence de déclarer des actes du droit dérivé inapplicables au cas où ils seraient contraires à la protection assurée en la matière par les Constitutions nationales[3].

Il peut être soutenu[4] que cette attitude des juridictions nationales suprêmes[5], et les possibles conflits jurisprudentiels, ont probablement été parmi les raisons ayant incité la CJCE à développer sa jurisprudence en matière de protection des droits fondamentaux. Le premier arrêt pertinent est l'arrêt Stauder[6], dans lequel il est déclaré que «*les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect*». Cette position à été confirmée et précisée peu après dans l'arrêt Internationale Handelsgesellschaft[7]. La Cour y à souligné que «*Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour de justice assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.*».

Les bases de référence pour la protection des droits fondamentaux ont été élargies dans l'arrêt Nold[8] aux «*instruments interna-*

[3] Voir à cet égard les arrêts de la Cour Constitutionnelle italienne du 8 juin 1984, SpA Granital v. Amministrazione delle Finanza, 170, et du 21 avril 1989, 232, SpA Fragd v. Amministrazione delle Finanza, Frontini, de la Cour Suprême Allemande, Solange I, BVerfGE 37, 271, du 29 mai 1974, et Solange II, BVerfGE 73 339 de 1988; en France, de la Cour de cassation du 24 mai 1975, Administration des Douanes v. Société «Cafés Jacques Vabre» et SARL Weigel et Cie, [1975] 2 CMLR 336, et Nicolo [1990] 1 CMLR 173.

[4] Voir Paul Craig, «The Community Rights and the Charter» dans REDP, Vol. 14-N° 1, printemps 2002, p. 217.

[5] Voir en France, arrêt du Conseil d'État du 9 avril 1992, Conseil d'État, Maastricht I, et du 2 septembre 1992, Maastricht II, en Allemagne, de la Cour Suprême Allemande, Brunner v. TEU [1994] 1 CMLR 57.

[6] Arrêt du 12 novembre 1969, Stauder, (29/69, Rec. p. 419).

[7] Arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, (11/70, Rec. p. 1125).

[8] Arrêt du 14 mai 1974, Nold, (4/73, Rec. p. 491).

tionaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, [qui] peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire». La CEDH à été mentionnée pour la première fois dans l'arrêt Rutili[9], qui explique que: «*[...] ces limitations apportées aux pouvoirs des États membres [...] se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 ratifiée par tous les États membres [...]*». Depuis, la CJCE à fait de la CEDH sa source de référence préférée, en soulignant qu'elle «*revêt une signification particulière*» (arrêts Johnston[10] et ERT[11]). Cet examen de compatibilité avec les droits fondamentaux effectué par la CJCE porte non seulement sur les actes de l'Union, mais également sur les actes des États membres dans la mesure où ils appliquent ou transposent le droit communautaire[12].

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle, le soin pour la sauvegarde des droits fondamentaux à été pris également par le législateur européen. Le Préambule de l'acte unique européen était le premier pas dans cette voie[13]. Le traité de Maastricht à poursuivi cette tendance. Le premier paragraphe de son article F (devenu article 6 du Traité d'Amsterdam)[14], fixe les principes fondamentaux sur lesquels

[9] Arrêt du 28 octobre 1975, Rutili, (36/75, Rec. p. 1219).

[10] Arrêt du 15 mai 1986, Johnston, (222/84, Rec. p. 1651).

[11] Arrêt du 18 juin 1991, ERT, (C-260/89, Rec. p. I-2925).

[12] Arrêt du 13 juillet 1989 Wachauf (5/88, Rec. p. 2609).

[13] Le Préambule de l'Acte Unique européen énonce: «[...] DÉCIDÉS à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale, [...]».

[14] L'article 6 TUE (ex-article F) est libellé comme suit:
«1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.
2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitution-

l'Union est fondée. Le deuxième paragraphe de cette disposition, repris et élargi par le Traité d'Amsterdam, prévoit que l'Union respecte les droits fondamentaux garantis par les traditions constitutionnelles communes des États membres et la CEDH en tant que principes généraux du droit communautaire.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel et législatif que, en juin 1999, le Conseil européen réuni à Cologne[15] à pris l'initiative de lancer un processus d'établissement d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont la valeur juridique serait définie ultérieurement. L'élaboration de la Charte à été entamée après le Conseil Européen de Tampere[16] en octobre 1999, son projet à été approuvé au Conseil européen de Biarritz[17] et elle à abouti à une pro-

nelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.»

[15] Voir «Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999»: «Une charte des droits fondamentaux de l'UE 44. Le Conseil européen estime qu'à ce stade du développement de l'Union européenne il conviendrait de réunir les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union dans une charte de manière à leur donner une plus grande visibilité. 45. Il à arrêté à ce sujet la décision jointe à l'annexe IV. La future présidence est invitée à faire en sorte que les conditions préalables à la mise en oeuvre de cette décision soient réalisées d'ici la réunion spéciale du Conseil européen à Tampere les 15 et 16 octobre 1999.», http://ue.eu.int/fr/ Info/eurocouncil/index.htm.

[16] Voir «Conclusions de la Présidence du Conseil Européen de Tampere 15 et 16 octobre 199»: «Dans un domaine étroitement lié à la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, le Conseil européen est parvenu à un accord sur la composition, la méthode de travail et les modalités pratiques (figurant en annexe aux présentes conclusions) de l'enceinte chargée de l'élaboration d'un projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il invite toutes les parties concernées à faire en sorte que les travaux d'élaboration de la charte puissent débuter rapidement.», http://ue.eu.int/fr/Info/eurocouncil/index.htm.

[17] Voir compte rendu du Conseil européen informel de Biarritz, 13 et 14 octobre 2000: « II. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...] le Conseil européen à approuvé le contenu de la charte des droits fondamentaux en se félicitant de l'apport de ce texte au modèle de valeurs et de société que constitue l'Union européenne. Une fois formellement adopté par la Commission européenne et le Parlement européen, ce texte sera solennellement proclamé au Conseil européen de Nice.», www.senat.fr/europe/biarritz_2000.pdf.

clamation solennelle à Nice[18] en décembre 2000. Comme nous l'avons déjà indiqué, le Traité sur l'Union européenne, tel qu'il résulte du Traité de Lisbonne, reconnaît expressément le caractère contraignant de la Charte.

C) Les principales caractéristiques de la Charte

En ce qui concerne le contenu de la Charte, on constate tout d'abord que les droits ne sont pas classés selon la distinction traditionnellement opérée entre droits civils et politiques d'une part et droits économiques et sociaux ou de troisième génération d'autre part. La rédaction de la Charte à opté pour une conception contemporaine, à savoir celle de l'indivisibilité des droits[19], en les rassemblant en six valeurs sur lesquelles l'Union est fondée: Dignité, Libertés, Égalité, Solidarité, Citoyenneté et Justice, reparties en trois parties.

La première d'entre elles comprend les droits fondamentaux à valeur universelle proprement dits: le droit au respect de la dignité humaine, la liberté et l'égalité, l'accès à la justice. Elle reprend les droits garantis par la CEDH[20] et ceux résultant des traditions constitutionnelles communes des États membres, en tenant compte de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques.

---

[18] Voir les conclusions du Conseil Européen de Nice, 7, 8 et 9 décembre 2000»: «I. Charte des droits fondamentaux 2. Le Conseil européen se félicite de la proclamation conjointe par le Conseil, le Parlement européen et la Commission de la Charte des droits fondamentaux qui réunit dans un même texte les droits civils, politiques, économiques, sociaux et de société, exprimés jusque là dans des sources diverses, internationales, européennes ou nationales. Le Conseil européen souhaite que la Charte reçoive la diffusion la plus large possible auprès des citoyens de l'Union. Conformément aux conclusions de Cologne, la question de la portée de la Charte sera examinée ultérieurement.», http://ue.eu.int/fr/Info/eurocouncil/index.htm.

[19] Voir Melchior Wathelet, «La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue», dans Cahiers de droit européen, n° 5-6 (2000), p. 587.

[20] Voir Koen Lenaerts et Eddy de Smijter, «The Charter and the Role of the European Courts», dans Maastricht Journal of European and Comparative law, Vol. 8, (2001), p.97.

La deuxième partie concerne les droits réservés aux citoyens de l'Union et recouvre les droits établis dans la deuxième partie du TCE consacrée à la citoyenneté de l'Union avec les mêmes conditions et limitations: les droits de liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union sur le territoire des États membres, le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen, de protection diplomatique et consulaire, ainsi que le droit de pétition devant le Parlement européen et la possibilité de saisine du médiateur.

La troisième partie se rapporte aux droits économiques et sociaux. Elle démarque «le modèle européen» et se caractérise par un esprit moderne à la hauteur des textes des constitutions nationales[21]. Dans ce domaine, la Charte procède à une distinction entre les droits subjectifs qui sont directement invocables devant une juridiction et les droits ressemblant plutôt à des objectifs programmatiques, tels que la protection de l'environnement (article II-37) ou la protection des consommateurs (article II-38)[22].

La détermination des titulaires est faite droit par droit, la règle générale étant d'envisager les destinataires des droits sans faire distinction de nationalité ou de résidence[23]. Cependant, certains droits sont réservés aux personnes répondant à une qualité spécifique, comme les enfants, les personnes âgées ou handicapées, tandis que d'autres s'adressent uniquement aux citoyens de l'Union[24].

Parmi les nouveautés de la Charte, on pourrait mentionner la rédaction nouvelle du droit de se marier et de fonder une famille, la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et d'information incluant le secret des communications, la liberté des arts et des sciences, le droit d'accès à l'information, à la protection de

---

[21] Voir Claude Blumann, «Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans Territoire&liberté. 2000, p. 208.

[22] Voir E. Bribosia et O. De Schutter, «La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», dans Journal des tribunaux, du 24 mars 2001, n° 6005, p. 278.

[23] Voir Antonio Vitorino, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», dans Revue du droit de l'Union européenne», n° 1 (2001), p. 43, G. della Cananea, «The Concept of Fundamental Rights in the EU Charter», dans REDP, Vol. 14-N° 1, printemps 2002, p. 797 et suiv.

[24] Voir analyse de la «géométrie variable» de Denys Simon, «Les droits du citoyen de l'Union» dans RUDH, N° 1-2 (2000), p. 22-27.

l'environnement et des consommateurs, les droits des étrangers à l'asile, la non expulsion collective, les garanties procédurales pour la protection de ces droits, l'égalité devant la loi et la non-discrimination, la bioéthique, le droit à une bonne administration.

Quant au champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* de la Charte, celui-ci est défini dans une série de dispositions, dites horizontales, communes pour toutes ses normes. En vertu de ces dispositions, la Charte s'applique aux institutions et les organes de l'Union et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, en couvrant dans les deux cas toute activité de l'Union. La CJCE pourra contrôler les mesures nationales prises dans le cadre d'application du droit communautaire par rapport au respect des droits fondamentaux comme elle le faisait déjà avant l'adoption de la Charte. En outre, les dispositions qui régissent respectivement la portée des droits et des principes et le niveau de protection par rapport aux autres sources gouvernant la matière des droits fondamentaux, tendent à un rapprochement de systèmes ayant le même contenu matériel, au lieu de leur concurrence. Enfin, l'abus des droits et des libertés reconnues dans la Charte est également interdit.

D) Une Charte contraignante est-elle nécessaire?

Plusieurs auteurs ont mis en doute la nécessité d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec force contraignante. Même si ce débat pourrait ne pas avoir de sens à la suite de la signature du Traité de Lisbonne, il importe de souligner que les avantages d'une Charte juridiquement contraignante compensent largement les inconvénients.

Avec la Charte, les droits fondamentaux dans l'Union européenne deviennent plus visibles, plus transparents[25] et lisibles pour le citoyen et les ambiguïtés dans leur identification disparaissent[26]. La

[25] Voir Koen Lenaerts et Marlies Desomer, «Bricks for à Constitutional Treaty of the European Union», dans European Law Review, août 2002, n° 27, p. 384.

[26] Voir Jean-Paul Jacqué «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: aspects juridiques généraux», dans REDP, Vol. 14 - n° 1, printemps 2002, p. 124.

Charte apporte une sécurité juridique significative en dépassant le système prétorien existant[27] et en offrant aux justiciables un «surplus» de protection et donc une amélioration du niveau de la sauvegarde des droits fondamentaux dans l'Union. L'incorporation de la Charte dans le traité et sa valeur juridiquement contraignante permettra non seulement aux juridictions de s'en servir comme un critère d'interprétation, mais aussi guidera et limitera l'exercice des compétences de l'Union, en renforçant sa légitimité. Elle affiche aux citoyens qu'ils jouissent de droits qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre de l'Union et leur procure le catalogue de ceux-là. En outre, la Charte dispense de la recherche des droits parmi des sources éparses, en les codifiant dans un texte unique[28], en donnant ainsi un contenu précis aux droits fondamentaux visés à l'article 6, paragraphe 2, TUE, tel que modifié par le Traité d'Amsterdam.

Enfin, le contenu de la Charte et l'énonciation de droits fondamentaux représentent le prototype d'une activité constitutionnelle[29]. Elle contribue à la construction d'une identité européenne fondée sur la préservation et le développement d'un patrimoine collectif de principes et de valeurs pour les citoyens de l'Union.

Le champ d'application de la Charte implique un contrôle sur les actes des institutions de l'Union, mais aussi les actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire. Certaines juridictions suprêmes nationales ont assimilé la question des droits fondamentaux à celle de la souveraineté des États[30]. Pourtant,

---

[27] Voir Beneditto Conforti, «Droit communautaire, Charte des droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l'Homme», dans Bulletin des droits de l'homme, n°10/2002, p. 8.

[28] Voir Giorgio Sacerdoti, The European Charter of Fundamental Rights: from à Nation-State Europe to à Citizens' Europe», The Columbia Journal of European Law, Vol. 8 (2002), p. 39.

[29] Voir Hans Christian Krüger and Jürg Polakiewicz, Human Rights Law Journal «Proposals for à Coherent Human Rights Protection System in Europe», Vol. 22, n° 1-4, p. 3.

[30] Voir Wolfgang Dix, «Charte des droits fondamentaux et Convention, de nouvelles voies pour réformer l'EU?», dans Revue du marché commun et de l'Union européenne, n° 448, mai 2001, p. 306 et Florence Benoît-Rohmer, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», dans Recueil Dalloz, 2001, n° 19, p. 1490.

l'énumération des droits de la Charte ne signifie pas que l'Union devient compétente dans les matières couvertes par ces droits, mais simplement qu'elle doit les respecter. La possibilité que la Charte ne devienne un cheval de Troie transférant de nouvelles compétences à l'Union à été parée par l'inscription du principe de subsidiarité dans son Préambule et par des dispositions spécifiques qui précisent qu'elle ne crée aucune compétence ni tâche nouvelle pour l'Union.

E) Les problèmes éventuels résultant de l'introduction d'un troisième système de protection de droits fondamentaux s'appliquant parallèlement aux Constitutions nationales et à la CEDH

La transformation de la Charte en instrument juridique contraignant signifie que dorénavant les États membres auront trois sources de protection des droits fondamentaux: les constitutions nationales, la CEDH et la Charte. Pour certains, cette multiplicité des régimes de protection serait susceptible de créer des tensions et de risques de confusion, lesquels, à terme, porteront atteinte à la sécurité juridique (qui est une des aspirations principales de la Charte) et éroderont les droits fondamentaux au préjudice des citoyens. Face à cette hypothèse, un examen attentif des dangers réels de cette coexistence s'impose.

En ce qui concerne tout d'abord les Constitutions nationales, il faudrait souligner que la Charte n'édicte pas leur modification, ne produit point d'effets sur elles et ne tend aucunement à les remplacer pour ce qui est du respect des droits fondamentaux au niveau national. D'ailleurs, étant donné qu'elle reprend essentiellement des droits actuellement garantis par les Constitutions nationales, la probabilité de contradictions entre les Constitutions et la Charte est minime.

Qui plus est, la protection des droits fondamentaux à été, depuis la fin des années 60, reconnue comme un des principes généraux du droit communautaire dont la CJCE et les juridictions nationales devaient assurer le respect. Il s'ensuit que, au-delà d'un apport incontestable en clarté et transparence, la Charte contraignante ne changera

pas considérablement la situation existante. En outre, il y est spécifiquement précisé que, «dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions». Enfin, il est expressément prévu que les dispositions de la Charte ne peuvent pas limiter ou porter atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus par les Constitutions des États membres.

Par ailleurs, le juge national pourra profiter de cet enrichissement des sources pour étendre le corpus de normes de référence lui permettant d'assurer son contrôle juridictionnel. Il aura le choix entre les instruments de protection de droits fondamentaux et optera pour celui qui offre un niveau de protection supérieur[31]. Cette solution ne porte pas de préjudice au principe de primauté du droit communautaire puisque la protection garantie par la Charte est toujours valable, mais il est possible d'y greffer une autre source de protection pour «le surplus» de ces droits.

On pourrait donc conclure sur ce point que la Charte apportera une nette amélioration dans la protection des droits fondamentaux. Dorénavant, le juge national aura une source supplémentaire et le juge communautaire sera lié par la Charte et ne sera plus obligé de se baser sur les principes généraux[32], lesquels il fallait auparavant à chaque fois détecter et en préciser le contenu.

Des réserves encore plus grandes ont été exprimées par la doctrine en ce qui concerne la future congruence entre la CEDH et la Charte. Certains auteurs craignent que l'instauration d'un autre régime de protection des droits fondamentaux propre à l'Union européenne ne fera qu'approfondir les divergences dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et celle de la CJCE au détriment des titulaires desdits droits.

Il est légitime d'étudier de près cette situation de prétendues divergences. Néanmoins, une analyse détaillée de tous les cas dans

[31] Voir Guillaume Drago, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale, enjeux et perspectives», dans Petites affiches, 13 décembre 2000, n° 248, p. 13.

[32] Voir Armel Pecheul, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», dans RFD adm. 17(3) mai-juin 2001, p. 697.

lesquels les deux Cours ont eu l'occasion de traiter des litiges semblables dépasserait largement les limites du présent article. Dans le cadre de notre analyse il suffirait donc de présenter brièvement deux exemples de cas où certains auteurs ont constaté de divergences dans la jurisprudence des deux Cours.

Tout d'abord, il faut se rappeler de l'ordonnance dans l'affaire Emesa Sugar[33]. Dans cette jurisprudence, la CJCE à estimé que *«[...] L'article 6, paragraphe 1, de ladite convention [EDH], relatif au droit de toute personne à ce que sa cause soit, dans une procédure contradictoire, entendue équitablement, ne fait pas obstacle au rejet par la Cour de la demande d'une partie de déposer des observations écrites en réponse aux conclusions de l'avocat général* [...]». Certains auteurs ont soutenu que cette solution s'écarte de la jurisprudence constante de la Cour EDH portant sur des institutions similaires nationales dont les fonctions et le statut sont semblables à ceux de l'avocat général de la CJCE (à cet égard on pourrait rappeler les arrêts *Vermeulen c. Belgique*, *Lobo Machado c. Portugal*; *Van Orshoven c. Belgique*; *J. J. c. Pays-Bas*, *K. D. B. c. Pays-Bas*, *Reinhardt et Slimane-Kaïd* et *Slimane-Kaïd/France)*[34]

Or, peu après cet arrêt, dans l'affaire similaire *Kress*[35], la Cour EDH à jugé au sujet du commissaire du Gouvernement français, que la non communication préalablement à l'audience et l'impossibilité pour les parties d'y répliquer ne constituaient pas une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. Certains commentateurs ont trouvé dans cet arrêt des indices que la Cour EDH s'est légèrement

---

[33] Ordonnance de la Cour du 4 février 2000, dans l'affaire Emesa Sugar, (C-17/98, Rec. p. I-665); voir analyse de Florance Benoît-Rohmer, «L'affaire Emesa Sugar: l'Institution de l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l'homme» dans Cahiers de droit européen, 2001, n°3-4, p. 403-427.

[34] Vermeulen c. Belgique, du 20 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996 I, p. 224, Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, p. 195, § 28 à 31; Van Orshoven c. Belgique du 25 juin 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III, p. 1040, § 38 à 41; J. J. c. Pays-Bas du 27 mars 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-II, p. 604, § 42 et 43, K. D. B. c. Pays-Bas du 27 mars 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-II, p. 621, § 43 et 44, Reinhardt et Slimane-Kaïd, du 31 mars 1998, IA/19626-A, et Slimane-Kaïd/France du 25 janvier 2000, IA/19625-A).

[35] Arrêt Kress v. France, du 7 juin 2001, IA/21400-A).

écartée de sa jurisprudence antérieure en la matière en s'inspirant peut être de la position de la CJCE. En tout état de cause, jusqu'à présent, la Cour de Strasbourg n'a jamais examiné la compatibilité à l'égard de la CEDH le statut de la CJCE dans la mesure ou celui-ci ne prévoit pas la possibilité de répondre aux conclusions de l'avocat général.

Inversement, dans l'arrêt *Hoechst/Commission*[36], la CJCE à considéré que le droit au respect du domicile ne s'appliquait pas aux locaux commerciaux, contrairement à l'arrêt de la Cour EDH *Chappell*[37], rendu à peine quelques mois plus tôt, ce qui, en termes pratiques de procédure, rendait son intégration difficile. En revanche, dans son arrêt Roquette Frères[38], la CJCE à saisi l'opportunité, interrogée sur la même question, de se référer à une jurisprudence ultérieure de la Cour EDH (l'arrêt Niemietz c. Allemagne[39]) pour adopter la même solution que celle-ci et étendre le principe de l'inviolabilité du domicile également aux locaux professionnels. La Cour précise à cet égard que *«lors de la détermination de la portée dudit principe, en ce qui concerne la protection des locaux commerciaux des sociétés, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt Hoechst/ Commission, précité, jurisprudence dont il ressort, d'une part, que la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la CEDH peut être étendue, dans certaines circonstances, auxdits locaux (voir, notamment, Cour EDH., arrêt Colas Est e.a. c. France du 16 avril 2002) et, d'autre part, que le droit d'ingérence autorisé par l'article 8, paragraphe 2, de la CEDH «pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas» (arrêt Niemietz c. Allemagne.»).*

Enfin, il est incontournable de faire une mention spécifique de la célèbre affaire *Bosphorus*[40]. Cette affaire concernait la saisie d'un aéronef par les autorités irlandaises effectuée dans le cadre du régime des sanctions contre l'ex République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), que les Nations unies avaient adopté en 1991 et que la Communauté européenne avait mis en œuvre par le règlement

[36] Arrêt 21 septembre 1989, Hoechst/Commission, (46/87 et 227/88, Rec. p. 2859).
[37] Arrêt du 30 mars 1989, Chappell c. R.U. (série A n° 152-A).
[38] Arrêt du 22 octobre 2002, Roquette Frères, (C-94/00, Rec. p. I-9011).
[39] Arrêt du 16 décembre 1992 Niemietz c. Allemagne, (série A n° 251-B).
[40] Arrêt du 30 juillet 1996, Bosphorus (C-84/95, Rec. p. I-3953).

(CEE) n° 990/93[41]. Dans son arrêt, rendu à la suite d'une demande de décision préjudicielle émanant de la Cour suprême de l'Irlande, la CJCE à rappelé que les droits fondamentaux, tels le droit au respect des biens et le droit au libre exercice d'une activité commerciale, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, leur exercice pouvant faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté. Ces restrictions peuvent être considérables dès lors que les objectifs poursuivis revêtent eux-mêmes une importance considérable. Tel était précisément le cas, selon la CJCE, s'agissant du règlement n° 990/93, qui entendait contribuer, au niveau de la Communauté, à la mise en oeuvre des sanctions à l'encontre de la république fédérative de Yougoslavie décidées par le Conseil de sécurité des Nations unies, car ce règlement vise un objectif d' intérêt général fondamental pour la communauté internationale, à savoir mettre un terme à l'état de guerre dans la région et aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la république de Bosnie-Herzégovine. La CJCE en à conclu qu'une saisie, en application de ce règlement, d'un aéronef telle que celle au principal ne devrait pas être considérée comme inadéquate ou disproportionnée.

La Cour suprême de l'Irlande à confirmé l'arrêt de la Cour et ensuite la requérante à saisi la Cour EDH en alléguant une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété) à la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Cour EDH, en affirmant sa compétence de se prononcer sur la compatibilité avec la CEDH des mesures prises par les autorités nationales en application du droit communautaire, à néanmoins souligné que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, «équivalente» à celle assurée par le mécanisme de la Convention et à conclu que l'on ne saurait considérer que la protection des droits de la société requérante garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste.

[41] Règlement (CEE) n° 990/93 du Conseil, du 26 avril 1993, concernant les échanges entre la Communauté économique européenne et la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) (JO L 102, p. 14).

On voit à travers ces exemples que les relations entre les deux Cours sont généralement harmonieuses et que leur évolution se fait dans un mutuel respect, avec beaucoup de flexibilité et une grande capacité de surmonter les différences grâce à des méthodes d'interprétation dynamiques et visionnaires. Partant, là encore, la Charte ne modifiera pas l'équilibre entre les deux Cours. En outre, les recoupements entre les deux sources sont limités à certains droits civils et politiques qui ne constituent qu'une partie de la Charte[42]. Son existence ne pourra pas aggraver la protection des droits fondamentaux que la CJCE assure déjà par le truchement des principes généraux du droit[43]. Le juge communautaire pourra continuer à se référer soit directement aux stipulations de la CEDH, soit à garantir la consécration d'un principe au titre de principe fondamental de l'ordre juridique communautaire lui-même.

En ce qui concerne le fait que l'identification et la consécration des droits fondamentaux dans la Charte sont basées uniquement sur le texte de la CEDH, il suffit de rappeler que le préambule de la Charte prévoit l'obligation de prendre en considération la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Or, la CJCE avait déjà démontré clairement sa ferme volonté et son habileté de suivre l'interprétation des droits donnée par la Cour de Strasbourg (comme dans l'arrêt du 17 février 1998, Grant[44]). Par ailleurs, la Charte ne bouleversera à cet égard non plus, les relations entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux.

En tout état de cause, il ne faut pas manquer de souligner que les dispositions horizontales de la Charte tendent à éviter les éventuelles disparités entre les droits et libertés reconnus par la CEDH et ceux de la Charte et à assurer un maximum d'homogénéité interprétative. Ces dispositions horizontales font preuve de la volonté d'aménager la cohérence entre les deux instruments et de rapprocher les systèmes de protection des droits fondamentaux. La Charte vise à instaurer un niveau de protection communautaire au moins équivalent à celui assuré par la Cour de Strasbourg et à dispenser les actes rentrant dans la

[42] Voir Jean Paul Jacqué, «Vers une charte de droits fondamentaux, problèmes et progrès», dans Swiss papers on European integration, 2001, n° 28, p. 81.

[43] Voir Claude Blumann, note 23, p. 204.

[44] Arrêt du 17 février 1998, Grant, (C-249/96, Rec. p. I-621).

sphère de compétences de la CJCE de la supervision de la Cour EDH. Néanmoins, la Charte n'est pas une source exclusive, ni une alternative à la CEDH, mais un complément de celle-ci[45].

Ainsi, il existe déjà deux systèmes autonomes de protection des droits fondamentaux, le système communautaire et le système de la Convention, même si le premier fait référence au second au titre des principes généraux. Avec ou sans la Charte, les risques de divergences d'interprétation portant sur les droits examinés par la Cour de Strasbourg et par la Cour de Luxembourg seront toujours présents, mais pas aggravés[46]. On pourrait conclure qu'avec la Charte la coexistence entre les deux Cours et les deux régimes de protection des droits fondamentaux respectifs continuera sans difficultés, offrant une protection satisfaisante.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que les éventuels problèmes, par rapport à la CEDH, qu'entraînera la transformation de la Charte en un texte juridiquement contraignant seront résolus dans l'avenir avec l'adhésion de l'Union à la CEDH[47], adhésion qui est expressément prévue dans le nouveau traité. Cette décision permettra également d'assurer un contrôle extérieur de la protection des droits fondamentaux, tant sur les actes des États membres lors de leur application du droit communautaire, que sur des actes des institutions, par une instance juridictionnelle unique. L'adoption d'une Charte des droits fondamentaux propre à l'Union et l'adhésion à la CEDH sont des démarches indépendantes et complémentaires. Or, le Traité sur l'Union européenne dans sa nouvelle version prévoit expressément cette adhésion[48].

---

[45] Voir Marc Fischbach, «Une Charte pour l'Union européenne, un nouveau défi pour la protection des droits fondamentaux en Europe?» dans Codex, n° 5/2000, p. 162.

[46] Voir Philippe Léger, «Les droits fondamentaux en droit communautaire» dans «Bulletin des droits de l'homme», n° 10 (2002), p. 26.

[47] Voir Florence Benoit-Rohmer, «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», dans Charte des droits fondamentaux, RUDH, 2000.57, p. 1-84; Koen Lenaerts et Marlies Desomer, voir note 30, p. 383; J. Polakiewicz «The EU Charter and the ECHR: Competition or Coherence in Fundamental Rights Protection in Europe» dans REDP, Vol. 14- N° 1, printemps 2002, p. 872 et suiv.

[48] Ainsi l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, tel qu'il résulte du Traité de Lisbonne, dispose: «L'Union s'adhère à la Convention européenne de sau-

F) Remarques finales

On pourrait conclure que la transformation de la Charte en un document contraignant ayant la même valeur juridique que les traités est le résultat logique d'une évolution à la fois jurisprudentielle et législative constante et continue dans la direction de la reconnaissance et la protection de droits fondamentaux au sein de l'Union. Cependant, la valeur de cet acte ne devrait pas être négligée. L'acquisition d'une force juridiquement contraignante de la Charte représente incontestablement une étape très importante dans le processus de l'intégration communautaire qui confirme, approfondit et améliore la légitimité démocratique de l'Union européenne. Au-delà de réaffirmer un système de protection des droits fondamentaux déjà existant, elle permet d'atteindre un niveau de transparence, de clarté et de sécurité juridique qui est déterminant dans le domaine des droits fondamentaux. En outre, la codification de ces droits représente une démarche constitutionnelle qui favorise la transformation formelle de l'UE dans un système légal de nature supranationale[49].

La transformation de la Charte en texte contraignant ne résout pas tous les problèmes relatifs à la protection efficace des droits fondamentaux. Les risques de confusion entre la pluralité des sources qui assurent leur respect, de divergences jurisprudentielles entre les Cours Suprêmes nationales, la Cour EDH et la CJCE, ainsi que les recoupements de la couverture et des niveaux de protection des droits restent possibles. Toutefois, il faudrait souligner que ces problèmes sont rares et en aucun cas ne découlent du changement de la valeur juridique de la Charte. Or, le développement de la protection des droits fondamentaux en Europe à démontré que les tensions et problèmes potentiels sont surmontables. L'harmonisation des régimes de sauvegarde de ces droits et les efforts de convergence soutenus oeuvrent pour la diminution et l'élimination des solutions conflictuelles.

---

vegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.»

[49] Voir Franz C. Mayer, «La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne», dans RTDE 39(2), avr.-juin 2003, p. 194-195.

La coopération entre les Cours chargées d'assurer la protection des droits fondamentaux et particulièrement entre la CJCE et la Cour EDH comblera les lacunes restantes.

MRU © MRU © MRU

THE RIGHT TO PROTECTION OF REPUTATION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Dean Spielmann, Leto Cariolou

1. Introduction

The importance of reputation has fluctuated throughout the centuries from the famous Shakespearean notion of the "immediate jewel of the soul"[1] to its modern conception forming an amalgama of essentially three conceptions: honour, dignity and property.[2] The protection of individual reputation has been strongly safeguarded by defamation proceedings with corresponding injunctions on publication and awards of damages. However, the protection of an individual's reputation under the European Convention of Human Rights ("the Convention") has been less explicit. This could be explained by the fact that in contrast to Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights,[3] the Convention does not expressly guarantee a right to protection of honour and reputation.

[1] Shakespeare, *Othello*, Act III, scene 3: "Good name in man and woman, dear my lord, is the immediate jewel of their souls (...) who steals my purse, steals trash (...); but he that filches from me my good name (...) makes me poor indeed."

[2] R.C. Post, "The Social Foundations of Defamation Law: reputation and the Constitution", (1986) 74 California Law Rev., 691.

[3] Article 17 of the Covenant reads as follows:

"1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

In this paper dedicated to Judge Pranas Kūris, we discuss how the European Court of Human Rights, through its developing case-law, has contributed to the protection of individual reputation. This has been done primarily by protecting this right as a restriction to the right to freedom of expression. The Court has also recognised protection of reputation as a civil right requiring access to courts for judicial determination of relevant disputes in fair and impartial manner. It has further acknowledged its importance as part of the presumption of innocence. Lastly, the Court has ensured the protection of individual reputation as an autonomous right guaranteed by Article 8 of the Convention.

2. The protection of reputation as a restriction on the right to freedom of expression

It has been commonly agreed that no one has the right to *"expose another to hatred ridicule or contempt"* or *"to cause him to be shunned or avoided"* without legitimate reasons for doing so.[4] The limits imposed on the right to free speech by the right of protection of reputation has been, perhaps, the most important inhibitor of freedom of expression. The rationale of such inhibition may be traced back at least to basic Christian ethics providing that one's liberty may end where harming another begins.[5] As such, the right to protection of an individual's reputation is mentioned in the second paragraph of Article 10 of the Convention qualifying the protection of this provision by enlisting the grounds on which a proportionate restriction with the free speech right may be deemed justified and warning that the exercise of this right carries with it duties and responsibilities.[6]

---

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."

[4] *Parmeter v. Copeland* (1840) 6 M & W 105, per Lord Atkin; Y*oussoupoff v. MGM* (1934) TLR 581, per Slesser LJ.

[5] Indeed the link between protection of reputation and religion may be traced for instance in pronouncements in the Exodus: "Thou shall not raise a false report: put not thine hand with the wicked to be an unrighteous witness." (Exodus XXIII 1) or by the fact defamation was regarded a sin (subject to the jurisdiction of the Ecclesiastical Courts in Medieval Britain).

[6] Article 10 of the Convention reads as follows:

The Court's case-law has often been interpreted as imposing a presumption in favour of the free speech right in the context of defamation proceedings.[7] This approach was usually explained by the importance of the right to freedom of expression cherished as constituting *"one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man."*[8] However, the Court has usually opted for a conscious effort to strike a careful balance when the duties implied by the right to freedom of expression and the right to protection of an individual reputation had had contradictory demands. In its balancing exercises the merits of which right of the two ought to prevail are usually carefully considered.[9]

The Court's case-law on the limits to freedom of expression imposed by the protection of individual reputation sets out the circumstances in which an individual may obtain legal redress for injury to his reputation brought about by falsehoods. The Court in deciding whether a particular publication is to be protected by the right to freedom of speech and although it is defamatory of an individual examines whether the author of the defamatory material has acted in good faith, has provided its victim with adequate opportunity to

---

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

[7] E. Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2005), at 225.

[8] See, *inter alia, Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, § 49.

[9] L. Cariolou, "The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights", in E. Brems (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, (Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, 2008), 249-269; L. François, "Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui: la recherche d'un 'juste équilibre' par le juge européen", (2006) Dalloz, 2953.

comment on the defamatory allegations and is either in a position to justify such allegations as a statement of truth or a fair comment on the defamed person's conduct. The importance of the right to freedom of expression entails that journalists ought to have a wide discretion to comment on issues of general public interest. However, the Court has made clear that the right of journalists to impart information on issues of general interest requires that they act in good faith, on an accurate factual basis and provide "*reliable and precise"* information in accordance with the ethics of journalism. The "*duties and responsibilities*" referred to in the second paragraph of Article 10 of the Convention apply to the media even in cases raising serious public concern. The imposition of the condition of acting in good faith and in accordance with the ethics of journalism is imposed not only for the benefit of public interest but where the rights of others are at stake in order to protect them from unjustified inappropriate damage. In *White v. Sweden*[10], the Court stated that

"[m]oreover, these 'duties and responsibilities' are liable to assume significance when there is a question of attacking the reputation of a named individual and infringing the 'rights of others'. Thus, special grounds are required before the media can be dispensed from their ordinary obligation to verify factual statements that are defamatory of private individuals. Whether such grounds exist depends in particular on the nature and degree of the defamation in question and the extent to which the media can reasonably regard their sources as reliable with respect to the allegations.(...)."[11]

In order to accommodate the contradictory demands of publishing material of serious public concern without delay and thus without the possibility of accurate verification and the need to protect the reputation of individual's from hasty publication of damaging rumours and misinformation, the Court has established certain criteria applicable in deciding whether to exempt newspapers from their ordinary obligation to verify defamatory factual statements. It exercises its discretion after taking into account various factors, particularly the nature and degree of the defamation and the extent to which the newspaper could have reasonably regarded its sources as reliable with

[10] *White v. Sweden*, no. 42435/02, 19 September 2006.
[11] Para. 21.

regard to the allegations.[12] These factors, in turn, require consideration of other elements such as the authority of the source, whether the newspaper had conducted a reasonable amount of research before publication,[13] whether the newspaper presented the story in a reasonably balanced manner[14] and whether the newspaper gave the persons defamed the opportunity to defend themselves.[15]

Interestingly, in the case of *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*[16], the Court found justified the criminal conviction of defamation for publication of a novel which presented a well known politician as the "*chief of a gang of killers*" and to whom responsibility for a fictional murder was attributed. The politician had been described as a "*vampire who thrives on the bitterness of his electorate, but sometimes also on their blood*." The majority of the Grand Chamber of the Court believed that the publication had overstepped the applicable limits and considered that "*regardless of the forcefulness of political struggles, it is legitimate to try to ensure that they abide by a minimum degree of moderation and propriety, especially as the reputation of a politician, even a controversial one, must benefit from the protection afforded by the Convention*."[17]

3. Honour, reputation and fair trial

The right to enjoy a good reputation has been considered a "civil" right giving rise to the protection of a right to fair trial guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.[18] Moreover, the Court has traditionally accepted that protection of reputation is to be considered as an implicit aspect of the presumption of innocence. The following subsections will deal with these two aspects.

---

[12] *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 66, ECHR 1999-III.

[13] *Prager and Oberschlick v. Austria*, judgment of 26 April 1995, Series A no. 313, § 37.

[14] *Bergens Tidende and Others v. Norway*, no. 26132/95, § 57, ECHR 2000-IV

[15] *Ibid.* para. 58.

[16] *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 57, ECHR 2007-...

[17] Para. 57.

[18] Article 6 of the Convention provides as follows:

"In the determination of his civil rights and obligations. .., everyone is entitled to a fair. .. hearing. .. by [a]. .. tribunal..."

3.1. Reputation as a civil right

In accordance with the Court's settled case-law the right to reputation is a "civil" right for the purposes of Article 6 of the Convention.[19] An individual who has suffered an unjustified attack on his reputation is entitled under Article 6 to seek a judicial determination of the issue.[20] Hence, the right to have determined before a tribunal the justification of attacks upon reputation is also a civil right within the meaning of Article 6. However, the right to protect individual reputation does not apply to groups when the national law does not recognise such a right.[21] While the right of access to courts to anyone seeking the determination of his civil rights is guaranteed, there is no similar right to bring criminal proceedings against a third person. Therefore unlike a civil action seeking redress for defamatory statements there is no right to criminal proceedings seeking to punish an accused for denigrating a persons' reputation.[22]

The scope of the principle requiring judicial determination of unjustified attacks on individual reputation is twofold: it covers an individual's right to respect for his reputation by other private individuals[23] as well as by public authorities including the domestic courts.[24] In

---

[19] See P. van Dijk and M. Viering, "Right to a fair and public hearing (Article 6)" in P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn and L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, (Antwerp, Oxford: Intersentia, 2006), at p. 536.

[20] See the numerous authorities quoted by J. Simor and B. Emmerson, *Human Rights Practice*, (London: Sweet & Maxwell, update, 2007) 6.026, and in particular *Helmers v. Sweden*, judgment of 29 October 1991, Series A no. 212-A; *Fayed v. the United Kingdom*, judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, and already *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18.

[21] Eur. Comm. H.R., *Church of Scientology and 128 of its members v. Sweden*, no. 8282/78, dec. of 14 July 1980.

[22] Eur. Comm. H.R., *Rekasi v. Hungary*, no. 31506/96, dec. of 25 November 1996.

[23] *Helmers v. Sweden*, judgment of 29 October 1991, Series A no. 212-A, p. 14, § 29; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, p. 78, § 58; *Werner v. Austria*, judgment of 24 November 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII, pp. 2507-2509, §§ 32-40; *De Jorio v. Italy*, no. 73936/01, § 18, 3 June 2004; *Djangozov v. Bulgaria*, no. 45950/99, § 41, 8 July 2004; *Pieniążek v. Poland*, no. 62179/00, § 18, 28 September 2004, quoted by van Dijk and Viering, *supra,* note 19 at p. 536.

[24] As noted by P. van Dijk and M. Viering, *supra,* note 19, (*ibid.*) in *Werner v. Austria*, judgment of 24 November 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII, pp.

Fayed v. the United Kingdom[25], concerning the investigation into the affairs of a public company by independent inspectors appointed by the Secretary of State for Trade and Industry and subsequent publication of the Inspectors' report, the Court responded to the Government's submission that the defence of privilege delimited the very content of the applicants' right to a good reputation as protected under English law, by holding that "*it has to be ascertained whether the contested limitation on the applicants' ability to take legal proceedings to challenge the findings and conclusions in the Inspectors' report which were damaging to their reputations satisfied the conditions in the Courts case-law*."[26] As to the proportionality of the means employed the Court accepted "*that limitations on access to court may be more extensive when regulation of activities in the public sphere is at stake than in relation to litigation over the conduct of persons acting in their private capacity [and] as to enforcement of the right to a good reputation under domestic law, the limits of acceptable criticism are wider with regard to businessmen actively involved in the affairs of large public companies than with regard to private individuals, to paraphrase a principle enunciated by the Court in the context of the State's power to restrict freedom of expression in accordance with Article 10 para. 2 of the Convention .... Persons, such as the applicants, who fall into the former category of businessmen inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their acts, not only by the press but also and above all by bodies representing the public interest (ibid.).*"[27]

The Court stated that "*the manner in which findings detrimental to a person's reputation are arrived at in an administrative investigation, as well as the objectives pursued by the investigation, is relevant for assessing the permissibility under Article 6 para. 1 of a limitation on the person's opportunities to go to court to enforce his or her civil right to reputation*"[28], but concluded that "*the limitation on the applicants' op-*

2507-2509, §§ 32-40, the right to protection of one's good reputation by public authorities has been recognised as a "civil right" in the sense of Article 6. See also, the case of *Číž v. Slovakia*, no. 66142/01, § 61, 14 October 2003 concerning an alleged defamation by a member of Parliament.

[25] *Fayed v. the United Kingdom*, judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B.

[26] Para. 68.

[27] Para. 75.

[28] Para. 79.

portunity, before and after publication of the Inspectors' report, to take legal proceedings to challenge the Inspectors' findings damaging to their reputations did not involve an unjustified denial of their 'right to a court' under Article 6 para. 1."[29]

In the case of *Brudnicka and Others v. Poland*[30] legal proceedings were brought before the Polish maritime chambers seeking to establish the causes of a maritime accident. The chambers identified as a cause of the shipwreck and the resulting deaths, negligence on the part of crew members. In its judgment of 3 March 2005 the Court accepted that the applicants had *locus standi* as heirs of sailors who had died in the shipwreck and, hence, as indirect victims for the purposes of Article 34 of the Convention.[31] It considered that the crew had come under criticism for, among other things, not having secured the load correctly and having been inadequately trained in rescue operations. Some of its members were also criticised for failing to comply with the rules when steering the vessel and not knowing how to use the lifejackets. The Court found that the status of victim could not be made conditional solely on a finding that an applicant's reputation had been harmed. *"Everyone has the right to defend his or her reputation if there is a possibility that it may be compromised."*[32] Hence, in so far as the domestic proceedings had concerned the right of the victims of the shipwreck to a good reputation, Article 6 applied under its civil head. [33]

The recent case of *Conde Nast Publications Ltd and Carter v. the United Kingdom* concerned libel proceedings introduced by Roman Polanski in respect of a defamatory article published in Vanity Fair accusing him of trying to seduce a Swedish model shortly after his wife's murder. Polanski was unable to testify before the UK courts given

[29] Para. 83.

[30] *Brudnicka and Others v. Poland*, no. 54723/00, ECHR 2005-II.

[31] Article 34 of the Convention reads as follows:

"The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right."

[32] Paras 28 and 29.

[33] It found a violation of Article 6 para. 1 of the Convention as the maritime chambers lacked independence and impartiality.

that by entering the UK jurisdiction he would risk being extradited to the US and face the continuation of proceedings in which he had pleaded guilty of having unlawful sexual intercourse with an underage girl. He, therefore, sought to give his evidence by video link from Paris. The applicants complained that allowing Polanski to introduce and continue the libel proceedings in the United Kingdom by submitting his evidence by video-link ran counter to their fair trial and free speech rights guaranteed by Articles 6 and 10 of the Convention respectively. The Court dismissed the application and noted that the domestic authorities had granted Polanski access to the same procedural facilities as other litigants which enabled him to continue the proceedings aimed at the vindication of his right to reputation guaranteed by Article 8 of the Convention. It held that *"a fugitive from justice does not lose his entitlement to protection of his right to reputation merely because of his status as a fugitive."*[34] That was especially the case given that the defamatory submissions in Vanity Fair had been wholly unrelated to the reasons for which Polanski became a fugitive. It is therefore evident that the right to protection and defend an individual's reputation may not be restricted on the ground that the individual concerned is of a disputable reputation. That would apply, at least, when the impugned allegations are unrelated to the reasons for which it is argued that the individual concerned has no good reputation to defend.[35]

3.2. The protection of reputation as an aspect of the presumption of innocence

Since its judgment in *Minelli v. Switzerland*[36] the Court has consistently held that the protection of reputation is an implicit aspect of

---

[34] *The Conde Nast Publications Ltd and Carter v. the United Kingdom*, n° 29746/05, 8 January 2008. See also the admissibility decision in *K.U. v. Finland*, (n° 2872/02, 27 June 2006) concerning no effective remedy to discover the identity of the author of a defamatory text posted on the Internet in the name of a minor.

[35] A view that is deeply embedded in the history of the modern law of defamation: in the case of *Libellis Famosis* (1605) 5 Co. Rep. 125 a, 77 E.R. 250 it was reported that libel ought to be sanctioned severely and it made no difference whether the plaintiff had a good or bad reputation.

[36] *Minelli v. Switzerland*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 62.

the presumption of innocence guaranteed by Article 6 § 2 of the Convention.[37] As Judge Jebens pointed out, in examining what he called the "reputation-related" aspect of Article 6 § 2, the Court had in several cases applied this provision not in order to prevent wrongful convictions but as means to protect a person's honour. He noted that "*[t]oday, it is generally accepted that the presumption of innocence serves several purposes. The basic, or at least traditional, purpose is to prevent wrongful convictions in criminal cases. This element of the principle is directly connected with the outcome of the criminal case. Another valid purpose is, however, to protect the honour and reputation of a person who is charged with a criminal offence until that person has eventually been found guilty by a court of law.*"[38]

Many judgments and decisions of the Court illustrate this. It suffices for the purpose of this contribution to mention but a few. In *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*[39] concerning an injunction preventing a newspaper from publishing pictures of a suspect in connection with reports on the criminal proceedings against him, the Court noted *"that the judgments of the domestic courts show that the injunctions were intended to protect B. against insult and defamation and against violations of the presumption of innocence. Thus they had the aim of protecting 'the reputation or rights of others' and also 'the authority and impartiality of the judiciary' in so far as that term has been interpreted to include the protection of the rights of litigants in general.*"[40] Similarly, in the case of *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags-*

[37] Article 6 § 2 of the Convention reads as follows:
"Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law."
See most notably S.E. Jebens, "The Scope of the Presumption of Innocence in Article 6 § 2 of the Convention – Especially on its Reputation-Related Aspect", in *Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber,* (Kehl, Strasbourg, Arlington: N.P. Engel Publisher, 2007), 207-227.

[38] S.-E. Jebens, *op. cit.*, *supra,* note 37. See also S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), 153-191, who describes the different elements of Article 6 § 2 as, respectively, the 'outcome-related' and the 'reputation-related' aspects of the right.

[39] *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, no. 31457/96, ECHR 2000-I.

[40] Para. 45. See also *Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1),* judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 34, § 56.

gesellschaft mbH v. Austria (no. 2)[41] concerning the award of damages against a publisher for disclosing the identity of a police officer in report on death of a deportee, the Court held in a decision of 14 November 2002 "*...that the Austrian courts gave relevant reasons, having regard to the early stage of the criminal proceedings against Mr K. when particular care had to be taken to protect him against a "trial by the media" and to give effect to the presumption of innocence under Article 6 § 2 of the Convention.*"[42]

The protection of an individual's reputation by the presumption of innocence is by definition limited to cases where the second paragraph of Article 6 is applicable namely where a link with criminal proceedings, pending or terminated, can be established.[43] This would be the case where criminal proceedings are live or where they have ended in an acquittal and other public authorities issue decisions voicing the continued existence of suspicion regarding the accused's innocence or cast doubt on the correctness of the acquittal.[44] In the event of a conviction, where of course the presumption of innocence is quashed, a convict may not complain for damage to his reputation resulting from acts that he has in fact committed.

4. The protection of reputation as an autonomous right

Although much has been written about the right to freedom of expression, the protection of the right to individual reputation has been somewhat neglected. However, protection of reputation is based on the same notion of respect for human dignity that underpins all of the substantive rights of the Convention and has been consistently protected by the Court by its acknowledgement of the limits of the

---

[41] *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH v. Austria (no. 2)* (dec.), no. 62746/00, ECHR 2002-X.

[42] See also, *White v. Sweden*, no. 42435/02, § 21, 19 September 2006:

"Also of relevance for the balancing of competing interests which the Court must carry out, is the fact that, under Article 6 § 2 of the Convention, individuals have a right to be presumed innocent of any criminal offence until proven guilty (*ibid.*, § 78, with further references)."

[43] *Allenet de Ribemont v. France*, judgment of 10 February 1995, Series A no. 308, p. 16, § 35.

[44] *Zollmann v. the United Kingdom* (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003-XII.

right to freedom of expression and recognition that it falls part of the general rights of personality protected by Article 8 of the Convention. This is hardly surprising given the value attached to good reputation by most people, which is linked to the innate worthiness and ability to lead a normal life as a social being of each person.

It has been mentioned earlier that the Convention does not explicitly refer to the right of reputation unlike other International human rights instruments like, for example, the International Covenant on Civil and Political Rights. Arguing, however, that the right to protection of individual reputation is not guaranteed by the Convention on such a basis would amount to a call for interpretation of the Convention on the basis of its framers' intent; a suggestion that clearly contradicts the Court's principle of dynamic and evolutive interpretation of the Convention. It is difficult to sustain an argument that the interest of an individual to be protected from unjustified and calumnious attacks on his personal integrity falls outside the scope of the personality rights guaranteed by Article 8 of the Convention.[45] The Court has often reiterated that the Convention must be interpreted in a way that guarantees rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory.[46]

Moreover, the Court's case-law on defamation under Article 10 of the Convention, in which it engages in careful balancing when trying to establish which duty emanating from which right of the two ought to prevail, indicates that the requirements of two rights have been attributed equal importance. As the Court has made clear in its

[45] This view has been expressed earlier by Judge Loucaides in his writings and separate opinions. See for example, L. Loucaides, *The European Convention on Human Rights, Collected Essays,* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers), 2007, 143-165, at 164: "The right to reputation having the same legal status as the freedom of speech,... is entitled to effective protection so that under any circumstances, any false defamatory statement, whether malicious or not, inevitable for an uninhibited debate on public issues or for the essential function of the press or not, should not be allowed to remain unrescinded." See also, his dissenting opinion in *A. v. the United Kingdom*, (n° 35373/97, ECHR 2002-X, as well as his concurring opinion in *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, ECHR 2007-.... See also, the dissenting opinion of Judge Bonello in *Rotaru v. Romania* ([GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V).

[46] *Cossey v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1990, Series A no. 184, p. 14, § 35; *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 41, ECHR 2002-III.

judgment in *Chassagnou v. France*[47], the need to protect Convention rights and freedoms may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention and requires *"precisely [a] constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a 'democratic society'"*. [48] Such balancing, often open to criticism, has been the main characteristic of the case-law in this respect. And it is based on the imperative requiring respect for the *equal dignity* of all human beings and their respective rights.

4.1. The rationale of the protection of reputation as an autonomous right

Protection of reputation constitutes one of the essential conditions for each individual's self-fulfilment and development without exception.[49] As Justice Stewart stated in *Rosenblatt v. Baer "[t]he right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being- a concept at the root of any decent system of ordered liberty"*.[50] In most of the relevant Strasbourg jurisprudence, protection of the right to reputation has been incorporated in the scope of Article 8. This was primarily based on the link between reputation and dignity, the latter requiring that an individual be treated with equal respect and, hence, enabling him to lead a normal life in the absence of undue "prejudice".

One of the earliest reasons for protecting reputation was the be-

[47] *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III.

[48] Para. 113. It is noted that the case did not concern the right to free speech or the right to protection of individual reputation as such.

[49] See L. Wildhaber and S. Breitenmoser, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, *Kommentierung des Artikels 8*, (Cologne, Berlin, Bonn, Munch: Carl Heymanns Verlag KG, 1992), p. 54, no. 127; M. Villiger, *Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK), (Zurich: 1999), no. 559; T. Marauhn and K. Meljnik, "Privat- und Familienleben", in R. Grote and T. Marauhn (eds), *EMRK/GG Konkordanz-kommentar*, (Tubingen: Mohr Siebeck, 2006), p. 776, no. 35 and the references to the Court's case-law.

[50] 383 U.S. 75 (1966).

lief that an honourable name *"ought to be more precious"* than life itself.[51] This was inevitably based on the nature and importance of social interactions. Hence, one of the features of the claim to respect for one's honour and reputation is the interdependence between the private and public aspects of individual personality requiring the possibility to determine how one is perceived in the public sphere and conduct his external relations.[52] Lepofsky suggested that reputation is the *"fundamental foundation on which people are able to interact with each other in social environments"*.[53] Reputation, at least in the context of defamation is associated with "*a person's professional, business or personal standing in the community.*"[54] Hence, to unjustly injure a person's reputation in this sense would amount to unlawful destruction of his labour and achievements.

A last justification for the right to protection of individual reputation is the instrumental argument that it adds to the establishment of democracy. As was eloquently put by the Canadian Supreme Court *"[d]emocracy has always recognised and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel*

---

[51] *De Libellis Famosis*, 3 Co. Rep.. 254, 255, pt v, fol. 125, 77 Eng. Rep. 250 (1605).

[52] T. Marauhn and K. Meljnik, *op. cit. supra* note 49, 776-777, no. 35, citing *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, §§ 59 et seq., ECHR 2003-I and *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, §§ 76 et seq., ECHR 2004-VI.

[53] D. Lepofsky, "Making sense of the Libel Chill Debate: Do Libel Laws 'chill' the exercise of freedom of expression?" (1994), 4 N.J.C.L. 169.

[54] E. Adeney, "The Moral Right of Integrity: The Past and Future of 'Honour'", (2005) Intellectual Property Quarterly, 111-134 at 126, (footnotes omitted). Distinguishing from a definitional point of view 'honour' and 'reputation', That is, the term 'honour' is generally associated with personal integrity and how a person considers he or she is perceived. See also in a French historical perspective, the new concepts - in the early 19th century - of 'honneur' and 'considération' ('honour' and 'esteem'). Adeney recalls at p. 113 (footnote 12), citing Bernard Beignier [L'Honneur et le droit, Paris: Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1995]) that "[i]t was noted at the time that the terms 'honneur' and 'considération' were new concepts in the law. Guizot, Commissaire du Roi at the time the law of 1819 was drafted, distinguished 'honneur' from 'considération' in his commentary, writing that: 'Esteem' relates to the idea that others have of us, and honour relates rather to the idea that we would seek to maintain of ourselves."

can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited."[55] In this respect, the interest in the integrity of reputation is not only for the sake of its individual holder alone but also for the public interest in preventing discouragement for participation in public life because of unredressed and unjustified attacks on individual reputation. Judge Loucaides commented in this respect that "*publication of defamatory statements, apart from protecting the dignity of individuals, discourages false speech and improves the overall quality of public debate through a chilling effect on irresponsible journalism. Moreover, such debates may be suppressed if the potential participants know that they will have no remedy in the event that false defamatory accusations are made against them. The prohibition of defamatory speech also eliminates minisinformation in the mass media and effectively protects the right of the public to truthful information. Furthermore, false accusations concerning public officials, including candidates for public office, may drive capable persons away from government service, thus frustrating rather than furthering the political process."*[56]

4.2. The dynamic case-law concerning the protection of reputation as an autonomous right

The Court has consistently referred to the right to protect individual reputation as an aspect of private life. As Aalt Willem Heringa and Leo Zwaak have pointed out, the Court has given a "*broad interpretation to the notion of private and the underlying principles ... the use of the notion of private life or privacy to indicate the whole of the rights in Article 8 is misleading. The Court seems willing to accept that Article 8 is to be understood as containing various guarantees to personal autonomy, personal privacy, personal identity, personal integrity, personal development, personal identification and similar concepts linked to the individual notion of personhood. Article 8, therefore, protects much more than a straightforward 'right to privacy'.*"[57]

---

[55] *Hill v. Church of Scientology of Toronto* (1995) 126 DLR 129, para. 108, Supreme Court of Canada.

[56] L. Loucaides, "Freedom of expression and the right to respect private life", speech delivered in London 2007.

[57] See A.W. Heringa and L. Zwaak, "Right to respect for privacy (Article 8)" in P. van

Admittedly, some first pronouncements that the right to reputation is not, as such, protected in the scope of Article 8 of the Convention were made by the European Commission of Human Rights[58] in its early days. At the same time though, the Commission was categorical in its belief that the right under investigation was included in the ambit of the Convention's protection. For instance in the case of *K.V.N. v Sweden*,[59] the Commission faced the argument that the decision of the Swedish courts to dismiss the applicant's defamation action, denied him redress in relation to the slanderous and untrue accusations against him published in a local newspaper. Moreover, the applicant alleged that the Swedish courts by their decision had failed to protect his right to respect for his private life. The Commission observed that *"where a question arises of interference with private life through publication in mass media, the State must find a proper balance between the two Convention rights involved, namely the right to respect for private life guaranteed by Article 8 and the right to freedom of expression guaranteed by Article 10."*[60]

The determining issue was therefore whether the domestic courts had given sufficient consideration to the applicant's rights under Article 8 of the Convention; a test which has been consistently applied ever since. For instance, in the case of *Chauvy and Others* v. France the Court considered that "*in the exercise of its European supervisory duties, [it] must verify whether the authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in this type of case, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right of the persons attacked by the book to protect their reputation, a right*

Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn and L. Zwaak, *op. cit.*, *supra*, note 19, at 665. The authors also mention that in the *Niemietz* case, the Court referred to the applicant's 'professional reputation' as a relevant and important element in the context of Article 8. See *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 36, § 37.

[58] Eur. Comm. H.R., *S. v Sweden*, no. 172/56, Yearbook I, p. 211; *S. v Federal Republic of Germany*, no. 852/60, Yearbook IV, p. 346; *Asociation de Aviadores de la Republica, Jaime Mata and others v. Spain*, dec. of 11 March 1985, unreported.

[59] Eur. Comm. H.R., *K.V.N. v. Sweden*, no. 11366/85, dec. of 16 October 1986, DR 50, p. 173.

[60] See also Eur. Comm. H.R., *Lopez-Fando and Pardo Unanua v. Spain*, no 31477/96, dec. of 15 January 1997.

which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life"[61].

In an attempt to explain the circumstances in which reputation would not be protected *per se* by the Convention, the Court required the existence of prejudice in determining the applicability of Article 8 on an attack to reputation. In *Aslan v Malta*[62] the applicant complained, with reference to Article 8, that his honour and dignity were denigrated on account of insults levelled against him in connection with his race and religion. The Court found that "*Article 8 does not as such guarantee the right to honour and dignity in the absence of any prejudice to an applicant's right to respect for his private life."* In the circumstances of the case the applicant had failed to substantiate any such prejudice.

In *Marlow v the United Kingdom,*[63] the applicant complained that the judgments of the domestic courts contained disparaging statements contrary to the protection ensued by Article 8. The Court considered that the applicant's complaint was based on the statements made by the trial judge that were upheld on appeal that he perceived as an affront to his dignity and reputation. The Court dismissed the complaint as incompatible *ratione materiae* with the Convention as the applicant's "*perceived affront to his dignity*", in thinking that the domestic courts had been offensive towards him, could not be covered, as such, by Article 8 of the Convention.

Moreover, the Court has held that the right to protection of an individual's reputation as an aspect of private life and therefore falling within the scope of Article 8 of the Convention entails positive obligations. In *Cumpănă and Mazăre v. Romania*[64], concerning the proportionality of sanctions imposed on journalists convicted of defamation, the Court reiterated that *"[a]rticle 8 of the Convention ... may require the adoption of positive measures designed to secure effective respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between*

[61] *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 70, ECHR 2004-VI. See also *Abeberry v. France*, (dec.) no.58729/00.

[62] Eur. Comm. H.R., *Mustafa Gursel Aslan v. Malta*, no. 29493/95, dec. of 3 February 2000.

[63] *Michael Marlow v. the United Kingdom*, (dec.) no. 42015/98, 5 December 2000.

[64] *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 91, ECHR 2004-XI.

themselves."[65] It thus rendered the requirements of Article 8 horizontally applicable in disputes between private parties.[66]

In *Rotaru v. Romania*[67] concerning the storage and use by the authorities of incorrect and secretly gathered personal information, the Grand Chamber of the Court noting that the systematic collection and storage of personal data fell within the scope of "private life" considered "*that [was] all the more so as some of the information has been declared false and was likely to injure the applicant's reputation.*"[68] Accordingly, the likely harm to an individual's reputation constituted an aggravating factor in determining whether the impugned interference fell within the scope of Article 8.

An interference with the professional reputation of an individual may, in certain circumstances, fall to be examined under Article 8.[69] This was a consequence of the evolution of case-law including an individual's professional capacity within the scope of private life protected by Article 8.[70] In the case of *Niemietz v. Germany,*[71] the Court stated in regard to the notion of "private life":

"... it would be too restrictive to limit the notion to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.

---

[65] See also *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, § 57, ECHR 2004-VI, and *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, p. 1505, §§ 61-62.

[66] See, A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), D. Spielmann, 'The European Convention on Human Rights. The European Court of Human Rights', in D. Oliver & J. Fedke (eds), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study,* (Abingdon, New York: Routledge-Cavendish, 2007), pp. 427-464.

[67] *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 44, ECHR 2000-V.

[68] Para. 44.

[69] Eur. Comm. H.R., *Tee v. the United Kingdom,* no. 26663/95, Inadmissibility dec. of 28 February 1996, unreported.

[70] See, *inter alia*, *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B; *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII.

[71] *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29.

There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of 'private life' should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that. .. it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not. Thus, especially in the case of a person exercising a liberal profession, his work in that context may form part and parcel of his life to such a degree that it becomes impossible to know in what capacity he is acting at a given moment of time." [72]

The Court emphasised the importance of the protection of reputation for the establishment of contacts with the outside world in the case of *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*.[73] The applicants, who were formerly employed by the KGB, contended that as a result of the publicity of the KGB Act and its application on them, they have suffered constant embarrassment because of their past activities. The Court stated that it understood that the applicants were burdened with the status attributed to them by the KGB Act, and it was further appreciated that this constituted essentially an impediment to their establishment of contacts with the outside world.[74] It was found that this burdening constituted more than a mere affront to their reputation, it constituted an impediment to their enjoyment of their private life.[75] It was noted that "*in the instant case there is more at stake for the applicants than the defence of their good name. They are marked in the eyes of society on account of their part association with an oppressive regime. Hence (...) the Court considers that the possible impediment to their leading a normal personal life must be taken to be a relevant factor in determining whether the facts complained of fall within the ambit of Article 8 of the Convention*."[76]

---

[72] The case was upheld and expanded in the case of *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII.

[73] *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII.

[74] Para. 48.

[75] See para. 49.

[76] *Ibid*.

As to the enforcement of the right to a good reputation under domestic law, the limits of acceptable criticism are wider with regard to politicians or businessmen actively involved in the affairs of large public companies than with regard to private individuals.[77] However, the Court in its judgment in *Steel and Morris v. the United Kingdom*,[78] upheld the argument by the respondent Government that the reputation of a large company might be vital for its commercial success which was important in itself to society. Furthermore, the applicants' proposal that "multinational companies" should have no legal protection for their reputations was found to be unworkably vague and it would be difficult to draft and operate legislation to that effect. The Court did not accept that the fact that the plaintiff in the domestic proceedings was a large multinational company should deprive it of a right to defend itself against defamatory allegations or entail that the applicants should not have been required to prove the truth of the statements made. While *"[i]t is true that large public companies inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their acts and, as in the case of the businessmen and women who manage them, the limits of acceptable criticism are wider in the case of such companies ... in addition to the public interest in open debate about business practices, there is a competing interest in protecting the commercial success and viability of companies, for the benefit of shareholders and employees, but also for the wider economic good. The State therefore enjoys a margin of appreciation as to the means it provides under domestic law to enable a company to challenge the truth, and limit the damage, of allegations which risk harming its reputation."*[79]

In a similar vein, in *Gunnarsson v. Iceland*[80] involving an alleged violation of Article 8 of the Convention on the ground that the national courts had failed to provide adequate protection of the applicant's honour and reputation, the Court accepted, albeit timidly, that the protection of reputation or honour might be considered as an interest worthy to be protected independently. It held that *"...while, to date, in no case brought under Article 8 of the Convention has the Court*

[77] *Fayed v. the United Kingdom*, judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, p. 53, § 75.

[78] *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, ECHR 2005-II.

[79] *Ibid* at para. 94.

[80] *Gunnarsson v. Iceland*, (dec.), no. 4591/04, 20 October 2005.

ruled that this provision embodies a right to protection of reputation and honour as such, ... these are interests that may be taken into account in the determination of a complaint about a State's failure to ensure 'the right to respect for. .. private. .. life'."[81]

In *White v. Sweden*, a case in which the applicant complained that his right to respect for his private and family life under Article 8 of the Convention had been breached as the domestic courts had failed to provide due protection for his name and reputation, the Court was prepared to accept that Article 8 guaranteed the right to individual reputation but nevertheless found that:

"[h]aving regard to what has been stated above, the Court finds that the domestic courts made a thorough examination of the case and balanced the opposing interests involved, in conformity with Convention standards. In the circumstances of the case, they were justified in finding, in their discretion, that the public interest in publishing the information in question outweighed the applicant's right to the protection of his reputation. Consequently, the Court cannot find that there has been a failure on the part of the Swedish State to afford adequate protection of the applicant's rights under Article 8 of the Convention."[82]

In the recent case of *Sanchez Cardenas v. Norway Sanchez*[83] concerning the refusal of access to the applicant's children on the ground that sexual abuse had occurred as suggested by expert evidence albeit in the absence of any criminal conviction, the Court *"observed that the ... portrayal of the applicant's conduct in an authoritative judicial ruling was likely to carry great significance by the way it stigmatised him and was capable of having a major impact on his personal situation as well as his honour and reputation. Indeed, as it appears from the medical certificate of 3 June 2003, the statement had harmed him both psychologically and physically, had had a stifling effect on his social life and had prejudiced his family life. Despite its character and potentially damaging effects on his enjoyment of private and family life, the inclusion of the said*

[81] However, the Court concluded that in the circumstances of the case the Icelandic Supreme Court's view that the interests in protecting freedom of speech were preponderant was justified'

[82] *White v. Sweden*, no. 42435/02, § 30, 19 September 2006.

[83] *Sanchez Cardenas v. Norway*, no. 12148/03, 4 October 2007.

passage in the High Court's judgment was not supported by any cogent reasons."[84]

An explicit recognition of the right to reputation under Article 8 of the Convention has been provided by the Court in its recent judgment of 15 November 2007 in the case of *Pfeifer v. Austria*[85] concerning the failure by the domestic courts to protect the applicant's reputation in defamation proceedings following the publication of a letter accusing him of acts tantamount to a criminal offence.

The applicant published a commentary that was strongly critical of a professor who had written an article alleging that the Jews had declared war on Germany in 1933 and trivialising the crimes of the Nazi regime. Some five years later, the professor was prosecuted on account of his article under the National Socialism Prohibition Act. He committed suicide shortly before his trial. Subsequently, the chief editor of a right-wing magazine, *Zur Zeit*, addressed a letter to subscribers asking for financial support and claiming that a group of anti-fascists was trying to damage it by means of disinformation in the media and by instituting criminal proceedings and civil actions. The letter repeated an allegation the magazine had already made in an earlier article that the applicant was a member of a 'hunting association' that had driven the professor to his death. The domestic courts acquitted the chief editor of defamation charges on the grounds that the letter contained a value judgment which had a sufficient factual basis. The complaint was that the State had failed to protect the applicant's reputation from interference by third parties.

In its judgment of 15 November 2007 the Court elaborated first on the question of applicability of Article 8 summing up the relevant case-law:

"What is at issue in the present case is a publication affecting the applicant's reputation. It has already been accepted in the Convention organs' case-law that a person's right to protection of his or her reputation is encompassed by Article 8 as being part of the right to respect for private life. In *Chauvy and Others v. France* ... concerning a case brought under Article 10, the Court found that a person's reputation, which was affected by the publication of a book, was protected by Article 8 as part of the right to respect for private life and had to be bal-

[84] Para. 38.

[85] *Pfeifer v. Austria*, no. 12556/03, ECHR 2007-...

anced against the right to freedom of expression...[86] In *White v. Sweden* ... relating to a complaint under Article 8, the right to protection of one's reputation against allegedly defamatory statements in newspaper articles was considered to fall within the scope of "private life" (see also, *mutatis mutandis*, *Minelli v. Switzerland* (dec.), no. 14991/02, 14 June 2005, in which a complaint about the alleged failure to protect a person against a critical newspaper article was considered to fall within the scope of "private life" as protected by Article 8, while the question whether that Article embodied a right to protection of reputation and honour as such was left open in *Gunnarsson v. Iceland* (dec.), no. 4591/04, 20 October 2005). Finally, in *Fayed and the House of Fraser Holdings plc v. the United Kingdom* (no. 17101/90, Commission decision of 15 May 1992), the European Commission of Human Rights had found that the publication of certain findings in a report drawn up by the State authorities constituted an interference with the applicants' right to respect for their private life within the meaning of Article 8. The Court considers that a person's reputation, even if that person is criticised in the context of a public debate, forms part of his or her personal identity and psychological integrity and therefore also falls within the scope of his or her 'private life'. Article 8 therefore applies. This is not disputed by the parties."[87]

As to the merits, the Court examined whether the respondent State had achieved a fair balance between the applicant's right to protection of his reputation, as an element of his "private life" and the competing right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention. It went on to examine whether the Austrian courts had adequately protected the applicant from excessive criticism. It concluded that "[e]ven if the statement were to be understood as a value judgment in so far as it implied that the applicant and others were morally responsible for P.'s death, the Court considers that it lacked a sufficient factual basis. The use of the term "member of a hunting society" implies that the applicant was acting in cooperation with others with the aim of persecuting and attacking P. There is no indication, however, that the applicant, who merely wrote one article at the very beginning of a series of events and did not take any further

[86] See also *Abeberry v. France* (dec.), no. 58729/00, 21 September 2004, and *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue v. Belgium*, no. 64772/01, § 67, 9 November 2006.

[87] Para. 35.

action thereafter, acted in such a manner or with such an intention. Furthermore, it needs to be taken into account that the article written by the applicant, for its part, did not transgress the limits of acceptable criticism.

In those circumstances the Court is not convinced that the reasons advanced by the domestic courts for protecting freedom of expression outweighed the right of the applicant to have his reputation safeguarded. The Court therefore considers that the domestic courts failed to strike a fair balance between the competing interests involved."[88]

Hence, protection of reputation entails an obligation for the State to enforce a corresponding right guaranteed by the Convention having the same status as freedom of expression. Any defamatory statement would thus amount to an interference with the right to protection of reputation which would need to be justified in accordance with the second paragraph of Article 8.

5. Conclusion

Protection of the right to individual reputation stems from the requirement of equal respect for the dignity of individuals and guarantee of the conditions for their self development and establishment of relationships with others. As such, it has been recognised as a "civil right" for the purposes of Article 6 of the Convention enabling access to courts for obtaining redress for unjustified interferences with it. The presumption of innocence further guarantees protection from imputations by private individuals or public officials of conduct amounting to a criminal offence. Moreover, in line with the principle that the Convention must be interpreted in a way that guarantees rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory, the Court has definitively expanded the protection of Article 8 of the Convention to an autonomous right of individual reputation equal to the other substantive rights of the Convention including, its most likely rival, the right to freedom of expression.

[88] Paras 48 and 49.

LES RELATIONS ENTRE LE NÉGATIONNISME ET LES DROITS DE L'HOMME. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME*

Françoise Tulkens**

«... la négation du génocide ... fait partie du projet génocidaire lui-même et inscrit d'emblée dans une perspective singulière la question de la licéité, au regard du droit, d'écrits visant à nier le génocide»[1].

Je suis heureuse de m'associer à l'hommage qui est rendu à mon collègue et ami le juge Kūris. Nous avons commencé en même temps notre parcours à la «nouvelle» Cour européenne des droits de l'homme en 1998 et siégé trois ans dans la même Section. Dans le respect de nos différences, nous avons pu développer une amitié sincère. Je lui offre cette contribution en témoignage de reconnaissance.

Négationnisme et droits de l'homme. À première vue, ces deux mots grincent comme lait et citron. Et pourtant bien souvent, dans le

* Les arrêts et décisions mentionnés dans le texte sont disponibles sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la base de données *Hudoc*, à l'adresse suivante: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm

** L'auteur s'exprime à titre personnel.

1 P. Wachsmann, «Liberté d'expression et négationnisme», *Rev. trim. D.H.*, 2001, numéro spécial «Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie», p. 585.

domaine du droit et particulièrement des droits de l'homme, le négationnisme s'avance masqué. Tout comme le révisionnisme se développe sous le couvert de la recherche historique et de la légitimité conférée par le débat scientifique, le négationnisme se dissimule dans un discours «juridiquement correct». Ou, comme le dit G. Haarscher, le discours négationniste emprunte le langage des droits de l'homme[2]. Ce discours est le plus souvent celui de la liberté d'expression, mais pas exclusivement car dans certains cas c'est également la liberté d'association (art. 11 de la Convention européenne des droits de l'homme) qui est invoquée.

Le négationnisme nous enferme / nous piège dans un faux dilemme qui se présente sommairement comme suit: dans la mesure où la liberté d'expression, fondement de la démocratie, s'applique comme le répète inlassablement la Cour européenne des droits de l'homme – mais aussi par exemple la Cour suprême des États-Unis – non seulement aux «informations ou (...) idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives, mais aussi [à] celles qui heurtent, choquent ou inquiètent»[3], est-il légitime d'interdire l'expression de certaines idées dans une société qui «repose sur le postulat selon lequel la vérité naît de la libre confrontation des opinions (...), même outrancières»[4]?

Je ne vais pas me situer ici au niveau des normes internes ou internationales qui s'attachent, par la voie pénale ou d'autres voies, à lutter contre le négationnisme[5]. En Belgique, je pense par exemple à la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde guerre mondiale ainsi

[2] G. Haarscher, «La répression du négationnisme est-elle philosophiquement justifiable?», Communication au Colloque international *Négationnisme(s) – Genocide & Denial*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2007 (à paraître).

[3] Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 49; Cour suprême des États-Unis, *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988): la parole ne cesse pas d'être constitutionnellement protégée pour la seule raison qu'elle peut gêner d'autres personnes ou que la société peut la trouver offensante.

[4] P. Wachsmann, «Liberté d'expression et négationnisme», *op. cit.*, p. 587.

[5] H. Tigroudja, «Le droit face au négationnisme: approche comparée et internationale», Communication au Colloque international *Négationnisme(s) – Genocide & Denial*, *op. cit.*

qu'à la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. En France, on pourrait évoquer la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (loi Gayssot), cette dernière incriminant la contestation de «l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité». Comme le dit R. Errera, «[s]uch writings are also an aggression against the dead, the survivors and society at large, aiming at the desecration of the only grave of the former, that is, our memory»[6]. Dans les enceintes internationales, il convient d'évoquer la Résolution adoptée le 26 janvier 2007 par consensus par l'Assemblée générale des Nations Unies, condamnant la négation du génocide des Juifs. Au niveau européen aussi des mesures sont prises, notamment par les ministres de la Justice des États membres, en vue de sanctionner le négationnisme dans tous les pays membres de l'Union[7].

Dans cette contribution, je me concentrerai sur le contentieux porté devant la Cour européenne des droits de l'homme par des requérants qui invoquent, qui revendiquent la protection des droits garantis par la Convention, essentiellement la liberté d'expression (art. 10), à l'encontre de l'État qui les à condamnés, d'une manière ou d'une autre, sur base de l'arsenal législatif existant, pour négationnisme, incitation à la haine raciale ou racisme. La réponse des organes de la Convention européenne des droits de l'homme – l'ancienne Commission et la Cour – à toujours été nette: les requêtes qui concernent le négationnisme ont toutes été déclarées irrecevables.

Deux voies ont été utilisées. La voie – qualifiée par certains de plus étroite – des *limitations* de la protection des droits garantis qui est expressément / textuellement prévue par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention (**I**). La voie – qualifiée par certains de plus large – de l'*exclusion* de la protection de la Convention qui est prévue par l'article 17 de la Convention (**II**). Je les évoquerai tour à

[6] R. Errera, «In defence of civility: reflections on hate-speech and group libel», *The Cyprus Yearbook of International Relations 2007*, Nicosia, KIMEDE / Power Publishing, 2007, p. 167.

[7] «La lutte contre le négationnisme dans l'Union européenne», in Commission Nationale Consultative des Droits de l'homme, *La lutte contre le négationnisme*, Paris, La Documentation française, 2003, pp. 70-88.

tour, en ayant présent à l'esprit la question de savoir quelle est la voie la plus adéquate, la plus utile, la plus juste, au regard des droits fondamentaux. J'aborderai enfin brièvement la question du lien entre négationnisme et racisme (**III**).

I. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et les ingérences autorisées

L'article 10 de la Convention garantit le droit à la liberté d'expression et, à travers celle-ci, le droit à la liberté d'opinion. Depuis ses tout premiers arrêts et de manière constante jusqu'à ce jour, la Cour rappelle que restreindre la liberté d'expression, pour quelque motif que ce soit, est restreindre un des premiers droits consacrés comme un «fondement essentiel» de la société démocratique et qui constitue «une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun»[8]. La liberté d'expression est donc la condition *sine qua non* d'une démocratie pluraliste. Cette affirmation de la fonction sociale de la liberté d'expression constitue la philosophie de base de toute la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10. Il en résulte deux choses: d'une part, la liberté d'expression n'est pas seulement une garantie contre les ingérences de l'État (un droit subjectif) mais elle est aussi un principe fondamental objectif pour la vie en démocratie; d'autre part, la liberté d'expression n'est pas une fin en soi mais un moyen pour l'établissement d'une société démocratique. Comme le dit P. Ricoeur, «est démocratique une société qui se reconnaît divisée».

Tout en restant fermement attachés à cette conception fondamentale de la liberté d'expression et au droit à la liberté d'expression qui en découle, nous devons aussi accepter qu'il n'y à pas (à quelques exceptions près: le droit à la vie; l'interdit de la torture; etc.) de droit absolu. Comme l'analyse P. Wachsmann, «l'existence même du lien social implique qu'il existe fort peu de libertés absolues, c'est-à-dire

[8] Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 49; Cour eur. D.H., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, § 45; Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, § 57.

placées en dehors de toute atteinte du pouvoir, quelles que soient les circonstances»[9]. L'article 10 lui-même – ainsi que les autres droits à protection relative comme les articles 8 (vie privée et familiale), 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) et 11 (liberté de réunion et d'association) – prévoit donc, dans une liste limitative et d'interprétation stricte, des ingérences autorisées dans la jouissance et l'exercice de ces droits. Ces ingérences sont subordonnées à des conditions bien précises: elles doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime et être proportionnées à celui-ci. Enfin, l'ensemble de ces conditions doivent être appréciées et évaluées à l'aune des exigences de la société démocratique.

Depuis le début des années 1960, on trouve des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme où l'inscription des faits litigieux dans une problématique incontestablement liberticide à été examinée sous l'angle du seul droit commun des restrictions aux droits et libertés dont la violation était dénoncée.

Ainsi, par exemple dans la décision *X. c. Autriche* du 13 décembre 1963, le requérant à été condamné pour ses activités néo-nazies sur base de la loi concernant l'interdiction de la N.S.D.A.P. La Commission européenne des droits de l'homme à examiné les griefs sous l'angle des articles 9 et 10 de la Convention et déclare la requête irrecevable: l'ingérence est prévue par la loi; elle poursuit un but légitime; elle est proportionnelle[10].

Dans la décision *X. c. République fédérale d'Allemagne* du 16 juillet 1982, la Commission à déclaré la requête irrecevable estimant que l'interdiction faite à une personne de propager une publication qualifiant de mensonge le fait historique de l'assassinat de millions de Juifs par le régime nazi est une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de liberté d'autrui[11].

---

[9] P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 50, § 72.

[10] Comm. eur. D.H., requête n° 1747/62, décision *X. c. Autriche* du 13 décembre 1963.

[11] Comm. eur. D.H., requête n° 9235/81, décision *X. c. République fédérale d'Allemagne* du 16 juillet 1982. Voy. aussi Comm. eur. D.H., décision *Felderer c. Suède* du 1er juillet 1985, non publiée. Ici le discours du requérant était à ce point primaire qu'il constituait l'aveu d'un négationnisme incontestable. Dans cette affaire, il s'agissait de la représentation d'un homme nu appelé Zyklon B. Goldman dont les passages en chambre à gaz sont présentés comme des facteurs de beauté et de santé.

Mais le droit commun de l'article 10 est-il suffisant? Lorsqu'elle adopte cette approche, la Cour reconnaît que cette disposition est applicable – que l'on est donc bien dans le champ de la liberté d'expression – et le constat de violation indique les limites de ce droit qui n'est pas absolu. L'autre approche est radicalement différente dans la mesure où elle conduit à la négation du droit à la liberté d'expression[12].

II. L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit

«La Convention européenne des droits de l'homme de 1950 n'est pas née à Rome», écrivait le juge Spielmann, «mais à Auschwitz et Bergen-Belsen, à Birkenau et Buchenwald»[13]. Peu ou mal utilisé il y à quelques années, l'article 17 de la Convention qui vise expressément l'abus de droit devient aujourd'hui une véritable ressource. Il se lit comme suit: «Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention»[14].

---

[12] M. Oetheimer, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 69-70; D. Keane, «Attacking hate speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, pp. 641 et s.

[13] A. Spielmann, «La protection des droits de l'homme. Quid du droit des détenus ?», *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 590.

[14] Cf. A. Spielmann, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit», *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 673 et s.; A. Spielmann, «De la censure abusive à l'abus de la liberté d'expression», *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 309 et s. Ces deux textes ont été repris dans D. Spielmann (éd.), *Au diapason des droits de l'homme. Ecrits choisis (1975-2003)*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 381 et s. et 395 et s. respectivement. Voy. aussi A. Spielmann et D. Spielmann, «L'abus de droit et les

«Pas de liberté pour les ennemis de la liberté» proclamait Saint-Just ou encore, pour reprendre l'observation de John Rawls, «justice does not require that men must stand idly by while others destroy the basis of their existence»[15]. L'article 17 de la Convention vise «à retirer à ceux qui veulent utiliser les garanties de la Convention le bénéfice de ces droits puisque leur objectif est de remettre en cause les valeurs que la Convention protège»[16]. Il s'agit donc d'une déchéance de la protection de la Convention à l'endroit de ceux qui font un usage liberticide des droits garantis par la Convention[17]. Dans l'arrêt *Lawless (n° 3) c. Irlande*, la Cour à précisé pour la première fois que «l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, à pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans la Convention; (...) ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés (...) visés»[18].

Cette disposition – comme les autres restrictions aux droits garantis – vise l'État comme l'individu ou les groupes d'individus: tous sont soumis à des obligations identiques. Comme l'analyse justement S. Van Drooghenbroeck, «rompant avec les pages les plus noires de l'histoire européenne», la Convention européenne des droits de l'homme «ne pou[vait] logiquement offrir la plume qui pourra[it] les réécrire»[19]. Telle est la raison d'être de l'article 17 de la Convention

concepts équivalents - Principe et applications actuelles. La notion de l'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Actes du 19ème colloque de droit européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1990, pp. 58-77.

[15] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 218.

[16] M. Oetheimer, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *op. cit.*, p. 66.

[17] S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile ?», in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droits*, sous la direction de H. Dumont et al., Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 141 et s.

[18] Cour eur. D.H., arrêt *Lawless (n° 3) c. Irlande* du 1er juillet 1961, § 7.

[19] S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile ?», *op. cit.*, p. 144.

qui reprend quasi textuellement l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. «La société instituée par [la Convention] est (...) une démocratie apte à se défendre, et résolue pour y parvenir à sortir d'elle-même, en renonçant à offrir à ses ennemis les garanties qui en forment (...) les piliers essentiels»[20]. Ce passage à la limite que concrétise l'article 17 de la Convention est clairement invoqué dans le rapport *Glasenapp c. Allemagne* du 11 mai 1984 de la Commission: «lorsqu'un gouvernement cherche fondamentalement à protéger la prééminence du droit et la démocratie, la Convention reconnaît elle-même en son article 17 la primauté de ce type d'objectif, qui dépasse même la protection de droits particuliers garantis par ailleurs par la Convention»[21]. Concrètement, cela signifie que la liberté d'expression revendiquée pour couvrir des propos ou des discours négationnistes sera réputée ne pas être couverte par l'article 10 § 1 de la Convention. Les limitations prévues par cette disposition ne devront donc pas être «mobilisées». On est tout simplement dans un autre cas de figure, celui de la déchéance pure et simple.

Avant de montrer comment la Cour à mis en œuvre cette disposition – qualifiée par certains auteurs de «guillotine» – une dernière question doit être évoquée. L'article 17 de la Convention permet aux États d'agir à l'encontre des activités liberticides mais il ne lui en impose pas l'obligation. N'est-il toutefois pas possible d'aller plus loin? Ne pourrait-on, sur base de la doctrine des obligations positives, qui connaît un développement considérable dans la jurisprudence de la Cour, estimer qu'il existe une telle obligation positive qui pèserait sur les États de lutter contre les actes, les propos ou les discours négationnistes, par des moyens juridiques (législatifs ou autres) adéquats? Pour certains, une réponse affirmative semble pouvoir être suggérée[22]. Cela voudrait dire que l'État serait tenu à une obligation positive de lutter et d'empêcher le négationnisme dans la mesure où celui-ci vise à la destruction de la liberté d'expression.

Dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, on observe que le recours à l'article 17

[20] *Ibid.*, p. 145.

[21] Comm. eur. D.H., rapport *Glasenapp c. Allemagne* du 11 mai 1984, § 110.

[22] S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile ?», *op. cit.*, p. 150.

de la Convention à fait l'objet d'une singulière évolution, signe d'une plus grande vigilance et d'une plus grande fermeté à l'endroit du négationnisme, dont il est quand même préoccupant de constater que la Cour est relativement souvent saisie. D'un usage «soft», la Cour est passée à un usage «hard» de l'article 17.

A. Une règle d'interprétation

Au départ, l'article 17 de la Convention était souvent utilisé comme éclairage ou arrière-plan interprétatif des restrictions de droit commun aux droits et libertés mis en cause, le plus souvent la liberté d'expression. En d'autres termes, la nécessité des restrictions imposées, dans une société démocratique, à la liberté d'expression était mesurée par rapport à l'article 17 de la Convention. Ainsi, après avoir rappelé que le discours négationniste va à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention telles que l'exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix, la Commission européenne des droits de l'homme va souvent estimer que «le requérant tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention». L'article 17 sert «d'argument interprétatif»[23] et l'irrecevabilité de la requête est prononcée sur le fondement de l'article 10 § 2. On en trouve de nombreux exemples.

• *Kühnen c. République fédérale d'Allemagne*, décision du 12 mai 1988: le requérant occupait une position dominante dans l'organisation «ANS/NA» qui était soupçonnée de tenter de reconstituer le parti national-socialiste («NSDAP»). Il à été condamné pour avoir publié des tracts qui étaient susceptibles de raviver les sentiments antisémites. La Commission examine l'affaire au regard de l'article 10 § 2. Sur la nécessité de la mesure, elle renvoie à l'article 17,

[23] *Ibid.*, p. 184. L'auteur signale à titre comparatif que ce raisonnement fut également celui de la Cour d'arbitrage en Belgique dans son arrêt du 12 juillet 1996 qui se prononce sur la compatibilité de la loi belge réprimant le négationnisme, notamment avec l'article 10 de la CEDH. Voy. aussi S. Van Drooghenbroeck et O. De Schutter, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 593 et s.

pour conclure à la proportionnalité de l'ingérence. La requête est rejetée pour défaut manifeste de fondement[24].

• *Walendy c. Allemagne*, décision du 11 janvier 1995: perquisition et saisie d'un périodique niant la réalité de l'Holocauste[25].

• *Remer c. Allemagne*, décision du 6 septembre 1995: remise en cause dans une publication de l'existence de l'Holocauste et critiques concernant la politique de l'Allemagne vis-à-vis des réfugiés[26].

• *Honsik c. Autriche*, décision du 18 octobre 1995: condamnation pour avoir nié dans une publication la réalité de l'Holocauste[27].

• *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (N.P.D.), Bezirksverband München-Oberbayern c. Allemagne*, décision du 29 novembre 1995: obligation imposée par une autorité locale de s'abstenir, lors d'une réunion, de toute déclaration contestant la persécution des Juifs par les nazis[28].

• *Rebhandl c. Autriche*, décision du 16 janvier 1996: condamnation pour diffusion d'une revue niant la réalité des chambres à gaz dans les camps d'extermination[29].

• *Marais c. France*, décision du 24 juin 1996: condamnation pour avoir publié un article mettant en cause l'existence des chambres à gaz dans le camp de concentration du Struthof[30].

• *D.I. c. Allemagne*, décision du 26 juin 1996: condamnation pour avoir nié dans une publication l'existence des chambres à gaz dans les camps d'extermination[31].

• *Nachtmann c. Autriche*, décision du 9 septembre 1998: condamnation du requérant pour avoir publié un article suggérant que le nombre des victimes du génocide perpétré par les nazis était surestimé[32].

---

[24] Comm. eur. D.H., décision *Kühnen c. République fédérale d'Allemagne* du 12 mai 1988.

[25] Comm. eur. D.H., décision *Walendy c. Allemagne* du 11 janvier 1995.

[26] Comm. eur. D.H., décision *Remer c. Allemagne* du 6 septembre 1995.

[27] Comm. eur. D.H., décision *Honsik c. Autriche* du 18 octobre 1995.

[28] Comm. eur. D.H., décision *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (N.P.D.), Bezirksverband München-Oberbayern c. Allemagne* du 29 novembre 1995.

[29] Comm. eur. D.H., décision *Rebhandl c. Autriche* du 16 janvier 1996.

[30] Comm. eur. D.H., décision *Marais c. France* du 24 juin 1996.

[31] Comm. eur. D.H., requête n° 26551/95, décision *D.I. c. Allemagne* du 26 juin 1996.

[32] Comm. eur. D.H., décision *Nachtmann c. Autriche* du 9 septembre 1998.

B. Vers une application directe

Plus récemment, sans doute parce que saisie de requêtes particulièrement odieuses s'agissant du négationnisme et du révisionnisme, la Commission européenne des droits de l'homme d'abord et puis surtout la Cour n'ont plus hésité à exploiter les ressources de l'article 17 de la Convention et à lui faire produire, directement, son effet de déchéance, qui est sa fonction première. En d'autres termes, les organes de la Convention ont sanctionné immédiatement et définitivement l'abus de droit[33]. C'est la version *hard* de la disposition.

Je n'évoquerai pas ici la décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas* de la Commission du 11 octobre 1979 où l'article 17 à été appliqué en matière de racisme, même si nous verrons qu'il y à des liens entre racisme et négationnisme[34]. En fait, c'est dans l'arrêt

---

[33] M. LEVINET, «La fermeté de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme», *Rev. trim. D.H.*, 2004, p. 656; J.-Fr. FLAUSS, «L'abus de droit dans le cadre de la CEDH», *R.U.D.H.*, 1992, p. 464; G. COHEN-JONATHAN, «Abus de droit et libertés fondamentales», in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Paris, Dalloz, 2002, p. 527.

[34] Comm. eur. D.H., décision *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas* du 11 octobre 1979: Les requérants sont le président et le vice-président d'un parti politique, la *Nederlandse Volks Unie*, parti qui repose sur une conception du monde qui accorde à chaque nation un État, ainsi que sur la conviction qu'il est de l'intérêt général d'un État que sa population soit ethniquement homogène. Le premier requérant seul a été condamné pour avoir été en possession de tracts qui incitaient à la discrimination raciale («(...) expulser (...) tous les Surinamiens, Turcs et autres prétendus travailleurs invités (...)»). Les deux requérants ont été condamnés pour être apparus sur une liste politique car la présentation de la liste en question pouvait raisonnablement être considérée comme une initiative détournée de l'association interdite. La Commission rappelle que «quiconque exerce sa liberté d'expression assume des devoirs et des responsabilités dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé». La Commission est d'avis que les devoirs et les responsabilités susmentionnés sont exprimés d'une manière encore plus nette dans l'article 17. «Les requérants cherchent essentiellement à utiliser l'article 10 pour fonder sur la Convention un droit de se livrer à des activités qui (...) sont contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention, droit qui, s'il était accordé, contribuerait à la destruction des droits et libertés susmentionnés. En conséquence, la Commission estime qu'en vertu (...) de l'article 17 de la Convention les requérants ne peuvent pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention». On pourrait également citer la décision *Parti communiste d'Allemagne c. Allemagne* du 20 juillet 1957 où la Commission a jugé que

Lehideux et Isorni c. France du 23 septembre 1998 – arrêt au demeurant fort critiqué pour la solution qu'il comporte – que la Cour européenne des droits de l'homme indique, dans un *obiter dictum*, que «la négation ou la révision [de certains faits historiques, clairement établis – tel l'Holocauste –] se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10»[35].

Pourquoi un si long silence? Une explication pourrait être trouvée devant les difficultés de preuve auxquelles la Cour à été confrontée dans certaines affaires, comme dans les arrêts *Sidiropoulos c. Grèce* du 10 juillet 1998 ou *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, où la Cour prend parti sur l'article 17 à propos du refus d'enregistrement d'une association culturelle macédonienne et de la dissolution d'un parti d'obédience communiste mais ne l'applique pas à défaut de preuve.

Un an plus tard, il faut noter la décision *Witzsch c. Allemagne* du 20 avril 1999 qui concerne la condamnation du requérant pour avoir nié l'existence de l'Holocauste, dans une lettre qu'il avait adressée à un professeur spécialisé en histoire, lequel à soumis la lettre à la police. Le requérant se plaint de la violation des articles 9, 10 et 11. En l'espèce, le requérant n'a pas nié l'Holocauste ni l'existence des chambres à gaz mais il à nié qu'Hitler et la N.S.D.A.P. ont planifié, initié et organisé le génocide des Juifs, ce qui est considéré comme historiquement établi autant que l'Holocauste. La Cour considère que le discours du requérant se voit soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 et que le grief fondé sur cette disposition doit être rejeté pour incompatibilité *ratione materiae*[36].

Il est donc bien clair que dans ces décisions les requêtes sont déclarées irrecevables en raison de leur incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 § 3.

---

le recours à la dictature du prolétariat, prôné par ledit Parti, emportait destruction d'un bon nombre de droits conventionnellement garantis. Partant, la requête ne pouvait, en application de l'article 17, «s'appuyer sur aucune disposition de la Convention».

[35] Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, § 47. Dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, il semble que l'article 17 de la Convention se trouve implicitement visé.

[36] Cour eur. D.H., décision *Witzsch c. Allemagne* du 20 avril 1999.

Telle est en effet la logique de l'article 17 de la Convention comme clause de déchéance: les droits revendiqués ne sont tout simplement pas garantis par la Convention.[37]

La décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003 est évidemment la plus significative[38]. Là où le philosophe français (autrefois marxisant) avait tenu des propos négationnistes, la Cour estime que le requérant détourne «son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. (...) La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public»[39].

La motivation est importante à rappeler dans son caractère relativement unique.

«i. En ce qui concerne tout d'abord les condamnations du requérant pour contestation de crimes contre l'humanité, la Cour se réfère en effet à l'article 17 de la Convention, lequel «pour autant qu'il vise (...) des individus, à pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention; (...) ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés ci-dessus visés; (...)» (*Lawless c. Irlande*, arrêt du 1er juillet 1961, § 7).

L'ouvrage qui est à l'origine des condamnations du requérant analyse de façon détaillée plusieurs événements historiques relatifs à la deuxième guerre mondiale, tels que les persécutions des Juifs par le régime nazi, l'Holocauste, le procès de Nuremberg. S'appuyant sur de nombreuses citations et références, le requérant remet en cause la

---

[37] S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile ?», *op. cit.*, p. 182.

[38] Cour eur. D.H., décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, *D.*, 2004, p. 293, note D. Roets; *Rev. trim. D.H.*, 2004, p. 653, obs. M. Levinet.

[39] Cour eur. D.H., décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, p. 29. Dans Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, la Cour avait déjà évoqué une «catégorie des faits historiques clairement établis — tel l'Holocauste — dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10» (§ 47).

réalité, l'ampleur, et la gravité de ces faits historiques qui ne font pourtant pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis. Il apparaît, comme l'ont montré les juridictions nationales à l'issue d'une étude méthodique et de constats approfondis, que loin de se limiter à une critique politique ou idéologique du sionisme et des agissements de l'État d'Israël, ou même de procéder à un exposé objectif des thèses négationnistes et de réclamer seulement, comme il le prétend, «un débat public et scientifique» sur l'événement historique des chambres à gaz, le requérant à fait siennes ces thèses et procède en fait à une remise en cause systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive.

Or, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.

La Cour considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix. Elle considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention.

En conséquence, la Cour estime qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention en ce qui concerne les éléments relevant de la contestation de crimes contre l'humanité.

Partant, cette partie du grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 et doit être rejetée en application de l'article 35 § 4.»[40]

Certains se demandent toutefois si «la Cour adopterait (...) globalement la même position face à la contestation d'autres génocides ou crimes contre l'humanité? La description détaillée des caractéristiques contextuelles de l'Holocauste laisse penser que la Cour ne traiterait pas nécessairement de manière identique d'autres exemples de négation de génocide. (...) L'article 6 du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité («Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité») éclaire sous un jour nouveau le droit conventionnel international relatif aux droits de l'homme. Pour la première fois, la portée de l'infraction à été étendue pour s'appliquer aux génocides autres que l'Holocauste»[41].

C. Appréciation critique

D'un côté

L'article 17 est à utiliser avec modération. Il pourrait être le prétexte des pires abus. C'est précisément sur base de cette disposition

[40] Cour eur. D.H., décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, pp. 28 et 29.

[41] T. McGonagle, «Normes juridiques internationales et européennes relatives à la lutte contre les expressions racisites», in Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, *Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 58. Il convient toutefois de noter que si ce protocole additionnel n'est pas encore entré en vigueur, à défaut du nombre de ratifications nécessaires, c'est parce que les États ne veulent pas adopter l'article 6. En outre, les États qui l'ont ratifié ont fait des réserves sur cette disposition.

que la Cour constitutionnelle turque à légitimé la dissolution de partis politiques ultérieurement condamnée par la Cour[42].

Par ailleurs, c'est une mesure mécanique peu nuancée. Fruste, pour reprendre les termes de C. Tomuschat. Aucune balance des intérêts, aucune analyse de l'importance des droits déchus et du préjudice causé par la déchéance, aucun examen des circonstances de la cause[43], ce qui est le mode privilégié de raisonnement du juge européen. Comme le dit S. Van Drooghenbroeck, de la «balance» au «glaive» que constitue l'article 17 comme déchéance pure et simple[44], n'y a-t-il pas un danger pour la démocratie d'employer – pour se défendre – «les propres armes de ses ennemis»?[45]

D'un autre côté

Même si l'article 17 est né dans un contexte historique particulier – celui de l'après-guerre – et s'il est évident que le contexte géopolitique s'est fondamentalement transformé pendant ce demi-siècle, le retour actuel de certaines formes d'extrémismes, malheureusement partout en Europe, pourrait justifier le recours à cette disposition.

Aujourd'hui, plusieurs affaires devant la Cour se sont présentées qui, dans le contexte d'une société multiculturelle et du combat contre le racisme, sont tombées sous l'application de la jurisprudence sur le discours de la haine établie et confirmée dans la décision *Garaudy*[46].

Ainsi, dans la décision *W.P. et autres c. Pologne* du 2 septembre 2004, les requérants voulaient former plusieurs organisations dont

[42] S. Van Drooghenbroeck, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile ?», *op. cit.*, p. 195 et les references citées à la note 220.

[43] *Ibid.*

[44] *Ibid.*, p. 196.

[45] *Ibid.*, p. 196 et C. Tomuschat, «Democratic Pluralism: the Right to Political Opposition», *The Strength of Diversity. Human Rights and Pluralist Democracy*, sous la direction de A. Rosas et J. Helgersen, Martinus Nijhoff Publishers, Londres/Dordrecht/Boston, 1992, p. 33.

[46] Comité directeur pour les droits de l'homme, *Les droits de l'homme dans une société multiculturelle. Le discours de haine*, doc. GT-DH-DEV A(2006)008, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 9 février 2007.

une appelée «association nationale et patriotique des victimes polonaises du bolchévisme et du sionisme», ce qui leur à été interdit par la loi polonaise interdisant les partis politiques et autres organisations dont les programmes s'appuient sur les méthodes et pratiques totalitaires du nazisme). Ils allèguent devant la Cour la violation de l'article 11. Les statuts de l'association soutenaient que les Polonais étaient persécutés par la minorité juive et alléguaient l'existence d'une inégalité entre Polonais et Juifs. La Cour estime que ces idées peuvent passer pour raviver l'antisémitisme et que les éléments en l'espèce font jouer l'article 17. Les requérants cherchent essentiellement à utiliser l'article 11 pour fonder sur la Convention un droit de se livrer à des activités qui sont contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention, droit qui, s'il était accordé, contribuerait à la destruction des droits et libertés énoncés dans la Convention.

Dans la décision *Norwood c. Royaume Uni* du 16 novembre 2004, le requérant avait été condamné pour avoir suspendu un poster aux mots «*Islam out of Britain – protect the British people*». Selon la Cour, les images et le texte du poster exprimaient de façon publique une attaque sur tous les musulmans vivant au Royaume Uni. Elle à estimé qu'il s'agissait d'un discours de haine envers les musulmans au Royaume Uni et à déclaré la requête incompatible avec les dispositions de la Convention[47].

L'usage de l'article 17 dans la jurisprudence de la Cour s'est vu ainsi multiplier.

III. Les liens entre négationnisme et racisme

Le négationnisme entretient des liens étroits avec le racisme, dont il constitue en quelque sorte une variante. Ainsi, dans certains cas la contestation du génocide est insidieuse, se limitant à contester l'existence des chambres à gaz ou celle du nombre de victimes afin de jeter un discrédit global sur cette période[48]. P. Wachsmann parle ainsi

[47] Cour eur. D.H., décision *Norwood c. Royaume Uni* du 16 novembre 2004.

[48] M. Puechavy, «L'abus de droit: la liberté d'expression et le négationnisme», in P. Tavernier (éd.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme: la jurisprudence*

à juste titre d'une «double dimension du négationnisme, combinant une allégation factuelle mensongère et un propos antisémite»[49].

A cet égard, il faut constater que, de manière générale, les organes de la Convention ont témoigné d'un intérêt et d'une rigueur croissante sur la question de la discrimination raciale[50]. Déjà en 1973, la Commission européenne des droits de l'homme considère qu'une législation motivée par des considérations raciales constitue un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention et, partant, un affront à la dignité humaine[51]. Cette même qualification de traitement dégradant sera retenue par la Cour dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001 en raison, notamment, des discriminations subies par les Chypriotes grecs vivant dans la région du Karpas[52], ainsi que dans l'arrêt *Moldovan et autres (n° 2) c. Roumanie* du 12 juillet 2005. En l'espèce, la Cour estime «que les conditions de vie des requérants et la discrimination raciale à laquelle ils ont été soumis publiquement, du fait du mode de traitement de leurs griefs par les diverses autorités, constituent une atteinte à leur dignité qui, dans les circonstances de l'espèce, équivaut à un ««traitement dégradant» au sens de l'article 3»[53].

Dans le récent arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 où, pour la première fois, la Cour à accepté de lier, dans un cas concret, l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH) et le droit de toute personne à la vie (art. 2), lequel implique de mener une enquête sérieuse lorsqu'il y à une présomption que des violences mortelles infligées ont été inspirées par la haine raciale[54], elle pose dans une

---

en 2003, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 184.

[49] P. Wachsmann, «Liberté d'expression et négationnisme», *op. cit.*, p. 594.

[50] Voy. notamment A. Weber, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 10 CEDH et la lutte contre le racisme et l'intolérance», in Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, *Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression*, *op. cit.*, p. 115.

[51] Comm. eur. D.H., rapport *East African Asians c. Royaume-Uni* du 14 décembre 1973, *Décisions et rapport* 78-A, p. 5.

[52] Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 311.

[53] Cour eur. D.H., arrêt *Moldovan et autres (n° 2) c. Roumanie* du 12 juillet 2005, § 113.

[54] Il est intéressant d'observer que certains juges souhaitent une plus grande sévérité de la Cour en matière de discrimination raciale comme les juges Spielmann et Vajić l'ont fait entendre en demandant de condamner les États de plus en plus fermement, afin

formule de principe la nature de ses exigences: «La violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine et [...] elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie à de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse»[55]. En outre, je vois aussi dans cet arrêt — dont il est utile de noter que le raisonnement à été repris depuis lors[56] — un autre intérêt, celui d'ouvrir le champ de l'article 14 aux obligations positives, depuis longtemps reconnues par la Cour, qui imposent aux États de prendre des mesures, notamment préventives, pour assurer le respect des droits garantis par la Convention, jusque et y compris dans les relations entre personnes privées, ce qui est une situation fréquente en matière de racisme. Il y à là une potentialité qui pourrait être exploitée dans la lutte contre le racisme.

Dans l'arrêt *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005, qui concernait une disposition dans la République de Kabardino-Balkarie empêchant les Tchétchènes d'obtenir un permis de résidence, la Cour constate une violation de l'article 2 du Protocole n° 4 concernant la liberté de circulation combinée avec l'article 14 et lance un signal fort. Elle affirme qu'«aucune différence de traitement qui est fondée exclusivement ou dans une mesure décisive sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine fondée sur le pluralisme et le respect des différentes cultures»[57]. De cette manière, la Cour à en quelque sorte placé la discrimination raciale hors du cadre d'évaluation ordinaire des affaires de discrimination où, traditionnellement, une différence de traitement entre des situations comparables peut être objectivement justifiée lorsqu'il s'agit d'une mesure proportionnée servant un but

de leur envoyer des signaux et de «renforcer» les messages donnés aux gouvernements défendeurs (Cour eur. D.H., arrêt *Osman c. Bulgarie* du 16 février 2006, opinion partiellement dissidente de Mme Vajić et de M. Spielmann, § 10).

[55] Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 145.

[56] Cour eur. D.H., arrêt *Bekos et Koutropoulos c. Grèce* du 13 décembre 2005; Cour eur. D.H., arrêt *Ognyanova et Choban c. Bulgarie* du 23 février 2006.

[57] Cour eur. D.H., arrêt *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005, § 58.

légitime. «De critère suspect, la discrimination raciale devient un critère exclu»[58].

Dans ces arrêts, la Cour établit un lien clair entre la lutte contre le racisme et la promotion d'une vision de la société basée sur le respect de la diversité. En partant du principe que «la discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse»[59] et que la «violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine»[60], elle affirme qu'elle exige «une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités» compte tenu de ses conséquences dangereuses[61].

Conclusion

Le négationnisme détruit la liberté d'expression, en ce sens qu'il porte atteinte non seulement à ce droit dans sa dimension subjective, c'est-à-dire comme droit subjectif de telle personne ou tel groupe de personnes, mais aussi dans sa dimension institutionnelle, comme norme objective du système juridique. Mais en même temps il faut souligner le rôle positif de la liberté d'expression dans la promotion de l'égalité, de la tolérance face aux différences et de la lutte contre le racisme[62]. De même, comme le souligne T. McGonagle, il «importe de résister aux pressions politiques qui tendent à affaiblir ou à limiter les dispositions garantissant la liberté d'expression et apportant une protection contre le discours raciste et le discours «de haine». L'objet [...] ne doit pas se réduire à l'étude de l'interface entre la liberté

[58] S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004, Volume 2, Articles 7 à 59 de la Convention, Protocoles additionnels*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 57, 2006, p. 131, n° 483.

[59] Cour eur. D.H., arrêt *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005, § 56.

[60] Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 145.

[61] Cour eur. D.H., arrêt *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005, § 56; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 145.

[62] A. Callamard, Contribution au séminaire d'experts, in Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, *Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression*, *op. cit.*, p. 30.

d'expression et la protection contre le discours de haine. Il est impératif de réfléchir à une conception véritablement et pleinement intégrée des droits de l'homme. Parce que le discours de haine porte atteinte à nombre d'autres droits et cause toutes sortes de préjudices, il est nécessaire d'adopter une stratégie globale qui tienne compte des origines du phénomène pour lutter contre ses effets. Les facteurs contextuels doivent être recensés de manière cohérente et systématique. La lutte contre le discours de haine impose aux pouvoirs publics des obligations négatives et positives. La stratégie globale préconisée devrait associer de manière équilibrée mesures juridiques et non juridiques»[63].

[63] T. McGonagle, «Normes juridiques européennes et internationales relatives à la lutte contre les expressions racistes: quelques problèmes actuels», *op. cit.*, p. 59.

MRU © MRU © MRU

"TO BE OR NOT TO BE"- HUMAN RIGHTS DIMENSIONS (Approaching the Euthanasia Dilemma)

Mindia Ugrekhelidze, Eva Gotsiridze

1. Introduction

The existence of universal consensus on recognition of human rights may prove to be "conditional" if we see human rights within the context of their perception and assertion by humans[1], on the one hand, and their legal regulation, on the other.

[1] The "universality" of human rights has many times been subjected to dispute. As Sh. Tharor says, nothing is universal from a philosophical standpoint. Both human rights and values are defined and confined with cultural perception and understanding. He believes that there is no universal culture and, therefore, no universal "human rights", either. (see **Shashi Tharor**, Are Human Right Universal? World Policy Journal, Volume XVI, no.4, Winter 1999/2000). The Hon. Lord Justice Stephen Sedley consideres the notion of "human rights" by the dimensions of the time and space: "It seems a self-evident truth that if rights are ***human*** rights, they belong equally to everyone. It may be that in practice not all human beings enjoy them or even know what they are, but that doesn't make them any less universal. Even so, other things are not less evident. It is evident that what rights are accepted as fundamental human rights has changed dramatically, even among those who agree about them, from one period to another. Moreover, notions of human rights vary radically from one culture to another. I will call the first form of variance vertical, to describe modification over time, and the second, becouse of its geographical dimension, horizontal...In contending, as I do, for a quite different understanding of human rights, I recognise how much is forfeited in abandoning the claim to universality. The adjective "human" can lose its meaning. Fundamental rights become the property of those lucky enough to live in societies which both recognise and enforce them". See Rt. Hon. **Lord Justice**

Universal recognition and declaration of human rights is the greatest cultural achievement, particularly recognition of their natural origin. The idea of a human being's inherent, natural rights primarily entails recognition of human dignity, and the origin of the idea as such was preconditioned by human dignity. The human being has dignity and that is exactly why he manifests an inherent protest against and intolerance of violation of freedom, equality and justice. It is the human dignity that the basis of legitimacy of rights lies in; as the human being has the feeling of dignity, he claimed the rights related to being a human to be his own. It would be right to say that the natural human rights, which are now universally recognised, are the rights, which the human being reasonably alleged and claimed to be his own. Thus, "natural rights" can quite fittingly be called the "rights reasonably alleged" by man.

On the other hand, turning these "alleged rights" into a legal norm, their legal regulation into national constitutions or international agreements (entailing identification of the relevant obligations of states) could have created certain divergences between the "alleged rights" and the actual substance and dimensions of the obligations, which the states undertook to protect and enforce as rights.

A legal regulation of rights undoubtedly entails two critical components – specification of the substantial dimensions of rights and sometimes allowing for their restriction to safeguard other, including common public interests, at which time the conflict of values is overriding, taking into account many political or other factors in addition to the significance of conflicting values. In a word, "alleged rights" have been brought within "reasonable limits"[2]. Besides, such regulation of rights took place in two different dimensions – on the one hand, national and, on the other hand, international systems, which introduce and enforce rights, their substantial dimensions and preferences of values in case of conflicts, with or without regard to national

---

Stephen Sedley; *Are Human Rights Universal, and Does It Matter*? Human Rights, Democracy and the Rule of Law; Liber Amicorum Luzius Wildhaber; Breitenmoser, Stephan (ed.); Zürich – Dike; Baden-Baden – Nomos; 2007, pp.793-796.

[2] This equally applies to absolute rights as well. We mean the need to define as to exactly which kind of substance and dimension any particular right has, that is which right is absolute and thus cannot be restricted.

legal traditions and culture. It is within this context that a question arises – can the regulation of a right be always adequate to what may have been justified by the logic of natural law?

Recognising national or international consensus with respect to this or that right is always secondary insofar as it always lags behind the internal process of the human being's discovery, perception, assumption, allegation, claiming and appropriation of rights. This is what lies behind the cultural and legal phenomenon of the natural origin of human rights; the lack of universal consensus is not and cannot be sufficient proof that any particular or that right does not exist in general. Otherwise, human rights law would be a blocked, preconfined and non-evolvable reality, having no orientation towards further recognition and broadening of rights; the doctrine of the Convention being a living instrument developed by the European Court of Human Rights is a compelling testimony against all the above. The list of universal human rights is neither an untouchable museum piece nor a religious doctrine not subject to review, particularly in order to further extend and widen it.

This article deals with exactly such, in our opinion, "reasonably alleged" right – the right to euthanasia, on which no national (except on rare occasions) or international consensus has been reached yet.

Euthanasia is a multi-dimensional, multi-faceted problem, concurrently involving philosophical, legal, social, religious, moral, ethical and sometimes even financial issues. So much has been written and said about them. There is a sea of viewpoints and arguments about the ontological nature, phenomenology and nomology of euthanasia and, consequently, about its legitimacy or illegitimacy. Starting from a purely medical or biological issue as to what "death" is and when it happens and ending with the question as to what the ultimate, supreme human value is, over time the topic of euthanasia has recurrently required a holistic examination and modified understanding of many other issues. Many euthanasia terms have been coined and developed ("active euthanasia", "passive euthanasia", "voluntary euthanasia" (patient-initiated), "involuntary euthanasia" (without the consent of the patient as a result of the patient's incompetence), "terminally ill patient", "physician-assisted suicide", etc.). Enormous efforts have been made to study a great number of aspects, in which the pro-

ponents and opponents of euthanasia sought arguments to justify their positions. Nevertheless, euthanasia still remains one of the most controversial and dramatic dilemmas.

This article is not aimed at highlighting every aspect of the issue of euthanasia or analyzing and comparing its forms (active and passive euthanasia). Despite the considerable difference between the two, eventually both of them are conceptually related to the "right to die", the validation of both existence and non-existence of which is an equally daunting challenge, requiring a simultaneous, synthetic and holistic insight into all human dimensions.

The article puts the question in the following way: does the "right to euthanasia" (as a natural right) exist? How does the "right to euthanasia" stand vis-à-vis human dignity, the right to life and other fundamental human rights? How reasonable is it to expect and demand its recognition, even within certain limits and under certain conditions, by way of broad interpretation of the "right to life" or otherwise?

The accent is placed on "human dignity" and the "right to life" because the legitimacy of the right to euthanasia, prima facie, may be based on, nurtured by and derived from exactly them. If human dignity and the right to life are recognised, the right to euthanasia must also be recognised, as the right to euthanasia is the right to dignified life, the belief in the exercising or materialization of which humans need to have while they are alive and, thus, is perceived by them as a guarantee for the right to dignified life. The dimensions of euthanasia equally outreach the spheres of human dignity, "life and death", shedding light on the conditionality of the substantial dimensions of these rights, bringing them closer, and as strange as it may sound, identifying them with each other. Indeed, if the human being has dignity and the right to life, this means (must mean) that he has the right to a dignified life; and if departure from life is the only way to ensure dignified life, this means the human being has the right to a dignified death and, in general, the right to die.

This is where the antiquity, complexity and controversy of the phenomenon of euthanasia as well as a non-waning interest in its philosophy come from.

2. International Legal Setting

Euthanasia[3] is a mercy-killing of a terminally ill patient being in the last phase of a disease aimed to relieve him from unbearable physical or moral suffering. Euthanasia includes all the cases of hastening death on the aforementioned motive and for the aforementioned purpose, where there was the patient's request or consent for euthanasia or where such consent could not be obtained because of the patient's incapacity.

It should also be mentioned that there is no universal definition of "euthanasia"[4], though a number of its criteria have been formulated. In our opinion, the criterion that best describes "euthanasia" was formulated by John Keown: "...Euthanasia" involves doctors making decisions, which have the effect of shortening a patient's life and these decisions are based on the belief that the **patient would be better off dead**"[5] (emphasis is ours – M.U., E.G.).

A line is drawn between active euthanasia and passive euthanasia:

Passive euthanasia involves withdrawing or withholding life-sustaining medical treatment with the intention to hasten death. In such case, "intervention" is limited to just withdrawing or withholding life-sustaining medical treatment, enabling the patient to end life naturally.

In case of active euthanasia, death is hastened by an active intervention in the natural development of events, for example, by giving the patient a lethal chemical injection or otherwise.

Although in both cases intervention is made on motives of mercy, with the purpose to hasten death, due to a different objective side and a causal relationship of a different intensity with the fact of hastening

---

[3] The word "euthanasia" originated from an amalgam of two Greek words: *eu* meaning good and *thanatos* meaning death. Along with "euthanasia", the term "mercy killing" is often used today.

[4] Webster defines it as an easy and painless death, or an act or method of causing death painlessly so as to end suffering: advocated by some as a way to deal with victims of incurable disease.

[5] **John Keown**, Euthanasia, Ethics and Public Policy: An Argument Against legislation, 22, 2002, at 10.

death, their legitimacy is judged differently. Passive euthanasia is not generally regarded to be an illegitimate act while active euthanasia, with rare exceptions, is forbidden by law the whole world over[6].

Within certain limits and under strictly defined conditions, active euthanasia is allowed in the Netherlands[7], Belgium[8], State of Oregon (USA)[9], State of North Territory (Australia)[10], etc.

It should be mentioned, that the attitude against euthanasia is gradually eroding in many countries and there is a shift toward humanization of law[11].

[6] Under the Criminal Code of Georgia (Article 110), mercy killing is a crime punishable by imprisonment up to 5 years in length. Besides, Article 191 of the Healthcare Law (10.10.1997) expressly provides that the medical personnel as well as any other person are prohibited from administering or taking part in euthanasia. To a certain extent, this provision comes in conflict with Article 148 of the same law, whereunder a capable terminally ill patient may reject resuscitation, life-sustaining or palliative care; the above provision is equally incompatible with Articles 22-26 of the Law on Patient's Rights (05.05.2000), pursuant to which: a) the patient who is capable and able to make an informed decision may at any stage of treatment reject medical care (including the switching off of the life-prolonging apparatus); b) If the patient is incapable, the said right is exercised by the patient's relative or legal representative.

[7] Euthanasia became legalised in april 2001 after two national surveys carried out by the Dutch government in 1990 and 1995.

[8] The Belgian parlament legalised euthanasia in May 2002.

[9] Physician-assisted suicide (PAS) is lawful when carried out for someone in intractable pain. By virtue of the Death with Dignity Act of 1997, the patient is allowed to ask a physician to prescribe drugs to end life, but drugs must be taken by the patient. Mercey killing, or the use of lethal injections and voluntary euthanasia is therefor unlawful. Most states in US have not recognised euthanasia. In Michigan, Dr. Jack Kevorkian was convicted for second degree murder for injecting a controlled substance into his patient who requested a painless exit from life. Under the American Model Penal Code (Art.219:5) helping another to commit suicide is criminal act. As for the Supreme Court of USA, in 1997 it ruled that the law of the State on doctor-assisted suicide does not contravene the US Constitution, though the same judgment provides that neither its permission is anti-Constitutional. It should also be mentioned that the first attemp to legalise medical help to die can traced to the US. The earliest bill was introduced in the State of Ohio in 1906. This was the first attempt anywhere in the world.

[10] Legislation was passed on May 25, 1995, which was asserted to on June 16 1995, legalising active euthanasia under careful control when certain prerequisities are met.

In countries where active euthanasia is allowed, it is subject to close public and judicial scrutiny. As a rule, the conditions for doctors to administer euthanasia are strictly defined. For instance, in the Netherlands, under the articles of the Criminal Code the physician must:

a) be convinced that the patient's request was vonluntary, well-considered and lasting;
b) be convinced that the patient was facing unremitting and unbearable suffering;
c) have informed the patient concerning the latter's situation and prospects;
d) have reached the firm conclusion with the patient that there was no reasonable alternative solution to the patient's situation;
e) have consulted at least one other independent physician, who has examined the patient and who has formed a judgment concerning the requirements of due care as referred to in (a)-(d) above;
f) have carried out the termination of life in a medically appropriate fashion[12].

3. Opinions and Arguments

Ever since the beginning of human civilization, the issue of euthanasia has been a subject of heated debate and practised irrespective of whether it was outlawed or not. There has never been a unanimous public opinion on it. It had many proponents and many opponents. Some call euthanasia "mercy killing" and others call it "murder". It is known that Plato supported it but Christianity rejected it. According to the opponents of euthanasia, the commandment "Thou

[11] In 1997 the Constitutional Court of Colombia legalised euthanasia for terminating ill persons who clearly give their consent. In 1995 the Uokohama District Court identified the conditions, under which "Mercy Killing" would be permitted in Japan.

[12] Remmelink J. The Legal position on Euthanasia in the Netherlands in the light of article 2 of the ECHR. In the collection: Protecting Human Rights: The European Perspective, studies in memory of Rolv Ryssdal, 2000, pp. 1171.

shalt not kill" is a sufficient basis to deem it as an immoral and illegal act[13]. The proponents of euthanasia, though, as they see it as an "act of mercy", do not regard as contradicting Christian morals[14]. They point out that God did not mean to have terminally ill people suffer without reason or to extend the life of someone who will never again lead a conscious life. It is the new technology that allows this to happen, not the will of God[15].

The opponents of euthanasia argue that the doctor's administration of euthanasia clashes most directly with the Hippocratic Oath, undermining and eroding the general confidence in the doctor's profession[16]. In their opinion, the Hippocratic Oath also implies that no person has the right to decide death by choice[17].

Proponents of death by choice confront this argument by finding contradictions in the oath: it promises two things: first, to relieve suffering and second, to prolong and protect life. However, when a person is in the grip of an agonizing and fatal disease, these two promises are incompatible – to prolong life, in this case, is to go against the promise to relieve pain and to relieve pain is to breach the promise to

[13] Christian moral states clearly in Commandment – "Thou shalt not kill". Life is a "gift from God" and it is not for anyone but God to make the decision as to when a person's time on earth is over. (see Horan, Dennis I. and Mall, David; Death, Dying and Euthanasia; Washington DC; University Publications of America, inc., 1977). Overall, most conservative and moderate religious organizations are opposed to euthanasia. The liberal christian movement as well as humanists, atheists, and other people of various belief system support earthanasia. There are pro-euthanasia groups and associations, for example, Volontary Euthanasia Society, The Right to Die Society etc.

[14] Although not fully approving of the right to suicide from a moral standpoint, the German philosopher Schopenhauer stated that neither the Old Testament nor the New Testament as such contained any prohibition, to say nothing about express condemnation, of suicide. Schopenhauer. Paralipomena//Collected Works, Moscow, 2001. p.38 (in Russian).

[15] Battin, Margaret P. The Least Worst Death: Essays in Bioethics on the End of Life, New York, Oxford University Press, inc. 1994.

[16] In Madrid in 1987, at the 30th General Assembly of the World Medical Association, euthanasia was considered unethical.

[17] The famous oath written by Hippocrates in the fifth century BC states, "I will neither give a deadly drug to anybody, if asked for, nor will I make a suggestion to this effect". Many people cling to this oath when refuting the idea of death by choice.

prolong and protect life.[18] Besides, they believe that the prohibition of euthanasia encroaches upon the intimacy of the doctor-and-patient relationship.

Around the same question revolve the core and strong arguments of the proponents of euthanasia that prohibition of euthanasia comes into conflict with human liberty, men's autonomy and dignity. In contrast with the opponents of euthanasia, they believe that the birth and death of a human being is a private, personal and intimate, not a public event, that the right to die does not jeopardise public interests. They look at the issue of euthanasia within the context of a clash between individual and public interests, believing that the question must be resolved in favour of the actual interests of an individual. In response to this, the opponents of euthanasia argue that the issue of euthanasia is one, in which the interest of the individual cannot be separated from the interest of society as a whole. The death of a person affects the lives of others, often in ways and to an extent which cannot be foreseen.[19]

The proponents of euthanasia lay special emphasis on the moral importance of this liberty. They argue that patients who are deprived and completely dependent on others for care might rather die than lose their independence.

The issue of euthanasia vis-à-vis the "patient's rights" has been a subject of particularly severe debates. Whether the patient has or must have the "right to self-determination" that implies his monopoly over any decision made in the medical sphere has to do much in determining whether the patient has the right to refuse prolongation of his life in general or use this or that means for this purpose in particular.

Therefore, a question arises whether the right of self-determination falls within the scope of "private life", and whether "the

[18] Joseph Fletcher has opened the discussion on this topic. See Weir, Robert F., Ethical Issues in Death and dying. New York; Columbia University Press, 1977.

In 1948 the General Assembly of the World Medical Association adopted a modified version of the Hippocratic Oath. This was then incorporated into 1949 International Code of Medical Ethics. Not included in this form of the oath is the part that swears against giving or conseling the use of something that would cause death.

[19] see Report of the House of Lords Select Committee on Medical Ethics (XL Paper 21-I), 31.01.1994.

right to privacy" covers the patient's right to refuse medical treatment and whether the right to die may emanate from them.

The logic of those supporting euthanasia is such:

- If the ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing may include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned[20], by extension, it may include also the right to choose when and how to die.
- If the right to privacy covers the patient's right to refuse medical treatment, then, the patient has the right to choose medical treatment; and if the patient has a right to die naturally, then he has a right to die under the care and supervision of a physician.[21]

According to the proponents of euthanasia, respect for a patient's autonomy should govern what treatment they do or do not receive. If people legally ban euthanasia, then they are in direct violation of the patient's liberty and freedom to exit how he or she chooses. According to this argument, the fear of losing control also violates this autonomy because a terminally ill patient is not in command of his own life.

One of the strongest arguments put forward by the opponents of euthanasia is related to the danger of abusing the right to euthanasia if legalised. In their opinion, legalising euthanasia, on the one hand, will work to the detriment of the vulnerable (there is a viewpoint that those who attempted suicide often suffered from depression or other psychiatric illness)[22], and, on the other hand, lead to intolerable corruption in the medical sphere[23]. However, it is another subject of dis-

[20] This has already been confirmed by the European Court of Human Rights. See the case of Pretty v. the United Kingdom, judgment of 29 April 2002. §62.

[21] Penney Lewis, Rights Discourse & Assisted Suicide. J.L&Med. 45,46; n.4 (2001), at 56-57; Compassion in Dying v. Washington, 49 f. 3d 586; 595-96 (9th Cir. 1995) (Wright; J.; dissenting) (asserting that terminally – ill, mentally competent adults have a fundamental privacy right to physician – assisted suicide).

[22] This is the opinion of the organization called Catholic Bishops, Conference of England and Wales that was involved as the third party in the case of Pretty v. the United Kingdom.

[23] For instance, see the 1994 Report of the New York State Task Force on Life and Law. It concluded that legalising of any form of assisted suicide or any form of euthanasia would be mistake of historic proportions, with catastrophic consequences for the

cusion whether, on the one hand, the one wishing euthanasia is always "vulnerable" (with the understanding that he is unable to make decisions adequate to his own real interests) and, on the other hand, how justified it is to sacrifice the interests of a particular individual to the existence of the risk of abuse of rules[24].

In connection with active euthanasia, to draw a distinguishing line between mercy killing and murder, they often refer to the lack of a criminal motive. The doctor administaring euthanasia acts not on ill or malicious but, on the contrary, on noble motives – with empathy, pity and mercy for the patient. For example, as Stefan Trechsel points out, euthanasia does not entail the illegality typical for murder of aforethough, as the intent of mercy killing is not based on egoistic motives[25]. According to Oluyeimisi Bamgbose, the doctor who carries out the act of assistance... does so not by any aggressive intent, but out of pity[26].

Indeed, taken together the non-egoistic motive of mercy killing on the one hand, and the request or consent of a terminally ill patient for an end to his life, on the other, changes root and branch the substance and nature of "mercy killing" that is typical of and organic to the objective and subjective sides of murder as a criminal offence. It is noteworthy that these factors played an important role in all jurisdictions where euthanasia has been legalised.

In validation of the legality of passive euthanasia, they often put forward a causation argument. The causation argument is that, unlike active euthanasia, with passive euthanasia the disease or "nature" is re-

---

vulnarable and intolerable corruption of the medical proffession. The House of Lords Select Committee on Medical Ethics (1993-1994) also concluded, that any legal permission of assistance in suicide would result in massive erosion of the rights of the vulnerable (see, Pretty, judgment; §30;31).

[24] It is noteworthy that in its Report the House of Lords Select Committee on Medical Ethics did not deny the fact that "there are individual cases in which euthanasia may be seen by some to be appropriate", but held that "individual cases cannot reasonably establish the foundation of a policy which have such serious and widespread repercussions". (see, Pretty, judgment. §22)

[25] See Trechsel Stefan, Spotlights on Article 2 ECHR, The Right to Life, Development and Developing International and European Law, 1999, p.677.

[26] See Oluyemisi Bamgbose; Euthanasia: Another Face of Murder, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 48(1) 2004. p.119.

sponsible for the patient's death when life-sustaining treatment is discontinued.[27] This is a powerful argument. With the understanding of *conditio sine qua non*, the causal relationship implies that this or that cause must be a necessary condition for a definite result that without it either would not have occurred or would have occurred at another time. As euthanasia is the hastening of an imminent death, therefore, the causal relationship must be sought with the fact of hastening the death. From this standpoint, the causal relationship does exist. However, as soon as we consider that with passive euthanasia "the death-hastening measure" is sometimes a discontinuation of a life-sustaining measure, the vantage point, the nature of causal relationship and its concept as a link between life and death change entirely. If not the life-sustaining measures, the patient (naturally) would have died earlier. Thus, the fatal result would not only have occurred nevertheless but would have occurred earlier. Life (artificially, not naturally) within a certain period of time exists only thanks to these measures and, therefore, there is a causal relationship between the application of such measures and prolongation of life. Consequently, when looking at the issue of euthanasia from a causal standpoint, it is impossible not to appreciate and consider the overall role that the measures (treatment) administered to the patient have played first in the (artificial) prolongation and thereafter in the shortening of the patient's life. Therefore, a natural question arises whether the discontinuation of the measures, without which life would not have existed at all and natural death would have been imminent much earlier, could be regarded as the hastening of the patient's death. As we see, within this context, the concepts of "life" and "death" and, all the more so, of "prolongation of life" and "hastening of death" lose their clear and unequivocal understanding – when thinking about them, one logically comes across more amorphous terms such as "natural life" and "natural death", "artificial presevration of life" and "artificial hastening of

[27] Neil M.Gorsuch, The Right to Assisted Suicide and Euthanasia, 23 Harv. J.L. & Pub. Pol'y, 2000. p.644. On this question see also Рейнелс Дж. Active and Passive Euthanasia//Ethical Thought: Journalistic Science Readings. M. 1990 (see in Russian). The author states that the doctor administering a lethal injection to a cancer-patient becomes the cause of the patient's death but he simply discontinues his treatment, in such case the cause of death is cancer. (p.210).

death", etc. Particularly evident is the importance of the time factor as the cause turning "life" into "death" (objectively[28]) and in determining "when a person's time on earth is over".

The issue of the causal relationship with euthanasia (particularly active euthanasia) brings up extremely interesting aspects, requring and meriting better insight and analysis. One thing, though, can be said with certainty: with active euthanasia the causal relationship between the death-hastening measure and the patient's death is much stronger and intense that with passive euthanasia. Nonetheless, we think that the causation (its existence or non-existence) cannot serve as an overriding argument in establishing the legality or illegality of euthanasia. In case of active euthanasia, the existence of causal relationship raises no doubt whatsoever[29] but a number of arguments for its illegality still stand unanswered.

* * *

In the final reckoning euthanasia is an issue of human rights. Its lawfulness or unlawfulness must be judged within the human rights dimention: on the one hand, separately – by considering its ontological nature and then evaluting its "universality"; on the other hand, holistically – in correlation with other rights, within a broad context of conflict of values.

---

[28] Understanding of all of this becomes ever more difficult by considering that in medical or biological terms the moment of departing into non-being has not yet been strictly defined. The method by which to draw a line between clinical and biological deaths has not been developed yet. Medics and biologists differentiate between cerebral and physiological deaths. Thanatologists claim that death may be even partial, that it is not an instant, momentary act but rather a continuous, staging process accompanied with a unique, individual specifics (for further detail on this question, see G.B.Romanovsky, Гносеология Права на Жизнь (Epistemology of the Right to life), Saint Petersburg, Yuridichesky Center Press, 2003.

[29] However, neither this opinion is always unquestionably accepted. It depends on the means, by which the death was hastened. For instance, doubts arise in connection with the overdosing of the medication that does alleviate pain but shortens life. It is noteworthy that the issue was raised by the Case-Law. At the trial of Dr.Adams (R. v. Adams, 1957) Judge Delvin (Former Justice Of Crown Court – Nigeria) said, that the administration of drugs to relieve pain would not amount to legal causation (cited from the aforesaid article of Oluyemisi Bamgbose. p.116).

4. Euthanasia and the European Convention on Human Rights. Diane Pretty's Drama

The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms comes across the issue of euthanasia under several provisions. These provisions are: the right to life (Article 2), the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment (Article 3), the right to respect for private life (Article 8) and, of course, the "human dignity" as one of the fundamental ideals underlying the modern international community.

The opinions vary concerning the compatibility of the European Convention on Human Rights with euthanasia. For instance, van Dijk and van Hoof believe that euthanasia is not incompatible with the European Convention on Human Rights. In their opinion, the value of life must be weighed vis-a-vis the other rights of an individual, particularly vis-a-vis the right protected by Article 3 of the Convention – to be protected from inhuman and degrading treatment[30]; in the opinion of Robertson and Merills, euthanasia by consent of the individual does not violate the right to life and where such consent is unobtainable, the importance of the right to life must be assessed under the relevant circumstances in consideration of the need for protection of the other rights of the individual[31]. According to J. Remmelink, administration of euthanasia is an act of *Force-Majeure* that ammounts to an immunity against criminal liability. In his opinion, in some cases, a doctor's continuation of the patient's treatment may be like ill treatment that amounts to "inhuman treatment" with in the meaning of Article 3 of the European Convention. He holds that in the conditions that euthanasia is allowed in the Netherlands, it does not contravene the European Convention[32]. In contrast with them, D. Feldman points out that, as euthanasia is an intentional killing of a human being and is not referred to in the exceptions set forth in Para-

[30] See P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd edition, 1998. pp.302,303.

[31] See A.H.Robertson\J.G.Merrils, Human Rights in Europe, Manchester\New York (Manchester University Press), 3rd ed. 1993. p.34.

[32] See J. Remmelink, ibid., p.1169.

graph 2 of Article 2 of the Convention, it is in conflict with the Convention[33].

In the case of *Widmer v. Switzerland*, the European Commission of Human Rights found that Article 2 of the Convention[34] did not require that passive euthanasia be outlawed as a crime by domestic law. In this case, it was held sufficient that the Swiss law provided for criminal liability for medical misconduct having led to death.

One may directly conclude from the above judgment that the attitude to active euthanasia will be different. However, it is still unlcear whether Article 2 of the Convention requires that active euthanasia by request of a patient be forbidden; or which type of legal liability will be adequate for it in view of the principle of proportionality; or whether we are faced with the situation, in which neither Article 2 of the Convention requires prohibition of euthanasia nor the non-prohibition thereof amounts to violation of this article. The *cause célèbre* of 2004, namely the case of *Pretty v. the United Kingdom* has brought greater clarity in this respect[35].

The applicant, a 43-year-old woman, suffered from motor neurone disease. This was an incurable disease, causing severe weakness of the arms and legs and breathing muscles, eventually leading to death. The disease progressed rapidly. The body was rendered completely paralyzed. However, her intellect and capacity to make decisions were unimpaired. As the final stages of the disease were exceedingly distressing and undignified, the applicant strongly wished to be able to control how and when she died[36]. As the applicant was prevented by her disease from committing suicide but it was a crime to assist another to commit suicide[37], the applicant's solicitor asked the Director

---

[33] See D.Feldman, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, Oxford. UK (Oxford University Press), 1993, p.122.

[34] Widmer v. Switzerland, app. N20527#92 (1993).

[35] Pretty v. the United Kingdom, judgment of 29.04.2002.

[36] In a letter, posted on her website, she explained, that she was fully aware of what the future held and had dicided to refuse artificial ventilation. Rather than die by choking or suffocation, she wanted a doctor to help her die when she was no longer able to communicate with her family and friends (see Posting of Diane Pretty at http://www.justice 4diane.org.uk/story.asp

[37] see Section 2(1) of Suicide Act 1961.

of Public Prosecutions to give an undertaking not to prosecute the applicant's husband should he assist her to commit suicide in accordance with her wishes[38]. The application was dismissed.

Diane Pretty lodged an application to the European Court of Human Rights. In her opinion, the government's denying her the opportunity to commit suicide with the assistance of other person amounted to violation of her rights under Articles 2, 3, 8, 9 and 14 of the European Convention on Human Rights.

The European Court put the question in the following way: could the right to life under Article 2 of the Convention be interpreted so as to imply a right to refuse to live or a right to self-determination (in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life). The Court answered the question in the negative, holding that there had been no violation of Article 2 of the Convention. The Convention held that "Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life". (§39). The Court also held that no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention (§40).[39]

It must be necessarily mentioned that the Court did not actually deny that, under certain circumstances, allowing active euthanasia could be found to be not in violation of Article 2 of the Convention[40].

---

[38] It is noteworthy that although assisting someone to commit suicide was a punishable crime in England and Wales (under the Suicide Act 1961), but the Case-law established an individual's right to refuse to accept life-prolonging or life-preserving treatment. Principle of self-determination obligated the doctors to give effect to the wishes of an adult patient of sound mind... even though they do not consider it to be in his best interests to do so. .., and that the principle of the sanctity of human life must yield to the principle of self-determination. .." (see Pretty, judgment, $17,18).

[39] The Court held that the conclusion was compatible with Recommendation 1418 (1999) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Pretty, judgment, §40.

[40] The Court held: `However, even if circumstances prevailing in a particular country which permitted assisted suicide were found not to infringe Article 2 of the Convention, that would not assist the applicant in this case, where the very different

Neither did the Court find that Article 3 of the Convention had been violated. The Court did not deny the existence of the positive obligations on the State in conjunction with Article 3 of the Convention. In particular, the Court held that according to the case-law, the term "ill-treatment" entailed "intense physical or mental sufferings" (§52) and that "suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is exacerbated "by treatment... or other measures, for which the authorities can be held responsible" (§52). Moreover, the Court pointed out that "The Court cannot but be sympathetic to the applicant's apprehension that without the possibility of ending her life she faces the prospect of a distressing death" (§55). Nonetheless, eventually the Court held that no positive obligation arose under Article 3 of the Convention to require the respondent State to provide a lawful opportunity for any form of assisted suicide[41].

The European Court found that there had been no violation of Article 8 of the Convention, either. The Court recognised that the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention. As recognised in domestic case-law, a person may claim to exercise a choice to die by declining to consent to treatment which might have the effect of prolonging his life (§63). However, the Court pointed out that in the present case, medical treatment was not an issue (§64). The Court also inferred that the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance (§65). The Court recognised that applicant (in this case) was prevented by law from exercising her choice to avoid what she considered to be an undignified and distressing end to her life (§67). The Court did not exclude that this constituted an interference with her right to respect for private life. Nonetheless, the Court recognised such interference was "necessary in a democratic so-

proposition – that the United Kingdom would be in breach of its obligations under Article 2 if it did not allow assisted suicide – has not been established~ (see Pretty, judgment, §41).

[41] Pretty, judgment, §§55,56.

ciety" for protection of the rights of others. The Court held that the law in issue in this case, section 2 of the 1961 Act, was designed to safeguard life by protecting the weak and vulnerable and especially those who are not in a condition to take informed decisions against acts intended to end life or to assist in ending life. Doubtless, the condition of terminally ill individuals will vary.[42] But many will be vulnerable and it is the vulnerability of the class which provides the rationale for the law in question. It is primarily for States to assess the risk and the likely incidence of abuse if the general prohibition on assisted suicides were relaxed or if exceptions were to be created. Clear risks of abuse do exist, notwithstanding arguments as to the possibility of safeguards and protective procedures (§ 74).

Finally, the European Court did not find that the blanket nature of the ban on assisted suicide was disproportionate. The Court also denied alleged violations of Articles 9 and 14 of the Convention.

5. Rueful Skepticism and Optimistic Challenges

The case of Diane Pretty shed full light on the complexity of judging the lawfulness of active euthanasia.

On the one hand, it would indeed be unjustified to regard the refusal of the UK government to facilitate suicide as violation of the statutory obligation to protect life. It is highly unlikely that in signing the Convention the High Contracting Parties implied such a thing in "protection of the right to life by law" and undertaken the relevant obligation. On the other hand, though, nor can we sidestep the fact that Mrs. Pretty, who had failed to obtain the right to euthanasia and who because of her condition was unable to commit suicide on her

[42] It is noteworthy that the European Court did not concur with the Respondent State's argument that the applicant must be regarded as vulnerable (as a person, who is both contemplating suicide and severly disabled). The Court held that this assertion was not supported by the evidence before the domestic courts or by the judgments of House of Lords, which, while emphasising that the law in the United Kingdom was there to protect vulnerable, did not find, that applicant was in that category (Pretty, judgment, §73).

own, was bound by the domestic authorities' decision to bear her physical and moral suffering.

It is no easy thing to callously concur with the necessity to do so in a democratic society just to protect the rights of other people. All the more so that in conjunction with Article 8 of the Convention the margin of appreciation is very narrow and the state is required to validate its responsiveness to "pressing social need"[43]. It is no easy thing also because, as the European Court itself admitted, "it is true, that it is not this Court's role under Article 34 of the Convention to issue opinions in the abstract but to apply the Convention to the concrete facts of the individual case"[44].

By protecting the rights of specific individuals, the European Court facilitates and heightens in the Contracting States the protection of human rights and fundamental freedoms. This is the mission of the European Court and the justification of its existence. However, the specifics of international control do not always make this possible. The European Court is restricted by the margin of appreciation that is left to the national authorities, particularly reckoning with the position of the national authorities in areas on which there is no general European consensus. The margin of appreciation that is accorded to the national authorities plays a significant role in establishing the substance and boundaries of the basic human rights contemplated by the European Convention. The European Court has to form a pan-European mould in relation to each particular right. In forming such mould, the European Court is obligated to tie in with each other pragmatic and idealistic opinions, local approaches to and general, common understandings of the concept of Fundamental Rights, the consensus already achieved and the actual needs of the modern man, his expectations and perceptions of rights. This is a formidable challenge in general and in particular in relation to the areas, which, due to their sensitiveness, involve entirely different and controversial

[43] It is noteworthy that while appreciating the necessity of the interference with the exercise of an Article 8 right by the applicant, the Court did not clearly say that the full prohibition of assisted suicide or decision of the DPP (refusal to give an advance undertaking that no prosecution would be brought against the applicant's husband) amounted to a "pressing social need".

[44] Pretty, judgment; §75.

opinions. The issue of euthanasia is one of them. This accounts for the fact that it is extremely hard to infer unmistakably whether the right to euthanasia is in contravention of the European Convention and even harder to conclude whether the right to euthanasia clashes with the right to life as well as with other Fundamental Rights in general. Proceeding from the above, one understands the position of the European Court to state, on the one hand, that ban on active euthanasia does not contravene the European Convention and, on the other hand, not to deny (expressly) that neither allowing it is contrary to the Convention. Within this logical legal context, it is extremely difficult to clearly define whether the right to euthanasia exists at all; perhaps its existence depends on which of the Contracting States the individual lives in. For instance, is it that the right to euthanasia exists and can be exercised by everyone in the Netherlands (as it is legalized there) but by no one elsewhere? What is (must be) the reliable criterion, against which to determine the legitimacy of rights – only the national or international consensus achieved in the relevant time and space or something that is much greater, more important and universal – "justice" that is not subject to modification by the categories of time and space?

The margin of appreciation according to the national authorities and along with it the lack of the relevant national or international consensus also plays a crucial role in an equally sensitive sphere involving the right of foetus to life. It impedes the recognition of an unborn child's right to life as it does with the right to euthanasia. The reason is the same. Just like with euthanasia, the issue of the moral and legal status of foetus concurrently entails biological, medical, ethical, religious, philosophical and legal issues and opinions vary from country to country around the globe[45]. The difference is that the non-

[45] This is about the disagreement over when the life of a human being begins – from insemination of ovaries, from this or that stage of development of foetus or from birth. In our opinion, the simplest, smartest and the most humane answer to this question was given by Ronald Reagan, the former US President, when commenting on the judgment that the US Supreme Court had delivered in the case of Roe v. Wade (1973). In this case, the US Supreme Court ruled that it could not make a decision on the question as to when life started, as there was no consensus even among the specialists of the relevant spheres – medicine, philosophy and biology. In this regard,

recognition of the right to euthanasia is based on the concern for protection of the right to life as the core value of a democratic society despite the fact that such concern is realized at the expense of human dignity, freedom, autonomy and privacy, while the right of an unborn child to life is easily sacrificed to the mother's health and the parents' rights to respect for private and family life[46]. A sort of illogic is not only in that fact that the right to privacy in relation to foetus prevails over the right to respect for private and family life and in relation to euthanasia – on the contrary – the human being's life is protected at the expense of gross interference into his right to respect for private and family life, thereby intensifying the individual's feeling of vulnerability and inability to control his own future but primarily in the following: we don't think that the concern for life is any less important at the beginning of life than at the end of it; we don't think it is any less important to protect the life of a completely vulnerable creature

Reagan who opposed to legalization of abortion pointed out: If we do not know when life starts, would it not be better to assume it to have already started? (see Masters U.; Johnson V.; Kolodin R. Fundamentals of Sexology. M. 1998, p.50 (in Russian).

[46] The law of the Convention did not give any clear answer to the question whether Article 2 of the Convention protects the right of foetus to life. It categorically ruled out the absolute right to life for foetus but left open the question whether it recognized the right of foetus to live at least under certain limitations. In considering different cases involving the issue of abortion or the death of foetus due to a doctor's negligence, the Convention authorities avoided answering the critical questions whether an unborn child was a "human being" with the understanding of Article 2 or whether it was meant in the very first provision of the Convention regarding to right to life for "everyone" (which textually does not rule out the possibility for implying the right to life for foetus as well, and not for a born child only). See the cases of X v. Norway (com.dec. of 29 May 1961); X. v. Austria (com.dec. of 10 December 1976); X v. The United Kingdom (com.dec. of 12 July 1977); Vo v. France (judgment of 8 July 2004). In the case of Vo v. France, the European Court held that insomuch as there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus, "it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention" (§85); Consequently, the Court considered it unnecessary to examine whether the abrupt end to the applicant's pregnancy falls within the scope of Article 2 and whether this article was at all applicable in the given case. The Court accordingly concluded that, even assuming that Article 2 was applicable in the instant case, there had been no violation of Article 2 of the Convention (§ 95).

(one who does not have even his own will yet) than the terminally ill individual's remaining unbearable life against the will of such individual[47].

In examining the Judgment of the European Court in the case of *Pretty*, although the Court did touch upon all the issues raised and did address the respective arguments[48], we are left with a sort of rueful insufficiency or feeling of dissatisfaction as to how the objective to conceptually resolve the issue of euthanasia was divided or separated, the existence or non-existence of this right in conjunction with different articles of the Convention, different precedents, other pertaining or related issues and how it got entangled in the web of arguments, legal constructions and case-law citations: and along with it how the legal ground was removed from under Diane Pretty's natural, human wish and right to choose the least of two evils[49], to avoid death "by choking

[47] There has been much debate over the incompatibility of the positions, which have evolved in relation to issues of euthanasia and protection of the life of an unborn child. For example, during the debates over the issues of euthanasia and abortion in the USA, those who decried both of them as illegal pointed out that the only distinction was the age of the victim in cases of euthanasia and abortion, though euthanasia was banned by law but abortion was not. See Oluyemisi Bamgbose, op. cit., p.118.

[48] We can't fully agree with Janna Satz Nugent in saying that the Judgment on the case of Pretty `rests on carefully constructed fallacies rather than logical legal analysis~ (see Janna Satz Nugent, "Walking into the Sea" of Legal Fiction: an Examination of the European Court of Human Rights, Pretty v. United Kingdom and the Universal Rights to Die; J.Transnational Law & Policy. vol.13:1. p.185). On the contrary, we believe that at this time the European Court could not come up with a different decision. Although, the persuasiveness of the legal reasoning still remains open to some doubts: "...the various reasons which led the judge to reject Mrs Pretty's claim may be more combined in their minds and hearts than their judicial presentation indicates." (Marie-Bénédicte Dembour, Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention, Cambridge University Press, 2006, p. 84).

[49] As M. Montaigne points out, unbearable pains and a fear of a worse death are the fully justifying motives of suicide (see Montaigne M. Essais, 1998, p.428 (in Russian)). Indeed, just like any other living creature, the human being has a survival instinct. He tries to survive death (everyone runs away to avoid the hitting of a rock falling off a cliff – a coward rabbit, a bold lion and a man of sound mind). But when death is imminent, the survival instinct still works. The human being runs away from a worse death and chooses a better one (and perhaps not only the human being – a scorpion

or suffocation. .. and to have a quick death without suffering, at home, surrounded by her family, so that she could say good-bye to them"[50].

Doubtless, the case of Diane Pretty comes as a revealing testimony to the existence of a severe conflict of values. It is clear that on the one side of the conflict are the individual's dignity, his freedom, autonomy, the rights to private life and self-determination, the right to be protected from inhuman and degrading treatment, etc. What is the value on the other side of the conflict – the right to life? But whose right to life is at stake in the particular euthanasia case, within the specific conflict of values – the right to life of the particular suffering individual or right to life of others?

Below, we have tried to bring up several legal issues in relation to euthanasia, answering with certainty to which is no easy job for us, either. However, such construction of the issue, we hope, will bring us closer to knowing how reasonable it is for terminally ill patients to claim the right to euthanasia, what legal basis there is for the "right to die" in the "human dignity" and right to life", and how the conflict of values must be resolved where the "right to life" is devoid of real substance and, at the same time, hinders other rights, too.

1. The "right to life" is a natural right, which means that the state can neither grant it nor deprive a person of it;

- But how compatible with the logic of the above provision is the right of the state (or a group of states) to establish the essential boundaries of the "right to life" and so determine what it is that it can neither grant nor deprive?
- Does anyone have the exclusive competence to define the "right to life" at all?[51]

---

in the flames would rather die of poison, killing itself, than burn in fire). That's why we believe that the wish or request for euthanasia does not contradict natural laws.

[50] Posting of Diane Pretty at http://www.justice 4 diane.org.uk/story.asp. As Janna Satz Nugent pointed out, "as long as the Strasbourg Court defers to its Member States, peope like Diane Pretty will suffer and the Universality of Human Rights will be called into questions" (see Janna Satz Nugent; op. cit., p.185).

[51] We find a sort of justification for this seemingly rhetorical question in the idea that the recognition of rights is no doubt preceded by the process of man's discovery, perception and assertion of such rights. Therefore, to go a little further, we could put the question the following way – does the exclusive right to interpret rights fall within the competence of legal professionals, event judges? In this respect, it is particularly

2. The "right to life" falls within the category of the "rights to freedom", it has a "negative status". It is a defined space of an individual's liberty that binds all those beyond (the state as well as other individuals);

- Then, is the "right to life" binding upon the individual to whom this life belongs?

3. Any intervention into the exercise of the other rights to freedom under the European Convention (the rights under Articles 8, 9, 10 and 11), any encroachment upon the respective areas of freedom is seen as "interference" into the exercise of such rights (justification of "interference" is another question);

- However, what does "the exercise of the right to life" imply?
- What can "interference into the exercise of the right to life" imply? Just deprivation of or encroachment upon life?
- Can we regard the prohibition of the right to euthanasia as "binding one with life" as "interference" and particularly "justified interference into the exercise of the right to life" "for the protection of the interests of others"?

4. The "rights to freedom" are characterized with a negative aspect ("negative freedom"), e.g. the right of an individual not to express his opinion, not to join others, etc.

- If so, does the "right to life" have a negative aspect?
- Can we regard the "right to refuse to live" (that is the "right to die") as a negative aspect of the "right to life"?[52]
- If no, what is it based on – on ontological specifics of the "right to life" or on other arguments?
- If the "right to die" is not inseparable from the "right to life", does it exist independently and does it contradict the "right to

fitting to mention the opinion that Justice Scalia of the US Supreme Court expressed in one of the cases involving the right to die. In his opinion, it is inappropriate for a court to decide the issues in a right to die case because guidelines "are neither set forth in the constitution nor known to the nine Justices of (the United States Supreme) Court any better than they are known to nine people picked at random from the Kansas City telephone directory". See Cruzan v. Dir; Mo.Dep't of Health, 497 US. 261, 293; (1990) (Scalia, J., concurring opinion).

[52] The European Court answered the question negatively in conjunction with Article 2 of the Convention. See Pretty, judgment, $39.

life"[53] or "freedom" which "consists is being able to do anything which harms nobody else"?

- If there is no universal right to die, does it prove that the human being has no right to encroach upon his life?
- If the human being has the "right" to sacrifice consciously his life to some great cause, to his motherland (e.g. to blow up an enemy tank at the expense of his own life for the "territorial integrity" or "national security" of the country), how can we argue that he has no right to commit suicide for protection of his own real interests, namely for avoidance of a worse death? Is it that sometimes the end justifies the means and sometimes does not? Does this logic lead us to infer that it is the society rather than a particular subject that disposes of and controls the life of a human being? Does this bring under doubt the idea that the universal right to life belongs to a particular individual, not to anyone else?[54]

5. The "rights to freedom" naturally encompass corresponding "duties and responsibilities". In exercising one's freedom, an individual is obligated not to jeopardise other legitimate interests (general public interest or the rights and legitimate interests of other individuals).

- That being so, are there "duties and responsibilities" inalienable from and inherent to right to life? If yes, what are they – the

[53] The Hon.Lord Justice Stephen Sedley believes that we have now come to accept that the right to life, as an aspect of personal autonomy, includes a right to die. See Lord Justice Stephen Sedley, op. cit., p.797.

[54] Within this context, Romanovsky's question as to what relationship there is between the right to life and the state's allowance of the professions carrying a risk to life assumes special significance. Romanovsky points out that under Article 1 of the Federal Law on the Status of the Military, the military are bound with the obligation to implicitly carry out their tasks "under any circumstance, including at risk to their own lives", and according to the Disciplinary Regulations of the Armed Forces of the Russian Federation, "the military discipline obliges each military... not to spare his own life for the fulfillment of military duty". Romanovsky states that although choosing such profession for those who are in the military service under the contract is voluntary, it is compulsory for those drafted to compulsory military service. In his opinion, this mean that the Russian State "does not preclude the opportunities for disposal of human life against the will of those possessing life" (see Romanovsky, op. cit., pp.36-37).

"duty to live" and refusal to commit suicide "for protection of the interests of others"?

- Can the exercise of the right to life (the very fact that a human being is alive) in any way jeopardise these interests?

6. If the idea is true that what Article 2 of the Convention protects is the "right to life", not the very "life" of an individual[55], how is this provision compatible with the protection of the individual's life (not the right to life) against the wishes of the individual?

7. "Life" is a supreme value.

-Whether "life" as a value could be subject to qualitative differentiation? Is there any difference, objectively or subjectively, between human (perfect) life and vegetative life? Is "imperfect life" still a supreme value?

8. "Life" is not only a separate concept. Regarding it as a supreme value is based on the uniqueness of each life and, therefore, it is the greatest value for the individual, to whom it belongs.

- However, does the "right to life" always, under any circumstance prevail over the individual's other rights, e.g. dignity, personal freedom and independence, private life?
- When it is impossible for an individual to exercise concurrently different rights, has he the right to make a choice depending on what is more valuable for him and to resolve on his own the conflict of values between his rights?
- Can the individual refuse to exercise the right to life in order to exercise other rights at least when life is objectively devaluated and subjectively inhibiting, tormenting and degrading?[56]

---

[55] This viewpoint has been expressed by a number of scholars. For instance, see J.E.S.FAWCETT, The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2nd ed., 1987. p.37; P.VAN DIJK/G.J.H VAN HOOF, op. cit., p.297.

[56] The Hubinek-voogd report on the rights of the sick and dying, which was submitted to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in 1976 indicates, that "the prolongation of life should not in itself constitute the overraiding aim of Medical practice, which must be concerned equally with relief of suffering". See T.Remmelink. ibid, pp.1168-69. It should be mentioned that the issue of a doctor's duty to relieve a terminally ill patient of suffering was stressed back in time by Francis Bacon. In his opinion, where there was no hope of survival, it was the doctor's duty to care for the patient's ligther and more peaceful death, as euthanasia was a no less value for him (emphasis is ours – M.U. E.G.) (see БЭКОН Ф. 2Т. Т.1. М.1977. p.256).

- If such right does not exist, does the "duty to live" (or the "obligation to live") exist?
- If the "right to life" does not include a diametrically opposed "right to die", can it include the "duty to live" that is also diametrically opposed to it and, in general, what is the value of a "sentenced life"?

9. If in general, the intentional deprivation of life may be a lawful act for protection of other legitimate interests (e.g. for the purpose of quelling a riot or insurrection, to prevent the escape of a person lawfully detained[57]), why the deprivation of life of the human being for protection his own other rights and interests could not be deemed lawful as an "necessity"? Does not the "value saved" at such time exceed a devalued and unbearable life?

And finally, human dignity is encroached upon by putting a human being in a hopeless condition. Mrs. Pretty did find a way out of her deplorable state – she made a choice in favour of dignity, in fact, in favour of a dignified life[58]. Sadly, such choice meant surrendering

[57] We think that the legitimacy of the intentional deprivation of life in order to effect lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained is open to question despite the existence of the general European consensus on the issue; particularly after the abolition of capital punishment that used to be awarded for a grave crime, if the guilt of the person was proved beyond reasonable doubt. The legitimacy of the intentional deprivation of life for the aforementioned purposes raises serious doubts over whether the right to life is indeed so "sacred". It sounds strange enough that in "validating" the legitimacy of such acts the commandment - "Thou shalt not kill" is less "topical".

[58] Within this context, one can't help noticing the irony in the following passage of the Council of Europe's Recommendation 1418 (1999) on the protection of human rights and dignity of the termnally ill and the dying: "The Assembly therefore recommends. .. to respect and protect the dignity of terminally ill or dying persons in all aspects... by upholding the prohobition against intentionally taking the life of terminally ill or dying persons while... recognising that a terminally ill or dying person's wish to die cannot itself constitude a legal justification to carry out actions intended to bring about death (9.C.III). The spirit of this recommendation is clashed most directly with the stance that the Supreme Court of Canada took in the case of Rodriguer v. the Attorney General of Canada 1994; 2LRC 136), that was referred to by the European Court in its judgment on the case of Pretty. The Supreme Court considered that the prohibition on the appelant (in that case) receiving assistance in suicide contributed to her distress and prevented her from managing her death. This

her life. Unfortunately, it was indeed the only way out for her. And lamentably, she was deprived of her only way out, too[59].

6. Conclusion

All the above may sound as an inquisition but, it offers a greater insight into the ontological nature of the right to life and the grounds for admissibility or inadmissibility of euthanasia.

Nevertheless, one of the core guidelines is to obtain a correct assessment of whether the request for euthanasia is a natural right "reasonably alleged by a human being". In our opinion, the right to euthanasia has as much "right" to exist as the other fundamental human rights do. It emanates directly from "human dignity"[60] and the core principle that the human being must always be the "end", not the "means". The right is as natural, inborn, and inherent and "reasonably alleged by a human being" as the other Fundamental Rights and is justifiably based on fundamental justice.

Diane Pretty who insisted on the right to euthanasia and who spent what was left of her life battling for this right[61] had undoubtedly alleged that she had the right to make a choice between life and death[62]. The very fact that euthanasia has always been used irrespec-

deprived her of autonomy and required justification under principles of fundamental justice. See, Pretty, judgment, §66.

[59] Diane Pretty died her natural death three weeks after her case had been heard in the European Court. She died in the manner "she had foreseen and was afraid of" at the Pasque Hospice and not at home (Diane Prety Dies, BBC NEWS Online, at http://news.bbc.co.uk/1/law/health/1983457, May, 12.2002.

[60] As Hon.Lord Justice Stephen Sedley aptly put it, "... if human dignity and autonomy are among the core values, which shape the human right agenda the case for a right to die with dignity is a powerful one". See: Hon.Lord Justice Stephen Sedley, op. cit., p.798.

[61] Ms.Pretty's words, her face, and her fight became international symbols for both the euthanasia movement and human rights (http://vvv.justice.4diane.org.uk/case.asp).

[62] Perhaps the extent of assertion by individuals of any "right" may serve as a criterion for determining the Fundamental Human Rights. The case of Chantal Sébire recently examined in France is remarkable in this regard (see, the editorial Aujourd'hui en France, 20 March 2008).

tive of whether it was forbidden or not shows that the administration of euthanasia under the adequate circumstances will continue to be regarded by humans as the "only and unfortunate way out". Such situation could indeed lead to self-assertion of the "right to euthanasia"[63].

Whether the universal consensus on recognition of euthanasia as a natural right will be reached or not is a matter for the future. Just like the philosophical issue "to be or not to be" in general, the question which is more humane – saving a doomed person from unbearable life or leaving her to suffer, in disregard for her insistent requests, by referring to the noble but misguided argument that life is a supreme value – will continue to be a subject of pondering and debate for a long time[64].

References

1. Battin, Margaret P. *The Least Worst Death: Essays in Bioethics on the End of Life*. New York: Oxford University Press, 1994.
2. БЭКОН Ф. 2Т. Т.1. М.1977. p.256.
3. Council of Europe's Recommendation 1418 (1999) on the protection of human rights and dignity of the termnally ill and the dying.
4. *Cruzan v. Dir; Mo.Dep't of Health*, 497 US. 261, 293; (1990) (Scalia, J., concurring opinion).
5. Dembour Marie-Bénédicte.Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention, Cambridge University Press, p.84.
6. Diane Prety Dies, BBC NEWS Online, at http://news.bbc.co.uk/1/law/health/1983457, May, 12.2002.
7. J.E.S.FAWCETT, The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2nd ed., 1987. p.37 D.Feldman, *Civil Liberties*

[63] It should be mentioned that, historically, the hastening of the death of humans out of mercy has not always been related to their illness. For instance, it is known that the method was often employed to end the suffering of those crucified.

[64] As Albert Camus says, there is only one critical issue in philosophy – this is the issue of suicide. Is life worth passing or is not worth it at all? We'll answer the global issue of philosophy after answering this question (see Камю А. Миф о Сизифе. Минск. 2000. p.15-16).

and Human Rights in England and Wales, Oxford. UK (Oxford University Press), 1993, p.122.
8. Horan, Dennis J. and Mall, David. *Death, Dying and Euthanasia. Washington D.C.: University Publications of America*, 1977.
9. Камю А. Миф о Сизифе. Минск. 2000. p.15-16.
10. John Keown, Euthanasia, Ethics and Public Policy: An Argument Against legislation, 2002, note 27; at 10.
11. Lewis, Rights Discourse & Assisted Suicide. J.L&Med. 45,46; n.4 (2001), at 56-57.
12. Мастерс У.; Джонсон В.; Колодин Р. *Основы сексологии*. М. 1998. p.590.
13. Монтень М. *Опыты*, 1998, p.428 (Montaigne Michel, Essais, 1580)
14. Neil M.Gorsuch, *The Right to Assisted Suicide and Euthanasia*, 23 Harv. J.L. & Pub. Pol'y, 2000. p.644.
15. Janna Satz Nugent: *"Walking Into the sea" of the Legal Fiction: an Examination of the European Court of Human Rights*, *Pretty v. United Kingdom and the Universal Right to Die*; J. Ttransnational Law & Policy [vol.13:1].
16. Oluyemis; Bamgbose; *Euthanasia: Another Face of Murder*. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 48 (1), 2004.
17. Penney Lewis, Rights Discourse & Assisted Suicide. J.L&Med. 45,46; n.4 (2001), at 56-57.
18. *Pretty v. the United Kingdom*, judgment of 29.04.2002.
19. Posting of Diane Pretty at http://www.justice 4diane.org.uk/story.asp
20. Рейнелс Дж. *Активная и пассивная эвтаназия*//Этическая мысль: Науч.-публицистические чтения. М. 1990.
21. Remmelink J. *The Legal position on Euthanasia in the Netherlands in the light of article 2 of the ECHR*. in the collection: Protecting Human Rights: The European Perspective, studies in memory of Rolv Ryssdal, 2000, p.1157-71.
22. Report of the House of Lords Select Committee on Medical Ethics (XL Paper 21-I), 31.01.1994. A.H.Robertson\J.G.Merrils, *Human Rights in Europe*, Manchester\New York (Manchester Uniersity Press), 3rd ed. 1993. p.34.
23. *Rodriguer v. the Attorney General of Canada* 1994; 2LRC 136.
24. Г.Б.Романовский, *Гносеология Права на Жизнь* (Epistemology of the Right to life), Saint Petersburg, Yuridichesky Center Press, 2003.
25. Rt. Hon. Lord Justice Stephen Sedley; *Are Human Rights Universal, and Does It Matter*? Human Rights, Democracy and Rule of Law, Liber

Amicorum Luzius Wildhaber. Breitenmoser, Stephan (ed.). Zürich: Dike; Baden-Baden: Nomos; 2007, p.793-796.
26. Shashi Tharor, Are Human Right Universal? World Policy Journal, Volume XVI, no.4,Winter 1999/2000.
27. Шопенгауер А. Paralipomena//Собр.соч. том 5, М. 2001. p.38.
28. Trechsel Stefan, Spotlights on Article 2 ECHR, *The Right to Life, Development and Developing International and European Law*, 1999, p.677.
29. P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd edition, 1998. p.302,303.
30. *Vo v. France* (judgment of 8 July 2004).
31. Weir, Robert F. *Ethical Issues in Death and Dying*. New York: Columbia University Press, 1977.
32. *Widmer v. Switzerland*, app. N20527#92 (1993).
33. *X. v. Austria* (com.dec. of 10 December 1976).
34. *X v. Norway* (com.dec. of 29 May 1961).
35. *X v. The United Kingdom* (com.dec. of 12 July 1977).

MRU © MRU © MRU

TEISĖ Į TEISMINĘ TEISIŲ GYNYBĄ EUROPOS TEISINGUMO TEISMO PRAKTIKOJE

Vilenas Vadapalas

Teisingumo vykdymas Lietuvoje ir Europoje yra sritis, į kurią teisėjo profesoriaus Prano Kūrio indėlis yra tikrai žymus. Ši veikla yra glaudžiai susijusi su žmogaus teisių apsauga, kurioje teisė į teismą yra viena iš svarbiausių žmogaus teisių garantijų. Ji įtvirtinta Europos žmogaus teisių konvencijos 6 straipsnyje (Teisė į teisingą bylos nagrinėjimą), Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 47 straipsnyje (Teisė į veiksmingą teisinę gynybą ir teisingą bylos nagrinėjimą). Lietuvos Aukščiausiojo Teismo teisėjas ir pirmininkas, Europos Žmogaus Teisių Teismo teisėjas ir Europos Bendrijų Teisingumo Teismo teisėjas, profesorius Pranas Kūris ne kartą taikė šias nuostatas savo praktikoje.

1. Veiksmingos teisminės gynybos principas ir ES teisės sukurta individo teisių gynimo priemonių bei procedūrų sistema

Teisė į teisių ir laisvių gynimą teisme yra viena iš pagrindinių teisių, ji patvirtinta ir išplėtota Europos Teisingumo Teismo praktikoje. Teisingumo Teismas dar 1986 m. *Johnston* bylos *(222/84)* sprendime nurodė, kad teisminė kontrolė atspindi bendrąjį teisės principą, išplaukiantį iš valstybių narių bendrų konstitucinių tradicijų, reikalaujantį, kad kiekvienas asmuo turėtų teisę į veiksmingą savo teisių gyni-

mą kompetentingame teisme (Rink., 1986, p. 1651). Doktrina dėl to teikia nuorodą į seną romėnų teisės taisyklę *ubi ius ibi remedium* – ten, kur yra teisė, yra ir jos gynimo priemonė (Cortés Martín, 2004, p. 233–262). Įvairiose teisės sistemose šios gynimo priemonės gali būti įvairios, svarbu, kad jos užtikrintų veiksmingą asmens teisių gynybą. Veiksmingas asmens teisių gynybos principas praktikoje susiduria su konkrečiais ieškinių priimtinumo kriterijais, reikalaudamas ieškoti veiksmingų būdų apginti pažeistas teises. Teisingumo Teismas 1986 m. balandžio 23 d. *Les Verts* bylos *prieš Parlamentą* (294/83) sprendime nurodė, kad „Europos ekonominė bendrija yra teisės bendrija, kurioje nei valstybės narės, nei institucijos negali išvengti kontrolės, ar jų aktai atitinka Sutarčiai, kuri sudaro pamatinę konstitucinę chartiją“ (Rink., 1986, p. 1339, 23 punktas).

Europos Teisingumo Teismo praktika užtikrinant kiekvieno asmens teisę į bylos nagrinėjimą teisme plačiai diskutuojama doktrinoje, visų pirma dėl Europos Bendrijos (EB) steigimo sutarties 230 straipsnio 4 pastraipos nuostatų taikymo ir aiškinimo („Kiekvienas fizinis ar juridinis asmuo gali [...] pateikti ieškinį dėl jam skirto sprendimo arba sprendimo, kuris, nors ir būtų kitam asmeniui skirto reglamento ar sprendimo formos, yra tiesiogiai ir konkrečiai su juo susijęs“). Tai gerai žinoma individo *locus standi* problema – kiek individas turi būti individualiai suinteresuotas institucijos aktu, kad turėtų teisę šį aktą ginčyti Europos Teisingumo Teisme (Pirmosios instancijos teisme), t. y. kiek šis aktas „konkrečiai su juo susijęs“?

Šioje srityje gerai žinoma ir nusistovėjusi *Plaumann* (25/62) bylos jurisprudencija, kurioje įtvirtinta taisyklė, kad „kiti subjektai, nei tie, kuriems šis sprendimas skirtas, gali manyti, jog jie yra konkrečiai susiję su šiuo sprendimu tik tokiu atveju, jei šis sprendimas juos paveikia dėl tam tikrų jų ypatingų savybių arba dėl faktinių aplinkybių, kurios išskiria juos iš kitų asmenų ir taip juos konkretizuoja analogiškai asmeniui, kuriam šis sprendimas yra skirtas“ (Rink., 1963, p.199, 223 punktas). Ši taisyklė plačiau išaiškinta ir išvystyta vėlesnėje Europos Bendrijų Teisingumo Teismo ir Pirmosios instancijos teismo jurisprudencijoje: Teisingumo Teismo 1994 m. gegužės 18 d. bylos *Codorníu prieš Tarybą* (C-309/89) sprendime (Rink., p. I–1853, 20 punktas), PIT 1995 m. balandžio 27 d. bylos *ASPEC ir kiti prieš Komisiją* (T-435/93) sprendime (Rink., p. II-1281, 62 punktas); PIT

2005 m. gruodžio 15 d. bylos *Infront WM prieš Komisiją* (T-33/01) sprendime (Rink., 2005, p. II-5897, 159 punktas) ir kituose sprendimuose bei nutartyse.

Europos Bendrijos institucijų aktai, jeigu jie nėra skirti konkrečiam asmeniui, dažniausiai tiesiogiai paliečia platų ekonominės veiklos dalyvių ratą. Tačiau tai nereiškia, kad kiekvienas toks dalyvis yra individualiai tokių aktų paliestas. EB sutarties 230 straipsnio 4 pastraipoje numatyta tiesioginės sąsajos sąlyga reiškia, kad institucijos aktas (ar neveikimas) paliečia ieškovo teisinę poziciją, pakeisdamas asmens teises arba pareigas. Tokioje situacijoje nėra galimybės individualiai išskirti konkretų asmenį. Pavyzdžiui, reglamentas arba sprendimas paliečia tam tikrą įmonę ne dėl jos individualios padėties, o dėl to, kad ji priklauso tam tikrai įmonių grupei, vykdančiai tam tikrą veiklą. Ieškovas objektyviai priklauso tam tikrai grupei. t. y. jis yra žvejys, jis gamina tam tikras chemines medžiagas, importuoja prekes ir pan. Pagal *Plaumann* jurisprudenciją tokia tiesioginė ieškovo sąsaja su institucijos aktu yra nepakankama tam, kad jis galėtų ginčyti šį aktą Europos Teisingumo Teisme. Reikia, kad asmuo būtų individualiai suinteresuotas, turėtų konkrečią sąsają su ginčijamu aktu. Laikoma, kad ieškovas individualiai susijęs su aktu, jeigu dėl šio asmens individualios padėties aktas jį išskiria iš tam tikros asmenų grupės. Pagal nusistovėjusią EB sutarties 230 straipsnio 4 pastraipos aiškinimo ir taikymo jurisprudenciją „individas negali pateikti Bendrijos teismui ieškinio, kuriuo jis ginčytų aktą, taikomą visiems, tokį, kaip reglamentą (nebent reglamentas ieškovą individualizuotų taip, lyg jis būtų skirtas jam)“ (Teisingumo Teismo 2004 m. balandžio 1 d. bylos *Komisija prieš Jégo-Quéré* sprendimas (C-263/02 P) (Rink., 2004, p. I-3425, 33 punktas).

Ši jurisprudencija buvo dažnai kritikuojama kaip ribojanti individo teisių teisminę apsaugą, nors kritikai dažniausiai ignoruodavo tą faktą, kad Pirmosios instancijos teismas ir Teisingumo Teismas tiesiogiai taikė 230 straipsnio 4 pastraipos nuostatą, reikalaujančią, kad reglamentą arba sprendimą ginčijantis asmuo būtų „konkrečiai su juo susijęs“. Šia taisykle buvo siekiama apriboti ieškinių, teikiamų Bendrijos teismams, skaičių, išvengti *actio popularis*. Iš kitos pusės ši ribojanti praktika neatitiko ekonominių operatorių, veikiančių Bendrijoje, interesų. Žymiausias bandymas pakeisti šią praktiką buvo Pirmosios instancijos teismo 2002 m. gegužės 3 d. bylos *Jégo-Quéré prieš Komisiją*

(T-177/01) sprendimas (Rink., 2002, p. II-2365). Atrodė, kad ši byla suteikė gerą progą naujai išaiškinti „konkrečios sąsajos“ sąvoką ją liberalizuojant. Prancūzijoje įsteigta žvejybos įmonė *Jégo-Quéré et Cie SA* buvo vienintelė įmonė, kurią tiesiogiai palietė 2001 m. birželio 14 d. reglamentas (EB) 1162/2001 dėl sidabrinės menkės atsargų atkūrimo kai kuriose Šiaurės Atlanto zonose, kuriuo apribotas tam tikrų žvejybos priemonių naudojimas. Ieškovės įmonė buvo vienintelė, kuri akvatorijoje į pietus nuo Airijos naudojo šias priemones. Reglamente nustatyti žvejybos apribojimai žymiai sumažintų jos žvejybos laimikį. Reglamentas nereikalavo jokių nacionalinių įgyvendinimo priemonių, o tai reiškė, jog ieškovė neturėjo galimybės tokias priemones ginčyti nacionaliniame teisme. Ieškovas taip pat neturėjo realių galimybių apginti savo teises prejudicinės procedūros pagal EB sutarties 234 straipsnį tvarka. Pirmosios instancijos teismas taip pat atmetė Komisijos argumentą, kad ieškinys dėl žalos atlyginimo pagal EB sutarties 235 ir 288 straipsnius būtų veiksminga reglamento paliestų ieškovo teisių teisminės gynybos priemonė. Teismas savo sprendime nurodė:

„50. Tokioms sąlygoms esant ir atsižvelgiant į aplinkybę, jog EB sutartis sukūrė išbaigtą teisės gynimo priemonių ir procedūrų sistemą, skirtą užtikrinti institucijų teisės aktų teisėtumo kontrolę, kurią turi atlikti Bendrijos teisėjas (aukščiau 41 punkte cituoto sprendimo *Les Verts prieš Parlamentą* 23 punktas), reikia peržiūrėti griežtą asmens konkrečios sąsajos pagal 230 straipsnio 4 pastraipą sąvoką, kurios buvo iki šiol laikomasi.

51. Ryšium su tuo, kad būtų užtikrinta veiksminga individų teisių teisminė apsauga, fizinis ar juridinis asmuo turi būti laikomas konkrečiai susijusiu su Bendrijos akto bendro veikimo nuostata, kuri jį paliečia tiesiogiai, jei ši nuostata tikrai ir nedelsiant tiesiogiai paliečia jo teisinę situaciją, apribodama jo teises ar nustatydama jam pareigas.“

Gerai žinoma, kad Teisingumo Teismas 2004 m. balandžio 1 d. bylos *Komisija prieš Jégo-Quéré* (C-263/02 P) sprendime atmetė tokį 230 straipsnio 4 pastraipos aiškinimą kaip „iškreipiantį konkrečios sąsajos sąlygą“ (Rink., 2004, p. I-3425, 38 punktas) ir panaikino Pirmosios instancijos teismo sprendimą. Teisingumo Teismas patvirtino taisyklę, kad individas negali pateikti Bendrijos teismui ieškinio, kuriuo jis ginčytų bendro veikimo aktą, jeigu pastarasis ieškovo neindividualizuoja taip, lyg jis būtų skirtas jam, „net jeigu Teismas, konkrečiai iš-

nagrinėjęs nacionalinio teisminio proceso taisykles, nustatytų, jog šios neleidžia ieškovui nacionaliniuose teismuose ginčyti tokį Bendrijos aktą. Priešingas aiškinimas reikalautų, kad kiekvienu konkrečiu atveju Bendrijos teisėjas turėtų išnagrinėti ir išaiškinti nacionalinio proceso teisę, kas viršytų jo kompetenciją kontroliuoti Bendrijos aktų teisėtumą“ (ten pat, 33 punktas). Nors yra teisinga aiškinti fizinio arba juridinio tiesioginės ir konkrečios sąsajos sąlygą remiantis veiksmingos teisminės gynybos principu „atsižvelgiant į įvairias aplinkybes, dėl kurių galima būtų individualizuoti ieškovą, toks aiškinimas neleidžia pašalinti sąlygos, kuri numatyta sutartyje. Priešingu atveju Bendrijos teismai peržengtų kompetenciją, kurią joms pastaroji suteikia“ (ten pat, 36 punktas).

Tai atvejais, kai sprendimas yra skirtas kitam asmeniui negu ieškovas (pvz., valstybei narei), pastarojo ieškinys bus priimtinas, jeigu ieškovas, fizinis arba juridinis asmuo, priklauso tam tikrai aiškiai apibrėžtai „uždarai“ asmenų grupei. *Boyle byloje prieš Komisiją, T-218/*03 (Rink., 2006, p. II-1699, 48 ir 49 punktai), Pirmosios instancijos teismas, pavyzdžiui, nustatė, kad „nors ginčijamas sprendimas buvo skirtas konkrečioms valstybėms narėms, konstatuotina, kad jis yra susijęs su grupe apibrėžtų laivų. Todėl ginčijamas sprendimas turi būti laikomas sudarytu iš visumos individualių sprendimų, kurių kiekvienas daro poveikį minėtų laivų savininkų, t. y. ir ieškovų, teisinei padėčiai [...]. Pirmosios instancijos teismas mano, jog nagrinėjamų laivų savininkų skaičius ir tapatybė buvo nustatyti ir galėjo būti patikrinti netgi prieš priimant ginčijamą sprendimą ir kad Komisija galėjo žinoti, jog jos sprendimas padarys poveikį tik minėtų savininkų interesams ir jų padėčiai. Ginčijamas sprendimas yra susijęs su uždaru ratu asmenų, kurie buvo apibrėžti jį priimant ir kurių teises Komisija siekė reglamentuoti. Iš to matyti, kad taip sukurta faktinė padėtis ieškovus išskiria iš visų kitų asmenų ir todėl juos individualizuoja panašiai kaip sprendimo adresatą.“

Tačiau priklausomybė „uždarai“ asmenų grupei gali būti nepakankama sąlyga ieškovo konkrečiai sąsajai nustatyti, kai jis ginčija tokį bendrai taikomą aktą, kaip reglamentas, nebent ieškovas įrodytų, jog yra ypatingų aplinkybių – aktas palietė būtent jo specifines teises arba Bendrijos institucija, priimdama aktą, privalėjo atsižvelgti į konkrečius ieškovo interesus (žr. Teisingumo Teismo sprendimą *Codorníu byloje*

prieš Tarybą (C-309/89) (Rink., 1994, p. I-1853) ir atitinkamus vėlesnius sprendimus).

Ši jurisprudencija rodo, kad konkrečios sąsajos sąlyga („*Plaumann* testas“) yra gana sudėtinga, ribojanti individo galimybes ginčyti bendrai taikomus aktus. Jos taikymas labai priklauso nuo konkrečios bylos aplinkybių. Akivaizdu, kad Bendrijos teismai, ją aiškindami ir taikydami, negali paneigti 230 straipsnio 4 pastraipoje apibrėžtų ribų.

Jurisprudencijoje taip pat nustatyta, kad tais atvejais, kai ieškovas turi teisę į tiesioginį institucijos akto ginčijimą pagal 230 straipsnio 4 pastraipą, yra nepriimtinas netiesioginis akto ginčijimas preliminaraus sprendimo procedūros tvarka pagal 234 straipsnį. Todėl Teisingumo Teismas 1994 m. kovo 9 d. bylos *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH* (C-188/92) sprendime yra nurodęs, kad dėl teisinio saugumo reikalavimų ieškovas, kuris praleido sutartyje numatytą Komisijos sprendimo apskundimo imperatyvų terminą, negali kelti klausimo dėl šio sprendimo teisėtumo ginčydamas nacionaliniame teisme nacionalines Komisijos sprendimo įgyvendinimo priemones (Rink., 1994, p. I-833, 17 punktas). Todėl teismo jurisprudencija teikia pirmenybę tiesioginiams ieškiniams Europos Teisingumo Teisme (Pirmosios instancijos teisme). Ir priešingai, kaip nurodo teisėjas profesorius Koen Lenaerts, pagal nusistovėjusią jurisprudenciją, jeigu prejudicinės procedūros metu Teisingumo Teisme kyla abejonių dėl galimo tiesioginio ieškinio priimtinumo, Teismas palieka atvirą netiesioginės (prejudicinės) procedūros kelią (Lenaerts, 2007, p. 1634). 2007 m. kovo 8 d. priimtame bylos *Roquette Frères* (C-441/05) sprendime Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad „fizinis ar juridinis asmuo, pavyzdžiui, Roquette, tokiomis kaip pagrindinės bylos faktinėmis ir teisinėmis aplinkybėmis neturėjo neabejotinos teisės, remdamasis EB 230 straipsniu, pareikšti ieškinį dėl ginčijamų nuostatų panaikinimo. Todėl toks asmuo nagrinėjant pagal nacionalinę teisę pareikštą ieškinį gali remtis šių nuostatų neteisėtumu, nors jis Bendrijos teismuose per EB 230 straipsnyje nustatytą terminą nėra pareiškęs ieškinio dėl šių nuostatų panaikinimo“ (Rink., 2007, p. I-1993, 48 punktas). Analogiška taisyklė taikoma tais atvejais, kai asmuo teigia, kad Bendrijos institucija nesiėmė veiksmų, tuo pažeisdama Bendrijos teisę. Jeigu asmuo negali pareikšti ieškinio dėl neveikimo pagal EB sutarties 232 straipsnį, jam turi būti suteikta galimybė prašyti apginti jo teises prejudicinės procedūros

tvarka (Lenaerts, 2007, p. 1635). Reikia turėti omenyje, jog kalbama apie nacionalinio teismo prašymo pateikti prejudicinį sprendimą (234 str.) priimtinumą, o ne apie individo teisę į prejudicinį sprendimą. Tokios teisės individui nesuteikia nei Europos Bendrijos steigimo sutartis, nei Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartija. Jis turi teisę pateikti ieškinį Bendrijos teismuose dėl institucijos akto panaikinimo (230 str.), dėl institucijos neveikimo (232 str.), kai kuriuos kitus ieškinius, numatytus EB steigimo sutartyje: dėl žalos atlyginimo (235 ir 288 str.), ieškinius tarnautojų ginčuose su Bendrija (236 str.) ir kt. (žr. žemiau šiame straipsnyje).

Šios priemonės kartu su prejudicinės procedūros galimybėmis ir nacionalinėmis teisminėmis individo teisių, pripažįstamų ES teisėje priemonėmis, gynybos priemonėmis sudaro ES teisės sukurtą individo teisių gynimo priemonių ir procedūros sistemą. Nors 2007 m. gruodžio 13 d. Lisabonos sutartis, iš dalies keičianti Europos Sąjungos sutartį ir pakeitusi EB steigimo sutarties 230 straipsnio 4 pastraipą, numatydama, kad kiekvienas fizinis arba juridinis asmuo gali pateikti ieškinį „ir dėl teisės aktų, tiesiogiai su juo susijusių ir dėl kurių nereikia patvirtinti įgyvendinančių priemonių“, atrodo, jau išsprendė individo *locus standi* problemą, tačiau teisės į teismą Europos Teisingumo Teisme problema yra platesnė. Ji neapribota tik garantijomis, kad individo teisės, pažeistos ES institucijų veiksmais (aktais) arba jų neveikimu, būtų veiksmingai ginamos Europos Teisingumo Teisme (Pirmosios instancijos teisme). Ši problema taip pat keliama dėl Bendrijos teisės asmenims suteiktų teisių veiksmingos teisminės gynybos principo nacionaliniuose teismuose. Europos Teisingumo Teismas jau minėtame sprendime (byla *Komisija prieš Jégo-Quéré,* C-263/02 P) nurodė, kad „EB sutartis įtvirtino užbaigtą teisės gynimo priemonių ir procedūrų sistemą, kurią turi atlikti Bendrijos teisėjas“ (Rink., 2004, p. I-3425). Teismas įvardijo šiuos sistemos elementus, kurie apima (1) individo teisę apskųsti Bendrijos aktą, (2) reikalauti, kad reglamentas būtų pripažintas netaikytinu, (3) prašyti, kad nacionalinis teismas kreiptųsi į Teisingumo Teismą dėl prejudicinio sprendimo, taip pat (4) valstybių narių pareigą „nustatyti teisminės gynybos priemonių ir procedūrų, leidžiančių užtikrinti teisę į veiksmingą teisminę gynybą, sistemą“. Lisabonos sutartis tiesiogiai įtvirtino šią pareigą EB sutarties (būsimos Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo) naujajame 9f straipsnyje:

„Valstybės narės numato teisių gynimo priemones, būtinas užtikrinant veiksmingą teisminę apsaugą Sąjungos teisei priklausančiose srityse."

Dėl šios valstybių narių pareigos Europos Teisingumo Teismas 2007 m. kovo 13 d. priimtame bylos *Unibet* (C-432/05) sprendime, *inter alia,* nurodė, kad „veiksmingos teisminės gynybos principas pats savaime nereikalauja atskiros ieškinių rūšies, kurios pagrindinis dalykas būtų nacionalinių nuostatų atitikties Bendrijos teisės normoms ginčijimas, buvimo, jeigu lygiavertiškumo ir veiksmingumo principų laikymasis užtikrinamas vidaus teise grindžiamų ieškinių sistemoje" (Rink., 2007, p. I-2271, 47 punktas). Teismas taip pat nurodė, jog veiksmingos teisminės gynybos principas reikalauja „valstybės narės teisėje numatyti galimybę taikyti laikinąsias apsaugos priemones, kol kompetentingas teismas nuspręs dėl nacionalinės teisės nuostatų atitikties Bendrijos teisei, jeigu taikyti šias priemones yra būtina siekiant užtikrinti visišką būsimo teismo sprendimo dėl šių teisių buvimo veiksmingumą" (ten pat, 77 punktas).

Reziumuojant galima pasakyti, kad pagal Europos Bendrijos steigimo sutartį individo teisių gynimo priemonių ir procedūrų sistema apima teisę pateikti ieškinius EB teismuose ginčijant institucijų aktus (230 str.), jų neveikimą (232 str.), reikalaujant atlyginti institucijų ir pareigūnų padarytą žalą (235 ir 288 str.), taip pat ieškinius pagal Bendrijos arba jos vardu sudarytos sutarties arbitražinę išlygą (238 str.), Bendrijos tarnautojų teisę pateikti ieškinius jų ginčuose su Bendrija (236 str.), teisę apskųsti Pirmosios instancijos teismo sprendimus ir nutartis Teisingumo Teismui (225 str. 1 d.) ir specializuotų teisėjų kolegijų (šiuo metu – Tarnautojų teismo) sprendimus ir nutartis – Pirmosios instancijos teismui (225 str. 2 d.), teisę skųsti Pirmosios instancijos teismui Vidaus rinkos derinimo tarnybos Apeliacinės tarybos sprendimus dėl apeliacijų (žr. EB 229A str. ir 1993 m. gruodžio 20 d. Tarybos Reglamento (EB) Nr. 40/94 dėl Bendrijos prekių ženklo 63 str.).

Nors Europos Bendrijų steigimo sutartimi nustatyta individo priemonių bei procedūrų sistema yra labai plati ir apima taip pat aukščiau nurodytas specialias procedūras arba bendros procedūros etapus, iš šios sistemos reikėtų išskirti jos pagrindą – „EB 230, 234 ir 241 straipsniuose įtvirtintų teisės gynimo priemonių ir procedūrų sistemą", ieškinius dėl institucijų neveikimo (232 str.) ir „EB 235 straipsnyje ir EB 288 straipsnio antrojoje pastraipoje numatytus ieškinius dėl

deliktinės atsakomybės“ (žr., pvz., Pirmosios instancijos teismo 2007 m. sausio 12 d. *SPM bylos prieš Komisiją* (T-447/05) nutarties, nepaskelbtos Rinkinyje, 82 ir 83 punktus).

Ar egzistuojanti asmens teisių, įtvirtintų ES teisėje, gynimo priemonių ir procedūrų sistema yra iš tikrųjų baigta ir visa apimanti, ypač tais atvejais, kai fizinio arba juridinio asmens ieškinys nukreiptas prieš bendro veikimo aktą, t. y. aktą, kuris nėra skirtas šiam asmeniui (pastaruoju atveju nėra priimtinumo problemos)? Ar tais atvejais, kai toks ieškinys neatitinka priimtinumo reikalavimų (EB sutarties 230 straipsnio 4 pastraipa), kitos gynybos priemonės ir procedūros – galimybė ginčyti reglamento teisėtumą (241 str.) ir prejudicinio sprendimo procedūra (234 str.) – yra pakankamai veiksmingos? Teisingumo Teismo teisėjas prof. Koen Lenaerts nurodo, kad šios dvi priemonės ir procedūros yra pakankamos „*tik tada*, kai yra Bendrijos ar nacionalinė įgyvendinimo priemonė, kurią galima ginčyti Bendrijos teisme ar nacionaliniame teisme pareiškiant ieškinį prieš šią įgyvendinimo priemonę. Ryšium su tuo, kai Bendrijos bendro veikimo aktui nereikia įgyvendinimo priemonės Bendrijos arba nacionaliniame lygmenyje, o nacionalinė teisė nenumato jokio net deklaratyvaus sprendimo, spragos Bendrijos teisminės gynybos sistemoje lieka, net jei aktas tiesiogiai nustato pareigas fiziniams ar juridiniams asmenims ar atima iš jų tam tikras teises“ (Lenaerts, 2007, p. 1627, 1628).

Prejudicinė procedūra, kurią Teismas tradiciškai nurodo apibrėždamas Bendrijos teisminės gynybos sistemos elementus (bylų *Les Verts,* 294/83, *Jégo-Quéré,* C-263/02 P, *Unibet,* C-432/05 ir kt. sprendimai), gali būti laikoma alternatyva tokioms situacijoms spręsti. Jos veiksmingumas priklauso nuo daugelio veiksnių. Visų pirma, teisių gynimas yra veiksmingiausias tada, kai byla nagrinėjama iš esmės. Tuo tarpu prejudicinės bylos nagrinėjimas Teisingumo Teisme skirtas prejudiciniams klausimams spręsti. Todėl svarbus vaidmuo čia tenka nacionaliniam teismui, teikiančiam prejudicinius klausimus, ir vėliau, Teisingumo Teismui priėmus prejudicinį sprendimą, sprendžiančiam bylą iš esmės. Šiuo atveju turi būti veiksmingos abi procedūros: prejudicinė ir nacionalinė teisminė. Be to, reikia turėti omeny tai, kad prejudicinė procedūra neišvengiamai prailgina pagrindinės bylos nagrinėjimo trukmę.

Literatūroje teikiamas apibendrinimas, kad Europos Teisingumo

Teismas, taikydamas veiksmingos teisminės gynybos principą, „visų pirma daro prielaidą, kad Bendrijos teisinių gynybos priemonių sistema yra išbaigta, o po to paskirsto teismų kompetenciją ir tokiu būdu ETT priskiria valstybėms narėms išimtinę atsakomybę užtikrinti veiksmingas individualių ieškovų teisinės gynybos priemones“ (Cortés Martín, 2004, p. 246). Iš tikrųjų, Teismas daug kartų pripažino, kad ši sistema yra baigtinė ir kad ją sudaro teisminės gynybos priemonės ir procedūros Europos Teisingumo Teisme ir nacionaliniuose teismuose. Tačiau tiksliau būtų kalbėti ne apie išimtinę valstybių narių ir jų nacionalinių teismų atsakomybę, o apie šios atsakomybės (kompetencijos) paskirstymą tarp Europos Teisingumo Teismo ir nacionalinių teismų, pastarųjų teisminę autonomiją bei bendradarbiavimą tarp ETT ir nacionalinių teismų. Teisingumo Teismas 2007 m. kovo 22 d *Sicilijos regiono* bylos *prieš Komisiją* (C-15/06 P) sprendime nurodė, kad „fizinių ir juridinių asmenų, kurie dėl EB 230 straipsnio ketvirtojoje pastraipoje numatytų priimtinumo sąlygų negali tiesiogiai ginčyti tokių Bendrijos aktų, koks yra ginčijamas sprendimas, teisminė apsauga turi būti veiksmingai užtikrinta suteikiant teisę pareikšti ieškinį nacionaliniuose teismuose. Pastarieji, laikydamiesi EB 10 straipsnyje numatyto lojalaus bendradarbiavimo principo, vidaus procedūros normas, reglamentuojančias teisę pateikti ieškinį, kiek įmanoma turi aiškinti ir taikyti taip, kad fiziniai ir juridiniai asmenys galėtų užginčyti bet kurio sprendimo ar bet kurios kitos nacionalinės priemonės, susijusios su tokio Bendrijos akto taikymu jų atžvilgiu, kuris nagrinėjamas šioje byloje, teisėtumą, remdamiesi tuo, kad toks Bendrijos aktas yra neteisėtas, ir kreipdamiesi į šiuos teismus dėl prejudicinių klausimų šiuo atžvilgiu pateikimo Teisingumo Teismui (minėto bylos *Komisija prieš Jégo-Quéré* 30–32 punktai ir minėta teismų praktika)“ (Rink., 2007, p. I-2591, 39 punktas).

Ar Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 47 straipsnyje įtvirtinta teisė į veiksmingą teisinę gynybą ir teisingą bylos nagrinėjimą *per se* galėtų padaryti individo ieškinį priimtiną tada, kai ieškinys bus nepriimtinas dėl to, kad neatitinka EB steigimo sutartyje nustatytų sąlygų, pavyzdžiui, ieškovas neturi konkrečios sąsajos su ginčijamu institucijos aktu, ir šis individas neturi galimybės ginti savo teises nacionaliniame teisme? Atsakymas yra neigiamas. Pagal Europos konvento prezidiumo išaiškinimą teisės į veiksmingą gynybą teisme principo

įtraukimu į Pagrindinių teisių chartiją „neketinta pakeisti Sutartyse nustatytos teisminės priežiūros sistemos ir ypač taisyklių dėl tiesioginių ieškinių priimtinumo Europos Sąjungos Teisingumo Teisme“ (Su Pagrindinių teisių chartija susiję išaiškinimai, OL 2007 12 14, C 303/30). Pirmosios instancijos teismo 2007 m. sausio 12 d. *Société des plantations de Mbanga SA (SPM) bylos prieš Komisiją* (T-447/05) nutartyje pateiktas išsamus atsakymas į šį klausimą:

„82 Priešingai nei teigia ieškovė, aplinkybė, kad nė viena teisės gynimo priemonė nėra veiksminga nagrinėjamu atveju, net jei tai tiesa, nepateisintų, kaip priminta 81 punkte, EB 230, 234 ir 241 straipsniuose įtvirtintos teisės gynimo priemonių ir procedūrų sistemos pakeitimo. Be to, kaip matyti iš Bendrijos teismų praktikos, Bendrijos teismui pateikiamo ieškinio dėl panaikinimo priimtinumas negali priklausyti nuo to, ar yra galimybė gintis nacionaliniuose teismuose, leidžianti išnagrinėti akto, kurį prašoma panaikinti, teisėtumą (šiuo klausimu žr. šios nutarties 43 punkte nurodyto sprendimo *Unión de Pequeños Agricultores prieš Tarybą* 43 ir 46 punktus bei šios nutarties 67 punkte nurodyto sprendimo *Komisija prieš Jégo-Quéré* 33 ir 34 punktus; šios nutarties 81 punkte nurodytos nutarties *Nürburgring prieš Parlamentą ir Tarybą* 70 punktą). Bet kuriuo atveju ši aplinkybė neleidžia pripažinti priimtino fizinio ar juridinio asmens pareikšto ieškinio, neatitinkančio EB 230 straipsnio ketvirtojoje pastraipoje nurodytų sąlygų (2001 m. vasario 1 d. Teisingumo Teismo nutarties *Area Cova ir kt. prieš Tarybą ir Komisiją*, C-301/99 P. Rink., p. I-1005, 47 punktas).

83 Be to, kaip tai patvirtino Teisingumo Teismas, nors asmenys ir negali pareikšti ieškinio dėl ginčijamų aktų panaikinimo, jų teisė kreiptis į teismą neišnyksta, nes jie gali pareikšti EB 235 straipsnyje ir EB 288 straipsnio antrojoje pastraipoje numatytą ieškinį dėl deliktinės atsakomybės, jei dėl tokių priemonių gali kilti Bendrijos atsakomybė (šiuo klausimu žr. 2006 m. rugsėjo 12 d. Teisingumo Teismo sprendimo *Reynolds Tobacco ir kt. byloje prieš Komisiją*, C-131/03 P, dar nepaskelbto Rinkinyje, 82 punktą)“.

Taigi tokioje situacijoje lieka galimybė pareikšti ieškinį dėl institucijos aktais arba neveikimu padarytos žalos atlyginimo (235 ir 288 str.). Tačiau šioje srityje reikia padaryti išlygą, kurią Pirmosios instancijos teismas ir Teisingumo Teismas padarė byloje *Gestoras Pro Am-*

nestia ir kiti prieš Tarybą (T-333/02 ir C-354/04 P) dėl tokių aktų kaip bendrosios pozicijos, priimamų remiantis ES sutarties V antraštinės dalies „Nuostatos dėl bendros užsienio ir saugumo politikos" (BUSP) 15 straipsniu ir ES sutarties VI antraštinės dalies„Policijos ir teismų bendradarbiavimo baudžiamosiose bylose nuostatos" 34 straipsniu. Šioje byloje ieškovai prašė atlyginti jų tariamai patirtą žalą dėl organizacijos *Gestoras Pro Amnistía* įtraukimo į sąrašą asmenų, grupių ir organizacijų, nurodytų Tarybos 2001 ir 2002 m. priimtose bendrosiose nuostatose 2001/931/BUSP ir kt. dėl priemonių taikymo kovojant su terorizmu. Pirmosios instancijos teismas 2004 m. birželio 7 d. nutartyje nurodė, kad Europos Sąjungos teisinėje sistemoje jis akivaizdžiai neturi kompetencijos nagrinėti apeliantų ieškinį dėl žalos atlyginimo. Jis konstatavo, kad vienintelės teisių gynimo priemonės, numatytos ES sutarties 35 straipsnio 1, 6 ir 7 dalyse, kurias nurodo ES sutarties 46 straipsnis, buvo prašymas priimti prejudicinį sprendimą, ieškinys dėl panaikinimo ir valstybių narių tarpusavio ginčų sprendimas. Teisingumo Teismas atmetė ieškovų apeliacinį skundą, patvirtinęs, „jog ES sutarties VI antraštinėje dalyje nėra numatytas joks ieškinys dėl žalos atlyginimo". Dėl bendros pozicijos, kurios tariamai padarytą žalą prašė priteisti ieškovai, Teismas nurodė, kad „bendroji pozicija savaime nesukelia teisinių pasekmių trečiųjų asmenų atžvilgiu. Dėl šios priežasties ES sutarties VI antraštine dalimi sukurtoje sistemoje tik dėl pamatinių sprendimų ir dėl sprendimų Teisingumo Teismui gali būti pateikiamas ieškinys dėl panaikinimo. ES 35 straipsnio 1 dalyje apibrėžta Teisingumo Teismo kompetencija priimti prejudicinius sprendimus taip pat netaikoma bendrosioms pozicijoms, o yra susijusi tik su pamatinių sprendimų ir sprendimų teisėtumo bei išaiškinimo patikrinimu, konvencijų, sudarytų pagal VI antraštinę dalį, išaiškinimu ir jas įgyvendinančių priemonių teisėtumu bei išaiškinimu" (Rink., 2007, p. I-1579, 52 punktas). Teismas pridūrė, kad šiuo metu galiojančią sistemą prireikus pakeisti yra kompetentingos valstybės narės. Apie tai Teismas nurodė:

„50 Kalbant apie Sąjungą yra tiesa, kad Sutartys nustatė teisių gynimo priemonių sistemą, kurioje Teisingumo Teismo kompetencija pagal ES 35 straipsnį yra siauresnė Europos Sąjungos sutarties VI antraštinės dalies taikymo srityje nei EB sutarties taikymo srityje (šia prasme žr. 2005 m. birželio 16 d. sprendimo *Pupino*, C-105/03, Rink., p.

I-5285, 35 punktą). Be to, V antraštinės dalies taikymo srityje ji dar siauresnė. Nors galima numatyti kitokią teisių gynimo būdų sistemą nei nustatyta Sutartyse, būtent deliktinės atsakomybės režimą, šiuo metu galiojančią sistemą prireikus pakeisti pagal ES 48 straipsnį yra kompetentingos valstybės narės.

51 Tačiau apeliantai negali pagrįstai teigti, kad jiems nesuteikiama jokia teisminė apsauga. Kaip išplaukia iš ES 6 straipsnio, Sąjunga yra grindžiama teisinės valstybės principu ir gerbia pagrindines teises kaip bendrus Bendrijos teisės principus. Iš to išplaukia, kad institucijos yra kontroliuojamos, kaip jų aktai atitinka sutartis ir bendruosius teisės principus ir kaip valstybės narės įgyvendina Sąjungos teisę."

Byloje *PKK ir KNK prieš Tarybą*, C-229/05 P (Rink., 2007, p. I-439, 75 punktas), apeliantas iškėlė argumentą, kad ieškovo konkrečios sąsajos su ginčijamu aktu reikalavimas, įtvirtintas EB steigimo sutarties 230 straipsnio 4 pastraipoje, „iškelia ribojančią priimtinumo sąlygą, kuri prieštarauja EŽTK". Teisingumo Teismas savo sprendime išnagrinėjo šį argumentą remdamasis Europos žmogaus teisių konvencijos 34 straipsniu, pagal kurį kiekvienas fizinis asmuo, nevyriausybinės organizacijos arba grupės asmenys, teigiantys, kad jie yra vienos iš Aukštųjų Susitariančiųjų Šalių padaryto EŽTK įtvirtintų teisių pažeidimo auka, gali pateikti Europos Žmogaus Teisių Teismui individualią peticiją. Teismas pasirėmė Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika, pagal kurią „asmenys, kurie teigia esą susiję su subjektu, nurodytu prie Bendrosios pozicijos 2001/931 pridėtame sąraše, nors jų pačių ten nėra, nėra aukos EŽTK 34 straipsnio prasme ir todėl jų ieškiniai nepriimtini (žr. 2002 m. gegužės 23 d. EŽTK sprendimą *Segi ir kt. bei Gestoras Pro-Amnistia ir kt. prieš 15 Europos Sąjungos valstybių*, ieškiniai Nr. 6422/02 ir 9916/02, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-V)". Teismas nusprendė: kadangi KNK nėra ginčijamame sąraše, jam netaikomos ribojančios priemonės, todėl „atsižvelgiant į šios bylos aplinkybes, jis neįrodė jokio prieštaravimo tarp EŽTK ir EB 230 straipsnio ketvirtosios pastraipos". Dėl šios Teismo sprendimo frazės Sébastien Marciali daro dvi toli siekiančias išvadas. Pirma išvada – taikant aiškinimą *a contrario*, „būtų galima pasakyti, kad kitose bylose ir kitoms aplinkybėms esant, EBTT pasiliktų sau galimybę netaikyti sutarties nuostatos, jei ji prieštarauja Europos žmogaus teisių konvencijai". Tai reikštų, kaip nurodo autorius, kad EŽTK nuostatoms, turinčioms

bendrųjų teisės principų galią, būtų pripažinta galia, aukštesnė už EB steigimo sutarties galią. Antroji, arba, kaip rašo S. Marciali, realesnė, Teismo pozicijos analizė leidžia teigti, jog „jis mano, kad mažų mažiausiai bendrieji teisės principai yra normos, turinčios pirminės teisės galią, su kuriomis sutarties nuostatos turi būti būtinai suderintos“ (Marciali, 2007, p. 388.).

Nors būtų sunku numanyti, kokius sprendimus Teismas priimtų „kitose bylose ir kitoms aplinkybėms esant“, manau, kad abi hipotezės yra sunkiai įgyvendinamos, nes jokia galiojančių steigimo sutarčių nuostata nesuteikia Europos Teisingumo Teismui kompetencijos spręsti sutarčių nuostatų teisėtumo klausimus. Beje, tai, kad Teismas atmetė šalies argumentą dėl to, kad šalis neįrodė tariamo normų prieštaravimo, nereiškia, kad panašaus pobūdžio prieštaravimą būtų galima įrodinėti kitoje byloje. Mano manymu, *PKK ir KNK* apeliacinėje byloje apeliantas supainiojo teisę į teisingą bylos nagrinėjimą (EŽTK 6 str.) ir teisę pateikti individualią peticiją Europos Žmogaus Teisių Teismui (EŽTK 34 str.). Kita vertus, vargu ar teisinga prielaida, kad ieškinio priimtinumo pagal EB sutarties 230 straipsnį sąlygos turi atitikti individualios peticijos priimtinumo pagal EŽTK 34 ir 35 straipsnius sąlygas, kadangi skirtingos jurisdikcijos gali ginti tas pačias teises skirtingomis procesinėmis priemonėmis. Svarbu, kad jos užtikrintų veiksmingą asmens teisių gynybą teisme.

2. Lisabonos sutartis ir veiksmingos teisminės gynybos principas: pagrindiniai elementai

Lisabonos sutartis, jai įsigaliojus, sustiprins veiksmingą teisių gynybą Europos Sąjungos Teisingumo Teisme (beje, EB Teisingumo Teismas ir Pirmosios instancijos teismas bus vadinami Teisingumo Teismu ir Bendruoju Teismu).

Visų pirma Lisabonos sutartis pakeitė ES sutarties 6 straipsnį, suteikdama ES pagrindinių teisių chartijai tokią pat teisinę galią kaip ir sutartys. Šiame straipsnyje taip pat patvirtinta, kad pagrindinės teisės, kurias garantuoja EŽTK ir kurios kyla iš valstybėms narėms bendrų konstitucinių tradicijų, sudaro Sąjungos teisės bendruosius principus. Lisabonos sutartis taip pat tiesiogiai įtvirtino valstybių narių pareigą numatyti teisių gynimo priemones, būtinas užtikrinant veiksmingą

teisminę apsaugą Sąjungos teisei priklausančiose srityse (EB sutarties 9f straipsnis).

Antra, Lisabonos sutartis modifikavo EB sutarties 230 straipsnio 4 pastraipą nustatydama, kad fizinis arba juridinis asmuo gali pateikti ieškinį dėl teisės aktų, tiesiogiai su juo susijusių ir dėl kurių nereikia patvirtinti įgyvendinančių priemonių. Ši nuostata tiesiogiai sustiprins veiksmingos teisminės gynybos principą. Sąlyga dėl individo konkrečios sąsajos su ginčijamu aktu nebus keliama, kai aktui įgyvendinti nereikia priimti jokio kito akto. Ginčijamas aktas pats savaime keičia individo teisinę padėtį. Tokioje situacijoje matoma individo tiesioginė sąsaja su ES institucijos priimtu aktu. Ši sąsaja bus pakankama tam, kad jo ieškinys ES Teisingumo Teisme (Bendrajame Teisme) būtų priimtinas. Tokia nuostata sustiprins individo teisių teisminę gynybą, kadangi tokioje situacijoje jis neturi kitos gynybos priemonės – teisių gynybos nacionaliniame teisme. Individas nacionaliniuose teismuose negalės apginti savo teisių, tiesiogiai paliestų ES institucijų aktų, nes nėra įgyvendinančių priemonių, kurias jis galėtų ginčyti. Tačiau situacija liks nepakitusi, kai ginčijamam institucijos aktui reikės įgyvendinimo priemonės. Tokiems „aktams, kurie tiesiogiai ir konkrečiai susiję“ su fiziniu arba juridiniu asmeniu, bus taikomos gerai žinomos Bendrijos jurisprudencijoje ieškovo *locus standi* sąlygos.

Trečia, Lisabonos sutartis išplėtė ratą institucijų aktų (ir jų neveikimo), kuriuos individas galės ginčyti Europos Sąjungos Teisingumo Teisme. 230 straipsnio 1 pastraipa leis ginčyti visus įstatymo galią turinčius teisės aktus, t. y. pagal teisėkūros procedūrą priimtus teisės aktus (249a str. 3 d.), taip pat Europos Vadovų Tarybos bei Sąjungos įstaigų arba organų priimtus teisės aktus, galinčius turėti teisinių padarinių trečiosioms šalims. Pagal 232 straipsnio 1 pastraipą šios nuostatos *mutatis mutandis* bus taikomos Sąjungos institucijų, įstaigų ir organų neveikimui.

Tačiau bendros užsienio ir saugumo politikos srityje Europos Sąjungos Teisingumo Teismo kompetencija ir toliau ribota. Pagal naują 240a straipsnį ji bus apribota Tarybos priimtų sprendimų, patvirtinančių ribojančias priemones prieš fizinius arba juridinius asmenis (sąskaitų užšaldymas ir pan.), teisėtumo priežiūra.

Svarbus vaidmuo taikant ir aiškinant šias Lisabonos sutarties nuostatas teks Europos Sąjungos Teisingumo Teismui.

Jurisprudencija ir literatūra

1. Europos Bendrijų Teisingumo Teismo ir Pirmosios instancijos teismo sprendimų sąrašas

1. *ASPEC ir kiti prieš Komisiją*, T-435/93. Rink., p. II-1281.
2. *Boyle prieš Komisiją, T-218/*03. Rink., 2006, p. II-1699
3. *Codorníu prieš Tarybą*, C-309/89. Rink., 1994, p. I-1853.
4. *Gestoras Pro Amnestia ir kiti prieš Tarybą,* C-354/04 P. Rink., 2007, p. I-1579.
5. *Infront WM prieš Komisiją,* T-33/01. Rink., 2005, p. II-5897.
6. *Jégo-Quéré prieš Komisiją, T-177/01*. Rink., 2002, p. II-2365.
7. *Johnston prieš Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, Rec. 1986, p. 1651.
8. *Komisija prieš Jégo-Quéré,* C-263/02 P. Rink., 2004, p. I-3425.
9. *PKK ir KNK prieš Tarybą*, C-229/05 P. Rink., 2007, p. I-439.
10. *Plaumann prieš Komisiją*, 25/62. Rink.,1963, p.199.
11. *Roquette Frères,* C-441/05. Rink., 2007, p. I-1993.
12. *Sicilijos regionas prieš Komisiją,* C-15/06 P. Rink., 2007, p. I-2591.
13. *Société des plantations de Mbanga SA (SPM) prieš Komisiją,* T-447/05, nutartis nepaskelbta Rinkinyje.
14. *SPM prieš Komisiją,* T-447/05, nutartis nepaskelbta Rinkinyje.
15. *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH prieš Vokietijos Federacinę Respubliką,* C-188/92. Rink., 1994, p. I-833.
16. *Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd prieš Justitiekanslern*, C-432/05. Rink., 2007, p. I-2271.
17. *Les Verts prieš Parlamentą,* 294/83. Rink., 1986, p.1339.

2. Literatūra

1. Cortés Martín J. M. *Ubi ius, Ibi Remedium? Locus Standi* of Private Applicants under Article 230(4) EC at a European Constitutional Crossroads // Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ) 3/2004, p. 233–262.
2. Lenaerts K. The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union. Common Market Law Review 44, 2007, p. 1625–1659.
3. Marciali S. Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales. Quelques réactions à l'arrêt CJCE du 18 janvier 2007, PKK et KNK/Conseil de l'Union européenne, aff. C-229/05 // Revue du marché commun et de l'Union européenne. No 509, juin 2007, p. 388.

4. Su Pagrindinių teisių chartija susiję išaiškinimai. OL 2007 12 14, 2007 C 303/02.

RIGHT TO JUDICIAL PROTECTION IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Vilenas Vadapalas

Summary

As established in the case-law of the ECJ, individuals are entitled to effective judicial protection of the rights they derive from the Community legal order, and the right to such protection is one of the general principles of law stemming from the constitutional traditions common to the Member States. The EC Treaty created a complete system of legal remedies and procedures designed to ensure review of the legality of acts of the institutions. Under that system, natural or legal persons can directly challenge Community measures in accordance with the conditions for admissibility laid down in the fourth paragraph of Article 230 EC, or indirectly plead the invalidity of such acts before the Community courts under Article 241 EC, either to ask the national courts, since they have no jurisdiction themselves, to declare those measures invalid or to make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling on validity. The remedies provided for in Articles 232 (actions against failure to act), 235 and 288 EC (actions for damages), Article 238 (actions based on arbitration clauses) etc. also form part of this Community system of judicial protection.

The article analyses the main elements of this system according to the case-law of the Community courts and in particular the case-law concerning the *locus standi* of private applicants in direct actions before the Community courts. The traditional test of 'individual concern' established by the Court of Justice in the *Plaumann* (25/62) judgment (which means that the applicants are individually concerned by a measure if it affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed by the measure) is interpreted by the Community courts in the light of the principle of effective judicial protection. At the same time, this principle cannot *per se* modify the conditions of admissibility laid down in Article 230(4) EC. In many cases the application of the *Plaumann* test is still not an

easy task. Until the changes made to Article 230(4) by the Treaty of Lisbon come in force, the test of 'individual concern' has a restrictive character, despite all recent attempts by the Community courts to give it the meaning corresponding to broad requirements of effective judicial protection of individuals.

The Treaty of Lisbon contains important modifications which will reinforce the principle of the effective judicial protection of individuals.

First, it gives the Charter of Fundamental Rights of the European Union the same legal value as the Treaties (Article 6 of the EU Treaty). The new Article 9F of the EU Treaty stipulates that the Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law.

Second, the Treaty of Lisbon adds to Article 230 of the EC Treaty (it will be called the Treaty on the Functioning of the European Union) a provision giving any natural or legal person the right to institute proceedings against 'a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures'. At the same time, where the act entails implementing measures, the well-known requirements of 'direct and individual concern' will be applicable.

Third, the amended Article 230(1) will allow individuals to challenge before the Court all 'legislative acts', instead of the current possibility of challenging 'acts adopted jointly by the European Parliament and the Council'. Individuals will also be entitled to bring an action against acts of the European Council and the acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. *Mutatis mutandis*, according to the amended Article 232, any natural or legal person will be allowed to bring an action in a broader range of situations where an 'institution, body, office or agency of the Union has failed to address to that person any act other than a recommendation or an opinion.'

At the same time, the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union with respect to the provisions relating to the common foreign and security policy and the acts adopted on the basis of those provisions will remain restricted. In this respect, however, the new Article 240A provides for the jurisdiction of the Court, in accordance with the conditions laid down in the fourth paragraph of Article 230, to review the legality of decisions providing for restrictive measures against natural or legal persons adopted by the Council on the basis of Title V, Chapter 2, of the Treaty on European Union.

The Court of Justice of the European Union will play an important role in the interpretation of these new provisions of the founding treaties.

ŽMOGAUS TEISIŲ UŽTIKRINIMAS ADMINISTRACINIUOSE TEISMUOSE TAIKANT EUROPOS ŽMOGAUS TEISIŲ IR PAGRINDINIŲ LAISVIŲ APSAUGOS KONVENCIJĄ

Virgilijus Valančius

I. Įvadas

Lietuvos Tauta referendumu priimtos Konstitucijos preambulėje išskyrė pamatines vertybes, tarp jų siekį sukurti atvirą, teisingą, darnią pilietinę visuomenę ir teisinę valstybę. Šios nuostatos įgyvendinimas negalimas negerbiant visuotinai pripažintų žmogaus teisių ir laisvių, taip pat teisingumo ir kitų reikšmingų teisės principų. Žmogaus teisės ir laisvės – viena iš esminių mūsų šalies Konstitucijoje įtvirtintų vertybių, kurių apsaugos mechanizmas įtvirtintas Konstitucijoje bei kituose nacionalinės teisės aktuose.

Lietuva nėra uždara valstybė – ji tarptautinės bendruomenės narė, aktyviai dalyvaujanti tarptautiniuose santykiuose. Be kita ko, būdama Jungtinių Tautų Organizacijos, Europos Tarybos, kitų tarptautinių organizacijų ir Europos Sąjungos narė, Lietuva yra įsipareigojusi savo teritorijoje užtikrinti veiksmingą visuotinai pripažintų ir tarptautiniuose dokumentuose įtvirtintų žmogaus teisių bei pagrindinių laisvių apsaugą.

Valstybei santykiuose su jos piliečiais ir kitais jos teritorijoje esančiais asmenimis atstovauja valstybės institucijos, įstaigos, pareigūnai ir kiti atitinkamus įgaliojimus turintys asmenys, kurie privalo užtikrinti, kad privatūs asmenys galėtų veiksmingai ir tinkamai pasinaudoti jiems

šalies Konstitucijoje, kituose nacionalinės teisės aktuose bei tarptautiniuose dokumentuose garantuojamomis teisėmis ir laisvėmis.

Teisės požiūriu akivaizdu, kad teisinės valstybės principais pagrįsta valstybės institucijų, pareigūnų ir kitų viešojo administravimo subjektų veikla yra būtina sąlyga, užtikrinanti asmenų galimybę efektyviai įgyvendinti savo teises bei laisves. Valstybė, siekdama užtikrinti viešąją tvarką ir viešojo intereso apsaugą, reguliuoja nemažai visuomeninio, tam tikrais atvejais ir asmeninio gyvenimo sričių, todėl su įvairiais viešojo administravimo subjektų sprendimais fiziniai ir juridiniai asmenys susiduria nuolat. Tai, kad valstybinio reguliavimo sritis yra plati, o administraciniuose teisiniuose santykiuose, susiklosčiusiuose tarp privačių asmenų ir viešojo administravimo subjektų, pastarieji turi teisę duoti privalomus nurodymus, lemia ir konfliktų, neretai ir teisminių ginčų, atsiradimą.

Lietuvos Respublikos Konstitucijos 5 straipsnio 3 dalyje įtvirtinta nuostata, kad „valdžios įstaigos tarnauja žmonėms“, yra sietina su valstybės įstaigų pareiga užtikrinti žmogaus teisių įgyvendinimo palankiausią režimą ir ginti bei saugoti žmogaus teises bei laisves. Ar visada laikomasi šios nuostatos? Ar nepasitaiko atvejų, kuomet valstybės ir (arba) savivaldybių institucijos, įstaigos, pareigūnai, valstybės tarnautojai ir kiti fiziniai arba juridiniai asmenys, vykdydami viešąjį administravimą, šią savo pareigą „pamiršta“? Empiriniai stebėjimai, deja, leidžia teigti, kad tokie atvejai nėra reti. Asmenims garantuojamos teisės ir laisvės pažeidžiamos (remiuosi administracine jurisprudencija) ir dėl to, kad viešojo administravimo subjektai, atlikdami savo pareigas, dėl teisės normų neaiškumo, teisinio reglamentavimo spragų, nepakankamo faktinių aplinkybių išsiaiškinimo arba klaidingo jų vertinimo, netinkamo administracinės diskrecijos įgyvendinimo arba kitų panašių aplinkybių netiksliai taiko atitinkamus teisinius santykius reglamentuojančias teisės normas.

Ginčų, kylančių iš administracinių teisinių santykių, sprendimas yra priskirtas administracinių teismų kompetencijai. Lietuvos Respublikoje administraciniai teismai buvo įsteigti 1999 m. sausio 14 d. Lietuvos Respublikos administracinių teismų įsteigimo įstatymu, kuris įsigaliojo 1999 m. gegužės 1 d. Šio įstatymo projekto aiškinamajame rašte jo rengėjai nurodė, kad projektas „yra tiesiogiai susijęs su demokratinės teisių sistemos kūrimo Lietuvoje baigiamuoju etapu, t. y. su

Konstitucijoje numatytų specializuotų administracinių teismų įsteigimu. Priėmus šiuos įstatymus būtų užpildyta nemenka mūsų teismų sistemos spraga, į kurią ne kartą buvo atkreipę dėmesį Europos Sąjungos ekspertai. Kartu tai reikštų, kad Lietuvoje gerokai sustiprinamos žmogaus teisių ir laisvių teisminio gynimo garantijos, nes tokia yra svarbiausia administracinių teismų paskirtis“ [21].

Taigi ginti asmens teises nuo neteisėtų valdžios institucijų ir pareigūnų veiksmų bei sprendimų yra pagrindinė administracinių teismų funkcija. Teisinio santykio, iš kurio kyla administracinis ginčas, šalys nėra lygiateisiai subjektai. Privaloma tokio santykio šalis yra valstybė (savivaldybės), kuri, veikdama per savo institucijas, įstaigas arba atskirus pareigūnus, imperatyviais savo sprendimais (lot. *acte juris imperii*) vienašališkai išsprendžia teisinę situaciją. Dažniausiai privatus asmuo neturi pasirinkimo dėl dalyvavimo administraciniame teisiniame santykyje (mokesčių, socialinių draudimo įmokų mokėjimas ir kt.) arba yra priverstas pats inicijuoti tokių teisinių santykių atsiradimą tam, kad galėtų įgyvendinti tam tikrą savo teisę (užsiimti licencijuojama ūkine veikla, gauti leidimą ir pan.). Tik ginčui pasiekus administracinį teismą, šalys įgyja lygias procesines teises, t. y. administravimo subjektas praranda galimybę vienašaliu sprendimu nulemti ginčo baigtį [2, p. 91–99]. Kai kurie mokslininkai teismų veiklą nagrinėjant administracines bylas, taikliai apibūdina kaip teisminę valstybinės veiklos korekciją [1, p. 4]. Taigi privačiam asmeniui administracinis teismas – tai pirmiausia nuo nieko nepriklausanti jo ir valdžios institucijų (pareigūnų) konfliktus sprendžianti institucija. Į administracinį teismą paprastai kreipiamasi tais atvejais, kai valdžios institucija, pareigūnas arba kitas viešojo administravimo subjektas pažeidžia privataus asmens arba asmenų grupės teises, t. y. nagrinėja ginčus, kylančius dėl jau atliktų veiksmų (arba neveikimo). Kitas reikšmingas aspektas – šie teismai taip pat atlieka ir prevencinę funkciją. Viešojo administravimo subjektai, suvokdami, jog jų veiksmai gali būti skundžiami teismui, kuris juos išsamiai išanalizuos ir įvertins, linksta savo veiksmus derinti su įstatymų ir kitų teisės aktų reikalavimais, taigi ir savo pareigas atlikti laiku bei tinkamai.

Minėta, žmogaus teisės ir laisvės bei jų apsaugos mechanizmas nustatytas ne tik nacionalinės teisės normose, bet ir tarptautinės teisės aktuose. Kai kurie Lietuvoje galiojantys tarptautinės teisės aktai garan-

tuoja plataus pobūdžio žmogaus teises ir laisves, nesiedami jų su konkrečia žmogaus teisių sritimi, kaip antai Visuotinė žmogaus teisių deklaracija, Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija. Kiti tarptautinės teisės aktai įtvirtina žmogaus teisių apsaugos garantijas konkrečioje visuomeninių santykių srityje, pavyzdžiui, Konvencija dėl teisės gauti informaciją, visuomenės dalyvavimo priimant sprendimus ir teisės kreiptis į teismus aplinkosaugos klausimais (kitaip dar vadinama Orhuso konvencija), reglamentuojanti asmens teises, susijusias su aplinkosauga. Lietuvos administraciniuose teismuose tarptautinės teisės aktai jau seniai tapo svarbiu teisės šaltiniu ir standartu, į kurį orientuojamasi nagrinėjant administracines bylas, o jų reikšmė ginant žmogaus teises vis didėja.

Straipsnio tikslas – remiantis administracinių teismų praktika atskleisti Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos reikšmę ginant pažeistas asmens teises viešojo administravimo srityje.

Straipsnio uždaviniai. 1. Išsiaiškinti, kokią reikšmę Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijai teikia Lietuvos teisinė sistema. 2. Aptarti administracinių aktų panaikinimo, tiesiogiai taikant Konvencijos nuostatas administraciniuose teismuose, problematiką. 3. Atskleisti, kaip žalos, padarytos viešojo administravimo srityje arba teismo veiksmais, atlyginimas padeda užtikrinti iš Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos kylančias asmens teises.

Straipsnio hipotezė – tiesioginis Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos taikymas nacionaliniuose teismuose lemia Konvencijos ir Lietuvos nacionalinėje teisės sistemoje įtvirtintų asmens teisių gynimo būdų konvergenciją, o Lietuvos teismai yra pajėgūs garantuoti iš Konvencijos kylančių asmens teisių apsaugą.

Taikytos metodikos apibūdinimas. *Sisteminės analizės* metodo taikymą lėmė teisės mokslo sisteminė prigimtis. Pasitelkus šį metodą analizuojamas Konvencijos ir nacionalinio teisinio reguliavimo santykis, pasitelkiant sisteminius ryšius vertinamas teisinis reguliavimas bei jo atspindys praktikoje. Iš empirinių metodų paminėtini *stebėjimo* metodas, taikytas straipsnio autoriui betarpiškai dalyvaujant ir stebint administracinių teismų veiklą Lietuvoje, taip pat *dokumentų analizės*

metodas, taikytas tiriant oficialius dokumentus (Lietuvos, užsienio valstybių, tarptautinių institucijų teisės aktus, teismų baigiamuosius aktus).

II. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos įtaka Lietuvos administraciniams teismams ginant žmogaus teises

Vienas iš veiksmingiausiai senajame kontinente žmogaus teises ginančių tarptautinių dokumentų yra 1950 m. Romoje priimta Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija (toliau – ir Konvencija), ilgainiui papildyta teisiškai privalomais (prie jų prisijungusioms valstybėms narėms) papildomais protokolais (susitarimais).

Lietuva Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją ratifikavo 1995 m., tuo prisiimdama šioje Konvencijoje įtvirtintus tarptautinius žmogaus teisių apsaugos reikalavimus ir įsipareigodama paklusti Konvencijos nuostatoms. Šis dokumentas po jo ratifikavimo, vadovaujantis Lietuvos Respublikos Konstitucijos 138 straipsnio 3 dalimi, tapo sudėtine Lietuvos nacionalinės teisės dalimi. Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas 1995 m. sausio 24 d. išvadoje „Dėl Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 4, 5, 9, 14 straipsnių ir jos Ketvirtojo protokolo 2 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ nurodė, kad „ši konstitucinė nuostata Konvencijos atžvilgiu reiškia, kad ratifikuota ir įsigaliojusi ji (Konvencija) taps sudedamąja Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalimi ir turės būti taikoma kaip ir Lietuvos Respublikos įstatymai“. Tiesioginis Europos žmogaus teisių konvencijos taikymas reiškia, kad šios konvencijos nuostatomis galima tiesiogiai remtis Lietuvos Respublikos teismuose, taip pat ir santykiuose su viešojo administravimo subjektais. Kaip pažymėjo Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas savo 1995 m. sausio 24 d. išvadoje„„Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija yra ypatingas tarptautinės teisės šaltinis, kurio tikslas kitoks nei daugumos kitų tarptautinės teisės aktų. Šis tikslas yra visuotinis – siekti, kad Visuotinėje žmogaus teisių deklaracijoje skelbiamos teisės būtų visuotinai ir

veiksmingai pripažįstamos ir kad jų būtų laikomasi ginant ir toliau įgyvendinant žmogaus teises ir pagrindines laisves. Šiuo, tai yra, tikslo požiūriu, Konvencija atlieka tokią pat funkciją kaip ir konstitucinės žmogaus teisių garantijos, nes Konstitucija įtvirtina šias garantijas šalyje, o Konvencija – tarptautiniu lygiu".

Užtikrinant efektyvų Europos žmogaus teisių konvencijos veikimą, svarbų vaidmenį mūsų šalyje vaidinant ne tik teismams, bet ir valdžios institucijoms, net nereikėtų įrodinėti, kad asmenų galimybės pasinaudoti tiek tarptautiniuose, tiek nacionaliniuose teisės aktuose įtvirtintomis teisėmis ir laisvėmis priklauso nuo valstybės bei jai atstovaujančių valstybės institucijų, įstaigų, pareigūnų ir kitų viešojo administravimo subjektų valios bei priimamų sprendimų. Kadangi praktiškai kiekvienas Europos žmogaus teisių konvencijoje bei jos papildomame protokole įtvirtintų teisių ir laisvių pažeidimas, kurį padaro valstybės institucijos, pareigūnai arba kiti viešojo administravimo subjektai, gali suponuoti administracinių ginčų atsiradimą, administraciniams teismams nagrinėjant šiuos ginčus Europos žmogaus teisių konvencijos nuostatų taikymas yra ypač aktualus.

Nagrinėjant administracines bylas, kuriose reikalavimai grindžiami Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimais, svarbu atkreipti dėmesį į tai, kad Konvencijos nuostatos ne tik pripažįstamos tiesiogiai, kaip ir Lietuvos Respublikos įstatymai, taikytinomis nacionalinėje teisės sistemoje, bet ir turinčiomis taikymo pirmenybę kolizijos su nacionaliniais teisės aktais atveju. Ši taikymo pirmenybė tampa svarbi, jeigu nacionalinė teisė nustato kitokias taisykles negu Konvencija, arba nacionalinės teisės normos yra nepakankamai aiškios ir gali būti interpretuojamos įvairiai. Tokia Konvencijos nuostatų taikymo pirmenybė išplaukia tiek iš Lietuvos Respublikos nacionalinių, tiek ir iš tarptautinių teisės aktų. Lietuvos Respublikos tarptautinių sutarčių įstatymo 11 straipsnio 2 dalyje skelbiama, kad jei įsigaliojusi ratifikuota Lietuvos Respublikos tarptautinė sutartis nustato kitokias normas negu Lietuvos Respublikos įstatymai, kiti teisės aktai, galiojantys šios sutarties sudarymo metu arba įsigalioję po šios sutarties įsigaliojimo, taikomos Lietuvos Respublikos tarptautinės sutarties nuostatos. Pagal Vienos konvenciją dėl tarptautinių sutarčių teisės, kuri Lietuvos Respublikoje įsigaliojo 1992 m. vasario 14 d., kiekviena įsigaliojusi sutartis jos šalims yra privaloma, ir šalys priva-

lo sąžiningai ją vykdyti. Šalis negali pasitelkti savo vidaus teisės nuostatų, kad pasiteisintų dėl sutarties nesilaikymo (Vienos konvencijos dėl tarptautinių sutarčių teisės 26, 27 straipsniai). Oficialioje Lietuvos Respublikos konstitucinėje doktrinoje taip pat laikomasi nuostatos, kad Lietuvos Respublikos tarptautinės sutartys turi taikymo pirmumą prieš nacionalinius įstatymus: „Konstitucijoje įtvirtintas principas, kad Lietuvos Respublika laikosi sava valia prisiimtų tarptautinių įsipareigojimų, gerbia visuotinai pripažintus tarptautinės teisės principus, suponuoja tai, kad tais atvejais, kai nacionaliniuose teisės aktuose (*inter alia* įstatymuose ar konstituciniuose įstatymuose) nustatomas toks teisinis reguliavimas, kuris konkuruoja su nustatytuoju tarptautinėje sutartyje, turi būti taikoma tarptautinė sutartis“ (Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas).

Šis Konvencijos taikymo nacionalinės teisės atžvilgiu prioritetas reiškia, kad administracinėje byloje reiškiamas reikalavimas panaikinti administracinį aktą ir (arba) atlyginti juo padarytą žalą gali būti siejamas ne tik su nacionalinės kilmės teisės normų pažeidimu, bet ir su Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimu. Panašios praktikos laikomasi ir bendrosios kompetencijos teismuose, kuriuose, pavyzdžiui, teisingai konstatuojama, kad procesinio veiksmo teisėtumas pagal nacionalinę teisę savaime nereiškia jo teisėtumo pagal Konvencijos nuostatas [8; 9]. Kitaip tariant, nepaisant to, kad valstybės institucijų veiksmai atitiko tuo metu galiojančius Lietuvos Respublikos įstatymus, tai savaime nereiškia jų teisėtumo Konvencijos nuostatų prasme. Taigi administracinis aktas gali būti panaikintas arba (ir) juo padaryta žala priteisiama, konstatavus vien Konvencijos pažeidimą. Pavyzdžiui, Vyriausiasis administracinis teismas naikina nutarimus administracinių teisės pažeidimų bylose, konstatavęs, kad juos priimant buvo pažeistos Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos nuostatos, nors Lietuvos nacionalinis teisinis reguliavimas analogiškų reikalavimų ir neįtvirtino. Pasak Vyriausiojo administracinio teismo, nagrinėjant administracinių teisės pažeidimų bylas, kuriose gali būti skiriama administracinė nuobauda, savo griežtumu prilygstanti kriminalinei bausmei, administracinėn atsakomybėn traukiamam asmeniui turi būti suteikiama Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 6 straipsnio 3 dalyje garantuojama teisė apklausti kaltinančius parody-

mus duodančius liudytojus, kuri tiesiogiai Administracinių teisės pažeidimų kodekse nėra įtvirtinta [11]. Reikalavimą atlyginti žalą pareiškėjai taip pat tiesiogiai gali grįsti Žmogaus teisių konvencijos nuostatų pažeidimu.

Konvencijos, kaip tiesiogiai Lietuvoje taikomo akto, pobūdis lemia, kad jos pažeidimą Lietuvos administraciniai teismai gali konstatuoti tiek tais atvejais, kai šiuo klausimu sprendimą jau yra priėmęs Europos Žmogaus Teisių Teismas, tiek ir savarankiškai aiškindami Konvenciją, pasitelkdami Žmogaus Teisių Teismo praktiką kitose bylose.

Lietuvos administraciniai teismai, nagrinėdami administracinius ginčus ir priimdami sprendimus, tiesiogiai taiko šio dokumento bei jo papildomų protokolų nuostatas. Tačiau tiesioginis Konvencijos nuostatų taikymas kartais kelia problemų, nes joje įtvirtintos teisės ir laisvės yra deklaratyvaus pobūdžio ir gana plačios, todėl, siekiant atitinkamam teisiniam santykiui pritaikyti konkrečią Konvencijos nuostatą, kyla grėsmė, kad joje įtvirtinta asmens teisė arba (ir) laisvė gali būti nepagrįstai susiaurinta. Siekiant to išvengti, svarbu nagrinėti Europos Žmogaus Teisių Teismo praktiką. Be abejo, būtų klaidinga manyti, kad Europos žmogaus teisių konvenciją sudaro tik konkrečios nuostatos, įrašytos į jos ir jos protokolų straipsnius. Daugelis Europos Tarybos valstybių narių yra pripažinusios, kad šios Konvencijos neatsiejama dalis yra ir ilgametė Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika bei šio Teismo sprendimuose suformuluoti precedentai. Šios nuostatos laikosi ir Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas, kuris yra pažymėjęs, kad „Europos žmogaus teisių konvencijos nuostatos, įtvirtinančios žmogaus teises bei laisves, yra abstraktaus pobūdžio, todėl siekiant visiškai suvokti šios Konvencijos garantuojamų teisių turinį administraciniams teismams būtina vadovautis Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika“ [12; 15].

Taigi nors Lietuvos įstatymų leidėjas ir nėra aiškiai pasisakęs dėl galimybės teismams priimant sprendimus vadovautis minėto teismo sprendimais, tačiau administracinių teismų praktikoje Europos Žmogaus Teisių Teismo teikiamam Konvencijos aiškinimui tenka svarbus vaidmuo.

Administraciniai teismai nebuvo vieninteliai, iškėlę būtinybę nagrinėjant bylas atsižvelgti ir į Europos Žmogaus Teisių Teismo

praktiką, – tokia būtinybė buvo pripažinta ir kitų teismų praktikoje. 2000 m. gegužės 8 d. nutarime Konstitucinis Teismas yra pažymėjęs, kad Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija, kaip teisės aiškinimo šaltinis, yra aktuali ir aiškinant bei taikant Lietuvos teisę.

Užtikrindami asmenų teises ir laisves, administraciniai teismai naudojasi keletu priemonių, kurias galima būtų suskirstyti į šias pagrindines grupes:

- viešojo administravimo subjektų priimtų administracinių aktų, sprendimų, pažeidžiančių tarptautinių ir nacionalinių teisės aktų asmenims garantuojamas teises ir laisves, panaikinimas;
- įpareigojimas viešojo administravimo subjektams atlikti veiksmus, kurie užtikrintų asmenų galimybę tinkamai pasinaudoti jiems garantuojamomis teisėmis ir laisvėmis;
- turtinės ir neturtinės žalos, atsiradusios dėl viešojo administravimo subjektų neteisėtų veiksmų, kuriais pažeidžiamos garantuojamos teisės bei laisvės, atlyginimas.

Be abejo, neteisėtų administracinių aktų panaikinimas arba (ir) įpareigojimas viešojo administravimo subjektams atlikti savo pareigą yra svarbiausios priemonės, susijusios su asmens teisių ir laisvių apsauga, nes jais praktiškai yra panaikinamos viešojo administravimo subjektų sudarytos kliūtys asmeniui pasinaudoti minėtomis teisėmis. Reikalavimas atlyginti turtinę ir neturtinę žalą, atsiradusią dėl viešojo administravimo neteisėtų veiksmų, kuriais pažeidžiamos jų teisės, paprastai reiškiamas, pavadinkime, „pasibaigus“ jų teisių arba laisvių pažeidimams, t. y. arba pripažinus administracinį aktą, viešojo administravimo subjektų veiksmus arba neveikimą neteisėtais, arba viešojo administravimo subjektui pačiam baigus asmens teisių pažeidimą, todėl yra išvestinė (kompensacinė) priemonė. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo praktikoje nereti atvejai, kai administracinis aktas panaikinamas arba viešojo administravimo subjektas įpareigojamas atitinkamai veikti tiesiogiai taikant Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos nuostatas, nors nacionalinis teisinis reglamentavimas atitinkamų pareiškėjo teisių neužtikrina.

III. Administracinių aktų panaikinimas dėl Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimų kaip asmens teisių apsaugos garantija

Kaip jau minėta, iš esmės bet koks Europos žmogaus teisių konvencijos pažeidimas gali kelti administracinių ginčų.

Administraciniams teismams neretai tenka nagrinėti asmenų skundus dėl viešojo administravimo subjektų veiksmų (neveikimo), kuriais yra pažeidžiamas kiekvienam asmeniui svarbus asmeninio ir šeimos gyvenimo neliečiamumas, susirašinėjimo slaptumas, būsto neliečiamybė. Šios teisės garantuojamos Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 8 straipsnyje, be kita ko, straipsnyje draudžiama valdžios pareigūnams kištis į naudojimąsi šia teise, išskyrus atvejus, kai tai numatyta įstatymuose. Ko gero, daugiausia skundų, susijusių su teisės į asmeninio gyvenimo gerbimą ir susirašinėjimo slaptumą, administraciniams teismams reiškia kalinamieji asmenys, skųsdami kalinimo įstaigų vadovų ir pareigūnų veiksmus, susijusius su jų gaunamo pašto cenzūra, teisės į ilgalaikius susitikimus ribojimu ir kitais klausimais.

Pavyzdžiui, Vyriausiajam administraciniam teismui teko nagrinėti kalinamo asmens skundą dėl pataisos namų administracijos sprendimų, kuriais atsisakyta suteikti teisę į ilgalaikį pasimatymą su sugyventine. Atsisakymą suteikti teisę į ilgalaikį pasimatymą atsakovas grindė tuo, kad Bausmių vykdymo kodekso 94 straipsnio 3 dalyje nuteistiesiems numatyta teisė į ilgalaikį pasimatymą su sugyventiniu, tačiau pagal Civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymo nuostatas Civilinio kodekso normos dėl partnerystės santykių įsigalioja nuo įstatymo, reglamentuojančio partnerystės įregistravimo tvarką, įsigaliojimo momento. Atsakovas savo nuostatą grindė tuo, kad, nesant tokios registracijos, nuteistieji nepagrįstai pradėtų reikalauti ilgalaikių pasimatymų su įvairiais asmenimis, skundo tenkinimas sudarytų precedentą nuteistųjų nepagrįstoms pretenzijoms. Taigi, kol nėra partnerystės santykių registraciją reglamentuojančių teisės normų, teisė į ilgalaikį pasimatymą su sugyventiniu negali būti

suteikta. Norėdamas gauti ilgalaikį pasimatymą, pareiškėjas turėtų sudaryti santuoką su savo sugyventine.

Vyriausiasis administracinis teismas šiai pataisos namų administracijos nuostatai nepritarė ir patenkino pareiškėjo skundą, grįsdamas jį Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimais. Teismas nurodė, kad partnerystės įregistravimas įstatymų numatyta tvarka labiau sietinas su sugyventinių turtinių santykių reguliavimu. Todėl partnerystės neįregistravimas įstatymų nustatyta tvarka neturėtų būti kliūtis sprendžiant sugyventinių asmeninius neturtinius santykius. Be to, pasak Vyriausiojo administracinio teismo, „Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 8 straipsnis kiekvienam suteikia teisę į tai, kad būtų gerbiamas jo asmeninis ir jo šeimos gyvenimas, buto neliečiamybė ir susirašinėjimo slaptumas. Šio Konvencijos straipsnio antroje dalyje numatyta, kad šios teisės negali būti ribojamos, išskyrus atvejus, kai tai numatyta įstatyme ir kai tai yra būtina išskyrus įstatymo numatytus atvejus ir kai tai būtina valstybės saugumo, viešosios tvarkos ar šalies ekonominės gerovės interesams, siekiant užkirsti kelią teisės pažeidimams ar nusikaltimams, taip pat gyventojų sveikatai ar dorovei arba kitų žmonių teisėms ir laisvėms apsaugoti. Pareiškėjo pageidavimas gauti ilgalaikį pasimatymą su sugyventine nėra atvejų, kaip nors pažeidžiančių visuomenės saugumą, gyventojų sveikatą ir pan., tarpe.

Taip pat nepagrįstas atsakovų teiginys, jog pareiškėjas turėtų sudaryti santuoką su sugyventine, norėdamas gauti ilgalaikį pasimatymą. Šis reikalavimas pažeistų Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 10 straipsnyje įtvirtintą teisę laisvai reikšti mintis ir įsitikinimus, laikytis savo nuomonės. Santuokos sudarymas yra asmens teisė, o ne pareiga, todėl negali būti laikomas prielaida kitai teisei įgyti“ [14].

Be abejo, kalinamieji nėra vienintelė asmenų grupė, besiskundžianti dėl teisės į privatų gyvenimą pažeidimų. Su teisės į asmeninio gyvenimo gerbimą pažeidimu susiduria ir valstybės pareigūnai bei valstybės tarnautojai, dėl to kyla tarnybinių ginčų, kurių nagrinėjimas yra priskirtas administracinių teismų kompetencijai. Nagrinėdamas šias bylas, Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas remiasi Konvencijos 8 straipsnio turiniu, iš kurio matyti, kad valstybės institucijos turi teisę apriboti asmens teisę į privataus gyvenimo gerbimą esant tam tik-

roms sąlygoms bei įstatymų numatytais atvejais. Paprastai šie apribojimai taikomi su valstybės saugumu, valstybės ir tarnybos paslapčių apsauga susijusias ir kitas panašias pareigas einantiems valstybės tarnautojams, pareigūnams, kariams ir kitiems asmenims. Pažymėtina, kad administracinių teismų praktikoje [12; 19] laikomasi nuostatos, jog Konvencijoje nėra nuostatų, paneigiančių viešojo administravimo įgaliojimus turinčių asmenų teisę į privataus gyvenimo gerbimą, ir kad šios teisės garantijos būtų skirtingos jiems arba kitiems asmenims priklausomai nuo jų profesinės veiklos, todėl bet kokie minėtos teisės suvaržymai turi būti proporcingi siekiamiems tikslams bei aiškiai nustatyti nacionalinės teisės aktuose.

Pavyzdžiui, Vyriausiasis administracinis teismas yra nagrinėjęs klausimą dėl Valstybės sienos apsaugos tarnybos pareigūnui paskirtos tarnybinės nuobaudos pagrįstumo. Nuobauda buvo paskirta už tai, kad jis kasmetinių atostogų metu buvo išvykęs į Egiptą ir Rusijos Federaciją, iš anksto apie tai neinformavęs savo tiesioginio vadovo, ir tuo pažeidė Valstybės sienos apsaugos tarnybos vado įsakymais patvirtintus tarnybą reglamentuojančius norminius teisės aktus. Spręsdamas šią bylą, Vyriausiasis administracinis teismas rėmėsi Konvencijos 8 straipsniu bei Žmogaus Teisių Teismo praktika, pagal kurią valstybės institucijos turi teisę apriboti asmens teisę į privataus gyvenimo gerbimą esant trim būtinoms sąlygoms: pirma, tai turi būti nustatyta įstatymu; antra, tai turi būti būtina demokratinėje visuomenėje; trečia, turi būti siekiama Konvencijos 8 straipsnio 2 dalyje nustatytų tikslų (Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas *Huvig byloje prieš Prancūziją*, 1990 m. balandžio 24 d., § 25). Vyriausiasis administracinis teismas konstatavo, kad „atsakovo paskirta tarnybinė nuobauda pareiškėjui pažeidė pareiškėjo ir jo šeimos gyvenimo neliečiamumą [...]. Pareiškėjas vidaus teisės aktuose nustatytos pareigos neįvykdė būdamas ne tarnyboje, o kasmetinėse atostogose, kurios yra skirtos tarnautojui pailsėti, ir šios teisės realizavimas negali būti ribojamas nesant pagrįsto būtinumo. Valstybės institucijos turi teisę apriboti asmens teisę į privataus gyvenimo neliečiamumą tik tais atvejais, kai tai numatyta įstatymu ir kai tai būtina valstybės saugumo, viešosios tvarkos ar šalies ekonominės gerovės interesams, siekiant užkirsti kelią teisės pažeidimams ar nusikaltimams, taip pat gyventojų sveikatai ar dorovei arba kitų žmonių teisėms ir laisvėms apsaugoti [...].

Įstatyme nesant pareigos informuoti apie išvykimą į užsienį, taip pat atsižvelgiant į tai, jog pareiškėjas per kelias dienas nuo grįžimo rašytu tiesioginiam vadui pranešė apie tai, jog buvo išvykęs, pareiškėjui paskirta tarnybinė nuobauda neatitinta draudimo, jog neteisėtas kišimasis į asmeninį ir šeimyninį gyvenimą galimas tik pagal įstatymines teisės normas ir siekiant Konvencijos 8 straipsnio 2 dalyje nustatytų tikslų." [19].

Religingiems asmenims yra svarbi Europos žmogaus teisių konvencijos 9 straipsnio garantuojama kiekvieno asmens teisė į minties, sąžinės ir religijos laisvę. Religinės bendruomenės pripažinimas ir įregistravimas įstatymų nustatyta tvarka yra svarbi asmenų, išpažįstančių tam tikrą religiją, tikėjimo ir sąžinės laisvės įgyvendinimo forma. Tačiau ne visų religijų deklaruojami principai dera su demokratine visuomene, viešąja tvarka bei visuotinai pripažintais moralės principais, todėl valstybės kontrolė yra būtina. Minėtos kontrolės nedraudžia ir Europos žmogaus teisių konvencija, tačiau nustato jos ribas – 9 straipsnio 2 dalyje numatyta, kad laisvė skelbti savo religiją arba tikėjimą gali būti ribojama, kiek yra nustatyta įstatymu ir kiek būtinai reikia demokratinėje visuomenėje visuomenės saugumui, viešajai tvarkai, sveikatai ir moralei ar kitų asmenų teisėms ir laisvėms apsaugoti. Įstatymų leidėjas Lietuvos Respublikos religinių bendruomenių ir bendrijų įstatymu pagrindinį vaidmenį registruojant religines bendruomenes ir bendrijas bei kontroliuojant jų veiklą yra pavedęs Teisingumo ministerijai. Kadangi tikinčiųjų teisė į tikėjimo laisvę apima ir lūkesčius, kad religinei bendruomenei bus leista autonomiškai egzistuoti be nepagrįsto valstybės kišimosi į jos organizacinius reikalus, galimybė apskųsti viešojo administravimo subjektų sprendimus administraciniams teismams yra svarbi Konvencijoje įtvirtintų teisių įgyvendinimo garantija. Paminėtinas Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. vasario 4 d. sprendimas administracinėje byloje Nr. A^{14}-96/2005, kurioje buvo sprendžiamas ginčas dėl Teisingumo ministerijos atsisakymo registruoti religinę bendruomenę, t. y. dėl valstybės veiksmų apribojant asmens tikėjimo ir sąžinės laisvę teisėtumo. Atsakovo atsisakymas įregistruoti religinę bendruomenę buvo grindžiamas argumentu, kad pareiškėjo atstovaujamo judėjimo pažiūros nėra religija Religinių bendruomenių ir bendrijų įstatymo 4 straipsnio 1 dalies prasme.

Šioje byloje Vyriausiasis administracinis teismas, vertindamas Teisingumo ministerijos priimtų sprendimų teisėtumą, atsižvelgė į Europos Žmogaus Teisių Teismo 2000 m. spalio 26 d. *Hasan ir Chaush bylos prieš Bulgariją* sprendime pateiktą teiginį, kad, sprendžiant religinių bendruomenių registravimo reikalus, tam tikrais atvejais tikėjimo laisvės neteisėtu suvaržymu gali būti pripažįstami valstybės veiksmai vertinant atskirų religinių įsitikinimų bei jų išraiškos priemonių atitikimą įstatymams. Vyriausiasis administracinis teismas taip pat pažymėjo: „kadangi vieningos nuomonės religijotyros moksle nėra, teisėjų kolegija specialisto išvadą vertina tik kaip vieną iš egzistuojančių religijotyros moksle nuomonių, kuri nėra pakankama daryti kategoriškai išvadai, kad pareiškėjo išpažįstama doktrina nėra religija. Esant tokiai situacijai valstybė turi išlikti neutrali pareiškėjo išpažįstamų pažiūrų kvalifikavimo požiūriu. Atsakovo veiksmai vertinant pareiškėjo išpažįstamą doktriną kaip neatitinkančią mokslinės religijos sampratos vertintini kaip peržengiantys šios valstybės institucijos kompetencijos ribas, kartu tai yra neteisėtas pareiškėjo religijos laisvės suvaržymas“ [13].

Administracinių teismų kompetencijai priskiriami ir kiti ginčai, kylantys iš Konvencijoje garantuojamų teisių ir laisvių. Pavyzdžiui, administraciniai ginčai dėl nuosavybės teisių atkūrimo yra ypač glaudžiai susiję su Europos žmogaus teisių konvencijos pirmojo protokolo 1 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta asmens teise į nuosavybės neliečiamybę. Administracinių teismų kompetencijai priskiriami ginčai tarp asmenų (asmenų grupių) ir viešojo administravimo subjektų dėl pastarųjų atsisakymo išduoti leidimus mitingams arba kitiems viešiesiems susirinkimams, atsisakymo arba vilkinimo registruoti asociacijas, politines partijas ir panašių sprendimų tiesiogiai siejasi su Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 11 straipsnyje numatyta teise laisvai rengti taikius susirinkimus, jungtis į asociacijas kartu su kitais, taip pat steigti ir stoti į profesines sąjungas savo interesams ginti. Šiuo aspektu yra svarbios Europos žmogaus teisių konvencijos 14 straipsnio nuostatos, teigiančios, kad naudojimasis Konvencijos pripažintomis teisėmis ir laisvėmis turi būti garantuojamas be jokios diskriminacijos, bei 13 straipsnio nuostatos, nustatančios, kad kiekvienas, kurio teisės arba laisvės buvo pažeistos, turi teisę pasinaudoti efektyvia

teisine gynyba valstybiniuose organuose, nesvarbu, ar tai padarė oficialias pareigas einantys asmenys.

Be abejo, žmogaus teisėms ir laisvėms užtikrinti svarbi yra ne tik pati galimybė apskųsti neteisėtus viešojo administravimo subjektų sprendimus, veiksmus arba neveikimą, bet ir garantijos, kad asmens skundas būtų išnagrinėtas per įmanomai trumpiausią laiką, lygybės ir viešumo sąlygomis ir pagal įstatymą sudaryto nepriklausomo ir nešališko teismo. Šia nuostata privalo vadovautis visi teismai, taip pat ir administraciniai, nagrinėdami jų kompetencijai priskirtas bylas, todėl minėtos teisės įgyvendinimas yra glaudžiai susijęs su teismų nešališkumu, teisėjų profesionalumu bei priimamų sprendimų teisėtumu ir teisingumu. Procesinės asmens teisių apsaugos garantijos ypač aktualios nagrinėjant administracinių teisės pažeidimų bylas, kurios pagal savo pobūdį ir atsakomybėn traukiamam asmeniui gresiančios sankcijos griežtumą dažnai gali būti palygintos su pareikšto baudžiamojo kaltinimo sprendimu Konvencijos 6 straipsnio prasme [3, p. 91–98]. Lietuvos Respublikos Seimui 1995 m. ratifikavus Europos žmogaus teisių konvenciją bei šios Konvencijos protokolus, Administracinių teisės pažeidimų kodeksas nebuvo išsamiai papildytas procesinėmis teisės normomis, įtvirtinančiomis Konvencijos garantuojamą teisę į teisingą teismo procesą, todėl administraciniai teismai su Konvencijos taikymo problemomis susiduria būtent spręsdami administracinių teisės pažeidimų bylas. Šiuo aspektu Lietuvos vyriausiajam administraciniam teismui, kaip aukščiausiajai teisminei instancijai, tenka svarbus darbas sprendžiant procesinius klausimus atsižvelgti į Europos žmogaus teisių konvenciją ir taip formuoti vienodą administracinių teismų praktiką.

Pavyzdžiui, Europos Žmogaus Teisių Teismo praktikoje pripažįstama, kad galimybė asmeniui asmeniškai arba per atstovą dalyvauti teisme sprendžiant jo laisvės apribojimo klausimą, yra viena fundamentalių garantijų (Europos Žmogaus Teisių Teismo 1986 n. spalio 21 d. *Sanchez-Reisse* bylos prieš *Šveicariją* sprendimas), todėl Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas ne kartą naikino pirmosios instancijos administracinių teismų sprendimus administracinių teisės pažeidimų bylose, konstatuodamas, kad administraciniai teismai turi užtikrinti asmens teises, numatytas Europos žmogaus teisių konvencijos 5 ir 6 straipsniuose, *inter alia,* asmeniškai arba per atstovą dalyvauti tei-

smo posėdyje, žinoti, kada ir kur bylą, susijusią su laisvės apribojimu, nagrinėja teismas [17].

Neretai pasitaiko atvejų, kai apeliacinės instancijos administraciniam teismui yra skundžiami administracines bylas pirmąja instancija nagrinėjančių teismų nemotyvuoti sprendimai, kurie iš esmės pažeidžia aukščiau minėtas asmenų procesines teises. Europos Žmogaus Teisių Teismas yra pažymėjęs, kad Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 6 straipsnio 1 dalis įpareigoja teismus nurodyti savo sprendimų motyvus (Van de Hurk byla prieš Nyderlandus, 1994 m. balandžio 19 d., § 61). Žmogaus Teisių Teismas vėliau nagrinėtose bylose yra patikslinęs, kad šis straipsnis negali būti aiškinamas kaip įpareigojantis teismą pateikti detalų atsakymą į kiekvieną argumentą. Europos Žmogaus Teisių Teismas pažymėjo, kad teismo pareigos nurodyti savo sprendimų motyvus apimtis gali keistis priklausomai nuo sprendimo pobūdžio. Be to, būtina atsižvelgti į, *inter alia*, pareiškimų, kuriuos teismams gali pateikti bylos šalis, įvairovę ir į susitariančiose šalyse egzistuojančius skirtumus, susijusius su įstatymų nuostatomis, praktikoje susiklosčiusiomis taisyklėmis, teisine doktrina ir teismų sprendimų paskelbimu bei surašymu. Todėl klausimas, ar teismas neįvykdė savo įsipareigojimo, kylančio iš Konvencijos 6 straipsnio, pateikti motyvus, gali būti sprendžiamas tik įvertinant bylos aplinkybes (Hiro Balani byla prieš Ispaniją, 1994 m. gruodžio 9 d., § 27; Ruiz Torija byla prieš Ispaniją, 1994 m. gruodžio 9 d., § 29; Suominen byla prieš Suomiją, 2003 m. liepos 1 d., § 34 ir kt.). Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas daugelyje bylų yra pažymėjęs, kad teismų sprendimai administracinėse bylose turi būti tinkamai motyvuojami, o būtinybė tinkamai motyvuoti teismo dokumentus yra daug kartų nurodyta teismų praktikoje. Nemotyvuoti teismų sprendimai, kaip pažeidžiantys esmines asmens procesines teises ir Konvencijos nuostatas, yra naikinami [16].

Iš aukščiau pateiktų pavyzdžių matyti, kad asmenų teises ir laisves pažeisti gali ne tik viešojo administravimo subjektai, bet ir teisingumą vykdančios institucijos. Todėl tik laikydamiesi teisės aktuose nustatytų procedūrų, tinkamai taikydami materialines teisės normas ir visame bylos nagrinėjimo procese siekdami apsaugoti žmogaus teises ir laisves, teismai gali užtikrinti, kad jie bus žmogaus teises ginanti, o ne jas pažeidžianti institucija.

Asmenų galimybės pasinaudoti jiems garantuojamomis teisėmis ir laisvėmis didele dalimi priklauso nuo valstybės įgaliojimus turinčių asmenų valios, todėl Lietuvos administraciniai teismai vaidina svarbų vaidmenį užtikrindami Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijoje, kituose tarptautiniuose bei nacionaliniuose teisės aktuose mūsų valstybės jurisdikcijai priklausantiems asmenims garantuojamas teises bei laisves.

IV. Valstybės civilinės atsakomybės už Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimus taikymo administraciniuose teismuose problematika

Nors neteisėtų administracinių aktų panaikinimas yra pagrindinė asmens teisių gynimo santykiuose su viešojo administravimo subjektais priemonė, tačiau neretai vien administracinio akto panaikinimas arba įpareigojimas viešojo administravimo subjektui atlikti atitinkamus veiksmus negali visiškai pašalinti padaryto pažeidimo pasekmių. Tokiu atveju žalos, padarytos viešojo arba vidaus administravimo srityje, atlyginimas turėtų padėti atstatyti padėtį, buvusią iki pažeidimo padarymo. Žalos, padarytos viešojo arba vidaus administravimo srityje, atlyginimas ir yra išvestinė (kompensacinė) priemonė, tačiau ši priemonė turi ypatingą prevencinę paskirtį. Administracinio teismo priteista žalos atlyginimo suma sumokama iš valstybės biudžeto lėšų, o valstybės galimybės šią žalą regreso būdu išieškoti iš neteisėtus veiksmus (neveikimą) atlikusių valstybės įgaliotų asmenų įstatymais yra ribota, todėl valstybės institucijos, viešojo administravimo subjektai imasi priemonių, kad nebūtų analogiškų skundų (pvz., naikina priimtus administracinius aktus, priima naujus teisės aktus, išsamiau reglamentuojančius atitinkamus teisinius santykius ir kt.).

Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas, stiprindamas žmogaus teisių apsaugą, yra išaiškinęs, kad vien aplinkybė, jog pareiškėjas įstatymų nustatyta tvarka nesikreipė dėl viešojo administravimo institucijos neveikimo pripažinimo neteisėtu, nesudaro pagrindo atmesti

reikalavimą dėl žalos, padarytos tokiais aktais, atlyginimo. Vyriausiasis administracinis teismas nurodė, kad „pagal Lietuvos Respublikos civilinį kodeksą viena iš būtinų sąlygų civilinei atsakomybei atsirasti yra neteisėti veiksmai (CK 6.246 str., 6.271 str.). Todėl sprendžiant ginčą dėl žalos atlyginimo teismas turi nustatyti, ar atitinkami veiksmai (neveikimas), dėl kurių atsiradusią žalą prašoma atlyginti, yra neteisėti (teisėti). Institucijai neveikiant ar vilkinant atitinkamų veiksmų atlikimą, netinkamai (pažeidžiant teisės normų reikalavimus) atliekant tam tikrus veiksmus, nesikreipimas į kompetentingą instituciją su reikalavimu įpareigoti atlikti veiksmus, pašalinančius tiesiogines tokio neveikimo, vilkinimo ar netinkamai atlikto veiksmo pasekmes, nesudaro pagrindo pripažinti, kad vilkinimas, neveikimas ar netinkamai atlikti veiksmai yra teisėti. Pagrindas kreiptis su tokiu reikalavimu (dėl įpareigojimo atlikti veiksmus) gali išnykti institucijai pačiai, nors ir pavėluotai, atlikus atitinkamus veiksmus. Tad reikalavimas, kad viešojo administravimo institucijos neteisėtas neveikimas, vilkinimas ar netinkamas veiksmo atlikimas būtinai būtų nustatytas sprendžiant ginčą dėl neveikimo ar vilkinimo pripažinimo ir (arba) įpareigojimo atlikti veiksmus, asmeniui neteisėtu neveikimu, vilkinimu ar neteisėtu veiksmu padarytos žalos atlyginimą gali padaryti iš esmės neįmanomu“ [18].

Kitaip tariant, teismas padarė išvadą, jog administravimo institucijos neveikimo pripažinimas neteisėtu ir žalos dėl tokio neveikimo atlyginimas yra savarankiškos teisminės gynybos priemonės, kurios, nors ir yra susijusios, tačiau nepasinaudojimas pirmąja neužkerta kelio taikyti antrąją gynybos priemonę. Įgyvendinant asmens teises, garantuotas Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijoje, ši Vyriausiojo administracinio teismo išvada yra ypač svarbi. Tačiau teismų praktikoje iki galo nėra išspręsti klausimai, ar asmeniui gali būti priteisiama viešojo administravimo srityje neteisėtu administravimo aktu padaryta žala, kai prieš tai asmuo nesikreipė į teismą dėl tokio akto pripažinimo neteisėtu ir jo panaikinimo. Viena, teisinių santykių stabilumas reikalautų, kad į administraciniu aktu, kuris nebuvo apskųstas ir panaikintas, suformuotus teisinius santykius nebebūtų daroma intervencija, kai pasibaigia tokio akto apskundimo terminas. Kita vertus, žalos atlyginimu tokia intervencija ir nėra daroma – tiesiog vertinant civilinės atsakomybės sąlygas nustatoma, ar atitinkamas ad-

ministracinis aktas buvo teisėtas ir ar yra pagrindas priteisti dėl neteisėto akto atsiradusios žalos atlyginimą. Byloje dėl žalos atlyginimo konstatavus, kad aktas yra neteisėtas, jis nėra panaikinamas, tačiau dėl šio akto nukentėjusiam asmeniui gali būti taikoma kompensacinė žalos atlyginimo tvarka. Be to, Europos Bendrijų Teisingumo Teismas įpareigojo Europos Sąjungos valstybes nares spręsti žalos, padarytos netinkamai pritaikius ES teisę, atlyginimo klausimą, net kai ši žala padaryta aukščiausiosios instancijos teismo veiksmais [4]. Nors ši Teisingumo Teismo išvada tiesiogiai taikoma tik kalbant apie ES teisės pažeidimą, tačiau konstitucinis asmens lygybės prieš įstatymą ir teismą principas reikalautų vienodai vertinti situacijas nepriklausomai nuo to, ar asmeniui žala padaryta neteisėtai taikant ES teisę, ar nacionalinę teisę, ar Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją.

Reikalavimas atlyginti žalą, padarytą viešojo administravimo srityje, gali būti kildinamas ne tik iš nacionalinės teisės, bet ir iš Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimų. Pastaraisiais atvejais, nagrinėjant bylas, be įprastinių civilinės atsakomybės klausimų, susiduriama su papildomais probleminiais teisiniais aspektais, pavyzdžiui:

- ar bylą dėl žalos atlyginimo nagrinėjantys Lietuvos administraciniai teismai gali laikyti neteisėtais valstybės institucijų administracinius aktus, kurie *expressis verbis* nepažeidžia nacionalinio teisinio reguliavimo, bet prieštarauja Konvencijos nuostatoms?
- jei taip, ar prieštaravimas Konvencijai privalo būti konstatuotas Europos Žmogaus Teisių Teismo, ar tai savarankiškai gali padaryti ir bylą dėl žalos atlyginimo nagrinėjantis nacionalinis teismas?
- koks santykis tarp žalos atlyginimo sumų, priteisiamų Europos Žmogaus Teisių Teismo, ir galimo žalos atlyginimo nacionaliniuose teismuose?

Minėta, kad Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos prasme žmogaus teisės gali būti pažeistos įvairių valstybės institucijų veiksmais, t. y. ne tik viešojo administravimo subjektų administraciniais aktais, bet ir bylą nagrinėjusių nacionalinių teismų sprendimais. Strasbūro teismo praktika leidžia daryti išvadą, kad vie-

nas iš dažniausiai konstatuojamų Konvencijos pažeidimų yra susijęs su asmens teisės į bylos nagrinėjimą per protingą terminą pažeidimu. Lietuvoje jau nėra neįprastas žalos atlyginimo priteisimas už Konvencijos 6 straipsnio 1 dalyje numatytos teisės į baudžiamosios bylos nagrinėjimo per protingą laiką pažeidimą. Bendrosios kompetencijos teismai tais atvejais, kai nacionalinė teisė nereglamentuoja valstybės atsakomybės už tam tikrus pažeidimus (pernelyg ilgą baudžiamosios bylos nagrinėjimą), valstybės atsakomybę nustato vadovaudamiesi tarptautinėmis sutartimis kaip nacionalinės teisės sistemos dalimi (Konstitucijos 138 straipsnio 3 dalis) [9]. Gana sparti proceso eiga administracinėse bylose kol kas neteikia prielaidų svarstyti, kad Lietuvos administraciniai teismai galėtų pažeisti asmens teisę į bylos nagrinėjimą per protingą terminą[1]. Tačiau negalima atmesti galimybės, kad toliau sparčiai augant bylų skaičiui ir susiklosčius išimtinėms aplinkybėms atskirais atvejais bendra proceso trukmė gali svyruoti ties Konvencijos 6 straipsnio 1 dalies pažeidimo riba.

Ar Lietuvos teisinė sistema pajėgi asmenims suteikti efektyvias teisinės gynybos priemones dėl teisės į bylos nagrinėjimą per protingą terminą pažeidimo? Ar asmeniui liktų tik vienintelis kelias apginti savo teises – kreiptis į Europos Žmogaus Teisių Teismą? Teisinės valstybės principas reikalauja, kad valstybėje būtų nustatyta tvarka ginti žmogaus teises ne tik nuo vykdomosios valdžios institucijų pažeidimų, bet ir nuo galimų pažeidimų teismo veiksmais. Svarbu atkreipti dėmesį į tai, kad Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija garantuoja ne tik asmens teisę į greitą ir teisingą procesą (6 str. 1 d.), bet ir teisę į efektyvią teisinę gynybą valstybės institucijose. Europos Žmogaus Teisių Teismo Didžioji kolegija *Sürmeli bylos prieš Vokietiją* sprendime yra konstatavusi, kad teisinė gynyba yra efektyvi, jei ji užkerta kelią nurodomam pažeidimui arba jo tolesniam egzistavimui, arba suteikia tinkamą kompensaciją dėl jau padarytų Konvencijos pažeidimų. Pasak Strasbūro teismo, Konvencijos 13 straipsnis ga-

[1] Pavyzdžiui, bylos pagal atskiruosius skundus dėl apygardų administracinių teismų nutarčių nagrinėjimas Vyriausiajame administraciniame teisme 2007 m. vidutiniškai truko 1,8 mėnesio; administracinių teisės pažeidimų bylos nagrinėjimas vidutiniškai truko 3,88 mėnesio; bylos pagal apeliacinius skundus dėl apygardų administracinių teismų sprendimų nagrinėjimas vidutiniškai truko 7,55 mėnesio; bylos dėl norminių administracinių aktų teisėtumo nagrinėjimas vidutiniškai truko 11,05 mėnesio.

rantuoja teisinės gynybos priemonę taip pat ir dėl galimų Konvencijos 6 straipsnio pažeidimų, padarytų pernelyg ilgai nagrinėjant bylą. Ši priemonė yra paveiki, jei ją pasitelkęs pareiškėjas gali pagreitinti kompetentingo teismo sprendimą arba gauti tinkamą kompensaciją dėl jau atsiradusio vilkinimo [7].

Skirtingos valstybės įvairiais būdais siekia išspręsti šią problemą ir kuria įvairias vidaus teisminės gynybos priemones, ginančias žmogaus teisę į bylos nagrinėjimą per protingą terminą, siekdamos išvengti to, kad asmuo bus priverstas prieš savo valstybę bylinėtis Strasbūro teisme. Pavyzdžiui, Vokietijos parlamente diskutuojama dėl proceso įstatymų pakeitimų, suteiksiančių galimybę bylos šalims paduoti skundą toje pačioje byloje aukštesniajam teismui, jeigu bylos nagrinėjimas, jų manymu, viršija protingo termino ribas (vok. *die Untätigkeitsbeschwerde wegen überlanger Verfahrensdauer*). Tokiu atveju aukštesnis teismas, nustatęs bylos vilkinimą, galėtų nustatyti terminą, per kurį pirmosios instancijos teismas turėtų imtis priemonių procesui paspartinti [22]. Lenkijoje administraciniams teismams yra suteikti įgaliojimai nagrinėti skundus ir priteisti žalos atlyginimą dėl pernelyg ilgos civilinių, baudžiamųjų bei administracinių bylų nagrinėjimo trukmės. Lietuvoje šis klausimas aiškiai nereglamentuotas. Civilinio kodekso 6.272 straipsnyje kalbama tik apie žalos, padarytos nagrinėjant civilinę bei baudžiamąją bylą, atlyginimą ir nieko nesakoma apie žalos, kildinamos iš administracinės bylos, atlyginimą. Tačiau tai neteikia digsties samprotauti, kad žala, padaryta pernelyg ilgai nagrinėjant administracinę bylą, neturėtų būti atlyginama. Konstitucinis Teismas 2006 m. rugpjūčio 19 d. nutarime yra pažymėjęs, kad, reglamentuojant žalos atlyginimo klausimus, kai žalą padaro valstybės pareigūnai, valstybei nesuteikta diskrecija nustatyti išsamų baigtinį sąrašą atvejų, kuriais ta žala turi būti atlyginama, nes tai prieštarauja konstituciniam principui, pagal kurį padaryta žala turi būti atlyginta. Asmens teisė reikalauti žalos, padarytos teismui pernelyg ilgai nagrinėjant administracinę bylą, atlyginimo, manytume, kyla tiesiogiai iš Konstitucijos bei Žmogaus teisių apsaugos konvencijos nuostatų. Kokie veiksniai galėtų būti reikšmingi sprendžiant, kas ir kokiais kriterijais remdamasis turėtų nagrinėti tokio pobūdžio ginčus? Teisiškai reikšminga aplinkybė turėtų būti tai, kad vertinant bylinėjimosi trukmę reikėtų atsižvelgti ne vien į bylinėjimosi laiką administraciniuose teismuose, bet ir iki tei-

smo (institucinė, kvaziteisminė ginčo nagrinėjimo stadijos, t. y. į visą asmens teisių gynimo laikotarpį), ypač tais atvejais, kai ikiteisminė administracinio ginčo nagrinėjimo tvarka nėra pasirinktina, o privalomai išplaukia iš imperatyvių įstatymo normų. Atsižvelgiant į tai, kad (1) administraciniai teismai nagrinėja ginčus dėl teisės viešojo ir vidaus administravimo srityse (Administracinių bylų teisenos įstatymo 3 straipsnio 1 dalis), kad (2) reikalavimas atlyginti per ilgu bylinėjimusi padarytą žalą taip pat netiesiogiai būtų siejamas su viešojo administravimo subjektų veiklos vertinimu (ginčo pobūdis, ginčo sudėtingumas, pareiškėjo elgsena, kompetentingų institucijų elgsena ir kiti Žmogaus Teisių Teismo praktikoje suformuluoti kriterijai), kad (3) turi būti įvertinta ir ginčo nagrinėjimo ikiteisminėse institucijose (o jos gali būti ir viešojo administravimo subjektai) trukmė, tokie ginčai dėl pernelyg ilgo bylinėjimosi administraciniuose teismuose padarytos žalos atlyginimo turi būti nagrinėjami administraciniuose teismuose. Administracinių bylų teisenos įstatymo 16 straipsnio 2 dalies nuostata (beje, šiuo metu laukianti atitikties Konstitucijai patikros Konstituciniame Teisme [20]), kad administracinių teismų kompetencijai neskiriama tirti teisėjų veiksmų, susijusių su teisingumo vykdymu, turėtų būti vertinama kaip draudžianti kištis į teisėjų ir teismų nepriklausomumą nagrinėjant kitas bylas, o ne kaip ribojanti galimybę, užbaigus administracinės bylos nagrinėjimą iš esmės, spręsti žalos, padarytos dėl per ilgo bylinėjimosi, atlyginimo klausimą.

Svarbus Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimų vykdymo ir žalos dėl Konvencijos pažeidimų atlyginimo santykis. Kai Europos Žmogaus Teisių Teismas priteisia asmeniui teisingą atlyginimą už žalą, padarytą valstybės institucijoms pažeidus Konvencijos nuostatas, jo sprendimas, nors ir gali būti skaudus valstybės biudžetui, teisine prasme sunkumų jį vykdant nekelia. Tačiau problema tampa daug sudėtingesnė, kai Žmogaus Teisių Teismo sprendimas reikalauja kitokių vykdymo priemonių. Kraštutinis atvejis – kai Europos Žmogaus Teisių Teismas aiškiai įpareigoja valstybę pakeisti nacionalinį teisinį reguliavimą, kad jis atitiktų Konvencijos nuostatas, kaip buvo plačiai nuskambėjusioje byloje L prieš Lietuvą [5]. Tačiau valstybės pareigos imtis atitinkamų priemonių įgyvendinti Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimą nereikėtų klaidingai sieti vien su aiškaus nurodymo Teismo sprendime buvimu. Pagal Europos žmogaus teisių ir pagrindi-

nių laisvių apsaugos konvencijos, pakeistos 11 protokolu, 46 straipsnį Aukštosios Susitariančiosios Šalys įsipareigoja vykdyti galutinį Teismo sprendimą kiekvienoje byloje, kurios šalys jos yra. Galutinis Teismo sprendimas siunčiamas Ministrų Komitetui, kuris prižiūri jo vykdymą. Europos Žmogaus Teisių Teismo Didžioji kolegija 2000 m. liepos 13 d. bylos *Scozzari and Giunta* sprendime konstatavo, kad po Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimo valstybės privalo imtis *bendrųjų priemonių*, kad užkirstų kelią būsimiems pažeidimams, ir *individualių priemonių*, kad pašalintų pareiškėjo individualioje byloje teisių pažeidimą. Europos Žmogaus Teisių Teismas nurodė: „Pagal Konvencijos 46 straipsnį Aukštosios Susitariančios Šalys įsipareigojo įgyvendinti kiekvienoje byloje, kurios šalys jos yra, galutinį Teismo sprendimą, o jo vykdymą prižiūri Ministrų Komitetas. Iš to seka, *inter alia*, kad sprendimas, kuriuo Teismas nustato pažeidimą, valstybei atsakovei ne tik nustato pareigą sumokėti kaip teisingas atlyginimas priteistą sumą, bet ir parinkti Ministrų Komiteto prižiūrimas bendrąsias priemones, o jei tinkama, ir individualias priemones, taikomas jų vidinėje teisinėje tvarkoje, ir kiek įmanoma pašalinti pažeidimo pasekmes (žr. *mutatis mutandis* Papamichalopoulos ir kitų bylos prieš Graikiją (*50 straipsnis*) 1995 m. spalio 31 d. sprendimą, Series A no. 330-B, pp. 58, 59, § 34). Valstybei atsakovei, prižiūrimai Ministrų Komiteto, paliekama laisvė pasirinkti priemones, kuriomis ji įvykdys savo teisinę prievolę, kylančią iš Konvencijos 46 straipsnio, su sąlyga, kad šios priemonės suderinamos su Teismo sprendime padaryta išvada“. Bendrųjų priemonių tikslas – užtikrinti, kad nauji panašūs pažeidimai nesikartotų, o vykstantiems pažeidimams būtų užkirstas kelias. Nacionalinės institucijos turi atlikti išsamų tyrimą dėl priežasčių, lėmusių Konvencijos pažeidimą. Vienais atvejais bylos aplinkybės aiškiai parodo, kad Konvencijos pažeidimas yra nacionalinių teisės aktų taikymo pasekmė. Kitais atvejais tai – teisinio reguliavimo spragos, kurios lemia Konvencijos pažeidimą. Todėl valstybei tenka pareiga – pakeisti galiojančius teisės aktus arba priimti naujus, kad nacionalinė teisė neprieštarautų Teismo sprendimui. Tačiau visais atvejais svarbu nepamiršti, kad net jei Žmogaus teisių konvencijos pažeidimą lėmė netinkamas nacionalinis teisinis reguliavimas, įstatymų leidėjas nėra vienintelis subjektas, kuris gali ištaisyti Konvencijos pažeidimą. Valstybė Žmogaus Teisių Teismo praktikoje vertinama kaip visuma, kurios veiksmai gali tiek pažeisti

Konvenciją, tiek ir užkirsti kelią jos pažeidimams. Taigi ir nacionalinių teismų praktikai tenka svarbus vaidmuo užkertant kelią būsimiems pažeidimams arba net ištaisant teisėkūros subjektų klaidas, todėl ypač svarbu, kad nacionaliniai teismai Konvencijos nuostatas ir Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimus taikytų tiesiogiai. Žmogaus Teisių Teismas *Vermeire byloje prieš Belgiją* yra pripažinęs, kad nacionaliniai teismai Teismo sprendimus turi taikyti tiesiogiai, kai įstatymų leidėjas nepagrįstai ilgai įgyvendina Teismo sprendimą [6]. Taigi išsamus teisės aktų peržiūrėjimas, siekiant atlikti visa apimančius ir nuoseklius pakeitimus, nėra vienintelis kelias įgyvendinti Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimą. Ši išvada yra svarbi tais atvejais, kai pareiškėjai siekia įgyvendinti savo teises arba kelia reikalavimus dėl žalos atlyginimo, jei nacionaliniai teisėkūros subjektai užtrunka taisydami Konvencijai prieštaraujantį teisinį reguliavimą. Reikalavimas dėl žalos atlyginimo galėtų būti tenkinamas, jei jis siejamas ne su abstrakčiu įstatymo arba kito teisės akto nepakeitimu, o su tebesitęsiančiu asmens teisių pažeidimu po to, kai jį pripažino Strasbūro teismas. Tiesioginis Konvencijos nuostatų taikymas Lietuvos administraciniuose teismuose, atsižvelgiant į Europos Žmogaus Teisių Teismo suformuluotus teisės aiškinimo kriterijus, galėtų būti pakankama priemonė, pašalinanti asmens teisių pažeidimą, nepaisant to, kad nacionalinis teisinis reguliavimas gal ir nėra pakeistas.

Išvados

1. Lietuvos prisijungimas prie Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos suteikė mūsų šalies jurisdikcijoje esantiems privatiems asmenims galimybę ginant savo teises remtis ne tik nacionalinės, bet ir tarptautinės teisės normomis tiek santykiuose su viešojo administravimo subjektais, tiek ginant savo pažeistas teises teismuose arba tarptautinėse teisminėse institucijose.

2. Administraciniai teismai – viena iš pagrindinių nacionalinių asmens teisių gynimo institucijų, todėl jiems tenka ypač didelė atsakomybė tinkamai aiškinant bei taikant Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos nuostatas sprendžiant administracinius ginčus. Teisėjų profesionalumas ir gebėjimas tinkamai

taikyti minėtų teisės aktų nuostatas yra viena iš veiksmingos žmogaus teisių ir laisvių apsaugos garantijų.

3. Konvencijos nuostatos pasižymi taikymo pirmumu nacionalinės teisės atžvilgiu, o tai reiškia, kad administracinėje byloje reiškiamas reikalavimas panaikinti administracinį aktą ir (arba) atlyginti juo padarytą žalą gali būti siejamas ne vien su nacionalinės kilmės teisės normų pažeidimu, bet ir su Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pažeidimu. Taigi, žalos, padarytos viešojo administravimo srityje, atlyginimas taip pat gali būti grindžiamas Konvencijos nuostatomis.

4. Lietuvos teisinė sistema, sudarydama galimybes nacionaliniuose teismuose tiesiogiai taikyti Konvencijos nuostatas, leidžia apginti pažeistas asmens teises net ir tais atvejais, kai nacionalinis teisinis reguliavimas prieštarauja Konvencijai arba nenumato atitinkamos asmens teisių gynimo tvarkos.

Literatūra

1. Lorenz D. Verwaltungsprozeßrecht. – Konstanz: Springer, 1999.
2. Valančius V., Norkus R. Nacionalinis teisinis diskursas dėl administracinio proceso // Jurisprudencija, 2006, Nr. 3(81).
3. Valančius V., Norkus R. Lietuvos administracinės ir baudžiamosios justicijos sąlyčio aspektai // Jurisprudencija, 2006, Nr. 4(82).
4. Europos Bendrijų Teisingumo Teismo prejudicinis sprendimas byloje C-224/01 *Köbler* // OL. C 275, 15.11.2003, p. 13.
5. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2007 m. rugsėjo 11 d. *L.* bylos prieš Lietuvą sprendimas // http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=64520&sessionId=5898226&skin=hudoc-en&attachment=true
6. Europos Žmogaus Teisių Teismo 1991 m. lapkričio 9 d. *Vermeire* bylos prieš Belgiją sprendimas // http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=293&sessionId=6356104&skin=hudoc-en&attachment=true
7. Europos Žmogaus Teisių Teismo 2006 m. birželio 8 d. *Sürmeli* bylos prieš Vokietiją sprendimas // http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/

viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=56830&sessionId=6356104&skin=hudoc-en&attachment=true

8. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2003 m. spalio 1 d. civilinės bylos Nr. 3K-3-895/2003 M. B. prieš Teisingumo ministeriją ir Generalinę prokuratūrą nutartis (procesinio sprendimo kategorija 39.6.2.3).
9. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2007 m. vasario 6 d. civilinės bylos Nr. 3K-7-7/2007 A. N. prieš Lietuvos valstybę nutartis (procesinio sprendimo kategorija 44.5.2.5; 44.2.4.2).
10. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2007 m. gegužės 8 d. civilinės bylos Nr. 3K-3-196/2007 R. M. prieš Lietuvos valstybę nutartis (procesinio sprendimo kategorija (44.5.2.5; 44.2.4; 114.8.2).
11. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2003 m. vasario 11 d. administracinės bylos Nr. 259-03 S. Š prieš Valstybinę darbo inspekciją nutartis (procesinio sprendimo kategorija 29; 41).
12. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2004 m. lapkričio 9 d. administracinės bylos Nr. A^{3}-750/2004 V. J. O prieš Marijampolės rajono PK sprendimas (procesinio sprendimo kategorija 30).
13. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. vasario 4 d. administracinės bylos Nr. A^{14}-96/2005 K. J. prieš Vidaus reikalų ministeriją sprendimas (procesinio sprendimo kategorija 66.9).
14. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. balandžio 26 d. administracinės bylos Nr. A^{10}-483/2005 J. H. prieš Kalėjimų departamentą prie Teisingumo ministerijos sprendimas (procesinio sprendimo kategorija 21).
15. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2005 m. rugsėjo 16 d. nutarimas administracinėje byloje Nr. N^{3}-1603/2005 T. V. prieš Generalinę prokuratūrą (procesinio sprendimo kategorija 37).
16. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2006 m. balandžio 16 d. administracinės bylos Nr. N^{3}-443/2006 K. J. J. prieš Lietuvos Respublikos Vyriausybės kanceliariją nutartis (procesinio sprendimo kategorija 50.3.2).
17. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2007 m. rugpjūčio 9 d. administracinės bylos Nr. N^{3}-1442/2007 S. B. prieš Biržų rajono PK nutartis (procesinio sprendimo kategorija 40).
18. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2007 m. spalio 25 d. administracinės bylos Nr. A^{5}-943/2007 J. Z. prieš Kauno miesto savivaldybę nutartis (procesinio sprendimo kategorija 15.2).
19. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2007 m. gruodžio 3 d. administracinės bylos Nr. A^{5}-33/2007 T. M. prieš Valstybės sienos apsau-

gos tarnybą prie Vidaus reikalų ministerijos sprendimas (procesinio sprendimo kategorija 16.4; 17).
20. Vilniaus apygardos administracinio teismo 2008 m. vasario 22 d. administracinės bylos Nr. I-2322-473/2008 nutartis // http://www.lrkt.lt/Prasymai/4_2008.htm
21. Aiškinamasis raštas dėl Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių teismų įsteigimo įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių ginčų komisijų įstatymo, Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 9, 12 ir 15 straipsnių pakeitimo ir papildymo įstatymo ir Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso pakeitimo ir papildymo įstatymo projektų // http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=58719.
22. Deutscher Bundestag: Untätigkeitsbeschwerde wegen überlanger Verfahrensdauer einführen // http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2007/2007_294/01.html.

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN ADMINISTRATIVE COURTS

Virgilijus Valančius

Summary

Human rights and freedoms enshrined by the Constitution of the Republic of Lithuania embody fundamental values of the society. With this in view, the primary responsibility to guarantee an effective and full implementation of human rights and freedoms lies within the behaviour of state institutions, civil servants and other entities of public administration. However, broad legal regulation in almost every sphere of daily life where public authorities give imperative orders to individuals might endanger proper enforcement of human rights and as a result lead to legal disputes. Under existing legal regulation, it is for the administrative courts to act as a remedy for unlawful acts of state institutions. Moreover, administrative courts exercise a preventive function too; public authorities bearing in mind the possible review of their acts by the courts tend to adjust their behaviour to meet the requirements of legal acts. The necessary detail to understand the nature of the rights is provided not only by national but also by international legal acts, in particular by European Convention on Human Rights. The article presents

an approach to human rights which suggests that direct application of the Convention by national courts is an efficient measure to promote human rights and freedoms conferred by the Convention.

The article discusses what influence on national practice the supremacy and direct application of the Convention bears. Even thought the national legislator has not *expressis verbis* embodied the possibility for the national courts to apply the case-law of European Court of Human Rights directly, the jurisprudence of the Court has a crucial role while interpreting legal norms in the light of the Convention.

Revocation of the contested administrative act and obligation to the appropriate entity of administration to implement the law can be considered as useful means in pursue of ensuring human rights. It is noted, however, that if the aforementioned measures fail to remedy the committed violations, where necessary, payment of a monetary award to the applicant is required.

Practical analysis of the Convention articles directly applied in national legal disputes leads the author to the conclusion that administrative courts are capable to ensure the respect for and the defence of human rights even in the cases where other state institutions fail to act.

MRU ©

THE "OLD" AND THE "NEW" EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Luzius Wildhaber

It is a pleasure to write this essay in honor of Pranas Kūris who has been the Lithuanian Judge at the European Court of Human Rights from 1994 to 2004. He has been a well-respected colleague and friend, always pleasant, reliable and jolly, endowed with a lot of poise and common sense. Having been the first judge in respect of Lithuania, he came from a country which suffered from the "historic burden" of "a common past of systematic, severe and large-scale disrespect for human rights, democracy and the rule of law"[1], as Peter Jambrek, the Slovenian Judge at the "old" Court put it. But for all that, Pranas Kūris – ever the true Judge – never lost his even-mindedness. Since we both experienced the period of transition from the "old" to the "new" European Court of Human Rights, I shall attempt to sketch some of the characteristics of the two Courts.

In the 1990ies the "old" Court decided some 50 to 100 cases per year. Of course one should never forget that in these years Strasbourg had a two-tier-procedure: Before the Court came the European Commission, and the Commission was a first rather than a filter instance. Indeed when the "new" Court expressed the view (which unfortunately found no favour with the Governments) that its workload should be focussed on priority cases and issues and that therefore a

[1] Peter Jambrek, Opinions of Judge Wildhaber on the Principle of Respect for Human Dignity, in: Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber (eds. S. Breitenmoser/B. Ehrenzeller/M. Sassòli/W. Stoffel/B. Wagner Pfeifer; Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2007) pp. 359-377, at p. 360.

"filter instance" should be introduced, the main idea was to eliminate inadmissible or repetitive applications, rather than to provide for a two-tier-examination of meritorious cases[2].

Only in 1994 Additional Protocol No. 9 opened access to the Court to applicants whose cases had not been rejected by a three-Judge-Committee. On the basis of Protocol No. 9, the "old" Court was in certain respects freer than the "new" Court to regulate access to the Court. In my view, it would have been a very good idea to give that kind of regulatory discretion also to the "new" Court.

Each case was handled and discussed with great care, or perhaps it would be more correct to say that the low number of cases allowed the "old" Court to handle each application carefully. Only exceptionally a case was not argued at a public hearing. At the second deliberations the whole draft judgment was read out and scrutinized. Sometimes a third deliberation was added. Information concerning comparative law was collected with the help of inquiries among the judges.

The figure of the "Rapporteur" who has become so influential in the "new" Court did not exist in the "old" Court. Instead drafting committees were appointed and national judges were asked to check draft judgments carefully as to the facts and the domestic law. The delegate of the Commission appeared at public hearings as a helpful "amicus curiae" or "Advocate General" in order to explain the views of the Commission. It is a pity that no such figure was created to help the "new" Court.

Chambers were constituted by drawing lots. Owing to this system there was a constant mix of Judges, a factor which avoided discrepancies. It also had the result that the Judges identified more with the Court as such than with the Chambers. By contrast, the "new" Court is divided into four and since 2006 into five Sections. Judges might therefore be tempted to identify more with the practices and idiosyncracies of their Sections than with the Court as such. Any such tendency (if any) would of course be regrettable. The problem is further accentuated by the fact that the Sections of 1998 were to a certain extent composed differently in 2001 but – largely because of the

[2] Luzius Wildhaber, The European Court of Human Rights 1998-2006, History, Achievements, Reform (2006) pp. 29, 50, 111, 118-119.

resistance of numerous Judges – were hardly reshuffled in 2004 and 2007.

In the "old" Court the two linguistic groups speaking predominantly either English of French were of almost equal size. This has very clearly changed in the "new" Court in which the group which relies mostly on English is practically double in size compared to those who prefer to speak French.

For me the "old" Court in the 1990ies offered the truly historic adherence, after the fall of the Iron Curtain and the break-up of the Soviet Union and ex-Jugoslavia, of the formerly communist States to the Council of Europe and the European Convention on Human Rights. This signified at the same time the arrival of new Judges from these countries[3]. A good many of them – including Pranas Kūris – have become good friends. And this is one of the decisive reasons why I remember these years as an inspiring, exciting and enriching time. At the same time it must be said that the daily life at the "old" Court was far less influenced and shaped by the cases from the new member States than was life at the "new" Court.

When I arrived at the "old" Court in 1991, Judges had to spend one week per month in Strasbourg. By the time the Court became full-time in 1998, this period had been extended to more or less two weeks a month. Judges had their main bread-winning job in their countries. Like in the "new" Court, their professional background was mixed. A little bit more than one third were national judges, a little bit less were professors; the others were former members of government, civil servants, magistrates or attorneys. It is difficult to categorize the Judges, because a sizeable number of them have a chequered career with various orientations.

From the standpoint of the Council of Europe, the Judges were considered more or less like legal experts, getting compensated for expenses and being paid a per diem. In the "new", full-time Court, Judges are obviously paid a salary, but shamefully the Council of Europe refused any pension or social security scheme to them, thus betraying its own principles and legal bases[4].

[3] For details see Jambrek (supra n. 1) 359-60.

[4] Wildhaber (supra n. 2) pp. 6, 51-52, 71-72, 103-04, 129, 132-35, 142; Norbert Paul

The "new" Court began its work in November 1998, and it began with all the verve and enthusiasm of a new-start. One quarter of the Judges (10) had already been Judges in the "old" Court, one quarter (10) had been members of the Commission, whereas half (20) were new to the Strasbourg instances. Despite the divergencies stemming from the different professional and geographical backgrounds and life experiences, the vast majority of the Judges soon settled into a relatively homogenous routine which in turn resulted in a pleasant working atmosphere[5]. Art. 5 (5) of Protocol No. 11 assigned the 89 cases pending before the "old" Court to the Grand Chamber of the "new" Court. A welcome side effect of this initial focus on the Grand Chamber rather than the Sections was that it facilitated the coming together of the Judges of the "new" Court.

The "new" Court followed in its activity the existing case-law, except where the doctrine of an evolutive interpretation of Convention guarantees or societal changes or the novelty or dimensions of some new problem impelled it to tread new paths. There is nothing really surprising in this. It would not have been very professional if the Court had behaved differently, and Protocol No. 11 gave it no mandate to give a different or extended content to the Convention guarantees.

One must concede that in spite of these arguments in favour of continuity, the underlying philosophy of Judges is crucial. Contrary to what many outsiders believe, it does not necessarily matter whether Judges had their training in common law or in civil law systems or in Western or in Eastern Europe. However, it does matter whether Judges believe that their task is to support helpless individuals or European integration or non-governmental organizations or sovereign states or social justice or new governmental structures in the new member States or a well-balanced mix of a multitude of factors[6].

Engel, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 2003 122-133.

[5] Cf. Nina-Louisa Arold, The Legal Culture of the European Court of Human Rights (2007).

[6] For some Baltic voices see Danute Jočienė, The European Convention on Human Rights in the Lithuanian Legal System: Lessons Learned and Prospects for the Future, in: Human Rights – Strasbourg Views, Liber Amicorum Luzius Wildhaber (eds. L.

With the "new" Court settled in Strasbourg on a permanent basis, it was specially important to maintain a dialogue with the domestic supreme and constitutional courts. In the "old" Court this could easily be achieved with the help of those Judges who were at the same time also members of national courts[7]. In the "new" Court I felt it was particularly important to accept the invitations of Supreme and Constitutional Courts in the Member States in order to explain (as a rule together with the national Judge) the Convention system and the European Court of Human Rights, to emphasize the subsidiarity of the system, to encourage the domestic courts to confront and accept their responsibilities, and to explore ways of further improving human rights protection. In the course of these visits, I visited – together with Pranas Kūris – Lithuania twice, in 2000 and 2003[8]. Both visits were intense and unforgettable.

The steady, inexorable increase in the workload of the "new" Court necessitated a permanent reappraisal and change of working methods and the renunciation of all services that were not indispensable. In the fall of 2007, the Court expected more than 53'000 applications for the year of 2007; it had 104'000 applications pending before it, 10'000 of which had been pending for more than three years and therefore constituted backlog. In the meantime, the Court has gone back to its earlier method of calculating. Omitting what used to be called the provisional files, it now counts only those applications for which it has received a correctly completed form, accompanied by copies of relevant documents. Instead of 104'000 pending applications, it now counts some 79'400. However, the backlog of 10'000 cases remains the same.

Pranas Kūris left the "new" Court in 2004. In the meantime, af-

---

Caflisch/J. Callewaert/R. Liddell/P. Mahoney/M. Villiger; N.P. Engel Publisher 2007) 229-245; Egidijus Kūris, Constitutional Law in a Constitutional Democracy – A View from the Constitutional Court of Lithuania, in: Basel Liber amicorum Luzius Wildhaber (supra n. 1) 1023-1042; Rait Maruste, The Impact of the Accession of Eastern Block Countries on the Convention Machinery and its Case-Law, in: Strasbourg Liber Amicorum Luzius Wildhaber (supra this note) 285-308.

[7] This point is made by Jambrek (supra n. 1) 364-65.

[8] In 2006, I was again in Lithuania with Judge Danute Jočienė, to visit the Constitutional Court and its President, Egidijus Kūris.

ter an internal and an external audit report and a management report of 2004/2005, it has become reasonably clear that the Court is well organized and managed. Its main problem is that it is simply not possible to handle the avalanche of applications without inordinate delay, on the basis of the existing structures[9]. Additional Protocol No. 14 would have allowed some additional procedural streamlining. Almost all States have ratified it, but the Russian Duma refused to give its approval at the end of 2006, so that further Convention reform looks unlikely in the near future. And the Russian veto has of course a chilling effect when new ideas such as those of the Wise Persons' Report of 2007 are submitted.

The "old" and the "new" Court have had quite different identities and peculiarities. From the London Club-atmosphere to the factory belt-productivity, from a specialized international tribunal to a pan-European Quasi-Constitutional Court – they would appear to be worlds apart. Yet the ideals and the idealism have remained the same. And a healthy dose of idealism will be necessary, now and in the future. It is granted that the Court's future looks very solid when we look at its inspirational role and the many needs for which it should cater. However, the future looks somewhat less bright when we consider the fact that present structures and budgetary means do not permit the Court to play its important role fully.

To sum it up, Pranas Kūris has sat in the "old" and the "new" Court, has attempted to give meaning and reality to fundamental freedoms, and has tried hard to make his contribution towards the future of Europe.

[9] For details, Steven Greer, The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects (2006); Wildhaber (supra n. 2).

II.

Tarptautinė ir Europos Sąjungos teisė

International and European Union Law

Droit international et droit de l'Union européenne

MRU © MRU © MRU

EUROPOS SĄJUNGOS TEISĖS STANDARTAI LIETUVOS RESPUBLIKOS BAUDŽIAMOJOJE TEISĖJE

Armanas Abramavičius

Nagrinėjama tema yra gana plati ir gali apimti įvairius aspektus. Pavyzdžiui, gali būti analizuojamas Europos Sąjungos (toliau – ir ES) teisės poveikis baudžiamosios teisės bendrosios arba specialiosios dalies normoms. Galima nagrinėti ir tai, kokiu mastu ir kaip buvo arba yra įgyvendinami Europos Sąjungos teisės reikalavimai Lietuvos Respublikos baudžiamojoje teisėje, ar viskas yra tinkamai realizuota. Galimas šios temos aspektas būtų Europos Sąjungos teisės standartų Lietuvos Respublikos baudžiamojoje teisėje aptarimas Konstitucijos principų ir normų kontekste.

Šiame straipsnyje daugiausia dėmesio skiriama Europos Sąjungos teisės normų poveikio Lietuvos baudžiamosios teisės specialiajai daliai analizuoti. Tačiau prieš tai norėtųsi trumpai aptarti dar vieną, gana aktualią, su Europos Sąjungos teisės taikymu susijusią problemą – tai ES teisės ir Konstitucijos viršenybe grindžiamos nacionalinės teisės santykio problema. Juk visiškai neatmestina teisinė situacija, kai baudžiamojoje teisėje siekiant įgyvendinti ES teisės reikalavimus reikėtų nustatyti tokį teisinį reguliavimą, kuris keltų abejonių dėl jo atitikties Konstitucijai.

2004 m. gegužės 1 d. Lietuvos Respublika tapo Europos Sąjungos valstybe nare, o Lietuvos Respublikoje pradėjo galioti Europos Sąjungos teisė – Europos Bendrijų steigimo sutarčių pagrindu sukurta teisė, kuri reguliuoja Europos Bendrijų, jų institucijų, valstybių narių, jose esančių juridinių bei fizinių asmenų teises ir pareigas. Kaip yra pažy-

mima teisinėje literatūroje, Bendrijos įgytis (*acquis communautaire*) yra Europos Sąjungos (Europos Bendrijų) teisės ir jos taikymo praktikos visuma, ir ši įgytis apima rašytinius teisės aktus, taip pat teisminę praktiką, bendruosius teisės principus, teisės kūrimo techniką, tikslus ir praktikos visumą, nepriklausomai nuo to, ar ją įtvirtina teisės aktai[1]. Taigi Lietuvos teisės sistemai reikėjo perimti ne tik ES teisės normas, bet ir šių normų veikimo bei taikymo principus.

Vienas iš pagrindinių ES principų, kurį nuolat pabrėžia rašantieji Europos integracijos klausimais ir kuris yra išplėtotas Europos Bendrijų Teisingumo Teismo doktrinoje, – ES teisės viršenybės principas. Pagal šį principą nacionalinės teisės normos negali paneigti teisės sistemos, kylančios iš Europos Sąjungos sutarties.

Dėl šio ES teisės principo turinio, jo įgyvendinimo Lietuvai tapus ES nare kyla nemažai teisininkų, politikų ginčų. Tačiau kitose ES valstybėse narėse tokie ginčai ir sprendimų paieškos tęsiasi jau keletą dešimtmečių, o Lietuvai, tik gana neseniai (XX a. pabaigoje) pradėjusiai integruotis į ES, atsakymų reikia ieškoti tuoj pat.

Šiuo požiūriu Lietuva iš esmės nesiskiria nuo kitų ES valstybių narių. Lietuvoje kyla panašaus pobūdžio ginčų, diskutuojama beveik tais pačiais klausimais kaip ir kitose ES valstybėse narėse. Teisiniai ginčai, kuriuos, kaip minėta, lemia skelbiamas ES teisės viršenybės principas, dažniausiai yra susiję su viena problema: kaip suderinti Konstitucijos viršenybe grindžiamą nacionalinę teisę su ES teisės tiesioginiu taikymu ir prioritetu, kaip užtikrinti šių dviejų teisės sistemų darnų veikimą ir išvengti jų supriešinimo? Lietuvoje (kaip ir kitose ES valstybės narėse) apibendrintai galima įžvelgti du požiūrius į šias dvi teisės sistemas, jų tarpusavio santykį.

Vieni teisininkai ir politikai, aiškindami ES teisės santykį su nacionaline teisės sistema, remiasi Teisingumo Teismo sprendimais ir juose įtvirtintu ES teisės viršenybės prieš nacionalinę teisę principu. Jų nuomone, ES teisės viršenybės principas reiškia, kad Lietuvoje, kaip ir kitose ES valstybėse narėse, derinant nacionalinę teisę su ES teise ir įgyvendinant ES teisę turi būti užtikrintas ES teisės taikymo vieno-

[1] Abramavičius A., Mickevičius D., Švedas G. Europos Sąjungos teisės aktų įgyvendinimas Lietuvos baudžiamojoje teisėje. – Vilnius, 2005, p. 12.

dumas, vientisumas ir veiksmingumas. Šiuo atveju iš tikrųjų yra einama ES teisės viršenybės principo suabsoliutinimo keliu.

Kiti teisininkai ir politikai laikosi nuosaikesnių nuostatų ir, nagrinėdami ES teisės viršenybės principo įgyvendinimą, jį sieja su kompetencijos pasidalijimu tarp ES ir valstybių narių. Laikantis šio požiūrio, ES teisės viršenybės principas taikomas sprendžiant tik tuos klausimus, kurie kyla iš valstybės narės Sąjungai patikėtos kompetencijos. Taigi šiuo atveju yra pabrėžiamas „specialusis" ES teisės viršenybės pobūdis, kadangi tokia viršenybė grindžiama tik tuo, kad ES steigiančios arba prie jos prisijungiančios valstybės spręsti tam tikrus klausimus patikėjo ES.

Pasakytina, kad Lietuvos Respublikos Seimas 2004 m. liepos 13 d. priėmė Lietuvos Respublikos Konstitucijos papildymo konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje" įstatymą, kurio 1 straipsniu Konstituciją papildė Lietuvos Respublikos konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje" – Konstitucijos sudedamąja dalimi (Konstitucijos 150 straipsnis). Minėtas konstitucinis aktas įsigaliojo 2004 m. rugpjūčio 14 d. Juo buvo konstituciškai patvirtinta Lietuvos Respublikos narystė ES.

Pagal konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje" 2 dalį ES teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis. Šioje konstitucinio akto dalyje nustatyta, kad jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama ES, ES teisės normos taikomos tiesiogiai, o teisės normų kolizijos atveju jos turi viršenybę prieš Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus. Kai kada Lietuvoje yra linkstama suabsoliutinti minėtos nuostatos formuluotę „turi viršenybę prieš Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus" ir teigiama, esą ji apima ir Konstituciją ir reiškia, kad ES teisės normos turi viršenybę prieš Konstituciją. Tokia minėtos formuluotės traktuotė yra diskutuotina, kadangi vargu ar pačioje Konstitucijoje, kaip aukščiausią teisinę galią turinčiame teisės akte, gali būti nuostatų, paneigiančių Konstitucijos viršenybę prieš kitus teisės aktus.

Šiuo atveju pabrėžtina, kad Konstitucinis Teismas yra konstatavęs, jog Konstitucijoje dėl ES teisės yra nustatyta kolizijos taisyklė. Ši taisyklė, pasak Konstitucinio Teismo, įtvirtina ES teisės aktų taikymo pirmenybę tais atvejais, kai ES teisės nuostatos konkuruoja su teisiniu

reguliavimu, nustatytu Lietuvos nacionaliniuose teisės aktuose, išskyrus pačią Konstituciją[2].

Gali kilti ir klausimas dėl santykio tarp nacionalinių konstitucinių teismų ir Europos Bendrijų Teisingumo Teismo.

Manytume, kad atsakymas į klausimą dėl nacionalinių konstitucinių teismų ir Teisingumo Teismo santykio yra kompetencijos pasidalijimas, kurį lemia tai, kad yra dvi teisės sistemos – ES teisės ir nacionalinės teisės. Kalbant apie nacionalinių konstitucinių teismų ir Teisingumo Teismo santykį pažymėtina, kad negali ir neturi būti nei šių institucijų priešinimo, nei tarpusavio kontrolės. Tiek nacionaliniai konstituciniai teismai, tiek Teisingumo Teismas pagal savo kompetenciją veikia savarankiškai, ir jų sprendimai yra galutiniai.

Taigi manau, kad konstitucinių teismų ir Teisingumo Teismo santykiuose turėtų būti vadovaujamasi „draugiško aiškinimo" principu, kuris reikštų, kad kiekvienas iš teismų, formuodamas doktriną, gerbtų ir kito teismo suformuluotas nuostatas.

Toliau norėčiau konkrečiai panagrinėti Europos Sąjungos teisės poveikį Lietuvos Respublikos baudžiamajam kodeksui (toliau – ir BK). Pirmiausia kelios bendro pobūdžio pastabos.

Šiuo metu jau galima kalbėti apie tam tikrą Europos valstybių, gal tiksliau ES valstybių narių, baudžiamųjų įstatymų unifikavimo procesą, kuris dažnai vadinamas BK europeizacija.

Europeizacijos sąvoka bendriausiu požiūriu gali apimti du aspektus: pirma, ES valstybių narių baudžiamuosiuose įstatymuose įtvirtin-

[2] Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo" patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės reformos įstatymo nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybės subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo (1996 m. birželio 20 d. redakcija) nuostatoms, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo" patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento 2 punkto atitikties Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo nuostatoms"// Valstybės žinios, 2006, Nr. 30-1050.

tų nuostatų suartėjimą vienodinant baudžiamosios atsakomybės pagrindus, principus, atsakomybę už kai kurias nusikalstamas veikas; antra, baudžiamųjų įstatymų europeizacija gali būti suprantama kaip nacionalinių baudžiamųjų įstatymų derinimas su ES teisės aktuose įtvirtintais reikalavimais. Manytume, kad šie du aspektai yra susiję. Būtent ES teisės aktai nubrėžia ES valstybių baudžiamųjų įstatymų unifikavimo gaires, nustato viso šio proceso pagrindus. ES teisės aktai yra nacionalinių baudžiamųjų įstatymų unifikavimo, vienodinimo pagrindinis, net būtų galima sakyti, kad vienintelis, šaltinis.

Pastaruoju metu galima pastebėti tendenciją ES teisės aktuose vis detaliau, konkrečiau apibrėžti baudžiamosios atsakomybės už kai kurias nusikalstamas veikas pagrindus. Anksčiau tarptautiniuose dokumentuose buvo apsiribojama tam tikrų bendrų baudžiamosios atsakomybės principų nustatymu, o pastaruoju metu Europos Sąjungos dokumentuose ne tik formuluojami kai kurių nusikalstamų veikų sudėčių požymiai, bet ir nurodoma, kokios bausmės turi būti skiriamos už šias veikas. Štai 2003 m. liepos 22 d. Europos Sąjungos Tarybos pamatiniame sprendime dėl kovos su korupcija privačiame sektoriuje nurodyta, kad sankcija už aktyviąją arba pasyviąją korupciją privačiame sektoriuje turi būti bent nuo vienerių iki trejų metų. Taigi nustatomos minimalios sankcijos ribos.

Pažymėtina, kad 1997 m. gegužės 26 d. Europos Sąjungos konvencijoje dėl kovos su korupcija su Europos Bendrijų pareigūnais arba Europos Sąjungos valstybių narių pareigūnais, apibrėžiant bausmes už pasyviąją ir aktyviąją korupciją, ES valstybėms narėms buvo palikta gerokai platesnė diskrecija nusistatyti bausmės rūšis ir dydžius. Šioje konvencijoje tik nurodyta, kad bent už sunkias nusikalstamas veikas turi būti numatomos laisvės atėmimo bausmės.

Vertinant ES teisės aktų poveikį BK, reikia turėti omenyje, kad ES teisės akto galia priklauso nuo šio akto rūšies ir jame įtvirtintų teisės normų pobūdžio.

Kalbant apie ES teisės aktų rūšis dabar dažniausiai išskiriami reglamentai ir direktyvos.

Reglamentas yra skiriamas ES valstybėms narėms bei jų fiziniams ir juridiniams asmenims. Reglamentas yra privalomas visos apimties ir tiesiogiai galioja visose valstybėse narėse net ir nepriėmus nacionalinių teisės aktų dėl jo nuostatų įgyvendinimo.

Direktyva yra skiriama ES valstybėms narėms. Direktyvos tikslai valstybėms narėms yra privalomi, o direktyvos įgyvendinimo būdą ir priemones pasirenka pačios valstybės narės.

Šiuo atveju norėtume iškelti tik vieną klausimą – ar realiai galima ES teisės aktus tiesiogiai taikyti sprendžiant baudžiamosios atsakomybės už kai kurias nusikalstamas veikas klausimus.

Toliau panagrinėsime ES teisės aktų įtaką baudžiamajai atsakomybei už kai kurias nusikalstamas veikas nustatyti. Šiuo aspektu aptarsime tik kai kurias nusikaltimų grupes: vadinamuosius korupcinius nusikaltimus, nusikaltimus, susijusius su netikrų pinigų gaminimu, ir nusikaltimus, susijusius su neteisėtos paramos iš ES struktūrinių fondų gavimu.

Pagrindiniai ES teisės aktai, skirti kovoti su korupcija, yra: 1997 m. ES konvencija dėl kovos su korupcija, susijusia su Europos Bendrijų pareigūnais arba ES valstybių narių pareigūnais, ir 2003 m. ES Tarybos pamatinis sprendimas dėl kovos su korupcija privačiame sektoriuje. Būtent šiuose teisės aktuose yra suformuluoti baudžiamosios atsakomybės už korupcinius nusikaltimus pagrindai, principai, taip pat apibrėžti objektyvieji nusikalstamų veikų požymiai ir subjektai, turintys atsakyti už šias veikas.

Šiame straipsnyje apsiribosime objektyviųjų nusikalstamų veikų požymių ir požymių, apibūdinančių veikų subjektus, kurie kyla iš minėtų tarptautinių teisės aktų, analize.

Minėta, kad objektyvieji korupcinių nusikaltimų požymiai yra apibrėžti Europos Sąjungos dokumentuose. Šiuose teisės aktuose įtvirtinti įpareigojimai valstybėms atitinkamus veiksmus pripažinti nusikalstamomis veikomis, t. y. praktiškai yra aprašyti objektyvieji tam tikrų korupcinių nusikaltimų požymiai.

Antai minėti tarptautiniai dokumentai įpareigoja valstybes kriminalizuoti tokias veikas, kai asmuo (šiuo atveju turimas omenyje ir pareigūnas, ir asmuo, dirbantis privačiame sektoriuje) už veikimą arba neveikimą eidamas pareigas savo arba kitų naudai:

1) tiesiogiai arba netiesiogiai prašo arba priima bet kokį nepagrįstą atlyginimą arba
2) priima tokio atlygio pažadą.

Minėtuose tarptautiniuose dokumentuose tokios veikos dar vadinamos pasyviąja korupcija arba pasyviuoju kyšininkavimu.

Įgyvendinant šias Europos Sąjungos teisės aktų nuostatas buvo padaryti atitinkami LR BK normos, numatančios atsakomybę už kyšininkavimą, pakeitimai. BK suformuluotos kyšininkavimo sudėties objektyvieji požymiai iš esmės sutampa su tarptautiniuose dokumentuose nurodytais požymiais. Štai pagal BK 225 straipsnį (kyšininkavimas) baudžiamas valstybės tarnautojas arba jam prilygintas asmuo, savo ar kitų naudai tiesiogiai arba netiesiogiai priėmęs, pažadėjęs arba susitaręs priimti kyšį, reikalavęs arba provokavęs jį duoti už veikimą arba neveikimą vykdant įgaliojimus. Kaip matome, įstatymų leidėjas BK dar labiau konkretino, gal, tiksliau pasakius, išplėtė tarptautiniuose teisės aktuose nustatytus objektyviuosius požymius, BK atsirado tokios sąvokos, kurios nebuvo nurodytos ir minėtuose tarptautiniuose dokumentuose: „susitaręs“, „reikalavęs“, „provokavęs“. Be to, BK 225 straipsnyje baudžiamoji atsakomybė už kyšininkavimą buvo diferencijuota atsižvelgiant į tai, ar kyšis priimamas, žadama jį priimti arba reikalaujama jį duoti už teisėtą arba neteisėtą veikimą arba neveikimą vykdant įgaliojimus. Esant neteisėtam veikimui arba neveikimui numatyta griežtesnė baudžiamoji atsakomybė.

Iš pirmo žvilgsnio viskas atrodo aišku ir teisinga. Tačiau kyla didelių abejonių, ar įstatymų leidėjas pagrįstai taip plačiai apibrėžė kyšininkavimo, kaip baigtinio nusikaltimo, požymius.

BK 225 straipsnyje įtvirtinta tokia kyšininkavimo sudėtis, kuri reiškia, kad kyšininkavimas laikomas baigtiniu nusikaltimu nuo to momento, kai valstybės tarnautojas arba jam prilygintas asmuo pažada priimti kyšį. Tokiu teisiniu reguliavimu kyšininkavimo atveju praktiškai paneigiamas savanoriško atsisakymo pabaigti nusikaltimą institutas. Asmuo, pažadėjęs priimti kyšį, nuo šio momento jau laikomas padariusiu nusikaltimą, ir tolesni jo veiksmai kvalifikuojant šią veiką jokios reikšmės neturi. Ar asmuo atsiribos nuo šio pažado ir nedarys jokių veiksmų, ar jis tesės pažadą – tai vis tiek vertinama kaip kyšininkavimas. Palyginti – net asmuo, pažadėjęs padaryti sunkų nusikaltimą – nužudyti, dar iki padarydamas konkrečius veiksmus, skirtus atimti gyvybę kitam žmogui, turi galimybę savanoriškai atsisakyti šio nusikaltimo, ir tai pašalina jo baudžiamąją atsakomybę už nužudymą.

Grindžiant šios požymio, t. y. pažado priimti kyšį, įtraukimą į kyšininkavimo sudėtį buvo remiamasi minėtais Europos Sąjungos teisės dokumentais.

Kaip minėta, pagal Europos Sąjungos teisės aktus valstybės įpareigojamos pažadą priimti kyšį pripažinti nusikalstama veika. Tačiau ar šis reikalavimas reiškia, kad pažadas priimti kyšį būtinai turi būti laikomas nusikaltimu? Manytume, kad šį reikalavimą galima aiškinti ir kitaip. Iš minėtų teisės aktų išplaukia tik reikalavimas, kad pažadas priimti kyšį būtų pripažįstamas nusikalstama veika ir baudžiamas. Tai ar pažadas priimti kyšį, net ir jo kaip vieno iš kyšininkavimo sudėties požymių neįrašius į BK 225 straipsnį, negali būti vertinamas kaip rengimasis arba pasikėsinimas kyšininkauti ir pagal BK taip pat baudžiamas? Aišku, šiuo atveju, kai kalbama apie rengimosi baudžiamumą, reikėtų turėti omenyje, jog kyšininkavimas tada turi būti pripažintas sunkiu arba labai sunkiu nusikaltimu, kadangi pagal BK 21 straipsnį asmuo atsako tik už rengimąsi padaryti sunkų arba labai sunkų nusikaltimą.

Europos Sąjungos teisės aktuose yra nustatyti įpareigojimai valstybėms kriminalizuoti ir veikas, kurios šiuose teisės aktuose vadinamos aktyviąja korupcija arba aktyviuoju kyšininkavimu. Štai pagal šiuos dokumentus valstybės privalo nustatyti baudžiamąją atsakomybę už asmens veiksmus, kai jis tiesiogiai arba netiesiogiai kitam asmeniui už jo veikimą arba neveikimą pažeidžiant savo pareigas žada, siūlo arba duoda bet kokį nepagrįstą atlygį. Derinant BK nuostatas su šiais reikalavimais, BK 227 straipsnyje buvo nustatyta baudžiamoji atsakomybė už papirkimą. Pagal šį straipsnį atsako tas, kuris tiesiogiai arba netiesiogiai pasiūlė, pažadėjo duoti arba davė kyšį valstybės tarnautojui arba jam prilygintam asmeniui už jo veiką vykdant įgaliojimus.

Taigi BK 227 straipsnyje iš esmės atspindėti visi tarptautiniuose dokumentuose nustatyti reikalavimai.

Tačiau šiuo atveju gali iškilti viena problema. Štai BK 227 straipsnyje ne tik apibrėžiami papirkimo sudėties požymiai, bet šio BK straipsnio 4 dalyje nustatomi asmens atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės už papirkimą pagrindai. Pagal šią dalį asmuo atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės už papirkimą, jeigu kyšio iš jo buvo reikalaujama, provokuojama jį duoti, ir jis, pasiūlęs, pažadėjęs arba davęs kyšį, nedelsdamas apie tai pranešė teisėsaugos institucijai.

Minėtuose Europos Sąjungos teisės aktuose apie tokią atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės galimybę nieko nepasakyta. Taigi gali

kilti klausimas, kaip toks BK 227 straipsnyje nustatytas teisinis reguliavimas dera su minėtų tarptautinių dokumentų nuostatomis.

Manytume, nors ES teisės aktuose, skirtuose kovoti su korupcija, nieko nepasakyta apie atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės už aktyviąją korupciją pagrindus, tačiau tai nereiškia, kad nacionaliniuose įstatymuose negali būti nustatyta atvejų, kuriems esant asmuo yra atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės už tokių veikų padarymą. Šiuo atveju vertinant, ar BK nuostatos atitinka ES teisės aktuose įtvirtintus reikalavimus, svarbiausia yra nustatyti tai, kad sutampa šiuose teisės aktuose ir nacionaliniuose įstatymuose aprašytų nusikalstamų veikų požymiai.

Iš tiesų tam tikrų teisinio reguliavimo spragų, kurių negali užpildyti teismų praktika, buvimas BK arba iš tarptautinių dokumentų (pvz., Europos Sąjungos teisės aktų) kylantys reikalavimai gali lemti būtinybę keisti BK įtvirtintą teisinį reguliavimą – koreguoti esamas BK normas, papildyti BK naujomis normomis. Tačiau tai neturi tapti savitiksliu dalyku, toks teisinio reguliavimo keitimas negali iškreipti, paneigti baudžiamosios teisės normų paskirties, jų esmės.

Antai teisminėje praktikoje kildavo klausimas, kaip kvalifikuoti asmenų veikas, kai jie, gavę tikslinę paramą (dažniausiai iš Europos Sąjungos struktūrinių fondų), ją naudojo ne pagal paskirtį. Sprendžiant šią problemą BK 206 straipsnis (kredito, paskolos panaudojimas ne pagal paskirtį) 2004 m. sausio 29 d. įstatymu buvo papildytas nauja pirmąja dalimi, pagal kurią yra baudžiamas tas, kuris, gavęs 150 MGL dydžio arba didesnės vertės kreditą, paskolą arba tikslinę paramą, panaudojo juos ne pagal paskirtį arba nustatytą tvarką.

Dėl BK 206 straipsnio 1 dalyje įtvirtinto teisinio reguliavimo kyla keletas klausimų. Vienas iš jų susijęs su šioje dalyje įtvirtinto teisinio reguliavimo samprata. Galima tokia teisinė situacija, kai kaltininkas, gavęs 150 MGL dydžio arba didesnės vertės kreditą, paskolą arba tikslinę paramą, vieną jos dalį panaudoja pagal paskirtį arba nustatytą tvarką, o kitą dalį naudoja pažeisdamas kreditavimo, paskolos arba tikslinės paramos sutartyje įtvirtintas sąlygas. Kaip turi būti vertinami kaltininko veiksmai šiuo atveju? Atsižvelgiant į BK 206 straipsnio 1 dalyje nustatytą teisinį reguliavimą gali būti pasiūlyti keli tokios teisinės situacijos sprendimo būdai:

1) kaltininkas baudžiamas pagal BK 206 straipsnio 1 dalį neatsižvelgiant į tai, kokia kredito, paskolos arba tikslinės paramos dalis (neatsižvelgus į šios dalies vertę) buvo panaudota ne pagal paskirtį arba nustatytą tvarką. Šiuo atveju pripažįstama, kad bent dalies 150 MGL dydžio arba didesnės vertės kredito, paskolos arba tikslinės paramos panaudojimas pažeidžiant sutartyje įtvirtintas sąlygas faktiškai reiškia, kad visas kreditas, paskola arba tikslinė parama buvo panaudoti ne pagal paskirtį arba nustatytą tvarką;
2) kaltininkas baudžiamas pagal BK 206 straipsnio 1 dalį tik tada, kai ne pagal paskirtį arba nustatytą tvarką yra naudojama ne dalis, o visa jo gauta paskola, kreditas arba tikslinė parama;
3) kaltininkas baudžiamas pagal BK 206 straipsnio 1 dalį tik tada, kai gauto kredito, paskolos arba tikslinės paramos, panaudotos ne pagal paskirtį arba nustatytą tvarką, dalis yra 150 MGL dydžio arba didesnės vertės.

Nors kiekviena iš minėtų pozicijų gali būti grindžiama BK 206 straipsnio 1 dalyje įtvirtintu teisiniu reguliavimu, tačiau šio straipsnio autoriui būtų priimtinesnė pirmoji nuostata.

Šiuo atveju įstatymų leidėjui, siekiančiam išvengti teisinio reguliavimo neaiškumų, reikėjo tiksliau suformuluoti minėtos nusikalstamos veikos sudėties požymius. Pavyzdžiui, po žodžių „panaudojo juos“ įrašyti žodžius „arba jų dalį“.

Tačiau jei kalbėsime apie „naująją“ BK 206 straipsnio 1 dalį, tai kyla klausimas ne tik dėl teisinio reguliavimo turinio, bet ir jo paskirties tikslingumo. Vargu ar teisinga baudžiamosios teisės aspektu pripažinti nusikaltimu vien tik paskolos arba kredito (šiuo atveju apie tikslinę paramą mes nekalbame, nes jos paskirtis ir esmė yra kitokia negu paskolos arba kredito) naudojimą ne pagal paskirtį net nesant jokių žalingų padarinių. Juk galimos tokios situacijos, kai asmuo, gavęs paskolą arba kreditą, dalį jo naudoja ne pagal paskirtį, bet tvarkingai kredito arba paskolos davėjui moka įmokas ir galų gale šią paskolą arba kreditą grąžina. Taigi vien tik tai, kad paskola arba kreditas naudojami ne pagal paskirtį arba nustatytą tvarką, šią veiką daro tokią pavojingą, kad ji turėtų būt pripažinta nusikaltimu. Vargu. Manytume, kad minėti santykiai turėtų būti reguliuojami ne baudžiamosios teisės, bet kitų teisės šakų, pavyzdžiui, civilinės teisės, normomis.

Toliau trumpai aptarsime dar vieną BK Specialiosios dalies normos pakeitimą, kurį lėmė siekis BK normas suderinti su ES teisės reikalavimais.

Seimas 2005 m. birželio 23 d. Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso 48, 60, 145, 157, 212, 213, 214, 215, 226, 249, 251, 252, 256, 267, 270, 272, 274, 280 straipsnių ir priedo pakeitimo bei papildymo ir kodekso papildymo 147^1, 199^1, 199^2, 267^1, 270^1, 308^1 straipsniais įstatymo 10 straipsniu pakeitė BK 213 straipsnį, nustatantį baudžiamąją atsakomybę už netikrų pinigų arba vertybinių popierių pagaminimą, laikymą arba realizavimą.

Taip buvo siekiama įgyvendinti iš 2000 m. gegužės 29 d. ES Tarybos pagrindų sprendimo dėl apsaugos nuo padirbinėjimo griežtinimo baudžiamosiomis ir kitokiomis sankcijomis ryšium su euro įvedimu kylančius reikalavimus. Iš tiesų būtų galima pritarti įstatymų leidėjo nuostatai išplėsti minėto nusikaltimo dalyką – šio nusikaltimo dalyku buvo pripažinti oficialiai patvirtinti, bet į apyvartą dar neišleisti pinigai arba vertybiniai popieriai. Manau, kad visiškai pagrįstas yra ir baudžiamosios atsakomybės nustatymas tam, kas, turėdamas teisę gaminti tikrus pinigus, tačiau, pažeisdamas nustatytą pinigų gamybos tvarką arba sąlygas, pagamino Lietuvos arba kitos valstybės apyvartoje esančius arba oficialiai patvirtintus, bet į apyvartą dar neišleistus pinigus, taip pat tam, kas laikė, įgijo arba realizavo tokius pinigus, žinodamas, kad jie pagaminti pažeidžiant nustatytą pinigų gamybos tvarką ir sąlygas.

Tačiau diskutuotinas BK 213 straipsnio pakeitimas, pagal kurį baigtu nusikaltimu yra pripažįstamas specialių medžiagų netikriems pinigams arba vertybiniams popieriams gaminti gaminimas, įgijimas, laikymas arba realizavimas. Gal šiuo atveju reikėjo paprasčiausiai BK Bendrojoje dalyje numatyti tai, kad yra baudžiama ir už rengimąsi gaminti netikrus pinigus arba vertybinius popierius. Be to, atkreiptinas dėmesys, kad baigtu nusikaltimu yra pripažįstamas ir specialiųjų medžiagų gaminimas (nusikaltimas yra baigtas nuo šių medžiagų gamybos proceso pradžios).

STANDARDS OF THE EUROPEAN UNION LAW IN THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA

Armanas Abramavičius

Summary

In the article some particular aspects of the impact of the EU Law on Lithuanian criminal law are analyzed.

First of all, the author gives brief analysis of the relationship between the EU Law and the Constitution of the Republic of Lithuania. In his opinion, the principle of Supremacy of the EU Law is applicable only when dealing with issues arising from the areas, in which Member States had transferred their competence to the European Union.

Further general tendencies of the impact of the EU Law on Lithuanian criminal law are analyzed. The author considers that at present we can talk about the Europeanization of the criminal law of the EU Member States. This process involves the unification of some provisions of national criminal law.

Finally particular analysis of the impact of the EU law on the criminalization of some offences is provided in the article.

IF NOT EEA STATE LIABILITY, THEN WHAT? REFLECTIONS TEN YEARS AFTER *SVEINBJÖRNSDÓTTIR*

Carl Baudenbacher

Introduction

In October 1991, the negotiations on the conclusion of an European Economic Area Agreement between the Community and its then 12 Member States on the one hand and the then 7 EFTA States on the other hand were informally concluded. The EEA was to be based on a two pillar system. The law in both pillars, EC and EFTA, being identical in substance, but each pillar having its own enforcement institutions. With regard to the EFTA pillar, the Agreement foresaw the creation of a common EEA Court consisting of 5 ECJ judges and 3 judges from EFTA countries and a common EEA Court of First Instance made up of 3 judges from the EFTA side and 2 ECJ judges. The main function of the EEA Courts was to secure the homogeneous development of the case law in the EFTA pillar of the EEA, parallel to the practice of the ECJ. In its Opinion 1/91 of 14 December 1991, the ECJ, however, declared the proposed EEA judicial system incompatible with Community law [1]. Comparing the aims and the context of the EEA Agreement with those of Community law, the ECJ found that the **objectives** of the Community legal order were going beyond the ones of the agreement, and that the **context** also differed. In the ECJ's view, the EEA was to be established on the basis of an international treaty which, essentially, merely created

[1] 1991 ECR, I-6079.

rights and obligations between the Contracting Parties [2]. In contrast, the ECJ, referring to its judgment in Case 26/62 *Van Gend en Loos* [3], emphasized that the EC Treaty established a new legal order for the benefit of which the States have limited their sovereignty rights and the subjects of which comprise not only the States, but also their nationals, the essential features being primacy and direct effect. On the basis of this comparison, the ECJ concluded that identical wording was no guarantee of homogeneity. And since there were no other mechanisms that would secure homogeneity, the ECJ did not even consider the fundamental principles of **direct effect** and **supremacy** to be safeguarded [4]. On the contrary, it assumed that these principles were "irreconcilable with the characteristics of the agreement" [5]. The final conclusion was therefore that "the divergences which exist between the aims and context of the agreement, on the one hand, and the aims and context of Community law, on the other, stand in the way of the achievement of the objective of homogeneity in the interpretation and application of the law in the EEA." [6] As a consequence of the ECJ's Opinion 1/91, a new version of the institutional chapter of the EEA Agreement was negotiated which provided for the establishment of a **structurally independent EFTA Court**.

I am delighted to dedicate the following considerations on where we stand with regard to EEA State liability to Judge *Pranas Kūris*, one of the most distinguished lawyers of his native Lithuania.

ECJ *Francovich* and *Brasserie du Pêcheur*: Recognition of State liability in Community law

(1) In view of its fears of the lack of direct effect and supremacy of EEA law uttered in Opinion 1/91, it must be noted that the ECJ had less than a month earlier, on 19 November 1991, in its judgment in Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Andrea Francovich and Danila Boni-*

[2] Ibid, at paragraph 20.
[3] 1963 ECR, 1.
[4] Opinion 1/91, at paragraphs 5-29.
[5] Ibid, at paragraph 28.
[6] Ibid, at paragraph 29.

faci and others v Italian Republic, held that the principle whereby a State must be liable for loss and damage caused to individuals by breaches of Community law for which the State can be held responsible was inherent in the system of the EC Treaty [7]. Background to this case was that Italy had **not implemented the Insolvency Directive 80/897**, a failure that had been confirmed by the ECJ [8], and two Italian courts had referred, *inter alia*, the question of whether the country was required to make good loss and damage caused to workers by this failure.

The ECJ held that this question was to be considered in light of the general system and the fundamental principles of the Treaty. Referring in particular to its jurisprudence *van Gend en Loos*, *Costa v ENEL* and *Simmenthal* [9], the ECJ started its reasoning by recalling that the EC Treaty has created its own legal system whose subjects are not only the Member States but also their nationals, and that national courts must ensure that the provisions of Community law they have to apply take full effect and must protect the rights which they confer on individuals. The ECJ held that "[t]he full effectiveness of Community rules would be impaired and the protection of their rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible" [10]. It concluded that the principle was "**inherent in the system of the Treaty**" [11] and added that a further basis was to be found in the duty of loyal cooperation of the Member States laid down in Article 10 EC [12]. The argument of Germany, the United Kingdom, Italy and The Netherlands that the question of principle whether possible actions against the State for reparation may only be brought was a matter of national law [13], remained unsuccessful.

---

[7] 1991 ECR, I-5357.

[8] Case 22/87 Commission v Italy, 1989 ECR, 143.

[9] Cases 26/62 Van Gend en Loos, 1963 ECR, 1; 6/64 Costa v ENEL, 1964 ECR, 585; 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal, 1978 ECR, 629.

[10] Ibid., at paragraph 33.

[11] Francovich, 1991 ECR, I-5357, at para. 35.

[12] Ibid. at paragraphs 31-34, 36.

[13] See the Opinion of Advocate General Mischo in Francovich, 1991 ECR I-5357, at paragraph 43.

After having stated that State liability was required by **Community law**, the ECJ found that "the conditions under which that liability gives rise to reparation depend on the nature of the breach of Community law giving rise to the loss and damage" [14]. It then defined **three conditions** for liability in case of non-implementation of a directive: (1) the result prescribed by the directive should entail the grant of rights to individuals; (2) it should be possible to identify the content of those rights on the basis of the provisions of the directive; (3) there must exist a causal link between the breach of the State's obligation and the loss and damage suffered by the injured party [15].

(2) On 5 March 1996, the ECJ handed down a second landmark ruling on State liability in Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [16]. It had previously found German statutory rules on the marketing of beer and British conditions relating to the registration of vessels to be in conflict with the **Treaty rules** on free movement of goods and freedom of establishment [17]. The ECJ rejected the argument put forward by the German, Irish and Netherlands Governments that State liability occurs only where the provisions breached are not directly effective because it only aims at filling a lacuna in the system for safeguarding rights of individuals [18]. It held that there may be cases, such as *Francovich*, in which the provisions of a non-implemented directive **lack direct effect**, so that reparation has the function of redressing the injurious consequences of a Member State's failure to transpose. Reparation may, however, also be the necessary **corollary of the direct effect** of the Community provision whose breach has caused the damage. Neither did the ECJ accept the argument put forward by the German Government "that a general right to reparation for individuals could be created only by legislation and that for such a right to be recognized by judicial decision would be incompatible with the **allocation of powers** as between the Community institutions and the Member States and with the institutional

[14] Ibid., at paragraph 38.
[15] Ibid., at paragraph 40.
[16] 1996 ECR, I-1029.
[17] Cases 1978/84 Commission v Germany, 1987 ECR, 1227; C-221/89 Factortame II, 1991 ECR, I-3905 and C-246/89 Commission v United Kingdom, 1991 ECR, I-4585.
[18] Ibid., at paragraphs 18 ff.

balance established by the Treaty" [19]. The ECJ replied that "the existence and extent of State liability for damage ensuing as a result of a breach of obligations incumbent on the State by virtue of Community law are questions of Treaty interpretation which fall within the jurisdiction of the Court" [20]. In the absence of an explicit Treaty provision, the ECJ went on, it had in pursuance of the task conferred on it by Article 220 EC "to rule on such a question in accordance with generally accepted methods of interpretation, in particular by reference to the fundamental principles of the Community legal system, and, where necessary, to general principles common to the legal systems of the Member States" [21]. The Court then turned to the fact that the **second paragraph of Article 288 EC** refers to the general principle common to the laws of the Member States "that an unlawful act or omission gives rise to an obligation on public authorities to make good damage caused in the performance of their duties" [22]. It concluded that the principle of State liability "holds good for any case in which a Member State breaches Community law, whatever be the organ of the State whose act or omission was responsible for the breach" [23]. One will notice that in *Francovich*, the ECJ had not followed Advocate General *Mischo's* proposal to subject the grant of damages by a national court for a breach of Community law to the same conditions as the grant of damages by the ECJ for infringement of that same Community law by a Community institution [24].

The ECJ defined **three conditions** for State liability under these circumstances: (1) the violated rule must be intended to confer rights on individuals; (2) the breach must be sufficiently serious; (3) there must be a direct causal link between the breach of the obligation and the damage sustained [25]. For the sake of order, it may be added that the Court clarified shortly after *Brasserie* in Joined Cases C-178/94,

[19] Ibid., at paragraph 24, emphasis added.
[20] Ibid., at paragraph 25.
[21] Ibid., at paragraph 27.
[22] Ibid., at paragraph 28.
[23] Ibid., at paragraph 32.
[24] See Opinion of Advocate General Mischo in Francovich, 1991 ECR, I-5357, at paragraph 71.
[25] Ibid., at paragraph 51.

C-179/94, C-188/94, C-189/94 & C-190/94, *Dillenkofer & Others v. Germany* that "the condition that there should be a sufficiently serious breach, although not expressly mentioned in *Francovich*, was nevertheless evident from the circumstances of that case" [26]. One will notice that the second condition, that there is a sufficiently serious breach, is the same with regard to the Community's liability under Article 288 EC and to Member State liability [27].

EFTA Court *Sveinbjörnsdóttir*: Recognition of State liability in EEA law

(1) In order to secure a homogeneous development of the case law in the EEA, Article 6 EEA obliges the EFTA Court to interpret the provisions of the EEA Agreement, in so far as they are identical in substance to corresponding rules of Community law, in their implementation and application in conformity with the **relevant rulings** of the ECJ given prior to the date of signature of this Agreement (i.e. 2 May 1992). Under the second paragraph of Article 3 SCA, the EFTA Court shall, in the interpretation and application of EEA law, pay due account to the principles laid down by the ECJ's **relevant rulings** given after that date. The politically important distinction between old and new case law has been largely qualified in the EFTA Court's practice.

(2) From the beginning, the question was discussed whether the ECJ's judgments acknowledging State liability were relevant rulings within the meaning of those two articles. The rules laid down in the EEA Agreement appeared to send **mixed signals** with regard to the issue of whether direct effect and primacy were part of EEA law. On the one hand, the EEA Agreement emphasizes the significance of the objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area based on common rules and equal conditions of competition and providing for the adequate means of enforcement including at the judicial level, and achieved on the basis of equality and reciproc-

[26] 1996 ECR, I-4845, at paragraph 23.
[27] See ECJ Brasserie, at paragraph 55.

ity and of an overall balance of benefits, rights and obligations for the Contracting Parties. It also highlights the important role of individuals through the exercise of the rights conferred on them by the agreement, and through the judicial defence of these rights as well as the need to create a level playing field for operators in both EEA pillars also at the judicial level [28]. On the other hand, Article 7 EEA, unlike Article 249 EC, does not provide that the regulations contained in its annexes are to be "directly applicable" in the EFTA States. And Protocol 35 stipulates that "[f]or cases of possible conflicts between implemented EEA rules and other statutory provisions, the EFTA States undertake to introduce, if necessary, a statutory provision to the effect that EEA rules prevail in these cases".

(3) On 12 November 1997, the Reykjavík District Court referred the questions to the EFTA Court whether Council Directive 80/987/EEC, which according to point 24 of Annex XVIII to the EEA Agreement is part of EEA law, was to be interpreted to mean that national legislation may preclude an employee from receiving payment of a wage claim against an insolvency estate from the State's Wage Guarantee Fund on grounds the employee being a sibling of an owner of 40% of the shares in the insolvent company, and if the answer to that question was to the effect that such an employee may not be precluded from receiving payment of a wage claim, **whether the State was liable** vis-à-vis the employee for not having adapted national legislation when it became a party to the EEA Agreement. *Erla Mária Sveinbjörnsdóttir*, the plaintiff in the case before the national court, had been dismissed from her position as an employee at a machine workshop. The dismissal was with six months' notice and she was not required to work during the notice period. However, after three months, the machine workshop was declared insolvent. Ms Sveinbjörnsdóttir filed claims against both the insolvency estate of the machine workshop and the Icelandic Wage Guarantee Fund. After both claims had been rejected, she brought an action for compensation against the Government of Iceland and argued that the Government was **liable for damages** for not having adjusted its national legislation correctly to the directive.

[28] Recitals 4, 8 and 15 of the preamble to the EEA Agreement.

(4) The Governments of the EFTA States **Iceland** and **Norway** and of the EC State **Sweden** submitted that the EEA Agreement did not impose an obligation on the EFTA States to make good loss and damages caused to individuals by failure to implement correctly in their national legislation provisions of EEA legislation. The ECJ's State liability case law could not in their view be transferred to the EEA Agreement, since it was based on special characteristics of the Community legal order that were - according to them - not present in the EEA Agreement. In other words, that case law was said not to be "relevant" within the meaning of Articles 6 EEA and 3(2) SCA. With regard to the alleged fundamental differences between the nature of the EEA Agreement and that of the EC Treaty, the three Governments referred, in particular, to the ECJ's **Opinion 1/91** and argued that the EEA Agreement was an international treaty which has created rights and obligations between the Contracting Parties, but which lacks the supranational features (direct effect and primacy) that characterize Community law [29].

The Icelandic Government, essentially like the Governments of Germany, the United Kingdom, Italy and The Netherlands in *Francovich*, submitted that the only possible basis for State liability could be the non-contractual liability principles of **national law**[30]. A second parallel exists with regard to the issue of whether State liability could only be introduced **by the** "**treatygiver**". This allocation of powers argument was put forward by the German Government in *Brasserie* [31]. In *Sveinbjörnsdóttir,* the Government of Iceland made a similar contention and submitted that the matter was for the Contracting Parties, i.e. the Governments, to decide. It explicitly stated that if, in the absence of State liability, homogeneity should be affected, the matter would have to "be dealt with politically and through diplomatic channels, as set out particularly in Articles 105 to 111 EEA (sc. the provisions on homogeneity and dispute settlement) and not by the EFTA Court" [32].

---

[29] Case E-9/97, 1998 EFTA Court Report, 95, at paragraph 44, Report for the Hearing, 1998 EFTA Court Report, 115, at pts. 52 ff., 66 ff., 76 ff.

[30] Case E-9/97, Report for the Hearing, 1998 EFTA Court Report, 115, at point 52.

[31] See supra

[32] Case E-9/97, Report for the Hearing, 1998 EFTA Court Report, 127 point. 62.

(5) The **EFTA Surveillance Authority** referred to the similarities between the EEA Agreement and the EC Treaty, the homogeneity objective of the EEA Agreement and the important role played by individuals through the exercise of their rights in judicial proceedings, and submitted that the obligations undertaken by the EFTA States included a duty to make good loss and damage caused to individuals by incorrect implementation of EEA legislation [33]. It would, in the EFTA Surveillance Authority's view, clearly not be an equal treatment of individuals and economic operators, as set out in the fifteenth Recital of the Preamble to the EEA Agreement, "if different rules were to apply with regard to the possibilities of being compensated for losses resulting from a failure to correctly implement a directive" [34]. The **Commission** submitted that in Community law, the principle of State liability rested on three pillars, namely the notion of the "own legal order" of the Community, the role of national courts in the enforcement of this order, and the good faith obligation in Article 10 EC. It argued that especially the fourth, eight and fifteenth Recital of the Preamble to the EEA Agreement [35] go a long way in the direction of an EC-like organisation, but that "the body of the Agreement, in particular Article 7 EEA and Protocol 35, makes it quite clear that the EFTA States did not want to create a second EC when they co-operated in the creation of the EEA" [36]. In this context, the Commission also referred to the ECJ's **Opinion 1/91**. The Commission therefore concluded that elements of an "own legal order" and of direct effect are not present in the EEA and that therefore the basis for State liability was lacking.

(6) In its judgment of 10 December 1998, the EFTA Court answered the first question in the negative and the second one in the affirmative. With regard to State liability, it held that, in the absence of an express provision in the EEA Agreement, the question arose whether such a State obligation was to be derived from the purposes and the legal structure of the EEA Agreement. It referred firstly to the general aim of the EEA Agreement, as laid down in its Article 1, to

[33] Case E-9/97, 1998 EFTA Court Report, 95, at paragraph 45.
[34] Case E-9/97, Report for the Hearing, 1998 EFTA Court Report, 115, at pt. 84.
[35] Case E-9/97, Report for the Hearing, 1998 EFTA Court Report, 115, at pts. 94-96.
[36] Case E-9/97, Report for the Hearing, 1998 EFTA Court Report, 115, at pts. 94, 95.

create a **homogeneous European Economic Area** [37]. Secondly, it quoted the fourth and fifteenth recitals of the Preamble to the EEA Agreement, which emphasize the goal of establishing a dynamic and homogeneous EEA [38]. Moreover, the EFTA Court pointed to the identity in substance of EC and EEA law and to the mechanisms ensuring homogeneous interpretation and application of the law in both EEA pillars as well as to the important objective of the EEA Agreement to ensure individuals and economic operators equal treatment and equal conditions of competition, as well as adequate means of enforcement. It noted that the provisions of the EEA Agreement are, to a great extent, intended for the benefit of individuals and economic operators **throughout the European Economic Area** and that the proper functioning of the EEA Agreement is dependent on those individuals and economic operators being able to rely on the rights thus intended for their benefit. The Court concluded that the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities were so strongly expressed in the EEA Agreement that State liability was to be deemed to be **part of EEA law** [39]. With regard to the implementation of directives integrated into the EEA Agreement, this meant that the Contracting Parties had a duty to make good loss or damage resulting from **incorrect implementation** of those directives. A further basis for State liability was said to be found in Article 3 EEA, under which the Contracting Parties are required to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of their obligations under the Agreement [40]. With these holdings, the EFTA Court implicitly rejected the arguments that State liability could only be based on national law and that such responsibility could only be introduced by the Contracting Parties. With regard to the latter issue, it may be added here that unlike the EC Treaty, the EEA Agreement can hardly be amended. The EFTA Court finally added that it followed from Article 7 EEA and Protocol 35 that the EEA Agreement did not entail a transfer of legislative powers, but that the

[37] Ibid., at paragraphs 47, 48.
[38] Ibid., at paragraphs 50 and 51; see with regard to these recitals supra.
[39] Ibid., at paragraph 60.
[40] Ibid., at paragraph 61. Article 3 EEA mirrors Article 10 EC.

principle of State liability was to be seen as an integral part of the **EEA Agreement as such**.

As to the **conditions** for State liability, the EFTA Court reiterated the ones formulated by the ECJ in *Brasserie* without, however, mentioning that judgment [41].

Acceptance and confirmation of EFTA Court *Sveinbjörnsdóttir*

(1) In view of the bearing of the case, it was to be expected that to gain the acceptance of the Court's audiences would not be easy. To be sure, many **commentators** had been quite open to the idea of State liability being part of EEA law in early literature [42]. And *Sveinbjörnsdóttir* was generally received with understanding by academics [43]. The

[41] Ibid., at paragraphs 64 ff.

[42] See Sven Norberg/Karin Hökborg/Martin Johansson/Dan Eliasson/Lucien Dedichen, The European Economic Area, EEA Law, A Commentary to the EEA Agreement, Stockholm 1993, 207 f.; Leif Sevón, Primacy and Direct Effect in the EEA. Some Reflections, in Liber Amicorum Ole Due, 1994, 339, 354; Fredrik Sejersted, Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamics of the EEA Agreement, in: Mueller-Graff/Selvig, Eds., The European Economic Area, - Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe, Berlin 1997, 43 ff., 58; Carl Baudenbacher, Between Homogeneity and Independence: The Legal Position of the EFTA Court in the European Economic Area, 1997 Columbia Journal of European Law, 169, fn. 116.

[43] See John Forman, The EFTA Court Five Years On: Dynamic Homogeneity in Practice and its Implementation by the two EEA Courts, CMLRev. 1999, 751, 774 ff.; Editorial Comments: European Economic Area and European Community: Homogeneity of legal orders?, 1999 CMLRev, 697, 699 ff.; Thomas Bruha, Is the EEA an internal market?, in: Müller-Graff/Selvig, eds., EEA-EU Relations, Berlin 1999, 97, 122 ff., 122 ff.; Koen Lenaerts and Piet van Nuffel in Bray (Editor), Constitutional Law of the European Union, 1999, 683; Lennart Ritter, W. David Braun, Francis Rawlinson, EC Competition Law, A Practitioner's Guide, 2nd ed. (student ed.), 2000, 10; Leif Sevón, The ECJ, the EFTA Court and the national courts of the EFTA countries, in: Rettsteori og Rettsliv, Festskrift til Carsten Smith, Oslo 2002, 721, 730 ff.; Sevón/Johansson, The Protection of the Rights of Individuals under the EEA Agreement, European Law Review 1999, 373, 385; also Sven Norberg, Perspectives on the Future Development of the EEA Agreement, Afmælisrit Thór Vilhjálmsson, Reykjavík 2002, 367 ff; Martin Eyjólfsson, 2000 CMLRev. 191 ff., 210.

EFTA Court's State liability jurisprudence was also immediately approved by the **Icelandic judiciary**. In *Sveinbjörnsdóttir*, the referring *Reykjavík District Court* accepted the principle of State liability. It found that the conditions for liability were fulfilled and granted the plaintiff compensation. On 16 December 1999, the *Supreme Court of Iceland* confirmed that judgment on appeal [44]. The Supreme Court did not deviate from the dualistic approach by taking the view that the principle of State liability had been introduced into the Icelandic legal order with the EEA Implementing Act No 2/1993. In any case, the outcome fully corresponded with the EFTA Court's *Sveinbjörnsdóttir* ruling. It is to be noted, though, that the Supreme Court made no reference to a requirement of a sufficiently serious breach. In a similar vein, the Icelandic Government declared in a subsequent case, E-4/01 *Karlsson*, that it was prepared to live with *Sveinbjörnsdóttir* [45].

(2) Important **support** for the EFTA Court came also from the ECJ which in C-140/97 *Rechberger* [46] was asked by the Landesgericht Linz whether the principle of State liability applied in Austria after January 1, 1994, in view of the fact that Austria had become an EEA/EFTA State on that date. Austria had not implemented the Package Tour Directive in good time, and travelers had suffered damage [47]. On 1 January 1995, the country had joined the European Union. In view of the planned accession of four of them to the EU, the five EFTA/EEA States had entered into an Agreement on transitional arrangements for a period after the accession of certain EFTA States to the EU on 28 September 1994 [48]. According to Article 5 of this Agreement, after accession, new preliminary ruling proceedings could

[44] Judgment of the Supreme Court of 16 December 1999, Sveinbjörnsdóttir, Case No. 236/1999, Hæstirettur Íslands Report as H 1999 4916; see Thorgeir Örlygsson, Iceland and the EFTA Court, Twelve Years of Experience, in: Mario Monti, Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Bo Vesterdord, Jay Westbrook, eds., Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Berne/Vienna 2007, 225 ff.

[45] Transcript of the Oral Hearing, file with the EFTA Court.

[46] Case C-140/97, 1999 ECR, I-3499.

[47] See ibid., at paragraph 17.

[48] Agreement of 28 September 1994 on transitional arrangements for a period after the accession of certain EFTA States to the European Union, 1994-1995 EFTA Court Report, 161 ff.

only be brought before the EFTA Court in cases in which the facts occurred before accession and the application was lodged with the Court within three months after accession. Under Article 7 of the transitional Agreement, the EFTA Court of five judges was to conclude all pending cases within six months of accession. That means that the jurisdiction of the EFTA Court to hear the case had been excluded. In its ruling of June 15, 1999, the ECJ held that Austria was, according to EEA Article 7, in conjunction with Section 11 of Protocol 1 to the EEA Agreement, required to transpose the directive in question on the day the EEA Agreement entered into force, on January 1, 1994. However, the ECJ declared itself not competent to rule on a question of interpretation related to the application by Austria of the EEA Agreement during the **period preceding its accession** to the Community [49]. That Austria subsequently acceded the European Union did not change anything. The ECJ went, however, on by stating:

> "Moreover, in view of the objective of uniform interpretation and application which informs the EEA Agreement, it should be pointed out that the principles governing the liability of an EFTA State for infringement of a directive referred to in the EEA Agreement were the subject of the EFTA Court's judgment of 10 December 1998 in Sveinbjörnsdóttir." [50]

The Common Market Law Review stated in Editorial Comments that with this reference, the ECJ has given "more than a 'coup de chapeau', a salute to the EFTA Court. With this statement, it is important to note, the EC Court appears to endorse the EFTA Court's judgment" [51]. *John Forman*, a head of unit in the Commission's legal service who pleaded a considerable number of cases before the EFTA Court (albeit not *Sveinbjörnsdóttir*), spoke of "express endorsement" and pointed out that the ECJ also made reference to the principle of uniformity as regards the interpretation and application of the EEA Agreement [52]. *Thérèse Blanchet*, a former member of the legal service of the EFTA Secretariat, stated that the ECJ "a entériné de manière

[49] See ibid., at paragraph 38.

[50] Ibid., at paragraph 39.

[51] Editorial Comments: European Economic Area and European Community: Homogeneity of legal orders?, 1999 CMLRev, 697, 700.

[52] John Forman, The EFTA Court Five Years On: Dynamic Homogeneity in Practice and its Implementation by the two EEA Courts, CMLRev. 1999, 751f, 777, fn. 151.

lapidaire cette interpretation dans son arrêt '*Rechberger*' " [53]. It appears that compensation was in fact paid in the framework of a settlement before the referring Austrian court [54].

(3) On the other hand, acceptance was not facilitated by the fact that in *Sveinbjörnsdóttir* the **Commission** had argued against EEA State liability. The Commission's position came actually somewhat unexpectedly since in Case E-1/94 *Restamark*, it had, without even mentioning Opinion 1/91, straightforwardly advised the EFTA Court to **acknowledge direct effect** of Article 16 EEA. The Commission submitted

> „that the Contracting Parties have emphasized the importance of the role played by individuals in the EEA through the exercise of the rights conferred upon them by the Agreement and through the judicial defence of these rights (eighth recital of the Preamble to the Agreement). This indicates that the provisions of the EEA Agreement, despite its differences with the EC Treaty, are capable of producing direct effect and so may be relied upon by individuals before national courts in the legal orders of the EFTA States." [55]

The EFTA Court avoided a direct answer and held that it is inherent in Protocol 35 that individuals and economic operators must be entitled to invoke and to claim at the national level any rights that could be derived from the provisions of the EEA Agreement, as being or having been **made part of the respective national legal order**, if they are unconditional and sufficiently precise. For the sake of completeness, it may be added that the EFTA Court used the same approach when dealing with the **primacy** issue. In Case E-1/01 *Einarsson* [56], it found that it follows from Protocol 35 that implemented EEA rules that are sufficiently precise and unconditional may be in-

---

[53] Le Succès Silencieux de Dix Ans d'Espace Économique Européen: Un Modèle pour l'Avenir avec d'Autres Voisins?, Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg, edited by Martin Johansson, Nils Wahl, and Ulf Bernitz, Brussels 2006, 115.

[54] See Georg Gorton, Staatshaftung im EFTA-Pfeiler des EWR: Zusammenspiel von EuGH und EFTA-GH, European Law Reporter ELR 1999, 321 ff., 323; Christine Stix-Hackl, Europa-Seiten im 5-Jahres-Spiegel, Österreichisches Anwaltsblatt 2000, 440, 468 ff.; Carl Baudenbacher, Staatshaftung im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum: EuGH und EFTA-Gerichtshof im Doppelpass, EWS 2000, 425 ff., 430.

[55] Report for the Hearing, 1994-1995 EFTA Court Report, 15, at paragraph 96.

[56] Hörður Einarsson v The Icelandic State, 2002 EFTA Court Report, 1.

voked in national courts and take precedence over conflicting rules of national law.

There was another factor which may have weakened the persuasive power of *Sveinbjörnsdóttir*. The Judge-Rapporteur in *Sveinbjörnsdóttir* took the floor at the 1999 **Nordic Law Conference** in Oslo. He mentioned the case and criticized the lack of a dissenting opinion system by saying that he found "it very difficult to function if we [sc. the judges], if the occasion arises, are not given the opportunity to give 'a dissenting, or even concurring opinion'. One is bound by the majority, not only with regard to the conclusion, but also with regard to the reasoning leading to the conclusion". He then added that he did "not intend to break this rule by saying something which could be interpreted as a further reasoning". Finally he called part of the Court's reasoning an act "ultra vires" [57].

(4) In the EFTA Court's second State liability case, E-4/01 *Karlsson*, a preliminary reference case that again opposed a private operator and the Icelandic Government, the Norwegian Government **went for a rematch** [58]. Iceland had not abolished its State alcohol import monopoly by January 1, 1994, the date the EEA Agreement entered into force. The *Karlsson* firm was therefore prevented from importing into Iceland the alcoholic beverages for which it was the agent and from distributing such products to retailers. The EFTA Court held that Iceland had infringed Article 16 EEA, the provision mirroring Article 31(1) EC. The Norwegian Government used the opportunity to ask the EFTA Court to overrule *Sveinbjörnsdóttir*. Referring to ECJ *Brasserie*, the Norwegian Government submitted that in Community law, the principle of State liability was **inseparable from the principle of direct effect**, both principles constituting complementary elements of the supranationality of Community law which it claimed to be absent in EEA law [59]. Moreover, the Norwegian Government contended that in *Brasserie*, the ECJ based its finding of

[57] Intervention of EFTA Court President Bjørn Haug, Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo, 18.-20. august 1999, Del 2, Utgitt av Det norske lokalstyret, 1005 f. As in the ECJ, there are no dissents allowed in the EFTA Court; see Article 2 of the Court's Statute.

[58] Case E-4/01, 2002 EFTA Court Report, 240.

[59] Case E-4/01, 2002 EFTA Court Report, 240, Report of the Hearing, pts. 54, 71.

State liability on the existence of liability of the Community institutions under Article 288 EC, a provision that it claimed had no parallel in EEA law [60]. It was also argued that the goal of the EEA Contracting Parties to establish a dynamic and homogeneous European Economic Area implied a certain job sharing between the EFTA Court and the Governments, so to speak. According to this idea, it was for the Contracting Parties to see to it that the goal of establishing a **dynamic** EEA was achieved. The EFTA Court's task would be to secure the homogeneous development of the law in the EEA [61]. It fits the picture that the Norwegian Government also tried to downplay the significance of the ECJ's reference to EFTA Court *Sveinbjörnsdóttir* in *Rechberger*. The Government submitted that the citation amounted only to an *obiter dictum*, because the ECJ had denied its competence to interpret the EEA Agreement. In that view, the ECJ did nothing more than to take note of the fact that the question of State liability had been dealt with in the *Sveinbjörnsdóttir* case, but did not approve the EFTA Court's ruling in that case [62].

In its judgment of 30 May 2002, the EFTA Court noted the reference in ECJ *Rechberger* [63] and it confirmed its *Sveinbjörnsdóttir* jurisprudence. The Court held that EC law-style direct effect was absent in EEA law, but that this **did not preclude** the existence of an obligation on the State to pay compensation for loss and damage caused to individuals and economic operators as a result of breaches of obligations under the EEA Agreement [64]. It also rejected the argument put forward by the Norwegian Government that the concept of EEA State liability must be limited to incorrect implementation of directives. In fact, the EFTA Court had already found in *Sveinbjörnsdóttir* that "it is a principle of the EEA Agreement that the Contracting Parties are obliged to provide for compensation for loss and damage caused to individuals by **breaches of the obligations under the EEA Agreement** for which the EFTA States can be held responsible" [65]. The

[60] Ibid., at paragraph 72.
[61] Transcript of the Oral Hearing, file with the EFTA Court.
[62] Transcript of the Oral Hearing, file with the Court.
[63] Ibid., at paragraph 25.
[64] Ibid., at paragraphs 25 ff.
[65] Ibid., at paragraph 62, emphasis added.

EFTA Court therefore found that compensation must be paid for breaches of obligations under EEA law if the three conditions defined in *Sveinbjörnsdóttir* were met [66]. Again, the EFTA Court did not make reference to ECJ *Brasserie* on that point.

As far as the **conditions** in question are concerned, the EFTA Court ruled that Article 16 EEA (which corresponds to Article 31 EC), confers rights upon individuals. Unlike in *Sveinbjörnsdóttir*, the EFTA Court itself answered the question of whether there was a **sufficiently serious breach** of EEA law, and the answer was in the affirmative. The Court did so because it had been clear long before the entry into force of the EEA Agreement that a state import monopoly was incompatible with European law [67]. The Icelandic Government, having negotiated, drafted, signed and ratified the EEA Agreement, was in the best position to assess the legislative amendments required to comply therewith and there was sufficient time between the signature of the EEA Agreement and its entry into force. Whether there existed a causal link, was left to the national court to decide [68].

(5) On 26 November 2004, the **Swedish Supreme Court** held that Sweden was liable to pay compensation to two workers who had suffered damages due to the incorrect implementation of the Directive 80/987/EEC in Sweden in 1994, the year when Sweden was an EEA/EFTA country. In doing so, the Supreme Court made, *inter alia*, reference to the EFTA Court's judgments in *Sveinbjörnsdóttir* and in *Karlsson* as well as to the Icelandic Supreme Court's ruling in *Sveinbjörnsdóttir* [69]. The case has an interesting pre-history. The Stockholm City Court, which dealt with the claims, referred essentially the same questions to the ECJ under the Article 234 EC procedure as the Austrian court in C-140/97 *Rechberger*. In this case, which

[66] Ibid, at paragraph 32.

[67] See Case C-59/75 Manghera, 1976 ECR 91.

[68] Case E-4/01 Karlsson, 2002 EFTA Court Report, 240 = C.M.L.R. 2002, 1477.

[69] Högsta domstolen, 26.112004, Mål nr T 2593-01, Susanne Wåkerås-Andersson/Svenska staten genom Justitiekanslern; Högsta domstolen, 26.112004, Mål nr T 2593-01, Ulla-Brith Andersson/Svenska staten genom Justitiekanslern. See the review by Martin Johansson, State liability within the EEA from a Swedish perspective – Sveinbjörnsdóttir confirmed, European Law Reporter 2005, 50 ff.

was given the number C-321/97 [70], the ECJ handed down its ruling on the same day, namely on 15 June 1999. Like in *Rechberger*, the ECJ denied its competence to rule on a question of interpretation related to the application by a Member State of the EEA Agreement during the period preceding its accession to the Community, i.e. whether the Swedish State was liable to cover damage caused to individuals and economic operators by mis-implementing a directive. Unlike in *Rechberger*, the ECJ in *Andersson* did **not make reference** to the legal situation created in the EFTA States by EFTA Court *Sveinsbjörnsdóttir*. The Stockholm City Court nevertheless found in favour of the plaintiffs, but the Svea Court of Appeal reversed. It may be added that the injured workers would most probably have succeeded much earlier had the ECJ referenced the EFTA Court's jurisprudence. The Supreme Court's ruling was of considerable significance. University of Stockholm Law Professor *Ulf Bernitz*, one of Sweden's leading academics in the field of European law, has noted that "the Swedish Supreme Court's stance in the *Andersson* case concerning liability for damages according to the EEA Agreement has become an important precedent also in relation to the long disputed issue of the Swedish courts' possibilities to award damages to be paid by the Swedish State for violations of the European Convention connected to flaws in Swedish legislation or practices by Swedish courts or other authorities" [71].

(6) The Norwegian Government **gave up the resistance** against State liability in the second *Finanger* case. Veronika Finanger had taken a ride in a motor vehicle driven by an intoxicated driver, and the driver's insurer refused compensation invoking § 7 para. 3 litra b of the Norwegian Automobile Liability Act. That provision denied insurance protection to a passenger who rode in a car driven by an intoxicated driver and knew or must have known that the driver was intoxicated. Upon reference from the Norwegian Supreme Court, the EFTA Court held in 1999 that a provision such as the one in question

[70] 1999 ECR, I-3551.

[71] The application of EEA law in Sweden, in: Mario Monti, Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Bo Vesterdorf, Jay Westbrook, eds., Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Berne/Vienna 2007, 29 ff., 35 f.

was incompatible with the EEA Motor Vehicle Insurance Directives[72]. The Supreme Court concurred with the EFTA Court's ruling by finding that Norway had mis-implemented the Directives in question and was therefore in breach of EEA law. Veronika Finanger's claim against the driver's private insurance company was, however, rejected because the majority of the Supreme Court felt that it could not bring an unambiguous provision of Norwegian law into line with a conflicting provision of an EEA law directive in a **horizontal** context [73]. Ms. Finanger then brought an action for compensation against the Norwegian State based on the EFTA Court's State liability jurisprudence. She obtained a favourable judgment in the Oslo City Court, but lost before the Court of Appeal. In its judgment of 28 October 2005 [74], the Norwegian Supreme Court followed the EFTA Court's State liability jurisprudence and granted her compensation. The Government argued that the breach in question – the mis-implementation of the Motor Vehicle Insurance Directives – did not constitute a **sufficiently serious breach**. The Supreme Court did not accept that view[75].

(7) In August 2005, the **Liechtenstein Court of Appeal** ruled in favour of an Austrian physician who had been refused a license to practice in Liechtenstein and who, after having been successful before the EFTA Court and the Supreme Administrative Court with his claim that this amounted to a breach of the freedom of establishment, had sued the Liechtenstein Government for damages. The Court of Appeal did not, however, base its judgment on the principles of EEA State liability as developed by the EFTA Court, but on the **national State Liability Act** [76]. The Supreme Court stuck to this approach, but found in favour of the Government since the latter had not committed a fault [77]. Upon appeal, the State Court quashed that judgment [78].

---

[72] Case E-1/99 Finanger 1999 EFTA Court Report, 119.

[73] Case 55/1999, 16 November 2000, Rt 2000, 1811.

[74] Judgment of 28 October 2005 in HR-2005-01690-P (Case No. 2005/412), Rt 2005, 1365.

[75] Supra.

[76] Judgment CO.2004.2 of 18 August 2005.

[77] Beschluss, Oberster Gerichtshof, CO.2004.2-25 vom 7. Dezember 2006, Ius & News 1/2007, 137 ff.; critical comments on the Supreme Court's judgment were made by

For the second time, the case is presently pending before the Supreme Court.

(8) The EFTA Court for its part **summarized** its jurisprudence on the mechanisms that aim at promoting Member State compliance with EEA law in *dicta* in a recent case which involved the freedom of lawyers to provide services [79]. The Court reiterated that the EEA Agreement is an international treaty *sui generis* containing a distinct legal order of its own whose depth of integration is less far-reaching than under the EC Treaty, but whose scope and objective go beyond what is usual for an agreement under public international law. With regard to the means and mechanisms securing homogeneity and equal treatment of individuals and economic operators in both EEA pillars, the Court referred to Article 7 and Protocol 35 EEA and stated that it is inherent in the objectives of the EEA Agreement and in Article 3 EEA that national courts are bound to interpret national law as far as possible **in conformity with EEA law**. The Court further held that in cases of conflict between national law and non-implemented EEA law, the Contracting Parties may decide whether, under their national legal order, national administrative and judicial organs can apply the relevant EEA rule directly, and thereby avoid violation of EEA law in a particular case. But it also noted that in cases of violation of EEA law, a Contracting Party is obliged to **provide compensation** for loss and damage caused to individuals and economic operators, in accordance with the principle of State liability which is an integral part of the EEA Agreement, if the conditions laid down in *Sveinbjörnsdóttir* and *Karlsson* are fulfilled [80].

©

Bernhard Hofstötter, Rechtsfehlerhafte Abweisung einer EWR-Staatshaftungsklage als judikatives Unrecht? (Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 7. Dezember 2006 [CO.2004.2-25]), Ius & News 1/2007, 33 ff., and Constanze Semmelmann, Staatshaftung in Liechtenstein – ein Sonderweg im EWR? (Fürstlicher Oberster Gerichtshof Liechtenstein, Urteil vom 7. Dezember 2006, CO.2004.2-25), 2007 European Law Reporter, 131 ff.

[78] Judgment of 3 July 2007 (StGH 2007/15).

[79] Case E-1-07, 2007 EFTA Court Report, 245.

[80] Case E-1-07, 2007 EFTA Court Report, 245, 249 at paragraph 42.

Consequences

(1) In Community law, the principle of State liability has been called the "fourteen carat gold" example of European judicial lawmaking [81]. The same can be said with regard to EEA law [82].

(2) According to the EFTA Court's jurisprudence, EEA State liability follows from the EEA Agreement as such. With one exception, the EFTA Court has not made reference in its case law to the ECJ's landmark rulings in *Francovich* and in *Brasserie*. It is, however, clear that the recognition of this principle has its basis in the jurisprudence of the ECJ. One of the reasons that have prompted the EFTA Court to acknowledge State liability is the fact that the **homogeneity objective** is strongly expressed in the EEA Agreement [83].

(3) In *Brasserie*, the ECJ based its finding of State liability on the existence of liability for the **Community institutions** under Article 288 EC. With Article 46(2) SCA there is a provision in EEA law which *mutatis mutandis* mirrors Article 288(2) EC [84]. In that respect, academic literature points to the case law of the ECJ regarding Article 288(2) EC [85]. Still, Article 46(2) SCA is by far not as important as Article 288(2) EC. No cases have been brought before the EFTA Court up to now under that provision. The EFTA Court did not in its State liability jurisprudence make a link to non-contractual liability of EFTA institutions. This may have implications for the definition of the "seriousness" condition.

---

[81] Koen Lenaerts and Kathleen Gutman, "Federal Common Law" in the European Union: A Comparative Perspective from the United States, 54 Am. J. Comp. L. 1, 81 (2006).

[82] See Carl Baudenbacher, Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof, Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, München 2008, 27, 43 f.

[83] See supra.

[84] The provision reads as follows: "In the case of non-contractual liability, the EFTA Surveillance Authority shall, in accordance with the general principles of law, make good any damage caused by it, or by its servants, in the performance of its duties."

[85] See Norberg/Hökborg/Johansson/Eliasson/Dedichen, EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement, Stockholm 1993, 719.

(4) In paragraph 30 of its *Karlsson* judgment, the EFTA Court held that "the finding that the principle of State liability is an integral part of the EEA Agreement differs, as it must, from the development in the case law of the Court of Justice of the European Communities of the principle of State liability under EC law. Therefore, the application of the principles may not necessarily be in all respects coextensive" [86]. Different conclusions have been drawn from that statement. The Norwegian Government argued before the Norwegian courts in *Finanger II* that paragraph 30 of the EFTA Court's *Karlsson* ruling meant that the second condition for State liability – the existence of a **sufficiently serious breach** – was to be seen as stricter in EEA law than in Community law. The Supreme Court rejected that argument and held that the conditions for liability were the same in EEA law as in Community law [87]. One will notice that the Norwegian Government had already in *Karlsson* – as an alternative - proposed a narrower interpretation of the condition that there must be a sufficiently serious breach under EEA law than under EC law that would take into account the differences between the two legal orders. The fact that no legislative powers have been transferred under the EEA Agreement would indicate that a breach could be regarded sufficiently serious only in extraordinary circumstances [88]. On the other hand, it has been suggested in academic literature that paragraph 30 of the EFTA Court's *Karlsson* judgment must be interpreted to the effect that, in view of the homogeneity objective underlying the EEA Agreement on the one hand and the lack of EC-style direct effect on the other, the requirements for a sufficiently serious breach must be lower in EEA law than in Community law [89].

(5) In the sphere of EC law, the principle of State liability in recent years has developed in a way that makes it part of an emerging body of torts law [90]. In *Köbler*, the ECJ reaffirmed that the principle of

[86] Loc. Cit., at paragraph 30.

[87] Supra.

[88] Report for the Hearing, pts. 72, 74 ff.

[89] See Skúli Magnússon, Um hið sérstaka eðli Evrópska efnahagssvæðisins, *Afmælisrit Gunnars G. Schram*, Reykjavik 2001, 478; Georg Gorton, Staatshaftung im EWR nach EuGH Köbler – eine Zwischenbemerkung, European Law Reporter 2004, 65.

[90] See Koen Lenaerts and Kathleen Gutman, loc. cit., 78 ff.

State liability was inherent in the system of the Treaty and applied it to infringements of Community law by the highest court of a Member State. The three conditions laid down in *Brasserie* were held to be applicable, albeit the requirement of a "sufficiently serious breach" was modified in light of the particular nature of judicial function. The EFTA Court has not yet dealt with a case of **judicial wrongdoing** [91]. But academic literature appears to assume that the ECJ's *Köbler* jurisprudence would equally apply in EEA law [92].

(6) The ECJ's elaboration of State liability in Community law constitutes a further improvement of the level of judicial protection which is being provided by direct effect and supremacy. The possibility to obtain compensation from the Member States is of particular importance in cases involving the (horizontal) relations between private operators in the context of the non-implementation of a directive [93]. Unlike in EC law, in EEA law the principle of State liability is not a complement of direct effect and primacy. Rather it must (together with the maxims of quasi-direct effect, quasi-primacy and conforming interpretation) **compensate for the lack of these principles**. State liability is therefore even more important in the EFTA pillar of the EEA than in the EC pillar as a tool to secure Member State compliance [94]. One may say that in EEA law we do not have the giant gothic

[91] Case C-224/01, Köbler v. Austria, 2003 E.C.R. I-10239.

[92] Georg Gorton, Staatshaftung im EWR nach EuGH Köbler – eine Zwischenbemerkung, European Law Reporter 2004, 67; Bernhard Hofstötter, Rechtsfehlerhafte Abweisung einer EWR-Staatshaftungsklage als judikatives Unrecht? (Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 7. Dezember 2006 [CO.2004.2-25]), Ius & News 1/2007, 33 ff; see also Constanze Semmelmann, Staatshaftung in Liechtenstein – ein Sonderweg im EWR? (Fürstlicher Oberster Gerichtshof Liechtenstein, Urteil vom 7. Dezember 2006, CO.2004.2-25), 2007 European Law Reporter, 131 ff.

[93] See Case C-91/92 Paola Faccini Dori v Recreb Srl., 1994 ECR, I-3325, at paragraph 27.

[94] George A. Bermann called EC law State liability "the surest legally enforceable mechanism for promoting Member State compliance". See Member State Liability in the Member State's Own Court: An American Law Comparison, Festschrift for Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Berlin 2003, 305; see also the pending Case E-8/07 Celina Nguyen which concerns the question of whether Norwegian legislation that excepts redress for non-economic loss from compulsory insurance coverage is contrary to the so-called Motor Vehicle Insurance Directives and if yes whether the Norwegian State is liable to pay compensation.

cathedral with the three naves direct effect, primacy and State liability which is characteristic for EC law. Our construction rather resembles a simple Nordic stave church. But worshipping is possible in both places with essentially the same results.

(7) Had the EFTA Court not opted for State liability ten years ago, the EEA Agreement would have become one-sided, with extensive protection of individuals and economic operators in the EC pillar and rather limited safeguards in the EFTA pillar. This would not only have been incompatible with the homogeneity objective underlying the EEA Agreement, but also with the legitimate reciprocity expectations of the Community and of its citizens and undertakings. To put it bluntly, without the recognition of State liability, the EEA Agreement **would never have flown**.

MRU © MRU

ACADÉMICIEN P. KŪRIS, THÉORICIEN ÉMINENT DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Volodymyr Boutkevitch, Olga Boutkevitch

La seconde moitié du XX^{ème} siècle entrera dans l'histoire des recherches consacrées au droit international comme la période la plus dynamique du développement de cette science avec un nombre extraordinaire de spécialistes qui ont désiré dire leur mot dans cette sphère; elle à donné lieu à une vraie «explosion universelle» si l'on en juge par le nombre de publications portant sur les questions de droit international, les dizaines de nouveaux annuaires, les centaines de revues, sans parler des livres et des brochures parus dans ce domaine.

Il est devenu évident que la période calme qui s'est écoulée entre la naissance de cette science et la fin de la première moitié du XX^{ème} siècle fait partie de l'histoire. Elle à accompli sa mission avec des écoles nationales d'une grande autorité et de grands maîtres: l'école italienne avec N. Machiavelli (1469-1527), P. Belli (1520-1575), F. Guicciardini (1482-1540), G. Botero (1540-1617), G. Paci (1550-1635), P. Sarpi (1552-1623), l'école espagnole avec notamment F. Vitoria (1480-1546), F.V. Menchaca (1509-1566), D. Soto (1494-1560), B. Ayala (1548-1584), F. Suarez (1548-1617), l'école française avec en particulier J. Bodin (1530-1596), M. Bethune (1599-1641), E. Cruce (1590-1648), de Wiquefort et l'école anglaise avec notamment A. Gentili (1552-1645), J. Selden (1584-1654).

Les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles ont vu croître le nombre de spécialistes d'une haute compétence dans le domaine du droit international. À cette époque naissent les premières écoles à caractère non na-

tional: l'école de droit naturel, avec notamment T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), G. Leibniz (1646-1716), Ch. Thomasius (1655-1729), J. Barbeyrac (1674-1744), Ch. Wolff (1679-1754), l'école de droit positif, avec notamment R. Zouche (1590-1660), S. Rachel (1628-1691), W. Textor (1628-1701), C. van Bynkershoek (1673-1743) J.J. Moser (1701-1785), G.F. Martenz (1756-1821), J. Bentham (1747-1832), ainsi que l''école de H. Grotius qu'on appelle l'«école de droit naturel et positif», avec en particulier E. de Wattel (1714-1767), H. Wheaton (1795-1848), J.-L. Klüber (1762-1836), A.G. Heffter (1796-1880), Lorimer (1880-1890), J. Westlake (1828-1913), C. Calvo (1829-1906), P. Fauchille (1858-1926).

Le XIX^{ème} siècle à vu sensiblement augmenter cette liste de maîtres avec la venue, dans l'école allemande de J.K. Bluntschli, A.-M. Bulmerincq, F. de Liszt, H.-B. Oppenheim et d'autres, dans l'école française de G. Bonfis, F. Brentano, A. Chrétien, R. Pièdeliévre, J.-M. G. de Rayneval, L. Renault, A. Sorel et d'autres, dans l'école anglo-américaine de W.E. Hall, T.E. Holland, J. Kent, B. Laurens, H. Maine, J.B. Moore, T. Twiss, J. Westlake, T.A. Walker, R. Phillimore et d'autres, dans l'école russe de F.F. Martens, L.A. Komarovski, A.V. Lokhvitski, V.A. Nézabitovski, L.A. Chalande, M.P. Ivanov, P.E. Kazanski, D.I. Katchénovski, V.P. Bézobrazov, V.P. Danevski, N.N. Korkounov, I.A. Ovtchinnikov, A.N. Stoïanov et d'autres.

Le succès des premières écoles scientifiques de droit international à un peu diminué, mais l'école italienne demeure néanmoins dignement représentée par G. Mazzini, P.S. Mancini, T. Maliani, G. Sandona, L. Casanova, A. Pierantoni et d'autres, l'école espagnole par J.-M. Pando, F.R. Landeyra et d'autres, l'école portugaise par S. Pineiro Ferreira, A. R.G. da Lobo et d'autres.De premières écoles ont été créées en Belgique avec A. Rivier, E. Nys, E.R. Achnits, E.-E.-F. Descamps et d'autres, au Danemark avec F.K. Bornemann, H. Matzen, A. Moeller et d'autres, au Pays Bas avec J.-H. Ferguson, J. de Louter et d'autres. Les théories de H. Grotius ont été développées par l'école de droit international en Grèce avec N.N.Saripolos et d'autres, dans les pays d'Amérique Latine avec A. Ello au Chili, J.-M. de Pando au Pérou, M.M. Madiedo et d'autres en Colombie, A. Alcorta en Argentine, etc.

Au cours de la première moitié du XX^{ème} siècle des dizaines de nouvelles écoles sont nées, les vieilles écoles se sont sensiblement transformées. Chaque école était défendue par des dizaines de partisans (l'école normativiste par H. Kelsen, J.L. Kunz, G. Guggenheim et d'autres, l'école solidariste par L. Duguit, G. Scelle, N. Politis et d'autres, l'école réaliste américaine et scandinave par R. Pound, H.J. Morgenthau, M. McDougal, B. Cardoso, A. Hãgerstrõm, K. Olevecron et d'autres, l'école sociologique par M. Weber, E. Ehrlich, G. Gurvitch, Ch. de Visscher et d'autres. De nouvelles ramifications de chaque école ou courants ne cessaient de voir le jour, ce qui à conduit à une forte croissance du nombre de spécialistes dans le domaine du droit international.

Au demeurant, dans la première moitié du XX^{ème} siècle, un spécialiste du droit international aussi doué que plusieurs des chercheurs susmentionnés à décidé de réaliser «un inventaire» des maîtres de cette science pour sélectionner ceux qui méritaient de «demeurer sur l'Olympe du droit international». Les critères de sélection étaient assez simples: la résolution par le chercheur d'une importante question de droit international, la création d'une nouvelle école, la systématisation du droit international, l'autorité auprès des autres chercheurs (références, renvois, citations, mentions), l'influence sur la pratique du droit international, etc. Le résultat s'est avéré saisissant: à partir de Thomas d'Aquin (1227-1274) jusqu'à la moitié du XX^{ème} siècle, il ne restait plus sur la liste des grands maîtres à penser que 26 auteurs – un en moyenne tous les 32 ans[1]. Un détail intéressant: cette sélection n'a soulevé aucune objection de la part des autres chercheurs dans le domaine du droit international.

La seconde moitié du XX^{ème} siècle à été surtout productrice sur le plan de des publications et de l'augmentation du nombre de chercheurs dans le domaine du droit international. À elles seules les républiques de l'ex-URSS avant sa désagrégation comptaient 2500 spécialistes dont plusieurs étaient l'auteur de 400, voire même de plus de 1000, ouvrages scientifiques. Pourtant, au début du XXI^{ème} siècle, un ouvrage faisant autorité intitulé «Qui est qui dans le droit interna-

[1] De la Pradelle. Maîtres et doctrines du Droit des Gens. – Paris: Les éditions internationales, 1950. 441 p.

tional - 2007» n'a mentionné que 30 représentants des États postsoviétiques dans la sphère du droit international[2]. Si l'on en exclut ceux qui n'ont écrit aucun article dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle et ceux qui, pour des raisons diverses, ne font pas de recherches aujourd'hui, cette liste se réduit à 14 chercheurs[3]. Parmi ceux-ci huit viennent de la Russie, trois de la Lituanie (P. Kūris, S. Katuoka et V. Vadapalas), deux de l'Ukraine et un de l'Estonie. Même si on prend en considération le but spécifique de cet ouvrage et le mode de sélection des auteurs travaillant dans le domaine du droit international qu'il à été retenu, une conclusion s'impose: un très petit nombre de publications à résisté à l'épreuve du temps ne serait-ce que deux ou trois décennies.

Lorsque l'on connaît les recherches de P. Kūris, on ne s'étonne pas, sans diminuer les mérites des autres auteurs, qu'il figure pratiquement en tête de cette liste. Il à prouvé son droit à figurer à cette place par ses publications en plusieurs langues dans diverses éditions d'États différents. Son talent de chercheur, son érudition extraordinaire, son style raffiné, son habileté à soulever, prouver et résoudre les questions de droit international public se sont déjà manifestés avec éclat dans ses premiers ouvrages parus à la moitié des années 60[4].

---

[2] Voir: Who is Who in Public International Law, 2007. – Cambridge: Crestwall Ltd, 2007. 472 p.

[3] Voir, par exemple, Mejdounarodnoïe pravo. Bibliografiïa [Droit international. Bibliographie]. Sous la direction de Feldman D.I. – Moscou: Mejdounarodnye otnocheniïa, 1987. 360 p.

[4] Voir, par exemple, les ouvrages suivants: Osvoïeniïe kosmossa i mejdounarodnoïe pravo [La conquête de l'espace et le droit international]. – Vilnius, 1963; Problemy kosmitcheskogo prava [Les problèmes du droit de l'espace]. – Vilnius, 1967; Iz istoriï oformleniïa statoussa volnogo goroda v mejdounarodnom prave (Volnyï gorod Krakov 1815–1846) [De l'histoire de l'établissement du statut de ville libre dans le droit international (Ville libre de Cracovie 1815–1846)]. – Vilnius, 1965; K voprossou o mejdounarodnykh garantiïakh statoussa volnogo goroda [Sur la question des garanties internationales du statut de ville libre]. – Moscou, 1965; Mejdounarodny dogovor pravovaïa osnova statoussa volnogo goroda [Le traité international comme fondement juridique du statut de ville libre]. – Vilnius, 1968; Statouss volnogo goroda v mejdounarodnom prave [Le statut de ville libre dans le droit international]. – Moscou, 1965; Otvetstvennost za mejdounarodnye prestoupleniïa i srok davnosti [La responsabilité des crimes internationaux et la prescription]. – Vilnius, 1967; O nakazanii natsistskikh prestoupnikov [Sur la punition des criminels nazis]. – Vilnius, 1969; Nuren-

Au cours de ses premières années de travail l'œuvre scientifique du jeune chercheur était «omnivore». Elle couvre aussi bien des questions théoriques de droit international (tendances principales de l'évolution du droit international, particularités de certaines catégories de sujets du droit international, aspects théoriques des traités internationaux, particularités du développement de certaines institutions internationales, aspects de la codification dans le droit international, fonctions du droit international, objectifs de la science contemporaine du droit international, questions théoriques concernant l'abus de droit international, règles du droit international et leur classification, etc.) que des questions de droit appliqué, posées par la pratique actuelle du droit international (relatives à la protection de l'environnement, au droit de l'espace, aux mécanismes institutionnels internationaux du système de la sauvegarde de la paix et de la sécurité des États contemporains, à l'ONU et au maintien de la paix, à la responsabilité en droit international, au crime international, à sa qualification et aux moyens de sa prévention, à la responsabilité internationale des États du fait de l'activité de ses organes législatifs, à la condamnation des criminels nazis, au procès de Nuremberg dans l'histoire du droit international, à la prescription des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, au détournement des aéronefs, à l'extradition des criminels, à la définition du fait illicite international, à la classification des faits illicites internationaux, à l'organisation de la police judiciaire internationale et à beaucoup d'autres sujets).

L'analyse des thèmes et des sujets de recherche de l'académicien P. Kūris permet de mettre en relief au minimum quatre particularités majeures de son œuvre. Premièrement, il n'a jamais abordé les thèmes «généralement acceptés», consensuels et en phase avec l'idéologie de l'heure soviétique. Dès ses premières recherches il à montré qu'il ne prendrait pas le chemin de la scolastique soviétique. Ce n'est que bon nombre d'années plus tard que plusieurs thèmes abordés par P. Kūris seront appréhendés par d'autres chercheurs et deviendront d'actualité

bergski protsess (k 20-letiïou) [Procès de Nuremberg (à l'occasion du 20me anniversaire)]. – Vilnius, 1966; O neprimeneniï sroka davnosti k voennym prestoupleniïam i prestoupleniïam protiv tchelovetchestva [Sur la non-application de la prescription aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité]. – Vilnius, 1969, – et plusieurs autres.

comme P. Kūris l'avait prévu, et que se poseront alors plusieurs questions auxquelles il avait déjà su répondre.

Deuxièmement, même lorsqu'il procédait à une analyse de questions de droit international qui semblaient d'ordre pratique, il examinait celles-ci sous tous leurs aspects, leur influence sur le droit international dans son ensemble et surtout les solutions apportées par la théorie du droit international pour les résoudre. Pratiquement dans toutes ses recherches il apparaît comme un théoricien du droit extrêmement doué, pour lequel il n'existe pas de «détails insignifiants» devant être négligés. Il pense en système et, comme on dit aujourd'hui, il examine une question d'une manière synergétique, en dynamique et en statique, du point de vue de ses liens originels, fonctionnels et structurels avec le droit international moderne. C'est ainsi que toute question de droit international qu'il à examinée, quelque étroite, atypique et au premier regard inhabituelle qu'elle soit, s'avère à la lecture attentive de ses ouvrages avoir été observée et traitée d'une manière talentueuse et à exercé une influence sensible sur le développement du droit international. Là où les autres doivent écrire de grandes monographies, il suffit à P. Kūris d'un article pour dessiner le problème, en indiquer les caractéristiques et proposer une solution appropriée.

Troisièmement, si on examine la parution de ses travaux, il n'est pas difficile de remarquer deux constantes: soit, après certaines de ses publications, celles des autres auteurs ont cessé (parce qu'il avait résolu le problème évoqué complètement et fondé sa solution sur tant d'arguments que les autres n'avaient plus rien à ajouter) soit, au contraire, il à soulevé des problèmes tellement globaux qu'objectivement lui seul, vu les possibilités d'un homme, ne pouvait les résoudre définitivement. C'est la raison pour laquelle tout en s'attaquant au noyau essentiel d'un problème, il énonce les questions qui peuvent et doivent être résolues par d'autres chercheurs. Pour lui, le problème de la recherche des thèmes à étudier n'existe pas, tandis que d'autres chercheurs, même très expérimentés, se donnent beaucoup de peine pour les trouver. Il voit le droit international sous tous les aspects et avec tant de profondeur qu'il à fait naître des questions qui ont interpellé plusieurs instituts de recherches et qui, à vrai dire, ont été prises en compte par ces instituts et certains chercheurs dans la plani-

fication de leurs activités scientifiques. Pour illustrer cela nous citerons un exemple. Dans sa monographie monumentale intitulée «Faits illicites internationaux et responsabilité des États» l'académicien P. Kūris écrit: «La diversité des aspects du problème de la responsabilité internationale ne permet pas d'éclaircir dans le cadre d'un seul livre toutes les questions qu'elle englobe. L'auteur s'est limité au problème du fait illicite international comme élément générateur de la responsabilité de l'État dans le droit international, ayant préalablement étudié les questions théoriques de la notion de responsabilité internationale. Il à laissé hors du champs visuel de grandes branches, telles que les formes de la responsabilité internationale, les circonstances exonératrices de la responsabilité, les questions actuelles de l'engagement de la responsabilité qui méritent une étude monographique approfondie spécialement consacrée à celles-ci»[5].

Voyons maintenant quelle suite à été donnée par d'autres chercheurs au souhait de P. Kūris et aux problèmes qu'il à évoqués. Les données statistiques que nous mentionnerons ici ne portent que sur les publications parues en Union Soviétique après la parution de la monographie en question (si on prend en considération ses adeptes dans les autres pays, ces données doivent être multipliées plusieurs fois, car un grand nombre de ses ouvrages à été publié en anglais, en français, en allemand, en tchèque, en espagnol et en d'autres langues d'Europe, d'Amérique, d'Asie et d'Afrique). Ainsi, les chercheurs suivants ont fait paraître ses travaux: en 1974, L.A. Modjorian, S.S. Alexeev, G.V. Ignatenko, V.I. Gvozdev, G.B. Starouchenko, N.Y. Roussina, V.A. Vassilenko; en 1975, V.A. Vassilenko, V.N. Selivanov, N.S. Alexeev, Y.M. Kolossov, E.I. Skakounov, G.N. Alexandrov, A.I. Poltorak, A.N. Vassiliev, N.C. Lebedeva; en 1976, D.B. Levine, V. Demidenko, V.A. Vassilenko D.S. Karev, V.A. Stepanov, G.K. Efimov, N.S. Alexeev, A.F. Volkov, M.Y. Ratchinski, I.A. Lediakh, I.S. Kremer, G.N. Alexandrov; en 1977, S.V. Thernitchenko; G.E. Jvania, M.V. Mitrofanov, N.S. Alexeev, N.M. Minassian; en 1978, M.V.Yanovski, V.A.Vassilenko, N.S.Alexeev, K.Petoukhov, L.N.Smirnov, E.B.Zaïtsev; en 1979, S.V. VInogradov, G.K. Dmitrieva, V.A.

[5] Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius: Mintis, 1973. P. 14.

Mazov, S.B. Raskaleï, M.Y. Ratchinski, I.I. Karpets, G.I. Tounkine, G. Alexandrov, N. Joukov, I.A. Lediakh, L.N. Smirnov; en 1980, V. Vadapalas, A.V. Melechnikov, S.V. Thernitchenko, G.I. Morozov, A.M. Yakovlev, M.I. Lazarev, L.D. Kivanouka; en 1981, S.B. Raskaleï,V. Vadapalas, V.A. Vassilenko, N.A. Ouchakov, V.I. Stepanenko, D.B. Levine, M.Y. Ratchinski; en 1982, A.I. Poltorak, M.I. Lazarev, V. Vadapalas, Y.M. Maniytchouk, V.A. Vassilenko, V.V. Fourkalo, Y.A. Rechetov, V.K. Souvorov; en 1983, V. Vadapalas, N.A. Ouchakov, M. Rogov, N.N. Gagarov, L.V. Speranskaïa, M. Motchalov, G. Nadejdine, T.N. Nechataïeva, Y.A. Rechetov; en 1984, V.A. Vassilenko, E.B. Zaytsev, R.A. Mioullerson, S.A. Malinine, A. Kniazev, N. Rakhmadjanov, Y. Deporov, S.A. Egorov, T.N. Nechataïeva, A.N. Nikolaïev, V.V. Lioubomoudrova, L.A. Modjorian; en 1985, V.S. Verechtchetine,T.N. Nechataïeva, B.I. Netchaïev, N.N. Oulianova, M.Y. Ratchinski, Y. Brochevoï, S. Alpert, N.S. Alexeev, N.V. Zakharova, E. Kouznetsov, L.A. Modjorian, T. Erkine, N.S. Lebedeva, A.N. Vassiliev. Au total, nous comptons 25 monographies, deux thèses de docteur ès sciences, cinq thèses de candidat ès sciences et 132 articles scientifiques. Tous ces ouvrages portent sur les thèmes que P. Kūris à suggérés à d'autres chercheurs, à savoir: les formes de la responsabilité internationale, les circonstances exonératrices de la responsabilité internationale, les questions de procédure relatives à la mise en œuvre de la responsabilité, ou bien sur des questions dont l'examen à fait jaillir de nouvelles idées et propositions chez les autres chercheurs. Nous avons sciemment cité ici la longue liste des adeptes de P. Kūris. Certains hommes de l'art parlent abondamment de leur école et de leur nouvelle doctrine en droit international alors qu'en réalité ils n'ont publié qu'un ou deux travaux et ont été cités autant de fois dans les ouvrages des autres auteurs, tel n'est pas son cas. Dans la liste ci-dessus, il n'y à aucune publication dans laquelle l'académicien P. Kūris ne soit pas mentionné: même si on ne le qualifie pas de fondateur d'une nouvelle école, on le considère néanmoins comme celui qui à fait examiner avec un nouveau point de vue les questions difficiles de droit international qu'il à soulevées. Naturellement, on ne peut pas dire que tous les chercheurs énumérés sont des disciples de P. Kūris. Plusieurs d'entre eux le désignaient d'ailleurs avec fierté comme leur disciple, aux autres il traçait le chemin en étant leur contradicteur lors de la

soutenance de leur thèse de docteur ou de candidat ès sciences ou comme critique de leurs travaux scientifiques. Le fait qu'il était une source abondante d'idées et un véritable fondateur de la nouvelle école de la théorie du droit international n'est pas nié même par les théoriciens de renom, tels que G.I. Tounkine, L.A. Modjorian, D.B. Levine, I.I. Loukachouk.

Ainsi, en portant une appréciation sur sa monographie, le membre-correspondant de l'Académie des sciences de l'URSS, Président de l'Association soviétique du droit international, G.I. Tounkine, écrivait: «Le livre de P. Kūris est consacré à des questions importantes et actuelles. Concernant la question de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire la question des conséquences de la violation par l'État des règles du droit international, on observe une lacune relative tant au système du droit international qu'à la doctrine du droit international. L'auteur s'est chargé de la mission difficile, mais noble, d'étudier les questions fondamentales de la responsabilité des États, telles que la responsabilité internationale en tant que concept juridique, les rapports entre les concepts de «sanction» et de «responsabilité» dans le droit international, la notion et la classification des faits illicites internationaux, les éléments constitutifs du fait illicite international, la question de la faute, etc. [...] P. Kūris examine avec succès ces questions dans le contexte du droit international contemporain, c'est-à-dire au regard des changements qui se sont produits dans le droit international au cours des cinq dernières décennies [...] Ayant analysé la pratique la plus récente des États en ce qui concerne les questions de la responsabilité, les textes de l'Organisation des Nations Unies, la littérature soviétique et étrangère portant sur ces questions, l'auteur propose des réponses à plusieurs questions importantes relatives à la responsabilité des États. Les résultats de ses recherches présentent un grand intérêt théorique et pratique. On peut penser à raison que la parution de l'ouvrage de P. Kūris sera un évènement remarquable de la littérature soviétique ayant trait au droit international et suscitera l'intérêt justifié d'une grande audience de juristes et de tous ceux que s'intéressent aux problèmes internationaux»[6].

[6] Tounkine G. I. Préface du livre: P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius:

Cet éminent juriste ne s'est pas trompé. À en juger par les multiples références qui y sont faites dans les travaux de plusieurs chercheurs de pays différents, l'ouvrage de P. Kūris à apporté à ces derniers des réponses pertinentes aux questions théoriques de droit international qui les agitaient. Maintes citations de ce livre étant faites dans la monographie du membre de la Commission du droit international de l'ONU, I.I. Loukachouk, intitulée «Droit de la responsabilité internationale», il à dû être le livre de chevet de plusieurs membres de la Commission lors de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [7]:

Un autre juriste russe également mondialement connu à dit au sujet du même ouvrage: «Ce qui caractérise l'ouvrage de P. Kūris, c'est qu'il est non seulement très actuel et englobe un grand nombre de thèmes de recherche, mais qu'il se distingue aussi par l'étude fondamentale de ces thèmes, par un haut niveau théorique, par la richesse de nouvelles idées [...] En outre, il émet des observations critiques au sujet de certaines idées avancées par les chercheurs soviétiques et sa critique est dans certains cas tout à fait convaincante [...] L'ouvrage analysé comporte beaucoup d'idées et conclusions précieuses qui enrichissent [...] la science du droit international. Parmi ces dernières il faut mentionner l'idée importante selon laquelle c'est l'État dans son ensemble qui est sujet du droit international, l'analyse des actes ou des inactions des organes de l'État (législatifs, exécutifs et judiciaires) illicites au regard du droit international, l'impossibilité d'invoquer le droit national pour justifier le fait illicite international [...]» [8].

La phrase à priori innocente faisant état d'une critique convaincante (avec la réserve: «dans certains cas») n'est pas passée inaperçue. Dès l'année suivante on voit paraître une nouvelle critique du livre de P. Kūris dans laquelle est portée sur lui l'appréciation suivante: «L'auteur n'est pas toujours juste en critiquant d'autres juristes (p.34

Mintis, 1973. PP. 3–4.

[7] Loukachouk I.I. Pravo mejdounarodnoï otvetstvennosti [Droit de la responsabilité internationale]. – Moscou: Wolters Klüwer, 2004. 432 p.

[8] Oussenko E. T. Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius, 1973. 280 p. // Sovietski ejegodnik mejdounarodnogo prava [Annuaire soviétique du droit international]. 1974. – Moscou: Naouka, 1976. PP. 312–316.

et les suivantes)»[9]. Il n'est pas difficile d'identifier ces autres juristes: aux pages mentionnées, P. Kūris mentionne notamment G.I. Tounkine, E.I. Skakounov, M.Kh. Farouchkine. Il est à supposer que «le non-respect de l'éthique scientifique» de l'auteur réside dans le fait qu'après avoir marqué sa différence de point de vue avec des spécialistes soviétiques il exprime son accord avec des «auteurs bourgeois», en particulier H. Kelsen et G. Guggenheim.

Naturellement, cette hardiesse devait être réprimandée. Il en est ainsi quand P. Kūris affirme: «L'indépendance de l'État dans les relations internationales basée sur le principe de la souveraineté de l'État et signifiant son insoumission aux autorités de l'État étranger ne signifie en aucun cas sa liberté d'action dans les relations avec les autres États»[10] (souligné par V.B., O.B.). Cette opinion, bien sûr, était en contradiction avec la ligne du PCUS qui estimait que la souveraineté de l'État Soviétique était un patrimoine sacré et inébranlable et qu'il n'existait pas de circonstances qui puissent diminuer un tant soit peu la souveraineté de l'État. L'auteur de la critique ne pouvait pas manquer à cette occasion. «On ne doit pas également perdre de vue», écrit-il, «le fait que les principes de la souveraineté de l'État et de la non-intervention dans les affaires intérieures des États seraient ébranlés s'il était reconnu sans réserves la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'État dont la responsabilité est encourue, contrairement à sa volonté ou sans son consentement »[11]. Pour appuyer son propos il n'allègue pas les règles du droit international, mais invoque la pratique de la coopération au sein du Conseil d'assistance économique mutuelle.

Par ailleurs, P. Kūris se voit reprocher ce qu'il n'a point affirmé. «Plus que douteuse», estime l'auteur de la critique, «est aussi la légitimité de la contrainte dans le cas où est posée la question de la responsabilité du non-accomplissement des obligations découlant des

[9] Kolossov Y. M. P. Kūris. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilié de l'Etat]. – Vilnius, 1973. 279 p.] // Vestnik Kievskogo ouniversiteta [Messager de l'Université de Kiev]. Série: Mejdounarodnye otnocheniïa i mejdounarodnoïe pravo [Relations internationales et droit international]. 1974. Fasc. 5. P. 80.

[10] Kūris P. Ibid. P. 28.

[11] Kolossov Y. M. Ibid. P. 79.

traités coloniaux»[12]. L'auteur n'indique pas à quoi il se réfère, ce qui n'est pas étonnant, puisque P. Kūris, loin de soutenir une telle idée, écrit: «Pour ce qui est de la criminalité internationale, du colonialisme, les textes existants relatifs au droit international, de la Charte de l'ONU, de la Déclaration sur la libération des pays et des peuples coloniaux aux résolutions de l'Assemblée Générale relatives à l'utilisation des sanctions contre les pays poursuivant une politique coloniale, ainsi que la condamnation du colonialisme comme un phénomène criminel lors de divers forums internationaux - au sein des organisations et conférences internationales - et enfin la pratique de l'utilisation des sanctions internationales prouvent sans aucun doute l'existence du principe généralement accepté du droit international coutumier établissant non seulement l'interdiction, mais aussi la criminalité du colonialisme»[13].

P. Kūris critique l'approche civiliste du droit de la responsabilité internationale, parce qu'elle «rétrécit artificiellement la responsabilité de l'État»[14]. Pourtant on l'accuse «d'une approche civiliste des problèmes de la responsabilité internationale»[15].

Parfois le monde scientifique soviétique ne le comprenait pas parce qu'il suivait sa propre méthodologie pour examiner les questions théoriques de droit international qui ne correspondait pas à l'approche marxiste-léniniste. Naturellement, ses conclusions très souvent n'étaient pas celles que désiraient les tenants de la doctrine officielle. Ses méthodes particulières peuvent être considérées comme la quatrième caractéristique de son œuvre scientifique. On peut juger à quel point ces méthodes étaient justes en examinant les résultats des recherches effectuées. Comparons deux approches de la théorie du droit international à travers l'exemple de l'analyse des particularités du droit de la responsabilité: celle de P. Kūris et celle de V.A. Vassilenko qui en son temps à aussi accordé une grande attention aux aspects théoriques de la responsabilité internationale (d'ailleurs, V.A. Vassilenko à soutenu sa thèse de docteur ès sciences en se fondant sur les travaux de P. Kūris et, admirateur de ses travaux, l'a prié d'examiner et de présenter

[12] Kolossov Y. M. Ibid. P. 79.
[13] Kūris P. Ibid. P. 136.
[14] Kūris P. Ibid. P. 65.
[15] Kolossov Y. M. Ibid. P. 79.

les conclusions de sa thèse de docteur ès sciences lors de la soutenance).

L'avis de V.A. Vassilenko est le suivant: le droit international ne peut pas être compris si on n'étudie que sa spécificité; on ne peut pas augmenter son rôle et son efficacité si le chercheur ne définit pas le principal déterminant extérieur de ce droit. Citant les classiques du marxisme-léninisme (K. Marx et F. Engels écrivaient que «le droit est privé de sa propre histoire»[16]), il apporte sa propre conclusion: «Son histoire est l'histoire de la société dont les principales étapes d'évolution dépendent en dernier ressort du niveau des forces productrices et du caractère des rapports de production dominants dans la société»[17].

Il considère la structure sociale et économique comme le déterminant principal du droit international («le concept de «structure sociale et économique» est l'apport le plus important de l'étude scientifique matérialiste des lois de la vie sociale [...;] [d]onc, l'étude du droit, que ce soit le droit national ou international, doit avoir pour point de départ la détermination de l'appartenance du droit à une structure et l'examen des particularités de ce dernier eu égard à la nature de cette structure sociale et économique»[18]) et les rapports de production comme son fondement («la doctrine juridique socialiste ayant pour base la méthodologie marxiste se caractérise par l'idée que le système des rapports de production conçus comme des rapports économiques constitue la base objective (infrastructure) du droit national ainsi que du droit international)»[19].

L'idée de K. Marx que «les rapports juridiques [...] ne peuvent être compris ni en eux-mêmes ni comme issus d'une prétendue évolution générale de l'esprit humain»[20] est le leitmotif de toutes ses recherches dans le domaine du droit international. Voilà pourquoi, selon lui, s'il est nécessaire d'augmenter le rôle du droit international ou

[16] Vassilenko V. A. Osnovy teorii mejdounarodnogo prava [Principes de la théorie du droit international]. – Kiev: Vychtcha chkola, 1988. P. 5.
[17] Vassilenko V. A. Ibid. P. 5.
[18] Vassilenko V. A. Ibid. PP. 5–6.
[19] Vassilenko V. A. Ibid. P. 38.
[20] Vassilenko V. A. Ibid. P. 39.

son efficacité, il ne faut pas partir du droit international, mais des rapports économiques de production[21].

Guidé par cette méthodologie, il publie en 1976 le résultat de ses recherches portant sur la responsabilité internationale qui établit «d'une manière convaincante» la validité de la conception brejnévienne selon laquelle le sujet doit déjà être responsable avant qu'il n'ait commis un acte illicite. Il l'appelle la responsabilité positive. Reprochant à P. Kūris la non-reconnaissance de la responsabilité positive, sa compréhension de la responsabilité seulement comme une conséquence désagréable pour l'auteur de l'acte illicite mais prévue par le droit, le fait qu'il considère toute responsabilité comme une espèce de responsabilité rétrospective, sa nature étant étroitement liée à l'auteur de l'acte illicite (P. Kūris écrit: «La responsabilité juridique, dès son apparition, à toujours été conçue comme la responsabilité du passé, de la conduite illicite[22], et les tentatives de certains auteurs d'établir la notion générale de responsabilité juridique en fonction des caractéristiques propres à l'aspect actif de la responsabilité doivent être reconnues comme dénuées de fondements»), il avance les contre-arguments suivants: «Il est à souligner que dans les travaux de V.I. Lénine le terme «responsabilité» est utilisé dans deux acceptions: primo, dans le sens de l'accomplissement des obligations assumées et des fonctions confiées et, secundo, dans le sens de la punition des personnes ne remplissant pas ces obligations» [23]; que «l'existence de deux types de responsabilité est confirmée par le contenu de plusieurs actes internationaux»[24] et, enfin, que «la reconnaissance des principes de la responsabilité positive en tant que facteur le plus important des relations entre les pays de la communauté socialiste est à la base des «Principes essentiels de la division socialiste internationale du travail» élaborés par la XV[ème] session du CAEM et approuvés en juin

[21] Vassilenko V. A. Ibid. P. 41.

[22] Kūris P. Ibid. P. 17.

[23] Vassilenko V. A. Otvetstvennost gossoudarstv za mejdounarodnye pravonaroucheniïa [Responsabilité des Etats des faits illicites internationaux]. – Kiev: Vychtcha chkola, 1976. P. 18.

[24] Vassilenko V. A. Ibid. P. 19.

1962 par la Conférence des représentants des partis communistes et ouvriers des pays - membres du CAEM» [25].

Disons-le de la façon suivante: les arguments de V.A. Vassilenko étaient trop loin de ceux qui pouvaient être inscrits dans le droit international, c'est pourquoi l'académicien P. Kūris ne s'est pas engagé dans cette polémique dénuée de sens.

Sa conception du droit international ainsi que de la résolution des questions ayant trait à la responsabilité internationale était tout à fait différente. «Il faut examiner la question de l'augmentation du rôle, de l'efficacité et de la garantie du droit international dans les conditions actuelles, écrit-il, en tenant compte de la spécificité du droit international comme tel (souligné par V.B., O.B.)»[26]. Dans le même ouvrage il affirme encore une fois: «C'est la spécificité du droit international qui [...] détermine l'originalité de la responsabilité internationale. Il est indiscutable que le caractère de toute responsabilité dépend avant tout des particularités des rapports juridiques établis par le système donné du droit. La négligence de la spécificité des rapports juridiques internationaux mène à une caractérisation mécanique de la responsabilité internationale tant civile que pénale»[27]. Il n'est pas étonnant que cette approche lui permet de considérer la responsabilité internationale autrement. «Sous la responsabilité internationale», estime P. Kūris, «on comprend les conséquences juridiques qui s'imposent au sujet du droit international à la suite de la violation par lui d'une l'obligation juridique internationale»[28].

Il caractérise plus largement la responsabilité internationale comme une composante des relations internationales juridiques et insiste pour qu'elle soit établie après la violation des règles du droit international: «La responsabilité internationale de l'État peut être définie comme la réalisation dans le cadre des relations internationales juridiques engendrées par la violation d'une règle juridique internationale de l'obligation de l'État auteur du fait illicite de subir la cont-

[25] Vassilenko V. A. Ibid. P. 21.

[26] Kūris P. Ibid. P. 9.

[27] Kūris P. Ibid. PP. 74–75.

[28] Kūris P. Otvetstvennost v mejdounarodnom prave [Responsabilité dans le droit international] // Mejdounarodnoïe pravo [Droit international]. Sous la rédaction de. G. I. Tounkine. – Moscou: Youriditcheskaïa literatoura, 1982. P. 207.

rainte sous la forme de certaines restrictions à caractère matériel et non-matériel ainsi que du droit de l'État-victime, des autres États et organisations internationales d'appliquer ces restrictions en vue de garantir le respect des règles du droit international»[29].

Il ne reconnaît aucune responsabilité sans violation des règles du droit international. Pour éviter une mauvaise compréhension de sa conception il souligne de nouveau: «Les relations internationales juridiques s'établissent seulement à la suite d'un certain fait juridique - du fait illicite portant atteinte à l'ordre juridique international»; «la responsabilité est engagée à la suite de la violation par l'État des règles du droit international»; «la théorie générale de la responsabilité doit se fonder seulement sur le fait illicite», etc.[30]

La position de l'académicien P. Kūris sur la responsabilité internationale s'est avérée tellement convaincante que la plupart des juristes contemporains travaillant dans le domaine du droit international l'ont acceptée. Il est à noter que, plus de trente ans après sa définition de la responsabilité internationale, la Commission du droit international de l'ONU reprendra des idées identiques dans les articles qu'elle à présentés sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ainsi libellés: «Article premier [...] Tout fait internationalement illicite engage sa responsabilité internationale [...] Article 2 [...] Il y à fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission [...] constitue une violation d'une obligation internationale de l'État [...] Article 3 [...] La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international [...] une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne», etc. Par conséquent, dans cette sphère du droit international, on peut affirmer que l'académicien P. Kūris non seulement à contribué de manière importante au développement de la théorie du droit international, mais à également participé à sa mise en œuvre.

Les arguments des détracteurs de sa théorie de la responsabilité internationale sont tombés dans l'oubli avec le déclin de la méthodo-

[29] Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. Vilnius: Mintis, 1973. P. 96.
[30] Kūris P. Ibid. PP. 54, 95, 24.

logie marxiste-léniniste et du régime socialiste soviétique. Pour terminer sur le thème de la responsabilité internationale il est à ajouter que le mérite de P. Kūris consiste non seulement dans le fait qu'il à formulé la définition classique de cette responsabilité, mais qu'il à également déterminé sa structure, son caractère, ses objectifs et fonctions. P. Kūris est devenu de fait le premier juriste en Union Soviétique qui, pour argumenter ses idées et conclusions, à largement utilisé les décisions de la Cour permanente de justice internationale, de la Cour internationale de justice de l'ONU et de la Cour de justice des Communautés européennes. P. Kūris à démontré dans ses travaux que la doctrine bourgeoise du droit international non seulement ne le cédait en rien à la doctrine soviétique, mais, sur plusieurs points, elle la dépassait considérablement et qu'il fallait se servir des travaux des chercheurs occidentaux non uniquement pour les critiquer, mais pour y chercher matière à développements.

A la même époque il se montre peu complaisant à l'égard des recherches des auteurs qui estiment que leur approche scientifique est la seule approche juste. Il est à citer dans ce contexte son compte rendu du manuel de droit international publié à l'époque soviétique par des auteurs importants (la doctrine soviétique à toujours été présentée comme infaillible) de trois universités ayant la plus grande autorité: celles de Moscou, de Leningrad et de Kiev[31].

Les auteurs de ce manuel étaient les pontes de la doctrine soviétique du droit international et, de plus, une médaille d'argent de l'Exposition des succès de l'économie nationale à été attribuée à ce manuel en 1975. On aurait pu croire à la naissance d'un nouveau genre scientifique si P. Kūris n'y avait pas apporté son regard critique. Mais, ayant analysé tous les chapitres les uns après les autres, il à de fait condamné ce manuel et à poussé le lecteur à l'idée qu'il valait mieux ne pas proposer aux étudiants des manuels de la sorte. Sa remarque selon laquelle «il serait cependant souhaitable que les manuels comportent un matériel de référence plus large (avec des renvois aux documents internationaux et aux ouvrages monographiques non seulement à caractère juridique, mais aussi historique) qui, malgré le volume limité

[31] Mejdounarodnoïe pravo [Droit international]. Sous la rédaction de G.I. Tounkine. – Moscou: Youriditcheskaïa literatoura, 1974. 590 p.

du manuel, serait utile pour les personnes étudiant le droit international» [32] est la plus douce des remontrances adressées aux auteurs.

Selon P. Kūris, «en ce qui concerne la partie consacrée à la question très délicate, celle du système du droit international, elle est rédigée d'une manière un peu vague: la définition de la notion de système n'est pas donnée, la différence entre le système du droit international et le système de la science étudiant le droit international n'est pas expliquée [...] [l]e manuel ne comporte pas de définition de la branche du droit international et du droit international». Concernant le chapitre consacré aux principes fondamentaux du droit international contemporain, il mentionne que «les critères selon lesquels certaines règles à caractère générale appartiennent à la catégorie des principes ne sont pas nettement exprimés et l'énumération des traits caractéristiques des principes du droit international n'est pas donnée». Dans le chapitre touchant aux problèmes du droit des traités internationaux, «il aurait fallu examiner avec plus de précision les problèmes de l'interprétation du traité international au regard des articles correspondants de la Convention de Vienne». Dans le chapitre portant sur les problèmes juridiques de la nationalité, la situation des étrangers, les problèmes de la protection des droits de l'homme, le droit d'asile ainsi que la coopération dans la lutte contre la criminalité, il aurait fallu examiner «les questions du recours direct de l'individu aux institutions internationales et celles du statut de l'individu dans les organisations internationales» (ces observations auraient choqué les auteurs du manuel, puisque la doctrine officielle soviétique ne permettait même pas de discuter de ce sujet et encore moins du recours de l'individu aux organisations internationales - V.B.,O.B.) Pour ce qui est du chapitre portant sur les moyens pacifiques de règlement des litiges internationaux, P. Kūris attire «l'attention des auteurs sur la nécessité, même dans le cadre du schéma traditionnel des recherches et des généralisations, de la pratique moderne d'utiliser les moyens pacifiques et de révéler les nouvelles tendances. Il relève: Le «manuel n'évoque pas la pratique de la Cour internationale de justice, bien

[32] Kūris P. Compte rendu du: Mejdounarodnoïe pravo [Droit international]. – Sous la rédaction de G. I. Tounkine. – Moscou: Youriditcheskaïa literatoura, 1974. 590 p. // Sovietski ejegodnik mejdounarodnogo prava 1975 [Annuaire soviétique du droit international 1975). – Moscou: Naouka, 1977. P. 332.

qu'elle puisse, sans aucun doute, aider ceux qui étudient le droit international à comprendre mieux et plus profondément le rôle et les possibilités du procès judiciaire». Concernant le chapitre consacré aux moyens du droit international de contribuer au maintien de la paix et à la prévention de la guerre, il indique: «Malheureusement, celui-ci ne prête pas l'attention nécessaire au principe de neutralité - divers aspects de la neutralité sont examinés dans trois chapitres (VI, X et XIX), mais sa nature n'est pas déterminée complètement. À notre avis, il faut préciser la notion même de sécurité collective qui se définit comme le système de mesures concertées des États du monde entier ou d'une certaine région géographique prises en vue de prévenir et d'empêcher la menace à la paix et de faire cesser des actes d'agression. J'estime que le manuel de droit international devrait souligner avec plus de force l'aspect juridique de la sécurité collective comme un principe fondamental de droit international. Il faut examiner la sécurité collective avant tout comme un système d'obligations juridiques réciproques entre les États qui exclue le recours au conflit armé dans une région ou à l'échelle mondiale». À propos du chapitre portant sur la responsabilité dans le droit international contemporain, il regrette que celui-ci ne révèle pas le contenu «des conséquences juridiques [et] n'indique pas que ce sont des restrictions et des privations à caractère matériel et non-matériel que l'État auteur du fait illicite doit subir», en ajoutant: «J'estime également que dans l'avenir on devrait renoncer au terme un peu vague d'«imputabilité», comme l'a déjà fait la Commission du droit international de l'ONU».[33]

En conclusion P. Kūris propose encore une innovation «séditieuse»: renoncer à la structure soviétique du manuel et la remplacer par une présentation occidentale, «introduire dans la doctrine soviétique du droit international la partie générale et la partie particulière [...], et munir le manuel d'un index et de la bibliographie nécessaires à ceux qui commencent à étudier le droit international»[34].

Le compte rendu effectué par P. Kūris concernant ce manuel à démontré que son auteur était un spécialiste hautement qualifié, rai-

[33] Kūris P. Compte rendu du: Mejdounarodnoïe pravo [Droit international]. – Moscou, 1974. PP. 332–335.
[34] Kūris P. Ibid. P. 335.

sonnant d'une manière non standardisée, un théoricien du droit international analysant les problèmes en profondeur et d'une façon probante. À l'époque soviétique il avait une opinion propre pratiquement sur chaque question de droit international.

Comme le fait apparaître l'analyse de cet ouvrage, c'est avec la plus grande peine que les juristes soviétiques formulaient les définitions du droit international, surtout quand il fallait le faire dans des manuels dans lesquels il convenait de suivre la ligne du PCUS, de faire ressortir des aspects idéologiques et de montrer les avantages de la doctrine socialiste. Dès lors, les définitions étaient difficiles à comprendre non seulement pour les étudiants mais aussi pour les professeurs. Cela donnait ce genre de définition: «Le droit international peut être défini comme l'ensemble de normes réglant les relations entre les États dans le processus de leur lutte et de leur coopération, visant à assurer leur existence pacifique, exprimant la volonté des classes dominantes de ces États et défendues en cas de nécessité par la contrainte que les États exercent individuellement ou collectivement»[35] (c'est à propos la définition donnée par E.A. Korovine, dirigeant scientifique de P. Kūris lors de la préparation de sa thèse de candidat ès sciences juridiques); ou encore: «Le droit international contemporain à pour contenu principal les principes et les règles généralement reconnus, la ayant vocation à régler les relations les plus diverses entre les sujets des rapports internationaux sur la base et aux fins d'une garantie efficace de la paix internationale et, avant tout, de la coexistence pacifique d'une part et de l'internationalisme soviétique d'autre part»[36].

P. Kūris était l'un des premiers à avoir compris que ce n'était pas la définition du droit international, mais une construction idéologique et en tous cas que ce n'était pas la définition du droit international à donner aux étudiants. Il convient en effet de donner aux étudiants une définition précise, claire, en mettant en relief les caractéristiques fondamentales du droit international. Il à montré comment le faire en donnant sa propre définition: «Le droit international contemporain est un système des règles créées par voie d'accord

[35] Mejdounarodnoïe pravo [Droit international]. – Moscou: Gosizdat youriditcheskoï literatoury, 1957. PP. 3–4

[36] Kours mejdounarodnogo prava [Cours de droit international]. Sous la rédaction de Kojevnikov F. I. – Moscou: Mejdounarodnyïe otnocheniïa, 1972. PP. 16–17.

entre les États et régissant les relations internationales en vue d'assurer la coopération pacifique des participants aux rapports internationaux et dont l'application est garantie en cas de nécessité par la contrainte exercée par les États individuellement ou collectivement»[37]. Quelque temps après, d'autres juristes suivront son exemple[38].

Pour caractériser la contribution de l'académicien P. Kūris au développement de la théorie du droit international il est avant tout à souligner la profondeur et la solidité de ses recherches, le caractère exhaustif des questions soulevées, le caractère synthétique et démonstratif de l'exposé. Il se dit souvent que lorsque P. Kūris à traité une question de droit international les autres chercheurs n'ont plus rien à faire. Par exemple, des recherches concernant la question du sujet du droit international ou du statut de la ville libre étaient parfois menées, mais assez rarement. En 1923, N. Zakharov à publié un article dans lequel il s'est penché sur la question litigieuse entre l'Allemagne et la Pologne après 1919[39]. En 1930, B. Hildebrandt à publié une monographie sur le statut de Dantzig. Cet ouvrage était plus juridique que politique[40]. Si les travaux de L.A. Madjorian[41] ont un peu approché cette problématique, plusieurs aspects demeuraient pourtant non résolus. Une série de publications de P. Kūris sur cette question[42] à pratiquement «clôturé» ce sujet. Après lui les autres chercheurs n'avaient en fait rien à dire de nouveau, à tel point que pendant plus de quarante ans on n'a vu paraître qu'un seul article portant sur les as-

---

[37] Kūris P., Požarskas M. Tarptautinės teisės apybraižos. – Vilnius: Mintis, 1985. P. 50.

[38] Voir, par exemple: Loukachouk I. I. Mejdounarodnoïe pravo. Obchtchaïa tchast [Droit international. Partie générale]. – Moscou: Editions BEK, 1996. P. 1.

[39] Zakharov N. Volnyï gorod Dantsig i ego mejdounarodnoïe pologeniïe [Ville libre de Dantzig et sa situation internationale] // Pravo i jizn [Le droit international et la vie]. 1923, №№ 7–8. PP. 21–23.

[40] Huildebrandt D. Volnyï gorod Dantzig. Otcherk mejdounarodno-pravovogo, polititcheskogo i ekonomitcheskogo polojeniïa [Ville libre de Dantzig. Aperçu de la situation juridique, politique et économique]. – Moscou, Léningrad: Gosizdat, 1930. 101 p.

[41] Modjorian L. A. Soubïekty mejdounarodnogo prava [Sujets de droit international] – Moscou: Mosgoriourizdat, 1958; Modjorian L. A. Statous volnogo goroda [Statut de la ville libre] // Sovetskoïe gossoudarstvo i pravo [Etat et droit soviétique], 1962. № 3. PP. 66–76.

[42] Voir référence № 4.

pects juridiques et étatiques de la ville libre[43]. Dans le domaine du droit international, c'est un cas sans précédent.

Dans certains cas les recherches de l'académicien P. Kūris exerçaient sur les autres une telle influence qu'elles les faisaient changer d'attitude à l'égard de tel ou tel problème international. Par exemple, avant la parution des recherches de P. Kūris, la plupart des juristes soviétiques considéraient que c'était le délit qui était à la base de la responsabilité internationale[44]. D'ailleurs, la partie de la bibliographie fondamentale sur le droit international était intitulée «Le délit international»[45]. Toutefois, des divergences entre les auteurs existaient du fait qu'ils comprenaient différemment la nature du délit. Les uns tout simplement qualifiaient le délit comme la cause de la responsabilité internationale (en particulier D.B. Levine, G.I. Tounkine, Y.V. Petrovski, V.I. Lissovski[46]). D'autres (en particulier E.I. Skakou-

[43] Egorov Y. A. K istorii volnogo goroda (O gossouiarstvennom oustroïstve) [Sur l'histoire de la ville libre (Sur son régime politique)] // Outchionye zapiski Tartousskogo ouniversiteta [Mémoires scientifiques de l'Université de Tartu]. Fasc. 272, 1971. – Troudy po pravovedeniïou [Ouvrages sur le droit]. – Volume 13. PP. 122–144.

[44] Voir, par exemple: Borissov S. O. O mejdounarodnom delikte (Narouchenïïe Angliïeï i SchA italianskogo mirnogo dogovora) [Sur le délit international. La violation par l'Angleterre et les Etats-Unis du traité de paix]. – Sovietskoïe gossoudarstvo i pravo [Etat et droit soviétique]. –1948. №1. PP. 39–43; Elynitchev V. N. K voprossou ob ossobennostiakh sostava delicta po mejdounarodnomou poublitchnomou pravou [Sur le problème des particularités du corps du délit dans le droit des Gens]. – Vestnik MGOu. Pravo [Messager de l'Université de Moscou. Droit]. – 1969. № 4. PP. 60–66 et autres.

[45] Mejdounarodnoïe pravo. Bibliografiïa. 1917–1972. [Droit international. Bibliographie. 1917–1972). Sous la rédaction de Feldman D. I. – Moscou: Youriditcheskaïa literatoura, 1976. PP. 434–435.

[46] Voir: Lévine D. B. Otvetstvennost gossoudarstv v sovremennom mejdounarodnom prave [La responsabilité des Etats dans le droit international contemporain]. – Moscou: Mejdounarodnyïe otnocheniïa, 1966. P. 19; Tounkine G. I. Teoriïa mejdounarodnogo prava [Théorie du droit international]. – Moscou: Mejdounarodnyïe otnocheniïa, 1966. PP. 433, 477–478; Petrovski Y. V. Mejdounarodno-pravovaïa otvetstvennost gossoudarstv [Responsabilité internationale des Etats]. – Avtoreferat candidatskoï dissertatsiï [Exposé des grandes lignes de la thèse de candidat ès sciences]. – Léningrad, 1968. P. 12; Diplomatitcheski slovar [Dictionnaire diplomatique]. Volume 1. – Moscou: Gospolitizdat, 1971. P. 453; Lissovski V. I. Mejdounarodnoïe pravo [Droit international]. – Moscou: Vyschaïa chkola, 1971. P. 85, etc.

nov) distinguaient le délit international et le crime international[47]. D'autres encore (notamment V.M. Chourchalov), au contraire, confondaient le délit et le crime[48]. Certains enfin (L.A. Modjorian par exemple) distinguaient «les délits internationaux», «les actes non amicaux» et «les crimes internationaux»[49].

P. Kūris se prononce contre cette confusion scientifique. Il estime qu'il ne s'agit pas de simples différences terminologiques. Dans ses recherches fondamentales il à démontré qu'il n'était pas approprié de qualifier «le délit international» comme étant la cause de la responsabilité internationale, puisque ce terme était emprunté au droit interne ignorant la nature et les particularités du droit international[50]. Le terme «fait illicite international», écrit-il, «est à notre avis plus conforme à la spécificité du droit international et à la responsabilité internationale que le terme «délit» qui porte la charge historique de la construction civiliste»[51].

---

[47] Skakounov E. I. Samopomochtch kak forma prinouditelnogo obespetcheniïa prav gossoudarstv. – Avtoreferat candidatskoï dissertatsiï [Exposé des grandes lignes de la thèse de candidat ès sciences]. – Léningrad, 1971. P. 7.

[48] Chourchalov V. M. Mejdounarodnye pravootnocheniïa [Relations juridiques internationales]. – Moscou: Mejdounarodnye otnocheniïa, 1971. 204 p.

[49] Modjorian L. A. Osnovnye prava i obiazannosti gossoudarstv [Droits et devoirs fondamentaux des Etats]. – Moscou: Youriditcheskaïa literatoura, 1965. PP. 216–217.

[50] Voir: Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius: Mintis, 1973. PP. 101–241; Kūris P. K voprossou ob opredeleniï poniatiïa mejdounarodnogo pravonaroucheniïa [Sur le problème de la détermination de la définition du fait illicite international] // Sovietski ejegodnik mejdounarodnogo prava [Annuaire soviétique du droit international]. 1972. – Moscou: Naouka, 1974. PP. 78–89; Kūris P. K voprossou ob osnovaniï otvetstvennosti v mejdounarodnom prave [Sur le problème de la cause de la responsabilité dans le droit international]. – Outchionye zapiski vouzov Litovskoï SSR [Mémoires scientifiques des établissements d'éducation supérieure de la République socialiste soviétique de Lituanie]. – Pravo [Droit]. – Volume IX.– 1970. PP. 45–54 (en langue lituanienne); Kūris P. Problemy otvetstvennosti v mejdounarodnom prave [Les problèmes de la responsabilité dans le droit international]. – Vilnius, 1970. 104 p. (en langue lituanienne).

[51] Kūris P. K voprossou ob opredeleniï poniatiïa mejdounarodnogo pravonaroucheniïa [Sur le problème de la définition de la notion de fait illicite international] // Sovietski ejegodnik mejdounarodnogo prava [Annuaire soviétique du droit international]. – 1972. – Moscou: Naouka, 1974. P. 81; Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa

La notion de fait illicite international, estime-t-il, comprend la violation des règles coutumières et contractuelles du droit international, c'est pourquoi à présent il n'y à aucune raison de distinguer la responsabilité délictuelle de la responsabilité du fait de la violation du traité international. Sa conception du fait illicite international (que l'on appellera ensuite «la doctrine de P. Kūris») est fondée sur la pratique juridique internationale à travers l'histoire et sur l'analyse des recherches effectuées à partir de H. Grotius jusqu'à la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Il était le premier dans l'histoire du droit international à présenter et à définir les éléments constitutifs du fait illicite international et à désigner ses éléments objectifs et subjectifs.

Ses recherches sur cette question ont été tellement approfondies que les autres chercheurs n'avaient qu'à renvoyer à ses travaux comme étant ceux qui faisaient autorité[52]. Ces renvois sont une démonstration évidente du talent scientifique de P. Kūris et de son apport à la théorie du droit international. D'ailleurs, après l'exposé par P. Kūris des motifs de la doctrine du fait illicite international, les rédacteurs du deuxième volume de la bibliographie soviétique du droit international ont renoncé au terme «délit international» et ont appelé la partie correspondante «Les faits illicites internationaux»[53]. Ce qui n'étonne pas. Pratiquement la plupart des chercheurs se sont approprié la conception de P. Kūris. Peu de spécialistes du droit international peuvent se vanter d'avoir changé aussi radicalement de direction des recherches dans ce domaine.

Il est assez difficile de parler de l'apport de P. Kūris au développement de la théorie du droit international dans les limites d'une publication imposées par les éditeurs. Difficile parce qu'il existe un grand risque de ne pas mentionner quelque chose, de dire quelque chose d'une façon trop simplifiée ou fragmentaire et donc, de ne pas être à la hauteur de ce qu'il mérite. Par exemple, son traitement de la

---

i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius: Mintis, 1973. P. 112.

[52] Voir: Vassilenko V. A. Otvetstvennost gossoudarstva za majdounarodnye pravonarouchenïïa [Responsabilité de l'Etat des faits illicites internationaux]. – Kiev, 1976. PP. 83–210.

[53] Mejdounarodnoïe pravo. Bibliografiïa [Droit international. Bibliographie]. Sous la rédaction de Feldman D. I.. – Moscou, 1987. P. 122.

faute dans le droit international est digne d'une analyse à part et de faire l'objet d'une monographie. Remarquons seulement qu'il à développé sa conception de la faute dans le droit international en se fondant sur l'analyse critique des juristes occidentaux - spécialistes en droit international, parce qu'il pensait que les travaux des scientifiques soviétiques ne correspondaient pas à la vision mondiale qu'il avait acquise.

Il à mis en évidence que les savants soviétiques n'avaient rien proposé concernant cette question et menaient les discussions autour de deux conceptions avancées par les juristes occidentaux: 1) les États sont responsables des faits illicites internationaux seulement dans le cas d'une action ou d'une inaction fautive de l'État; 2) la théorie de la faute est un vrai anachronisme, la nature même du droit international excluant la possibilité de considérer la faute comme la cause de la responsabilité. P. Kūris à déterminé assez exactement les raisons pour lesquelles les chercheurs s'étaient égarés dans plusieurs directions: «La question de la faute ne peut pas être résolue si on se laisse guider par une de ces deux conceptions. La cause principale de cette situation consiste dans le fait que les représentants des deux théories le plus souvent confondent artificiellement la question de l'utilisation du concept de faute dans le droit international avec la question de la faute comme élément constitutif du fait illicite international, alors que ce sont en vérité deux questions distinctes»[54].

La résolution de la question de la faute dans le droit international proposée par P. Kūris à été aussi adoptée par d'éminents juristes: «Sur une des questions les plus discutables dans la théorie de la responsabilité de l'État», écrit E.T. Oussenko, juriste russe de renom, «soit la question de savoir si, conformément au droit international, la faute est une cause nécessaire de la responsabilité, nous partageons en principe le point de vue de l'auteur. La faute comme toute attitude subjective et volitive de l'État, dit-il, «est présente dans tout fait illicite international». Il est également vrai que dans le cas des faits illicites internationaux, il n'est pas nécessaire de prouver la faute parce que les actes illicites de cette sorte ne peuvent pas être commis innocemment.

[54] Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius: Mintis, 1973. P. 231.

On peut aussi se ranger à l'avis de l'auteur que dans d'autres cas la faute est présumée dans la conduite de l'État auteur du fait illicite, cette dernière étant objectivement non conforme à la loi»[55].Ainsi, ce grand juriste à reconnu que cette question de la théorie internationale avait été également résolue dans les ouvrages de l'académicien P. Kūris.

On ne peut aussi passer sous silence la contribution de P. Kūris à la «doctrine de l'abus de droit international». Avant les recherches de P. Kūris ce thème était pratiquement ignoré de la doctrine soviétique du droit international. Dans la doctrine occidentale du droit international l'abus de droits est au centre de l'attention constante des chercheurs. Pourtant, on ne peut pas dire qu'au niveau des États cette conception soit universellement reconnue[56]. Comme le souligne P. Kūris, «en principe on peut considéré que le droit international interdit l'abus de droit. Bien que cette interdiction semble ne pas être reconnue par tous dans le cadre du droit international commun, elle n'est cependant pas contestée dans le cadre du droit des organisations internationales»[57].

L'académicien P. Kūris à été au fond le premier en ex-Union Soviétique à traiter ce sujet. Il y à distingué trois éléments interdépendants: «1) l'abus de droit émane de l'exercice du droit; 2) l'abus

[55] Oussenko E. T. P. Kūris. Mezjdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius: Mintis, 1973. – 280 p. // Sovietski ejegodnik mejdounarodnogo prava 1974 [Annuaire soviétique de droit international 1974]. – Moscou: Naouka, 1976. P. 314.

[56] Politis N. Le Problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux // Recueil des Cours de l'Académie de droit international. 1925 – I, tome 6 de la Collection. PP. 1–121; Kiss A. C. L'Abus de droit international. – Paris, 1953; Kiss A. C. Abuse of rights // EJIL. – Vol. 1. – North Holland, Amsterdam, London, New York. Tokyo, 1992. PP. 4–8; Moneouduit F. L'abus de droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme // Annuaire Francais de droit international. – Vol. 17, 1971. PP. 347–365; Iluymade B. O. The Scope and content of a Complaint of Abuse of Rights in International Law // Harvard International law Journal, 1975. – Vol. 16. PP. 47–92; Paul V. The Abuse of Rights and Bona Fides in International Law // Osterreichlische Zeitschrift fur offentlisches Rechts und Volkerrecht, 1977. – Vol. 28. P. 107–130; Roulet J.–D. Le Caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit et droit international public. – Neuchatel, 1958, etc.

[57] Kiss A. C. Abuse of rights // EJIL. Vol. 1. – North Holland, Amsterdam, London, New York. Tokyo, 1992. P. 5.

de droit porte préjudice aux intérêts d'un autre État; 3) cet acte est lié à une intention d'utiliser le droit subjectif à des fins différentes de celles auxquelles il à été accordé»[58]. L'étude d'une très riche pratique judiciaire et de l'arbitrage et des ouvrages scientifiques sur ce thème lui à permis de faire la conclusion suivante: «A la différence de la théorie du risque, la théorie de l'abus de droit ne constitue pas une exception au principe général selon lequel seul un fait illicite est susceptible d'engager la responsabilité internationale»[59]. L'opinion de P. Kūris à eu tant de poids que d'autres chercheurs abordant ensuite ce thème dans leurs recherches n'ont fait que renvoyer aux travaux de P. Kūris ou citer sa conclusion: «Ainsi, l'abus de droit dont les actes non amicaux ne comportant pas d'élément illicite sont l'expression, ne peut à aucune condition être la cause de la responsabilité internationale de l'État. C'est le fait illicite international qui constitue cette cause»[60].

Dans le titre de notre article nous qualifions l'académicien P. Kūris comme un théoricien éminent du droit international public. Pour finir nous voudrions dire qu'il est aussi connu en tant que praticien du droit international ainsi qu'en témoigne son élection à plusieurs reprises aux fonctions de juge de la Cour européenne des droits de l'homme et de juge de la Cour de justice des Communautés européennes. Au vu de ses dernières publications sur les droits de l'homme et sur la procédure judiciaire internationale[61], on peut conclure qu'il déploie ses talents aussi bien en tant que théoricien du droit international qu'en tant que praticien. Mais c'est déjà le sujet d'une autre contribution. Le maître est en bonne forme créatrice, ce qui laisse penser que ses recherches nous offriront encore beaucoup de plaisir. Ses publications (plus de 200 ouvrages scientifiques) nous amène à la conclusion suivante: son apport à la science du droit international

[58] Kūris P. Mejdounarodnye pravonaroucheniïa i otvetstvennost gossoudarstva [Faits illicites internationaux et responsabilité de l'Etat]. – Vilnius: Mintis, 1973. P. 242.

[59] Kūris P. Ibid. P. 251.

[60] Vassilenko V. A. Otvetstvennost gossoudarstva za mejdounarodnye pravonarouchenïia [Responsabilité de l'Etat des faits illicites internationaux]. – Kiev, 1976. P. 171.

[61] Kūris P. La procédure préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes // Mejdounarodnoïe pravo XXI veka [Droit international du XXI[ème] siècle]. Sous la rédaction de V. G. Boutkevitch. – Kiev: Promeni, 2006. PP. 604–630.

dépasse les forces de plusieurs instituts de recherches. Le niveau de sa contribution à la théorie du droit international est tellement élevé qu'il y à peu de juristes qui se risqueront à rivaliser avec lui sur cette voie.

Plusieurs représentants des différentes sciences et des différentes écoles théoriques ont fait connaître la Lituanie à la communauté internationale. Dans la science du droit international la Lituanie est dignement représentée par P. Kūris.

MRU © MRU © MRU

THE CONCEPT OF STATE AID IN LIBERALISED SECTORS

Thomas Von Danwitz

I. Introduction

The particular professional expertise of Pranas Kūris in judicial matters of state aid[1] and telecommunications[2] might already be a sufficient reason to expect some justification for the following reflections on the concept of state aid in liberalised sectors. But beyond that, there is of course a particular intellectual appeal of this subject resulting from the indistinguishable combination of legal and economic elements which, like all crossbreeds, led to particularly original features and the need for a high degree of commitment to fully understand the nature of those developments. Less of intellectual but more of practical concern are the far reaching economic, financial and even political consequences with which we are faced when dealing with the subject of state aid in liberalised sectors. Already a first glance at the relevant jurisprudence tells us that it might not be easy to establish a clear cut concept, since the Community Courts have only delivered a rather limited number of judgements in recent times of state aid features in liberalised sectors. Most of the relevant jurisprudence – *Preußen Elektra*[3], *Stardust Marine*[4], *Chronopost*[5] and *Altmark Trans*[6]

[1] See joined Cases C-182/03 Belgium/Commission and C-217/03 Forum 187/ Commision [2006] ECR I-05479, C-399/03 Commission/Council [2006] ECR I-05629, C-415 Lodato Gennaro & C.– pending.

[2] See Case C-426/05 Tele2 [2008] ECR I-0000.

[3] Case C-379/98 PreussenElektra [2001] ECR I-2099.

– has been reported in great detail and is certainly too well known to feed another reflection. Therefore I will focus on two aspects of the topic. Let me start out with some introductory remarks on the challenges of state aid control in the process of liberalisation and privatisation before sharing some basic reflections with you on the specific nature and difficulties of state aid control in this field. The major part of my presentation will then be dedicated to the main elements of the established jurisprudence in respect of the problems arising from partially liberalised markets and in particular to the question of cross-subsidisation.

II. The role of state aid control in the process of liberalisation and privatisation

Undoubtedly, the purpose of privatisation is to deprive state aid control of its principal object, a public undertaking. But, in order to achieve this goal, privatisation has to be accomplished under conditions ensuring the competitive neutrality of the conducted privatisation procedure. Typically, state aid control in the field of privatisation gives rise to three different issues, all closely linked to the famous private investor test:

- *firstly*, the well-known phenomenon of "dressing the bride" in order to make an undertaking more attractive to private investors;
- *secondly*, the famous dilemma of stranded costs: contributions or preferential treatments in order to compensate for investments or other engagements of formerly public undertakings which have become void under liberalised market conditions.
- *thirdly*, the old problem of how to assess whether the sale of a public undertaking is at market value or entails state aid.

[4] Case C-482/99 French Republic v Commission – Stardust Marine [2002] ECR I-4397.

[5] Joined Cases C-83/01 P, C-93/01 P, 94/01 P Chronopost [2003] ECR I-6993.

[6] Case C-280/00 Altmark Trans [2003] ECR I-7747.

Each of these problems would undoubtedly justify me concentrating my remarks on them individually. Instead, let me confine my remarks to the general statement that the settled case-law on contributions aimed at making an undertaking more attractive to private investors[7] gives full guidance for the application of the private investor test in that respect. Nevertheless, the central question of whether a comparable private investor pursuing a structural policy which is guided by prospects of long term viability leaves considerable scope for the assessment of each particular case. In contrast to that, there is only rather limited jurisprudence on the problem of stranded costs[8] and on the question of whether the sale of a public undertaking entails state aid[9].

Finally, it should be noted that the general experience of state aid law to witnesses an incredible inventiveness of Member States when it comes to original funding schemes and methods, is quite impressively confirmed in the field of privatisation and liberalisation. In the *AEM* case[10] the Court has already been asked to juge whether an increased charge for access to the national transmission grid only levied on certain undertakings in order to offset a particular advantage which they presumably might have gained from liberalisation constitutes state aid. Unfortunately, the preliminary reference did not contain sufficient factual information to conclude that the existence of state aid was established. I am convinced that Member States will also in the future ensure that the task of the Court will not end up in routine, but will continue to be faced with innovative systems of preferential treatment which have to be monitored strictly under the state aid rules.

©

[7] For ex: Case T-157/01 Dansk Busvognamænd [2004] ECR II-917; joined Cases T-129/95, T-2/96, T-97/96 Maxhütte [1999] ECR II-17; joined Cases C-278/92, C-279/92 and C-280/92 Spain/COM – Hytasa [1994] ECR I-4103.

[8] Joined Cases C-128/03 and C-129/03 AEM [2005] ECR I-2861; C-206/06 Essent Netwerk Noord – pending.

[9] Case C-334/99 Germany/COM – Gröditzer Stahlwerke [2003] ECR I-1139; C-280/92 Spain/COM – Hytasa [1994] ECR I-4103.

[10] Joined Cases C-128/03 and C-129/03 AEM [2005] ECR I-2861.

III. State aid control in partially liberalised markets and cross-subsidisation

Once a sector has been liberalised, it seems to be, at a first glance at least, rather peculiar to look for a major role for state aid control under circumstances of liberalisation. But in fact, state aid control is faced with quite a significant set of questions which go far beyond the traditional patterns of regional and sectorial state aid schemes or infrastructural support measures[11]. Particularly in sectors which have traditionally been shaped by public service obligations, it is not uncommon to see a member state devoting continuous efforts to the development of this market according to priorities inspired by the general interest. The process of liberalisation, which we have experienced in the European Communities in sectors such as telecommunications, postal services, energy supply and public transportation since the 90s, has shown quite strikingly that Member States are in general not willing to pursue a strict "hands off" policy once public undertakings have been privatised and market conditions in these sectors have been liberalised[12]. The basic reason is simply to be found in the mere fact that those sectors continue to be perceived under a different angle than most other industrial or commercial markets, both by consumers and by public authorities. Those sectors are and will, for the foreseeable future, remain to be marked by the particular interest of consumers in services of general economic interest in terms of continuity, periodicity and affordability[13].

In consequence, public authorities continue to seek ways and means of ensuring that those consumer needs are met and, depending on traditional policy orientations, consider state subsidies and the

[11] For the latter see *Koenig/Kiefer*, Public Funding of Infrastructure Projects under EC-State Aid Law, EStAL 3/2005, p. 415 seq.

[12] See *v. Danwitz*, Der europäische Elektrizitätsbinnenmarkt zwischen Wettbewerbsorientierung und Wettbewerbsbeschränkung, 2007, under A, in: Recht und Ordnung der Wirtschaft, Festsschrift für Peter J. Tettinger (Jörg Ennuschat, Jörg Gerling, Thomas Mann and Johann Christian Pielow, eds.).

[13] Services of General Economic Interest – Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP, June 29, 2006.

maintenance of exclusive rights quite a legitimate way of ensuring that public policy priorities in delivering services of general economic interest are achieved. In that respect it seems that Member States have not yet fully embraced the deeper logic of the concept of universal services which is designed to combine the continuous pursuit of public policy objectives with the conditions of a fully competitive market environment. This might explain why the liberalisation process has in general been enacted on a step by step basis with a persistent tendency of maintaining certain exclusive rights of limited scope in postal services[14], energy supply[15] and public transport[16]. Beyond direct state subsidies designed to fulfil public service objectives, in particular the phenomenon of partially liberalised markets, be it a constant or a transitional one, most naturally gives rise to possible distortions of competition through cross-subsidisation. The different manifestations, in which cross-subsidisation might occur are as numerous and possibly as diverse as the granting of state aid itself. The Court's practise already shows a quite significant range of different schemes, be it direct payments to compensate for public service obligations[17] or the levy of increased charges to finance public service missions[18], logistical and commercial support to a subsidiary operating in a competitive market[19] and the calculation of charges for the access and use of a transmission or a transport system[20] to a subsidiary.

1. The role of state aid control in partially liberalised markets

The undoubtedly highly technical nature of these examples, in particular when it comes to the allocation of costs, should not lead to

[14] Article 7 paragraph 1 of Directive 97/67/EC as amended by Directive 2002/39/EC.
[15] Article 3 paragraph 8 of Directive 2003/54/EC.
[16] Art. 10 of Directive 91/440/EEC.
[17] Case C-280/00 Altmark Trans [2003] ECR I-7747.
[18] Case C-340/90 TNT Traco [2001] ECR I-4109; Case C-526/04 Laboratoires Boiron [2006] ECR I-7529.
[19] Joined Cases C-83/01 P, C-93/01 P, 94/01 P Chronopost [2003] ECR I-6993; Case T-613/97 UFEX [2006] ECR II-1531.
[20] Joined Cases C-128/03 and C-129/03 AEM [2005] ECR I-2861; Case T-266/02 Deutsche Post v Commission - pending.

the false conclusion that this subject-matter is too detailed to be deserving of particular attention. A closer look into the relevant jurisprudence and the academic research quite strikingly shows the considerable importance of these questions and the far-reaching consequences in economic and even in political terms[21]. The principal challenge facing Community Courts in the environment of liberalised and partially liberalised markets is to ask whether there is a specific role for state aid control, to define the scope of the powers of the European Commission in the assessment of state aid measures and to determine the nature and the extent of judicial review in this field. Fundamental questions altogether.

a) A "specific" role for state aid control in liberalised sectors?

The starting-point of our reflections on the scope of state aid control in liberalised sectors is the basic question of whether state aid control has a specific role to play in liberalised areas. To put it in quite simple terms: My suggestion is that state aid control has no different role to play in liberalised sectors than in any other field. State aid control has to effectively ensure that Member States cannot create distortions of competition by aids which, firstly, are granted directly or indirectly through state resources and, secondly, are imputable to the State[22]. In view of the wide spectrum of ways in which aid can be granted, state aid control has to cover the entire range of possible configurations. In that respect, let me recall the settled case-law according to which Community law cannot permit the rules on state aid to be circumvented by the creation of autonomous institutions or procedures charged with allocating state aid[23].

But the purpose of state aid control of avoiding distortions of competition is not a self-sufficient objective which is on its own capa-

[21] The ongoing discussion on Community and national level instigated by the Court's decisions in Cases like Stardust Marine and Altmark Trans and the resulting legislative initiatives may serve as examples.

[22] Case C-482/99 French Republic v Commission – Stardust Marine [2002] ECR I-4397 (4436, para 24).

[23] See Case C-482/99 French Republic v Commission – Stardust Marine [2002] ECR I-4397 (4435, para 23).

ble of justifying any given measure designed to improve conditions of competition in general. In that respect, it has to be stressed that a clear distinction must be drawn between the specific mandate of state aid control of avoiding selective distortions of competition by specific state intervention in granting state resources and a general, far-reaching regulatory mandate to maintain a level playing field for all undertakings active on the Internal Market. In particular, the improvement of competitive conditions as such between former public undertakings with enduring strong market positions in their home market and new competitors, be it new private undertakings or former public undertakings from other Member States, lies, as urgent as it might be for the realisation of the Internal Market, beyond the Commission's mandate in matters of state aid control[24]. Cross-subsidisation in general is subject to Article 82 EC[25] and specific regulatory rules for each sector and comes within the ambit of state aid rules only if state resources have been granted in a way which is imputable to the state.

Although the distinction between the general regulatory need for the realisation of a level playing field in liberalised markets and the rather "limited" function of state aid control is certainly less evident in practice, an important conclusion should be drawn from this differentiation. The regulatory standards contained in regulations and directives on the liberalisation of a particular sector can go well beyond or stay behind the requirements of state aid control. Therefore, those standards as such cannot, it seems to me, be taken as valid criteria for decisions in state aid law without particular justification, which might of course be possible under given circumstances. This is why the Commission has rightly elaborated specific compensation standards in Article 5 paragraph 2 of the decision taken on the application of Article 86 paragraph 2 EC[26] concerning the compensation granted

[24] *Vesterdorf*, A Further Comment on the New State Aid Concept as this Concept Continues to be Reshaped, EstAQ 2005 p. 393, 398.

[25] See *v. Danwitz*, Europarechtliche Grundlagen, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. ed. 2002, para. 113 seq.

[26] Decision on the application of Article 86 (2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, O.J. L 312, p. 67.

to undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest.

b) Use and abuse of state resources – in search of imputability

State aid control in liberalised sectors requires the granting of state resources in a manner which is imputable to the State. Quite evidently, both conditions must be met. All advantages financed by state resources constitute aid, irrespective of whether they are granted directly by the State or indirectly by a public or private body designated or established by the State[27]. By contrast, a selective measure that does not involve any direct or indirect transfer of State resources to undertakings may not be qualified an aid, even if it confers an undeniable advantage on certain undertakings[28].

In quite a number of cases, the use of state resources has not been in question[29], but the focus was rather on the question of whether the decision to grant those state resources can be attributed to the State and the measure therefore constitutes state aid. The conditions for such an imputability have been developed in the *Stardust Marine* judgement[30] on the basis of a realistic assumption. The Court states clearly that relations between the State and public undertakings are in general close and that it will therefore be very difficult for a third party to demonstrate in a particular case that aid measures taken by such an undertaking were in fact adopted on instructions of public authorities[31]. The reference made in *Stardust Marine* to the circumstances of the case and the context in which the measure was taken, has been criticised for being a rather vague notion[32]. But in fact it

[27] Case C-379/98 PreussenElektra [2001] ECR I-2099 (2181, para. 58) with reference to the settled case-law of the Court.

[28] Case C-379/98 PreussenElektra [2001] ECR I-2099 (2181, para. 61).

[29] Case C-39/94 SFEI [1996] ECR I-3549 (3595, point 56); Case C-482/99 French Republic v Commission – Stardust Marine [2002] ECR I-4397 (4438, para. 32).

[30] Case C-482/99 French Republic v Commission – Stardust Marine [2002] ECR I-4397 (4444, para. 52 seq.).

[31] Ibid. para 53 seq. – Stardust Marine.

[32] See *Gahlleithner*, Die Zurechenbarkeit von Handlungen öffentlicher Unternehmen an den Staat, 2002, European Law Reporter 271, 276; *Lübbig/von Merveldt*, Stardust

seems hard to imagine how one could set up criteria once and for all relevant cases that could be significantly more precise.

In that respect it seems to be more important to note that the Court has deployed great efforts on identifying indicators which might be relevant to establish that an aid measure adopted by a public undertaking is imputable to the State. Seen from this angle, it does not seem unreasonable to conclude that a merely formalistic approach fixing on the fact that an undertaking is legally placed under public control, would not be sufficient for drawing conclusions as regards the imputability of its decisions to the State. In making reference to the intensity of the supervision exercised by public authorities[33] and to the real possibilities of exercising a dominant influence[34], *Stardust Marine* aims to achieve a realistic assessment of the particular legal and factual situation *in concreto* in which a public undertaking adopts a certain aid measure[35]. In the end it is for the Commission and the Member States to demonstrate to the Court for what legal and factual reasons an aid measure should be considered imputable to the State or not. The jurisprudence will evolve in the light of this experience.

2. Cost allocation - in search of the "right" standard

Ever since the ground-breaking study of *Faulhaber* on the phenomenon of cross-subsidisation in public enterprises,[36] the pricing behaviour of public undertakings and their internal allocation of costs have become central features in proceedings on the abuse of a dominant market position. It should however be noted that *Faulhaber's* studies concerned wholly regulated industries.[37] Therefore it might be

---

Marine: Introducing Imputability into State Aid Rules - Plain Sailing into Calm Seas or Rowing Back into Shallow Waters?, (2003) EC.L.R. 629, 632.

[33] Case C-482/99 French Republic v Commission – Stardust Marine [2002] ECR I-4397 (4445, para. 56).

[34] Ibid. Para. 57.

[35] See the reasoning of the *CFI*, Case T-613/97 UFEX [2006] ECR II-1531 (para. 166).

[36] *Faulhaber*, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, American Economy Review 1975, p. 966; idem. Cross-Subsidization: Analysis with more than two Services, Journal of Competition Law and Economics, 2005, p. 441-448.

[37] *Faulhaber*, (Footnote 35), p. 966 (967).

worthwhile to do some research on the question to what extent his approach is transposable to state aid control over undertakings offering services both on reserved and on competitive markets.

In the early *Corbeau*-judgement the Court concluded that cross-subsidisation can be considered a generally justified behaviour in accordance with Article 86 paragraph 2 EC, but added quite strongly that the exclusion of competition is not justified as regards specific services which are dissociable from services of general interest and meet special needs of economic operators for which the traditional postal services make no adequate offer[38]. The perception of cross-subsidisation as a subject to state aid rules is a more recent evolution, rather closely linked to the process of step by step liberalisation giving rise to partially liberalised markets in which the cross-subsidisation of liberalised market segments by using state resources originally designed to compensate for public service obligations has become a real danger for the creation of a competitive environment[39].

a) Scope and intensity of judicial review

Ever since the fundamental judgement in *Corbeau*, the Court has had quite a number of opportunities of developing its jurisprudence with regards to Article 86 paragraph 2 EC. The general message of the judgements in *TNT Traco*[40], *Chronopost*[41] and *Ambulanz Glöckner*[42] seems to be quite clear. In particular the Court pointed out clearly in *Chronopost* that the public network made available to Chronopost was clearly not a market network and would never have been created by a private undertaking. Accordingly, cost calculation and allocation in search of possible cross-subsidisation have to be based on objective

[38] Case C-320/91 Corbeau [1993] ECR I- 2533 (2569, para.16-19).

[39] See *Hancher/Buendia Sierra*, Cross-Subsidization and EC Law, CMLRev. 35 (1998), 901 ff.; *Dimitris Triantafyllou*, L'encadrement communautaire du service public, RTDEur 1999 p. 21.

[40] Case C-340/90 TNT Traco [2001] ECR I-4109.

[41] Joined Cases C-83/01 P, C-93/01 P, 94/01 P Chronopost [2003] ECR I-6993.

[42] Case C-475/99 Ambulanz Glöckner [2001] ECR I-8089.

and verifiable elements[43] on the factual basis of the existing network[44]. The factual and legal difficulties for the Commission of meeting this standard may not be neglected, as the follow-on *UFEX*-judgment of the CFI shows, in which the Tribunal annulled the contested decision of the Commission for defective reasoning. For the future, the rather detailed accounting standards of the transparency directive 2006/111/EC[45] and the cost calculation standards of the Commission decision on the application of Article 86 paragraph 2 EC to state aid in the form of public service compensation[46] should improve the factual conditions quite considerably to identify objective and verifiable elements for the required assessments relating to cross-subsidisation.

In the *UFEX*-judgement, the Tribunal addressed the rather fundamental question in stating that the Commission's calculation of the cost incurred in providing logistical and commercial assistance to a subsidiary involves, in the absence of analytical accounts, a complex economic appraisal for which the Commission enjoys a wide discretion. In consequence, the judicial review of that measure, even though comprehensive in principle as the CFI adds, is limited to manifest errors of assessment as well as the respect of procedural rules and the statement of reasons[47]. In the light of the complexities of cost calculation, this reasoning is fully understandable from any lawyer's and not only from a judge's point of view. In addition to that, we all know since the Court's reasoning in *TU München*[48] that a rather strict

[43] Joined Cases C-83/01 P, C-93/01 P, 94/01 P Chronopost [2003] ECR I-6993 (7042, para. 38).

[44] See CFI, Case T-613/97 UFEX [2006] ECR II-1531 para. 131 and with respect to Article 82 EC see Case 27/76 United Brands [1978] ECR 207 (305; para. 248/257); Case C-323/93 Centre d'insémination de la Crespelle [1994] I-5077 (5106, para. 26 f.).

[45] Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings, O.J. 2006, L 318, p. 17.

[46] Commission decision of 28 November 2005 on the application of Article 86 (2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, O.J. 2005, L 312, p. 67.

[47] See CFI, Case T-613/97 UFEX [2006] ECR II-1531 (para. 128).

[48] Case C-269/90 Technische Universität München [1991] ECR I-5469 (5501, para. 26).

monitoring of the obligation to state reasons may in practice lead to a judicial review which is as strict as a comprehensive review in substantive terms.

But still, the question remains whether it would be compatible with Article 87 paragraph 1 EC to assume that the Commission could lawfully, by a certainly non-arbitrary and most likely reasonable choice between different methods of calculation, come in one particular case to opposite conclusions as regards the existence of state aid? One could, of course, consider in line with the *UFEX*-judgement that this would constitute a manifest error of assessment[49], if that could be demonstrated to the Court. But again, would the same logic apply if not the existence of an aid, but only the amount were to differ considerably according to the choice of the calculation method? Where could one draw the line? In any event, we will follow with particular interest how the Commission will eventually justify for what reasons a particular cost-allocation standard has been chosen in one case while using a different cost-allocation standard in another case.

b) The cost-standard for cross-subsidisation

When it comes to the central question of the "right" cost-standard for monitoring and detecting cross-subsidisation, the interrelation of cost-accounting rules and the legal requirements of Community law deserve our full attention. Even if it might be in practice a quite self-evident starting point, it appears important to note that the allocation of costs has to be made on the basis of generally accepted cost accounting principles, as the Commission decision of 28 November 2005[50] states in Article 5 paragraph 2. This ensures that state aid control of cross-subsidisation relies in the very first place on a "best practice" approach, which is in particular completed by the requirements of the transparency directive.

[49] See CFI, Case T-613/97 UFEX [2006] ECR II-1531 (1581, para. 138).

[50] Commission decision of 28 November 2005 on the application of Article 86 (2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, O.J. 2005, L 312, p. 67 (Footnote 45).

On that basis, the opposing aims of the prohibition of any state aid in Article 87 paragraph 1 EC and the necessity of ensuring workable conditions for public services according to Article 86 paragraph 2 and Article 16 EC have to guide our reflections. The basic idea is to keep the prohibition of state aid effective, even if aid is granted by way of cross-subsidisation. This purpose may, of course, not endanger the good functioning of public service operations, which enjoy a particular recognition in Community law. To me it seems quite inappropriate to strive for a hierarchical understanding of both values in terms of Community law. The challenge is rather to achieve practical solutions designed for an equivalent realisation of both objectives. To my mind, the rationale of the jurisprudence in *Chronopost* seems to be rightly based on this balancing approach.

The formula for cost-allocation used in *Chronopost* reflects quite clearly the commitment to a strict application of state aid rules without interfering with the conditions necessary for the operation of services of general economic interest, although this standard might indeed not have been written with the precision of a text book in business administration. Nonetheless, it becomes quite clear that the focus of the judgement is on the additional cost-concept. Therefore, as the judgement states, prices charged to a subsidiary need to cover all the additional variable costs incurred in providing the assistance for a service in liberalized markets, an appropriate contribution to the fixed costs arising from the use of the existing postal network and an adequate return on capital investment used for competitive activities[51]. In my understanding only those fixed costs can be taken into account which result from the actual use of the postal network for a particular competitive activity. Otherwise, this competitive activity would have to bear costs of services of general economic interest.

Admittedly, the Commission's decision on compensation of public services is not crystal clear in that crucial respect, when it states in Article 5 paragraph 2 under c) that costs allocated to a service of general economic interest may cover the variable costs and "a proportionate contribution to fixed costs common to both services of general

[51] Joined Cases C-83/01 P, C-93/01 P, 94/01 P Chronopost [2003] ECR I-6993 (7042, para. 40).

economic interest and other activities". But quite evidently, this provision can and has to be read in conformity with the requirements established in *Chronopost*, since they constitute an interpretation of primary law in Article 87 paragraph 1 EC.

c) Remaining uncertainties

Nevertheless it is quite evident, that the problem of cost allocation between services of general economic interest and competitive services has not fully been resolved by the existing jurisprudence. Details of considerable economic importance have so far not been brought to the attention of the Court and, therefore, have remained undecided yet. Questions relating to an eventual difference in calculating additional costs or incremental costs, to the degree of admissible standardisation, to the timeframe for calculation which is important for shifting the demarcation line between variable and fixed costs and, finally, to the consequences of a top-down as opposed to a bottom-up approach do not find an answer in the rules on state aid law. Consequently, they have not been reflected in the jurisprudence of the Court. It should however be noted that the Commission has made an effort to cope with these problems in a discussion paper on Article 82 EC[52]. Here again, it remains to be seen whether those standards are fully transposable to state aid law.

When it comes to the mission of Community Courts in that respect, it seems to be quite clear that enacting cost-allocation standards cannot be considered a genuine task of the judiciary and, beyond that, defining common rules for cost-accounting and cost-allocation in essence does not require a specifically legal reasoning. This only comes into play when the suitability and proportionality of such standards or the requirements of a homogeneous application respecting an equal treatment of all undertakings concerned give rise to legal doubts. But, in my perception, the elaboration of such standards in itself ought to be regarded as a non-judicial question which should be answered in accordance with generally recognized cost-accounting and cost-

[52] DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, para. 64 seq.

allocation standards. In that perspective, preference should be given to a best practice approach.

3. Procedural consequences

What remains is the question of procedural consequences and in particular, how a party can eventually prove features of overcompensation. Since Member States enjoy, in general, procedural autonomy, the requirements of Community law are limited to the principles of equivalence and effectiveness. On this basis, in *Laboratoires Boiron* the Court has dealt with the delicate question of the burden of proof[53]. According to the findings of the Court, in a situation in which it is likely to be impossible or excessively difficult for the required evidence to be produced by a party, a national Court is required to use all procedures available under national law for this purpose, including the production of a particular document[54]. By this finding, the Court evidently responds to the need arising from a particular situation to make sure that a national court can verify a potential overcompensation.

There is indeed an undeniable need for such a procedural possibility in order to assess whether an alleged overcompensation took place. But still, this judgement should not be taken as a general rule without limitations giving rise to all sorts of investigatory actions. It should rather be noted that the Court refers to the factual and legal circumstances in this specific case, where a national court had the power to order a party to produce a certain document. In particular, this judgement has not dealt with the protection of business secrets and the possibility of rejecting claims for the production of documents on such grounds[55].

---

[53] Case C-526/04 Laboratoires Boiron [2006] ECR I-7529 (7565, para. 51 seq.)

[54] Ibid., para. 55.

[55] See *BVerfGE* 115, 205; *v. Danwitz,* Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Recht der Regulierungsverwaltung, DVBl. 2005, p. 597.

IV. Conclusion

This overview over the jurisprudence of Community Courts on the concept of aid in liberalised sectors has been an occasion to identify the main challenges for state aid control in this field and to reflect the state of Community law jurisprudence. In essence, it seems to me that the jurisprudence is well established on a balanced approach which takes the necessities of a stringent state aid control seriously without neglecting the importance of maintaining the good functioning of services of general economic interest. In particular, let me draw three conclusions from the foregoing:

Firstly, we have to acknowledge that state aid control is not a generally usable, unconditioned instrument of regulatory policy for realising a level playing field in liberalised markets. State aid control is rather focused on the use and abuse of state resources in a competitive environment. In that respect, the role of state aid control in liberalised markets does not differ from the traditional mandate to render the prohibition of state aids in Article 87 paragraph 1 EC effective.

Secondly, the discussion of the issue of imputability has shown that Community Courts will have to live up to the basic standards established in *PreußenElektra* and in *Stardust Marine*. Quite evidently, these judgments have not provided us with a standard of review which is so easy to handle that most proceedings before the Commission and the Community Courts have or will become superfluous. But, as you well know, these judgements were not adopted to fulfil such unrealistic expectations and no future judgment will do so. The standards of review in state aid control need to be designed in a way which takes two aspects into account. A certain degree of flexibility is necessary to ensure a reasonable application in the Commission's practice and in particular in order to cover future evolutions. But a solid concept with a visible profile is indispensable to give Member States and public undertakings the orientation which they clearly need.

Thirdly, the jurisprudence of the Court has developed a realistic approach to cross-subsidisation, which might still need some refinement and future evolution. In particular, judicial review will have to ensure a homogenous application of the criteria for cost allocation as they have been established in *Chronopost*. On that basis, procedural consequences, as they have been discussed in *Laboratoires Boiron* for the very first time, will certainly require more attention in the future.

KELIOS MINTYS APIE LIETUVOS DALYVAVIMO TARPTAUTINIUOSE SANTYKIUOSE KONSTITUCINIUS PAGRINDUS

Egidijus Jarašiūnas

I. Vietoj įžangos

Konstitucinės demokratijos stiprinimas, Lietuvos dalyvavimas Europos integraciniuose procesuose – bene svarbiausios mūsų dienų teisinių tyrimų aktualijos. Diskutuojama dėl Lietuvos teisės „konstitucionalizacijos" ir „europeizacijos" (arba, jei labiau patinka, „internacionalizacijos"). Kartais teigiama, kad antroji tendencija ima gožti pirmąją.

Apie teisės konstitucionalizaciją Europoje diskutuojama jau trečias dešimtmetis. Po Antrojo pasaulinio karo šio žemyno šalių priimtose konstitucijose įtvirtinus konstitucinės kontrolės institutą ir tiesioginį konstitucinių nuostatų taikymą, konstitucijos iš „politinės teisės" virto tikra aukščiausiąja teise, tiesiogiai taikoma ir kreipiančia ordinarinę teisę. „Kitados kalbėta apie teisėtumo principą, šiandien apie konstitucingumo" [1]. Konstitucija tapo tikru teisinio gyvenimo centru. Visos valdžios institucijos, pareigūnai veikdami privalo besąlygiškai paklusti konstitucijai. Nėra teisinio reguliavimo, kuris neturėtų konstitucinio aspekto, nėra valstybės institucijų sprendimo, kurio teisiškumo nebūtų galima patikrinti atitikties konstitucijai matu. Įstatymų, kitų teisės aktų atitiktis konstitucijai tapo jų teisiškumo patikros būdu. Konstituciją imta traktuoti kaip universalaus pobūdžio aktą, kurio

normos ir principai nustato visus šalies vidaus ir išorės gyvenimo pagrindus.

Toks konstitucijos vaidmens pasikeitimas, jos poveikis ordinarinei teisei vadinamas teisės „konstitucionalizacija“. Šiuo požiūriu ypač svarbi konstitucinių teismų veikla. Jie ne tik „išvalo“ teisinį reguliavimą nuo antikonstitucinių normų, bet, aiškindami konstituciją, formuoja įvairių teisės sričių konstitucinius pagrindus. Teisės konstitucionalizacija reiškia ir teisinės valstybės principo įtvirtinimą visose teisinio gyvenimo srityse. „Teisinė valstybė tampa realybe tik tada, kai konstitucija veikia visavertiškai ir be išlygų“ [2].

Pastebėti ir konstitucijos įtakos valstybės išorinei veiklai pokyčiai. Modernios konstitucijos įtvirtina ne vien valstybės institucijų užsienio politikos įgaliojimus, bet ir šios veiklos principus bei tikslus. Jose numatyta ir valstybės sudaromų tarptautinių sutarčių konstitucingumo tikrinimo galimybė.

Kita teisės (taip pat konstitucinės) raidos naujovė vadinama teisės „internacionalizacija“. Europoje ši tendencija neretai įvardijama kaip teisės „europeizacija“. Tai vis didesnė tarptautinės teisės įtaka valstybiškai organizuotų visuomenių gyvenimui, tai ir tarptautinės bendruomenės pripažintų standartų pripažinimas ir taikymas valstybėje. Teisės raidos Europoje tyrėjai pirmiausia pabrėžia Žmogaus teisių apsaugos konvencijos ir Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencijos įtaką. Europos Sąjungos teisės iškilimas apskritai vertinamas kaip naujos epochos pradžia. Kitados pasirašyti kuklūs ekonominiai susitarimai dėl anglies ir plieno pradėjo Europos šalių vienijimosi procesą. „Europos Sąjunga – ne tik ekonominė erdvė, bet ir originalus politinis projektas“ [3]. Jaučiamas tiek Europos Sąjungos pirminės teisės, tiek Europos institucijų kuriamos antrinės teisės poveikis nacionalinei teisei, grindžiamai konstitucijos viršenybe.

Pastebima, kad konstitucinėje teisėje, kurios teisinis reguliavimas iš esmės intravertiškas, vis labiau ryškėja ekstravertiški požymiai (apibrėžiami valstybės išorinės veiklos pagrindai, nacionalinės ir tarptautinės arba vadinamosios supranacionalinės teisės santykis, nustatomas tarptautinių sutarčių konstitucingumo kontrolės mechanizmas). Konstitucinės teisės kategorijų svarba taip išaugo, kad ir tarptautinių konstrukcijų kūrėjai bando jomis naudotis (tiesa, ne visada sėkmingai). Kita vertus, galima kalbėti ir apie vis didėjantį išorinį poveikį na-

cionaliniams teisiniams sprendimams. Paradoksas, besikeičiantis tarptautinis kontekstas, vis didėjanti jo įtaka nacionalinei teisei, išorinių ir vidinių santykių persipynimas verčia konstituciškai įtvirtinti šiuos reiškinius. Visavertė nacionalinės ir europinės teisės sąveika galima tik konstituciškai apibrėžus jos esmę.

Ar galime teigti, kad teisės internacionalizacija arba europeizacija užkariauja nacionalinės teisės erdvę? Juk regime ir tai, kaip konstitucinėje teisėje vis detaliau apibrėžiami valstybės dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose pagrindai, nustatomas nacionalinės ir tarptautinės teisės santykis. Gal ši nauja konstitucinės teisės ir tarptautinio (Europoje reikėtų daugiau kalbėti apie europinį kontekstą) teisinio konteksto sąveika žada abiejų komponentų pokyčius?

Straipsnio tema – Lietuvos dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose konstituciniai pagrindai. Jų negalima nagrinėti skyrium nuo minėtų kontekstų.

II. Valstybės išorinės veiklos konstitucionalizacija

Požiūris, kad viešosios valdžios organizavimas, asmens ir valstybės santykiai – dvi sritys, visais atvejais vertos aukščiausio lygmens teisinio reguliavimo, paveldėtas iš ankstyvojo konstitucionalizmo laikų. Šios sritys laikytos svarbiausiomis. Valstybės išorės veikla menkai domino konstitucijų kūrėjus. „Senosiose" konstitucijose lakoniškai išvardyti valstybės institucijų įgaliojimai užsienio politikos klausimais. Valstybės išorės veikla nelaikyta sritimi, verta detalaus konstitucinio įtvirtinimo. Konstituciniuose aktuose įrašytos vien nuostatos apie sutarčių pasirašymą, jų ratifikavimo ir denonsavimo procedūras.

Konstitucijos evoliucija, jos vaidmens pasikeitimas susijęs ir su valstybės gyvenimo tarptautinių aspektų konstitucionalizacija. Jeigu pripažįstama, kad konstitucija – aukščiausioji teisė, atitiktis kuriai yra svarbiausias valstybės institucijų veiklos matas, tai šis matas privalomas ir šalies užsienio politikai. Konstitucija yra pirminė, aukščiausios galios pozityvioji teisė. „Viskas kyla iš jos, tokios normos – motinos" [4]. Valstybiniame gyvenime nėra srities, kurios „negaubtų" konstitucinis „skėtis". Todėl tikslinga konstituciniame akte įtvirtinti ne tik valstybės institucijų įgaliojimus, bet ir daug svarbesnį dalyką – tokios veiklos

principus ir tikslus. XX a. antrojoje pusėje procedūrinių reikalavimų laikymasis turi prasmę tik jei pati veikla yra konstitucinga (t. y. ji vykdoma siekiant konstitucinių tikslų).

Beje, tokie vertinimo pokyčiai susiję ne vien su konstitucijos vietos ir reikšmės sampratos pakitimu, bet ir su tarptautinių santykių reikšmės valstybės gyvenime išaugimu. Konstitucinės nuostatos apie šalies užsienio politikos tikslus, uždavinius, principus tampa šalies santykių su kitais tarptautinės teisės subjektais svarbiausiomis gairėmis. Konstitucinė forma jas paverčia privalomais imperatyvais, saistančiais valstybės institucijas ir pareigūnus. Valstybės institucijų veikla ne tik valstybės viduje, bet ir kuriant išorinius santykius galima tik laikantis konstitucijos nubrėžtų ribų. Tai – dar vienas konstituciocentrinės nacionalinės teisės sistemos laimėjimas. XX a. pabaigoje ne vienoje Europos šalyje konstitucinis rangas suteiktas ir nuostatoms, susijusioms su dalyvavimu Europos Sąjungoje.

Tokie valstybės išorės politikos konstitucionalizavimo pavyzdžiai galėtų būti Vokietijos Federacinės Respublikos, Italijos, kitų Europos šalių konstitucijos. Antai Vokietijos Pagrindinio Įstatymo preambulėje fiksuojamas vienas vokiečių tautos siekių – tarnauti pasaulinei taikai, 23 str. nustatytas Vokietijos dalyvavimas plėtojant Europos Sąjungą, pagrindinių teisių apsaugą, subsidiarumo principą, 25 str. numatyta, kad federacija suverenias teises įstatymu gali perduoti tarpvalstybinėms institucijoms, kad bendrosios tarptautinės teisės taisyklės yra sudėtinė federacijos teisės dalis ir kad jos turi viršenybę prieš įstatymus ir federacijos gyventojams sukuria teises ir pareigas, 26 str. skelbiama, kad veiksmai, kurie yra skirti karui ir kuriais ketinama trikdyti taikų tautų bendradarbiavimą, ypač rengtis puolamajam karui, yra antikonstituciniai ir kad už tai yra baudžiama pagal įstatymą ir t. t. Šios tiesiogiai Pagrindiniame Įstatyme suformuluotos nuostatos yra vokiečių valstybės tarptautinės veiklos svarbiausieji imperatyvai.

Beje, jeigu kalbame apie konstituciją, kaip veikiančią šalies aukščiausiąją teisę, turime pripažinti, kad jos normos ir principai yra išreikšti ne vien teisės akto, pavadinto konstitucija, nuostatose, bet ir konstitucinėje jurisprudencijoje, kurioje minėto konstitucinio akto nuostatų turinys yra atskleidžiamas ir plėtojamas, išryškinamos konstitucinių nuostatų sąsajos ir prasmė. Pripažįstama, kad konstitucinis teismas – tikras nacionalinės teisės konstitucionalizacijos variklis“ [5].

Realiai taikomas konstitucinis reguliavimas yra toks, kaip jį yra išaiškinęs konstitucinis teismas. Todėl tikrovėje konstitucija – neatskiriama minėtų dviejų elementų (teisės akto, vadinamo „konstitucija“, nuostatų ir jas aiškinančios konstitucinės jurisprudencijos) junginys. „Valstybių, kuriose konstituciją aiškina teismai, jurisprudencija ir joje formuluojama oficiali konstitucinė doktrina, yra svarbi sudedamoji pačios konstitucijos dalis“ [6].

Tokios konstitucinės teisės dalis yra ir valstybės išorės santykių konstituciniai pagrindai. Juos aiškindamas konstitucinis teismas kuria jurisprudencinę šalies tarptautinių santykių konstitucinę teisę. Ja remiantis tikrinamas tarptautinių sutarčių arba šalies tarptautinės veikos klausimus reguliuojančių ordinarinės teisės aktų konstitucingumas.

Naujųjų konstitucijų Vidurio Rytų Europoje kūrėjams teko uždavinys įtvirtinti tiek klasikinėmis laikomas vertybes (suverenitetas, demokratija, valdžių padalijimas, asmens teisės ir laivės, teisinė valstybė ir t. t.), tiek ir konstitucinės minties ir praktikos novacijas (pvz., konstitucinę kontrolę ir kt.). Viena jų – šalies dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose konstitucinių principų tiesioginis įtvirtinimas. Šiuos uždavinius sprendė ir 1992 m. Lietuvos Respublikos Konstitucijos teksto autoriai. Konstitucinis Teismas, oficialusis Konstitucijos aiškintojas, toliau plėtojo konstitucines nuostatas. Tiesa, iki šiol turime tik fragmentišką valstybės išorės santykių oficialią konstitucinę doktriną.

Valstybės išorės veiklos konstitucionalizacijos prielaida – konstitucinės nuostatos, kuriose įtvirtinti Lietuvos dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose pagrindai. Jas pagal turinį galime suskirstyti į kelias grupes:

- pirmosios grupės konstitucinės nuostatos skelbia svarbiausius valstybės užsienio veiklos principus, siekius bei kryptis;
- antrosios grupės nuostatose įtvirtinti valstybės valdžios institucijų įgaliojimai tarptautinių santykių srityje;
- trečiosios grupės nuostatose fiksuojami Lietuvos dalyvavimo kokrečiame tarptautiniame susivienijime – Europos Sąjungoje – konstituciniai pagrindai.

Pripažįstant, kad konstitucinė norminė tikrovė – ne tik konstitucinio akto tekstas, bet ir jį plėtojanti konstitucinė jurisprudencija, konstitucinio valstybės dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose ap-

žvalga būtų vienpusė, jei nagrinėtume vien konstitucinio akto nuostatas.

III. Valstybės dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose konstituciniai imperatyvai

Valstybės institucijų įgaliojimai tarptautiniuose santykiuose, kaip buvo minėta, yra tradicinis konstitucinio reguliavimo dalykas. Žymiai svarbiau konstituciškai apibrėžti tokio veikimo prasmę ir kryptį. Moderniose konstitucijose įtvirtinami šios veiklos principai. Jais turi vadovautis valstybės valdžios institucijos ir pareigūnai.

Valstybės dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose imperatyvus turime aiškintis Lietuvos Respublikos Konstituciją suvokdami kaip nuoseklią konstitucinių principų ir normų sistemą, nesuabsoliutindami vienų arba kitų nuostatų. Turime matyti visą konstitucinę sistemą.

Analizės išeities padėtis būtų tokios Lietuvos Respublikos Konstitucijos nuostatos kaip Konstitucijos preambulėje skelbiama prigimtinė žmogaus ir Tautos teisė laisvai gyventi ir kurti savo tėvų ir protėvių žemėje – nepriklausomoje Lietuvos valstybėje, kaip atviros, teisingos, darnios pilietinės visuomenės ir teisinės valstybės siekis, pagarba Lietuvos valstybės ir teisės tradicijoms, Tautos dvasios, gimtosios kalbos, rašto ir papročių išsaugojimas, 1 str. nuostata, kad Lietuvos valstybė yra nepriklausoma demokratinė respublika, 2 str. nuostata, kad Lietuvos valstybę kuria Tauta, kad suverenitetas priklauso Tautai, 3 str. nuostatos, kad niekas negali varžyti arba riboti Tautos suvereniteto, savintis visai Tautai priklausančių suverenių galių, kad Tauta ir kiekvienas pilietis turi teisę priešintis bet kam, kas prievarta kėsintųsi į Lietuvos valstybės nepriklausomybę, teritorijos vientisumą, konstitucinę santvarką, 4 str. nuostata, kad suverenias galias Tauta vykdo tiesiogiai arba per demokratiškai išrinktus savo atstovus, 5 str. nuostatos, kad valstybės valdžią Lietuvoje vykdo Seimas, Respublikos Prezidentas ir Vyriausybė, Teismas, kad valdžios galias riboja Konstitucija, 7 str. nuostata, kad negalioja joks įstatymas arba kitas aktas, priešingas Konstitucijai, ir t. t.

Valstybės nepriklausomybė, demokratinė santvarka, nacionalinis tapatumas ir tautos laisvė, pagarba asmens teisėms – vertybės, lemiančios šalies dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose tikslus ir formas. Pagal Konstituciją negalima tokia šalies užsienio politika, kuri paneigtų šias vertybes. Priešingai, dalyvaudama tarptautiniuose santykiuose Lietuva turi sustiprinti šių vertybių apsaugą.

Valstybės institucijos, kurioms pagal Konstituciją tenka pareiga sudaryti ir ratifikuoti tarptautines sutartis (tap pat dėl stojimo į tarptautines organizacijas), neturi pamiršti ir kitų konstitucinių nuostatų. Tai – valdžios galių ribojimas Konstitucija (negalima sudaryti antikonstitucinių sutarčių, nepaisyti konstitucinių imperatyvų ir nesilaikyti sprendimų priėmimo procedūrų). Sudariusios sutartis, ypač jei jos susijusios su tarptautinės, regioninės arba kitokios „supranacionalinės" teisės tiesioginiu taikymu, valstybės institucijos turi atsiminti, kad pagal Konstitucijos 7 str. Lietuvoje negalioja joks įstatymas arba kitas aktas, priešingas Konstitucijai. Jokia sutartimi negalima nustatyti taisyklių, pagal kurias Lietuvoje kiekvienas negalėtų ginti savo teisių remdamasis Konstitucija arba kuriomis paneigta Konstitucijos kaip aukščiausiojo, vientiso ir tiesiogiai taikomo akto esmė. Konstitucijos XIII skirsnio „Užsienio politika ir valstybės gynimas", Lietuvos Respublikos konstitucinio akto „Dėl Lietuvos narystės Europos Sąjungoje", kitų konstitucinių nuostatų, kuriose tiesiogiai apibrėžiama valstybės išorės veikla, negalima aiškinti skyrium nuo viso konstitucinio reguliavimo sistemos.

Valstybės išorės veiklos samprata neatsiejama ir nuo Konstitucijos 135 str. 2 d. nuostatų, kad Lietuvos valstybė tarptautiniuose santykiuose siekia užtikrinti šalies saugumą ir nepriklausomybę, piliečių gerovę ir pagrindines jų teises bei laisves, prisideda kuriant teise ir teisingumu pagrįstą tarptautinę tvarką. Pagal Konstitucijos 136 str. Lietuvos Respublika dalyvauja tarptautinėse organizacijose, jei tai neprieštarauja Valstybės interesams ir jos nepriklausomybei.

Lietuva pripažįsta tarptautinės teisės principus, sąžiningai vykdo prisiimtus tarptautinius įsipareigojimus. Konstitucinis Teismas, aiškindamas tokią principinę Lietuvos nuostatą, yra konstatavęs, „kad Lietuvos valstybės ištikimybė visuotinai pripažintiems tarptautinės teisės principams buvo deklaruota dar 1990 m. kovo 11 d. priimtame Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos akte „Dėl Lietuvos

Nepriklausomos Valstybės atstatymo“ [7]. Daroma išvada, kad sava valia prisiimtų tarptautinių įsipareigojimų laikymasis, pagarba visuotinai pripažintiems tarptautinės teisės principams yra atkurtos nepriklausomos Lietuvos valstybės teisinė tradicija ir konstitucinis principas.

Konstitucijoje įtvirtinta geopolinė kryptis – dar vienas konstitucinis imperatyvas. Ta kryptis apibrėžta tiek nustatant draudimą, tiek ir siekiamybę. Konstitucija draudžia bet kokią veiklą, kuria siekiama įtraukti Lietuvą į postsovietines Rytų bloko gynybines, ekonomines, finansines ir kitokias „erdves“ (žr. 1992 m. birželio 8 d. konstitucinį aktą „Dėl Lietuvos Respublikos nesijungimo į postsovietines Rytų sąjungas“, kuris yra sudedamoji Konstitucijos dalis). Kita vertus, konstituciškai įtvirtinamas Lietuvos dalyvavimas Europos integracijos procesuose, Lietuvos Respublikos narystė Europos Sąjungoje (žr. kitą Konstitucijos sudedamąją dalį – 2004 m. liepos 13 d. konstitucinį aktą „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“). Dalyvaujant siekiama užtikrinti visateisį Lietuvos dalyvavimą Europos integracijos procesuose; užtikrinti Lietuvos Respublikos saugumą; užtikrinti Lietuvos Respublikos piliečių gerovę; veiksmingiau garantuoti žmogaus teises ir laisves.

Pažymėtina, kad Konstitucijoje tiesiogiai fiksuoti ir Europos Sąjungos, kaip tarptautinės organizacijos, kriterijai, kuriems esant Lietuvos Respublikos narystė šioje sąjungoje konstitucinga. Konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ preambulėje pažymima, kad Europos Sąjunga gerbia žmogaus teises ir pagrindines laisves, gerbia savo valstybių narių nacionalinį tapatumą, gerbia savo valstybių narių konstitucines tradicijas.

Verta pakartoti, kad konstitucinių imperatyvų besąlygiškas laikymasis – visų Lietuvos Respublikos institucijų ir pareigūnų, kuriems patikėti įgaliojimai spręsti tarptautinius klausimus, pareiga. Minėta, kad konstitucinius imperatyvus turi atitikti Lietuvos institucijų vykdomos tarptautinės veiklos turinys. Kiekviena Lietuvos Respublikos institucija gali priimti sprendimus tik jai suteiktų įgaliojimų ribose ir tik siekdama konstitucinių tikslų.

Svarbu laikytis ir nustatytų formos reikalavimų. Antai Konstitucijoje numatytas tam tikrų rūšių sutarčių rafitikavimas Seime, todėl jos galios tik jas nustatyta tvarka ratifikavus. Pagal Konstitucijos 138 str.

Seimas privalo ratifikuoti tokias Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis: dėl Lietuvos Respublikos valstybės sienų pakeitimo, dėl politinio bendradarbiavimo su užsienio valstybėmis, tarpusavio pagalbos, taip pat su valstybės gynyba susijusias gynybinio pobūdžio sutartis, dėl atsisakymo naudoti jėgą arba grasinti jėga, taip pat taikos sutartis, dėl Lietuvos Respublikos ginkluotųjų pajėgų buvimo ir jų statuso užsienio valstybių teritorijose, dėl Lietuvos Respublikos dalyvavimo universaliose tarptautinėse organizacijose bei regioninėse tarptautinėse organizacijose, daugiašales arba ilgalaikes ekonomines sutartis. Be to, įstatymuose, taip pat tarptautinėse sutartyse gali būti numatyti ir kiti atvejai, kai Seimas ratifikuoja Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis.

IV. Valstybės institucijų konstituciniai įgaliojimai, susiję su šalies dalyvavimu tarptautiniuose santykiuose

Lietuvoje valstybės valdžia organizuota pagal valdžių padalijimo principą. Pagal šį principą, kaip ne kartą yra konstatavęs oficialus Konstitucijos aiškintojas – Konstitucinis Teismas, įstatymų leidžiamoji, vykdomoji ir teisminė valdžios yra atskirtos, kiekviena iš jų patikėta valstybės valdžios institucijai, savarankiškai įgyvendinančiai jai patikėtas funkcijas. Konstitucijos 5 straipsnio, kuriame nustatyta, kokios institucijos vykdo valstybės valdžią, turinį atskleidžia kiti Konstitucijos skirsniai, nustatantys konkrečių valdžios institucijų organizaciją ir funkcionavimą: V skirsnis „Seimas“, VI skirsnis „Respublikos Prezidentas“, VII skirsnis „Vyriausybė“ ir IX skirsnis „Teismas“. Kiekviename iš šių skirsnių yra nustatyta valstybės valdžios institucijų kompetencija, jų būdingos funkcijos.

Pagal Konstituciją kiekviena valstybės valdžia užima tam tikrą vietą valstybės valdžios sistemoje, atlieka jai būdingas funkcijas. Seimas, kurį sudaro Tautos atstovai – Seimo nariai, leidžia įstatymus, prižiūri Vyriausybės veiklą, tvirtina valstybės biudžetą ir prižiūri jo vykdymą. Respublikos Prezidentas – valstybės vadovas – atstovauja valstybei ir daro visa, kas jam pavesta Konstitucijos ir įstatymų. Vyriausybė yra vykdomoji tvarkomoji šalies institucija. Ji įgyvendina įstatymus ir kitus teisės aktus, tvarko krašto reikalus. Teismai vykdo teisingumą.

Pagal šią konstitucinę valdžių sandarą kiekviena iš valstybės valdžios institucijų vykdo tik jai patikėtas funkcijas ir negali vykdyti kitoms institucijoms pavestų funkcijų. Nė viena iš šių institucijų negali kištis į kitoms institucijoms pavestų įgaliojimų vykdymą. Siekiant valdžių atskyrimo, didelę reikšmę turi tiesioginis valstybės valdžios institucijų įgaliojimų įtvirtinimas Konstitucijoje. Konstitucinis Teismas ne viename savo nutarimų yra pažymėjęs, kad tais atvejais, kai Konstitucijoje konkretūs įgaliojimai yra priskirti tam tikrai valstybės valdžios institucijai, jokia kita valstybės valdžios institucija jų negali pasisavinti; tokių įgaliojimų negalima perduoti arba atsisakyti. Negalimas ir valdžių susiliejimas.

Konstitucijoje apibrėžti ir valstybės institucijų įgaliojimai valstybės išorės santykiuose. Jų apžvalgą pradėsime nuo *Seimo*, vykdančio įstatymų leidžiamąją valdžią.

Konstitucinis Teismas yra pažymėjęs, kad Seimo, kaip Tautos atstovybės, konstitucinė prigimtis lemia jo ypatingą vietą valstybės valdžios institucijų sistemoje, jo funkcijas bei kompetenciją. Iš Konstitucijos nuostatų, kuriose nustatyti Seimo įgaliojimai, matyti, kad Seimas, įgyvendindamas savo konstitucinius įgaliojimus, vykdo klasikines demokratinės teisinės valstybės parlamento funkcijas. Tarp Konstitucijos 67 str. įtvirtintų Seimo konstitucinių įgaliojimų rasime ir įgaliojimus, susijusius su valstybės išorės santykiais. Pažymėtina, kad tiek įstatymų leidyba, tiek parlamentinė kontrolė arba biudžeto tvirtinimas ir jo vykdymo kontrolė gali būti susijusios ir su minėtais santykiais. Be to, šiame straipsnyje nustatyta, kad jis ratifikuoja ir denonsuoja Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis, svarsto kitus užsienio politikos klausimus (16 p.), kad Seimas įveda tiesioginį valdymą, karo ir nepaprastąją padėtį, skelbia mobilizaciją ir priima sprendimą panaudoti ginkluotąsias pajėgas (20 p.). Pažymėtina, kad ir kitų Seimo konstitucinių įgaliojimų (pvz., įstatymų leidybos) įgyvendinimas taip pat gali būti susijęs su tarptautiniais santykiais.

Kai kurie Konstitucijos 67 str. nustatyti Seimo įgaliojimai yra sukonkretinti, detaliau apibrėžti kituose Konstitucijos straipsniuose (jų dalyse). Pavyzdžiui, pagal Konstitucijos 138 str. 1 d. Seimas privalo ratifikuoti tam tikras Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis, pagal Konstitucijos 67 str. 20 p. Seimas įveda tiesioginį valdymą, karo ir nepaprastąją padėtį, skelbia mobilizaciją ir priima sprendimą panaudoti

ginkluotąsias pajėgas (šios nuostatos yra sukonkretintos Konstitucijos 142 str. 1 d., nustatančioje, kad Seimas įveda karo padėtį, skelbia mobilizaciją arba demobilizaciją, priima sprendimą panaudoti ginkluotąsias pajėgas, kai prireikia ginti Tėvynę arba vykdyti Lietuvos valstybės tarptautinius įsipareigojimus, taip pat Konstitucijos 144 str. 1 d., nustatančioje, kad jeigu iškyla grėsmė valstybės konstitucinei santvarkai arba visuomenės rimčiai, Seimas gali visoje valstybės teritorijoje arba jos dalyje įvesti nepaprastąją padėtį, taip pat kad nepaprastosios padėties trukmė – iki šešių mėnesių).

Pasakytina, kad kai kuriais atvejais apie tai, kad tam tikri Seimo konstituciniai įgaliojimai gali būti konkretinami įstatymais, nurodoma tiesiogiai Konstitucijoje. Kai kurie iš tokių įgaliojimų susiję su užsienio politika. Antai Konstitucijos 67 str. 16 p. Seimas ratifikuoja ir denonsuoja Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis, Konstitucijos 138 str. 1 d. nurodyta, kokias Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis Seimas ratifikuoja ir denonsuoja, o šio straipsnio 2 d. – kad įstatymuose, taip pat tarptautinėse sutartyse gali būti numatyti ir kiti atvejai, kai Seimas ratifikuoja Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis.

Seimas, kaip Tautos atstovybė, turi teisę įstatymais nustatyti ir tokius savo įgaliojimus, kurie nėra tiesiogiai nurodyti Konstitucijoje, tačiau yra skirti įgyvendinti Seimo konstitucinėms funkcijoms. Tai darydamas Seimas yra saistomas Konstitucijos, taip pat savo paties išleistų įstatymų.

Pagal Konstituciją Respublikos Prezidentas daro visa, kas jam pavesta Konstitucijos ir įstatymų. *Respublikos Prezidentui*, kaip valstybės vadovui, Konstitucijoje yra nustatyti reikšmingi įgaliojimai. Nemaža dalis Respublikos Prezidento – valstybės vadovo – konstitucinių įgaliojimų yra susiję su šalies išorės santykių įgyvendinimu. Pagal Konstitucijos 84 str. Respublikos Prezidentas sprendžia pagrindinius užsienio politikos klausimus ir kartu su Vyriausybe vykdo užsienio politiką (1 p.); pasirašo Lietuvos Respublikos tarptautines sutartis ir teikia jas Seimui ratifikuoti (2 p.); ginkluoto užpuolimo, gresiančio valstybės suverenumui arba teritorijos vientisumui, atveju priima sprendimus dėl gynybos nuo ginkluotos agresijos, karo padėties įvedimo, taip pat dėl mobilizacijos ir pateikia šiuos sprendimus tvirtinti artimiausiam Seimo posėdžiui (16 p.); įstatymo nustatyta tvarka ir atvejais skelbia nepaprastąją padėtį ir pateikia šį sprendimą tvirtinti artimiausiam

Seimo posėdžiui (17 p.). Pagal Konstitucijos 140 str. 2 d. Respublikos Prezidentas yra vyriausiasis ginkluotųjų pajėgų vadas. Respublikos Prezidentas vadovauja Valstybės gynimo tarybai (Konstitucijos 140 str. 1 d.).

Įvairūs Respublikos Prezidento įgaliojimai yra nustatyti ne tik Konstitucijoje, bet ir įstatymuose.

Pažymėtina, kad Respublikos Prezidentui, kaip valstybės vadovui, pagal Konstituciją kyla pareiga įgyvendinant jam Konstitucijoje ir įstatymuose nustatytus įgaliojimus veikti taip, kad būtų palaikoma darni sąveika tarp valstybės valdžią vykdančių institucijų, kad Lietuvos valstybei būtų tinkamai atstovaujama santykiuose su kitomis valstybėmis, su tarptautinėmis organizacijomis, kad Lietuvos valstybė galėtų deramai atlikti savo tarptautinius įsipareigojimus ir būtų užtikrinta, kad kiti tarptautinių santykių subjektai (užsienio valstybės, tarptautinės organizacijos ir kt.) galės deramai atlikti savo įsipareigojimus Lietuvos valstybei. Respublikos Prezidentas, kaip valstybės vadovas, simbolizuoja Lietuvos valstybę, jos visuomenės vertybes ir atstovauja Lietuvos Respublikai tarptautiniuose santykiuose.

Vyriausybė – dar viena valstybės valdžios institucija, kuri įgyvendina šalies tarptautinę politiką. Jeigu peržvelgtume Lietuvos Respublikos Vyriausybės konstitucinius įgaliojimus (antai pagal Konstitucijos 94 str. Vyriausybė tvarko krašto reikalus, saugo Lietuvos Respublikos teritorijos neliečiamybę, garantuoja valstybės saugumą ir viešąją tvarką; vykdo įstatymus ir Seimo nutarimus dėl įstatymų įgyvendinimo, taip pat Respublikos Prezidento dekretus; koordinuoja ministerijų ir kitų Vyriausybės įstaigų veiklą; rengia valstybės biudžeto projektą ir teikia jį Seimui; vykdo valstybės biudžetą, teikia Seimui biudžeto įvykdymo apyskaitą; rengia ir teikia Seimui svarstyti įstatymų projektus; užmezga diplomatinius santykius ir palaiko ryšius su užsienio valstybėmis ir tarptautinėmis organizacijomis; vykdo kitas pareigas, kurias Vyriausybei paveda Konstitucija ir kiti įstatymai), kiekviename jų galime rasti tarptautinių aspektų.

Galima ginčytis dėl Vyriausybės veiklos šioje srityje tikrosios reikšmės. Kai kurie autoriai, pabrėždami Respublikos Prezidento pirmenybę užsienio politikoje (remdamiesi Konstitucijos 84 str. 1 p.), teigia: „Vyriausybei pagal Konstituciją projektuojamas vaidmuo vykdyti užsienio politiką tiesiogiai priklauso nuo to, kiek aktyviai užsienio

politiką vykdys Respublikos Prezidentas, ir kiek jis pageidaus remtis Vyriausybe“ [8]. Manyčiau, jog žymiai svarbesnis dalykas yra ne tai, kam tenka didesnis arba mažesnis vaidmuo, bet šių institucijų darni saveika įgyvendinant konstitucines funkcijas.

Atrodytų, kad teismų įgaliojimai nesusiję su valstybės dalyvavimu tarptautiniuose santykiuose. Ne visai. Antai Konstitucinis Teismas – oficialios konstitucinės doktrinos formuotojas – yra konstitucinių nuostatų dėl valstybės dalyvavimo išorės santykiuose oficialus interpretatorius. Tai jis daro tirdamas įvairių teisės aktų konstitucingumą. Konstitucinis Teismas turi įgaliojimus tikrinti ir Lietuvos Respublikos tarptautinių sutarčių konstitucingumą. Konstitucijos 105 str. 2 d. 5 p. numatyta, kad Konstitucinis Teimas teikia išvadą, ar Lietuvos Respublikos tarptautinės sutartys neprieštarauja Konstitucijai. Pagal Konstitucijos 106 str. prašyti Konstitucinio Teismo išvados dėl tarptautinių sutarčių konstitucingumo gali Seimas ir Respublikos Prezidentas. Pagal Konstituciją išvada dėl tarptautinių sutarčių konstitucingumo teikiama tiek vykdant išankstinę (prevencinę), tiek vėlesnę (represyviąją) konstitucinę kontrolę. Konstitucinis Teismas vertina šias sutartis pagal jų turinį bei pagal nustatytų procedūrų laikymąsi.

Ordinariniams teismams, vykdantiems teisingumą, taip pat tenka spręsti tarptautinės arba supranacionalinės teisės normų taikymo problemas.

V. Nacionalinės ir tarptautinės teisės santykis Konstitucijoje

Iki XX a. vidurio konstitucijos tiesiogiai neapibrėždavo nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio. Vėliau jose atsirado nuostatos apie tarptautinės teisės normų vietą ir galią. Antai Vokietijos 1949 m. Pagrindinio Įstatymo 25 str., pavadintame „Tarptautinės teisės viršenybė“, numatyta, kad bendrosios tarptautinės teisės taisyklės yra sudėtinė federalinės teisės dalis, kad jos turi viršenybę prieš įstatymus ir federacijos gyventojams tiesiogiai sukuria teises ir pareigas. Tokios nuostatos – tiek tarptautinio reguliavimo svarbos pripažinimas, tiek ir konstitucinės ekspansijos valstybei įsiliejant į tarptautinę erdvę išraiška.

Naujųjų Vidurio ir Rytų Europos konstitucijų tyrėjai pažymi jų atvirumą tarptautinei ir „supranacionalinei" teisei [9]. Ši savybė būdinga ir 1992 m. Lietuvos Respublikos Konstitucijai. Tarptautinės teisės normoms taikyti reikšmingos konstitucinės nuostatos, kad Lietuvos Respublika, įgyvendindama užsienio politiką, vadovaujasi visuotinai pripažintais tarptautinės teisės principais ir normomis (135 str. 1 d), kad tarptautinės sutartys, kurias ratifikavo Seimas, yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis (138 str. 3 d.). Konstitucijoje tarptautinės teisės aktų galia (Europos teisės taikymą apibrėžiantis konstitucinis aktas priimtas tik 2004 m.) tiesiogiai neminima. Tokiu atveju atsakymas buvo Konstitucinio Teismo, oficialaus Konstitucijos aiškintojo, rankose. Keliose konstitucinės justiticijos bylose randame svarbių jurisprudencinių teiginių tarptautinės teisės normoms taikyti Lietuvoje.

Savo veiklos pradžioje Konstitucinis Teismas (1995 m. sausio 24 d. išvada), vertindamas Europos žmogaus teisių konvencijos nuostatų konstitucingumą, suformulavo dvi svarbias doktrinines nuostatas [10]:

1) Lietuvos Respublikos teisinė sistema grindžiama tuo, kad Konstitucijai neturi prieštarauti joks įstatymas arba kitas teisės aktas, taip pat ir jos tarptautinės sutartys (nagrinėtos bylos atveju – minėta Europos žmogaus teisių konvencija);
2) ratifikuota ir įsigaliojusi tarptautinė sutartis yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis ir yra taikoma kaip ir Lietuvos Respublikos įstatymai; tokios sutarties nuostatos Lietuvos Respublikos teisės šaltinių sistemoje atitinka įstatymų lygmenį.

Kiek vėliau, Konstitucinio Teismo 1995 m. spalio 17 d. nutarime [11], pakartota, kad Lietuvos Respublikos teisinė sistema grindžiama tuo, kad Konstitucijai neturi prieštarauti joks įstatymas arba kitas teisės aktas, taip pat ir Lietuvos Respublikos tarptautinės sutartys. Pakartota, kad ratifikuotoms tarptautinėms sutartims pripažįstama įstatymo galia. Teismas pažymėjo, kad tai reiškia, jog Lietuvos Respublikoje kuriamas teisinis mechanizmas, kurį pasitelkus Lietuvos Respublikos vidaus teisėje įgyvendinami jos tarptautiniai įsipareigojimai. Konstitucinio Teismo nutarime pažymėta, kad principas *pacta sunt servanda* nereiškia, kad skirtingos valstybės negali pasirinkti skirtingų tarptau-

tinės teisės normų įgyvendinimo savo vidaus teisinėje sistemoje būdų ir formų. Tai yra kiekvienos valstybės suvereni teisė. Todėl valstybių teisinėse sistemose taikomi įvairūs tarptautinės teisės normų įgyvendinimo vidaus teisėje būdai ir formos. Teismo nuomone, apskritai tarptautinės teisės ir konkrečiai tarptautinių sutarčių galiojimas valstybės teisinėje sistemoje visada priklauso nuo vidaus teisės.

Šiame nutarime konstatuota, kad po Konstitucijos įsigaliojimo sudarytų ir įsigaliojusių, bet neratifikuotų Lietuvos Respublikos tarptautinių sutarčių teisinė galia nelieka neapibrėžta, kaip teigiama Vyriausybės prašyme. Jos turi kiekvienam teisės aktui būdingą teisinių santykių subjektams privalomą galią. Tačiau jų juridinė galia nuo ratifikuotų sutarčių skiriasi tuo, kad jos neturi prieštarauti ne tik Konstitucijai, bet ir įstatymams.

Konstitucinė išorės santykių doktrina plėtota Konstitucinio Teismo 1998 m. gruodžio 9 d. nutarime, kuriame pažymėta, kad Lietuvos valstybė, pripažindama tarptautinės teisės principus ir normas, šalies gyventojams negali taikyti iš esmės kitokių standartų. Save laikydama lygiateise tarptautinės bendrijos nare, ji savo valia priima ir pripažįsta šiuos principus bei normas, jos papročius, dėsningai integruojasi į pasaulio kultūrą ir tampa natūralia jos dalimi [12].

2002 m. balandžio 25 d., 2004 m. balandžio 7 d. sprendimuose Konstitucinis Teismas vėl konstatavo, kad Seimo ratifikuotos tarptautinės sutartys įgyja įstatymo galią. Konstitucinėje jurisprudencijoje buvo akcentuojama tarptautinių sutarčių įstatyminė galia. O kaip su sutarčių laikymusi, ar galima priimtu įstatymu paneigti tarptautines sutartis?

Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarime konstatuota, kad doktrininė nuostata „Seimo ratifikuotos tarptautinės sutartys įgyja įstatymo galią“ negali būti aiškinama „kaip reiškianti, esą Lietuvos Respublika gali nesilaikyti savo tarptautinių sutarčių, jeigu jos įstatymuose ar konstituciniuose įstatymuose yra nustatytas kitoks teisinis reguliavimas negu nustatytasis tarptautinėmis sutartimis. Priešingai, Konstitucijoje įtvirtintas principas, kad Lietuvos Respublika laikosi sava valia prisiimtų tarptautinių įsipareigojimų, gerbia visuotinai pripažintus tarptautinės teisės principus, suponuoja tai, kad tais atvejais, kai nacionaliniuose teisės aktuose (inter alia įstatymuose ar konstituciniuose įstatymuose) nustatomas toks teisinis reguliavimas, kuris

konkuruoja su nustatytuoju tarptautinėje sutartyje, turi būti taikoma tarptautinė sutartis“ [13]. Taigi tarptautinės teisės principas *pacta sunt servanda* yra konstitucinis principas, įpareigojantis Lietuvą laikytis savo valia prisiimtų tarptautinių įsipareigojimų. Toks yra konstitucinis teisės taikymo, kilus kolizijai, klausimo sprendimas.

VI. Keli Lietuvos narystės Europos Sąjungoje konstituciniai aspektai

Lietuvai rengiantis narystei Europos Sąjungoje vyko diskusijos: būtinos ar nebūtinos Konstitucijos pataisos, kad Lietuva, remdamasi Konstitucija, galėtų dalyvauti ES veikloje. Vienų manymu, konstitucinį tekstą keisti nebuvo būtina, kiti pasisakė už aiškiai apibrėžtus Lietuvos dalyvavimo Europos Sąjungoje konstitucinius pagrindus. Pasirinktas sprendimas – Lietuvos Respublikos Konstitucija 2004 m. papildyta konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“, kuris yra sudedamoji Konstitucijos dalis. Beje, iki šio akto priėmimo eurointegraciniais sumetimais buvo pakeistos kai kurios Konstitucijos 47 ir 119 str. nuostatos, o 2006 m. koreguotas Konstitucijos 125 str.

Lietuvos Respublikos konstituciniame akte „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ (kuris, kaip minėta, yra sudedamoji Konstitucijos dalis) nustatyta, kad Lietuvos Respublika, būdama Europos Sąjungos valstybe nare, dalijasi arba patiki Europos Sąjungai valstybės institucijų kompetenciją sutartyse, kuriomis yra grindžiama Europos Sąjunga, numatytose srityse ir tiek, kad kartu su kitomis Europos Sąjungos valstybėmis narėmis bendrai vykdytų narystės įsipareigojimus šiose srityse, taip pat naudotųsi narystės teisėmis.

Šiame akte įtvirtinta, kad Europos Sąjungos teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis. Jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, Europos Sąjungos teisės normos taikomos tiesiogiai, o teisės normų kolizijos atveju jos turi viršenybę prieš Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus.

Pagal minėtą konstitucinį aktą Vyriausybė informuoja Seimą apie pasiūlymus priimti Europos Sąjungos teisės aktus. Dėl pasiūlymų priimti Europos Sąjungos teisės aktus, reglamentuojančius sritis, kurios

pagal Lietuvos Respublikos Konstituciją susijusios su Seimo kompetencija, Vyriausybė konsultuojasi su Seimu. Seimas gali rekomenduoti Vyriausybei Lietuvos Respublikos nuostatą dėl šių pasiūlymų. Seimo Europos reikalų komitetas ir Užsienio reikalų komitetas Seimo statuto nustatyta tvarka Vyriausybei gali pateikti Seimo nuomonę dėl pasiūlymų priimti Europos Sąjungos teisės aktus. Vyriausybė įvertina Seimo arba jo komitetų teikiamas rekomendacijas arba nuomones ir informuoja Seimą apie jų vykdymą teisės aktuose nustatyta tvarka. Vyriausybė pasiūlymus priimti Europos Sąjungos teisės aktus nagrinėja teisės aktuose nustatyta tvarka. Dėl šių pasiūlymų Vyriausybė gali priimti sprendimus arba rezoliucijas, kurioms priimti netaikomos Konstitucijos 95 straipsnio nuostatos.

Šiuo reguliavimu apibrėžiamos konstitucinės integracijos ribos. Konstitucinis Teismas konstatavo, kad Lietuvos Respublikos konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ (kuris yra Konstitucijos sudedamoji dalis) 2 dalies nuostatose „Europos Sąjungos teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis“ ir „jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, Europos Sąjungos teisės normos taikomos tiesiogiai, o teisės normų kolizijos atveju jos turi viršenybę prieš Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus“ yra *expressis verbis* nustatyta kolizijos taisyklė, įtvirtinanti Europos Sąjungos teisės aktų taikymo pirmenybę tais atvejais, kai Europos Sąjungos teisės nuostatos, kylančios iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, konkuruoja su teisiniu reguliavimu, nustatytu Lietuvos nacionaliniuose teisės aktuose (nesvarbu, kokia jų teisinė galia), išskyrus pačią Konstituciją, kad Konstitucijoje taip pat yra įtvirtintas principas, kad tais atvejais, kai nacionalinis teisės aktas (aišku, išskyrus pačią Konstituciją) nustato tokį teisinį reguliavimą, kuris konkuruoja su nustatytu tarptautinėje sutartyje, turi būti taikoma tarptautinė sutartis [14].

Konstitucijoje yra įtvirtinta Europos teisės taikymo pirmenybė prieš nacionalinius teisės aktus, tačiau tai ne teisės aktų teisinės galios, bet teisės taikymo klausimas, t. y. kad kilusi kolizija negali būti laikoma kliūtimi taikyti Europos Sąjungos teisę. Ši kolizijos taisyklė netaikoma paaiškėjus Europos Sąjungos teisės ir Lietuvos Konstitucijos konkurencijai, t. y. Konstitucija visados yra aukščiausioji šalies teisė ir jai jokia teisė negali prieštarauti. Šiuo atveju svarbu prisiminti ir tai,

kad konstitucinis aktas neatsiejamas nuo oficialios konstitucinės doktrinos. Visi „teisę kuriantys ir taikantys subjektai, įskaitant ir teismus, taikydami Konstituciją privalo paisyti oficialios konstitucinės doktrinos, jie negali aiškinti Konstitucijos nuostatų kitaip, nei savo aktuose yra išaiškinęs Konstitucinis Teismas; priešingu atveju būtų pažeistas konstitucinis principas, kad įgaliojimus oficialiai aiškinti Konstituciją turi tik Konstitucinis Teismas, būtų nepaisoma Konstitucijos viršenybės, būtų sudarytos prielaidos nesuderinamumams teisės sistemoje atsirasti“ [15].

Konstitucinis Teismas savo nutarimuose ne kartą yra konstatavęs, kad Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija, kaip teisės aiškinimo šaltinis, yra svarbi ir Lietuvos teisei aiškinti bei taikyti. Konstitucinio Teismo nuomone, tai pasakytina ir apie Europos Bendrijų Teisingumo Teismo ir Europos Bendrijų Pirmosios instancijos teismo jurisprudenciją.

Pagal oficialią konstitucinę doktriną Lietuvos narystė Europos Sąjungoje pirmiausia yra grindžiama Konstitucija. Ši narystė nereiškia, kad Konstitucijos viršenybės principas nėra paneigtas. Tiesa, jūs galite priminti: Europos Sąjungos teisės viršenybės principas nustato pareigą nacionaliniams teismams netaikyti Europos Sąjungos teisei prieštaraujančios vidaus teisės. Ką daryti, jei Europos Sąjungos teisė prieštaraus Konstitucijai?

Atsakymus, jei pripažįstame, kad šalies aukščiausioji teisė yra Konstitucija, rasime tik joje. Konstitucijos 7 str. 1 d. nustatyta, kad negalioja joks įstatymas arba kitas aktas, priešingas Konstitucijai. Konstitucijos – pirminės teisės – viršenybė yra tarsi teisinis absoliutas, reiškiantis, jog šalyje negali veikti normos, priešingos Konstitucijai. Kitaip Konstitucija, kaip pirminė teisė, kaip tautai priklausančios steigiamosios galios išraiška ir susitarimas dėl svarbiausių valstybiškai organizuotos bendruomenės gyvenimo taisyklių, netektų prasmės. Ir bet kokios teorijos, kad neva ir tokiu atveju Konstitucija išlieka aukščiausiąja teise, tik susaistyta konteksto, yra gudravimas arba politinės konjunktūros nulemti išvedžiojimai.

Ar Konstitucijos, kaip aukščiausiosios teisės, normos ir principai neteks galios, jei paaiškės, kad joje ir Europos Sąjungos teisėje tie patys dalykai nustatyti nevienodai? Ar tokiu atveju konstitucinės nuostatos

taps neprivalomos Lietuvos valstybės valdžios institucijoms, organizacijoms, Lietuvos teismams, piliečiams?

Visiškai ne. Konstituciniai imperatyvai saistė, saisto ir toliau saistys visus subjektus Lietuvoje. Joks teismas arba institucija negali anuliuoti, paskelbti negaliojančia arba netaikoma Lietuvos Respublikos Konstituciją (arba jos dalį). Tik subjektas, kuriam priklauso teisė įgyvendinti steigiamąją valdžią (tiksliau, steigiamąją valdžią konstitucijos pataisoms), gali nuspręsti, keisti arba nekeisti Konstitucijos nuostatas, kurios prieštarauja Europos Sąjungos teisei. Taigi tik Tauta arba Seimas, laikydamasis Konstitucijoje nustatytų taisyklių, gali daryti Konstitucijos pataisas. Kol šių pataisų nėra – jokia Europos Sąjungos teisė (nesvarbu – pirminė ar antrinė) negali būti dingstis Lietuvos Respublikos institucijoms ir pareigūnams nesilaikyti Lietuvos Konstitucijos.

„Lietuvos valstybę kuria Tauta. Suverenitetas priklauso Tautai". Tai – Konstitucijos 2 str. nuostatos. Šios nuostatos reiškia, kad tik Tauta gali nustatyti svarbiausias valstybinio gyvenimo taisykles, kad tik Tauta – pirminės steigiamosios valdžios subjektas. Būtent steigiamosios valdžios įgyvendinimas kaip tik ir išreiškia suvereniteto (anot G. Jellineko, – teisės pačiam nustatyti savo kompetenciją) esmę. Tuo tarpu Europos Sąjunga sukurta valstybių, o ne savo valia, ji pati neturi teisės nusistatyti savo kompetencijos. Ji neturi teisės ir riboti ją sudarančių valstybių narių valdžios galias. Jos institucijos gali veikti tik sutarčių, kurias sudarė valstybės narės, ribose.

Todėl reikia kalbėti ne apie Europos Sąjungos teisės viršenybę nacionalinės teisės atžvilgiu. Galima kalbėti tik apie Europos Sąjungos pirminės teisės viršenybę Europos Sąjungos teisės sistemoje.

Prisiimtų įsipareigojimų laikymasis visiškai nereiškia, kad tie įsipareigojimai virsta aukštesne teise, kuri pajungia nacionalinę teisę. Kiekviena šalis sudarė ir ratifikavo susitarimus vadovaudamasi savo konstitucija. Preziumuojama, kad tiek valstybės arba vyriausybės vadovas, pasirašydamas sutartis, tiek parlamentas, ją ratifikuodamas, laikėsi Konstitucijos. Taigi šalis prisiėmė pareigą laikytis sudarytos sutarties. Tai ji padarė pagal savo konstituciją. Todėl prisiimtų įsipareigojimų vykdymas išplaukia ne tik iš tarptautinės sutarties, bet ir iš konstitucijos. Valstybė, kol yra sutarties šalis, privalo laikytis prisiimtų pareigų. Kitaip valstybių susitarimas būtų beprasmis. Sutarties nesilaikymo valstybė negali grįsti nacionaline teise.

Paaiškėjus, kad tarptautinė sutartis prieštarauja konstitucijai (pvz., kai tai nustato konstitucinės kontrolės institucija), atsakymus, kaip veikti, rasime konstitucijoje. Pasirinkimo galimybės yra trys:

a) pakeisti sutartį (šalies laukia sunkios, neretai ir neperspektyvios derybos);
b) pasitraukti iš sutarties (tai gali pakenkti nacionaliniams interesams);
c) pakeisti konstituciją (tokiu atveju sprendimas tik steigiamosios valdžios subjekto rankose), kad šalis toliau galėtų veikti kartu su kitomis valstybėmis.

Kitokių veikimo būdų, jeigu konstitucija yra iš tikrųjų aukščiausioji šalies teisė, nėra. Konstitucinės ir tarptautinės teisės (Europos Sąjungos teisė iš esmės tik tarptautinės teisės savitas porūšis) sąveikai suprasti svarbiausias dalykas – skirti pirminius ir išvestinius dalykus. Pirminės teisės kūrimo subjektas – pilietinė tauta, kuri, įgyvendindama steigiamąją valdžią, priima konstituciją. Tolesnis teisės kūrimas vyksta remiantis konstitucija. Taip pat ir šalies dalyvavimas tarptautiniuose santykiuose susaistytas konstitucijos. Primenu, jog preziumuojama, kad kiekvienos valstybės institucijos tarptautiniuose santykiuose priimti sprendimai ir susitarimai pagrįsti jos konstituciniais įgaliojimais.

Be jokios abejonės, europinis kontekstas darė, daro ir darys įtaką konstitucinio teksto interpretavimui. Ne vienos šalies konstitucionalistai kalba apie konstitucinę interpretaciją atsižvelgiant į europinį kontekstą. Tokio darnaus interpretavimo galimybės didelės. Jos glūdi pačioje Konstitucijoje. Eurointegracija yra Lietuvos konstitucinis siekis. Lietuvos Respublikos Konstitucija ir Europos Sąjungos teisė grindžiama bendromis vertybėmis. Todėl konflikto galimybė – daugiau teorinė. Tiksliau, tik esant akivaizdžiausiam prieštaravimui tarp teisinių tekstų gali būti keliamas toks klausimas.

Konstituciniame akte minimas ir Lietuvos valstybės institucijų kompetencijos Europos Sąjungos institucijoms patikėjimo ir dalijimosi klausimas. Kyla šių nuostatų taikymo problema: kiek ir kokią kompetenciją galima patikėti, kad nekiltų klausimas dėl valstybės suverenumo?

Konstitucija – vientisas aktas, atskirų jos nuostatų negalima aiškinti skyrium. Todėl aiškinant konstitucinio akto 1 str. nuostatą dėl

valstybės institucijų kompetencijos dalijimosi arba patikėjimo Europos Sąjungai būtina atsižvelgti į visą konstitucinio reguliavimo sistemą, nepaneigti kitų konstitucinių nuostatų. Oficialios šio klausimo konstitucinės doktrinos kol kas neturime. Todėl galima daryti tik prielaidas, kad Konstitucinis Teismas turėtų pabrėžti šias konstituciniame akte tiesiogiai fiksuotas aplinkybes:

- galima dalintis arba patikėti Europos Sąjungai tik valstybės institucijų kompetenciją, bet ne valstybės valdžią;
- toks dalijimasis arba valstybės institucijų kompetencijos patikėjimas galimas tik Lietuvai būnant Europos Sąjungos nare;
- valstybės institucijų kompetenciją galima tik dalintis arba patikėti tik narystės metu, bet ne jos atsisakyti, ją perduoti arba perleisti visam laikui;
- galima dalintis arba patikėti Europos Sąjungai valstybės institucijų kompetenciją tik srityse, numatytose sutartyse, kuriomis yra grindžiama Europos Sąjunga;
- dalintis ir patikėti ES valstybės institucijų kompetenciją tik tiek, kad kartu su kitomis ES valstybėmis bendrai vykdytų narystės įsipareigojimus ir naudotųsi narystės teisėmis.

Kadangi į Konstituciją žvelgiama kaip į vientisą sistemą, galima neabejoti, kad ne tik šios taisyklės riboja valstybės institucijų kompetencijos dalijimąsi arba patikėjimą. Būtina atsižvelgti ir į tai, kad dalijantis ir patikint valstybės institucijų kompetenciją nebūtų perduota kompetencija tose srityse ir tokia apimtimi, kad kiltų pagrįsta abejonė, ar Lietuva apskritai yra nepriklausoma ir demokratinė, teisinė valstybė, užtikrinanti konstitucines piliečių teises ir laisves. Pagal Konstituciją negali būti patikėta ir visa kurios nors valstybės institucijos konstitucinė kompetencija, taip pat negalima patikėti Europos Sąjungai vykdyti tas konstitucines funkcijas (arba tą funkcijos dalį), dėl kurios iš esmės pasikeistų valstybės institucijos Konstitucijoje nustatytos veiklos esmė arba būtų iškreiptas konstitucinis valdžių pusiausvyros modelis.

Konstitucijoje nerasime Europos Sąjungos, kaip supranacionalinės organizacijos, įvardijimo. „Supranacionalinė organizacija“ – mokslinėje doktrinoje vartojama sąvoka. Konstitucijoje minimos „tarptautinės organizacijos“ (pvz., 84 str. 3 p., 94 str. 6 p., 135 str), „užsienio valstybės“ (84 str. 3 p., 94 str. 6p., 138 str.), valstybių sąjungos ir san-

draugos (konstitucinis aktas „Dėl Lietuvos Respublikos nesijungimo į postsovietines Rytų sąjungas“; beje, šiame akte dar minimos ir gynybinės, ekonominės, finansinės ir kitokios valstybių sąjungos, sandraugos, erdvės). Konstituciniu požiūriu Europos Sąjungą labiau tiktų vadinti ne „supranacionaline“, bet „Europos valstybes jungiančia tarptautine organizacija“. Ji atsirado iš tarptautinių sutarčių, primtų laikantis tarptautinės sutarties priėmimo taisyklių, ratifikuotų visų valstybių narių. Ir keičiamos jos pagal tas pačias tarptautinės sutarties keitimo taisykles. Lietuva, tiek pasirašydama stojimo sutartį, tiek ją ratifikuodama, laikėsi Lietuvos Respublikos Konstitucijos.

Beje, visos aptartos konstitucinės nuostatos reiškia ir tai, kad didėja Konstitucijai tenkančių funkcijų. Galėtume teigti, kad Konstitucija yra ir valstybės adaptavimosi besikeičiančiomis sąlygomis priemonė (t. y. pati valstybinė bendruomenė savo valia pripažįsta tarptautinio bendravimo taisykles ir jas įtvirtina Konstitucijoje), kad šalyje veikiant kelioms teisės sistemoms (nacionalinei, supranacionalinei, tarptautinei) jų sąveiką ir kolizijų sprendimą šalyje lems tik Konstitucija, kad Konstitucija apibrėžia nacionalines konstitucines vertybes, kurių negalima pažeisti nei šalies viduje, nei santykiuose su užsieniu.

VII. Konstitucijos ir Europos Sąjungos teisės sąveika konstitucinėje jurisprudencijoje

Nereikia manyti, kad konstitucinės kontrolės institucijoms konstitucijos ir Europos Sąjungos teisės sąveika yra visiškai naujas dalykas. Antai panašios problemos kilo konstituciniams teismams susidūrus su Europos žmogaus teisių konvencija ir Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika. Konstituciniai teismai, nagrinėdami bylas, susijusias su konstitucinėmis teisėmis, suformulavo atsižvelgimo į EŽTK ir EŽTT praktiką doktrinas. Atsižvelgimas į Europos Sąjungos teisę būtų tik naujas šios doktrinos aspektas (suvokiant Europos Sąjungos teisės poveikio ypatumus).

Konstitucinio Teismo paskirtis – garantuoti Konstitucijos viršenybę teisės sistemoje ir konstitucinį teisėtumą. Konstitucinis Teismas tai daro nagrinėdamas konstitucinės justicijos bylas. Šitaip yra įtvirtintas Konstitucinio Teismo, kaip savarankiško ir nepriklausomo teismo, statusas [16]. Pagal Konstitucijos 107 str. 1 d. įstatymas (arba jo dalis)

negali būti taikomas nuo tos dienos, kai oficialiai paskelbiamas Konstitucinio Teismo sprendimas, kad šis įstatymas (arba jo dalis) prieštarauja Konstitucijai. Taigi atitinkamas Konstitucinio Teismo sprendimas turi *erga omnes* poveikį visai tirto įstatymo (jo dalies) taikymo praktikai. Konstitucinio Teismo sprendimai klausimais, kuriuos Konstitucija priskiria jo kompetencijai, yra galutiniai ir neskundžiami (Konstitucijos 107 str. 2 d.).

Konstitucinis Teismas – oficialusis Konstitucijos aiškintojas. Pirminę Europos Sąjungos teisę aiškina Europos Bendrijų Teisingumo Teismas. Būtent šių teismų nuostatos ir turėtų lemti konstitucinės ir Europos Sąjungos teisės sistemų santykių tipą. Labai svarbu, kad ir Europos Bendrijų Teisingumo Teismas, aiškindamas Europos Sąjungos teisę, ir Konstitucinis Teismas, aiškindamas Konstituciją, gerbtų vienas kito jurisdikciją. Kitaip sakant, Konstitucinis Teismas suvoktų europinį kontekstą, o Teisingumo Teismas – gerbtų nacionalines teisės sistemas, grindžiamas Konstitucija. Taip būtų įgyvendintas vadinamasis „abipusio draugiškumo" principas. „Bet, kaip žinoma, kai kurios valstybės buvo susidūrusios su Europos Sąjungos teisės ir nacionalinės konstitucijos konkurencijos problema, kuri nelengvai sprendžiama, nes abi šalys turi ne tik rasti sugyvenimo algoritmą, bet ir „neprarasti veido". Tokie atvejai – jau ne nacionalinių konstitucinių teismų, bet visų pirma politinė problema: ar valstybė yra pasirengusi savo konstitucinį išskirtinumą pritaikyti taip, kad tai atlieptų jos integracines aspiracijas?" [17].

Tikėtinas šių teismų draugiškas dialogas. Jo tikimybę rodo ir Konstitucinio Teismo kreipimasis [18] į Europos Bendrijų Teisingumo Teismą dėl prejudicinio sprendimo. Teismui prireikė išsiaiškinti Bendrijų direktyvos turinį, siekiant suprasti nacionaliniame įstatyme įtvirtintą reguliavimą. Minėta, kad Europos Sąjungos teisę aiškina Teisingumo Teismas, kaip kad nacionalinę konstituciją – Konstitucinis Teismas. Taigi šioje byloje konstitucingumo klausimą spręs tik Konstitucinis Teismas. Pagal Europos Bendrijos steigimo sutarties 220 str. Europos Bendrijų Teisingumo Teismas užtikrina, kad aiškinant šią Sutartį būtų laikomasi teisės, o pagal Europos Bendrijos steigimo sutarties 234 str. Europos Bendrijų Teisingumo Teismas turi jurisdikciją priimti prejudicinį sprendimą dėl Bendrijos institucijų teisės aktų aiškinimo.

Kartais teigiama apie Europos Sąjungos teisės, ypač antrinės, galimą įsibrovimą į nacionalinę teisę. Kaip apsisaugoti nuo tokios ekspansijos? Koks Konstitucinio Teismo vaidmuo?

Pirmiausia pažymėtina, kad Konstitucinis Teismas teikia išvadas dėl tarptautinių sutarčių konstitucingumo. Taigi pirminės Europos Sąjungos teisės konstitucingumas gali būti patikrintas. Teigiama, kad antrinės teisės konstitucingumo patikros galimybės kuklios, tačiau ir šiuo atveju Konstitucinis Teismas gali apsaugoti šalies konstitucinę tvarką. Pirmiausia jis gali tikrinti remiantis ES teise priimtų įstatymų ir kitų nacionalinių aktų konstitucingumą. Antra, tais atvejais, kai tiesiogiai taikoma antrinė teisė pažeidžia Konstituciją, subjektas, turintis teisę kreiptis į Konstitucinį Teismą, gali kelti klausimą dėl konkrečios pirminės teisės nuostatos, kurios pagrindu atsirado „antikonstitucinė" antrinės teisės norma, konstitucingumo. Pasisakydamas dėl tikrinamos pirminės teisės nuostatos konstitucingumo, Konstitucinis Teismas galėtų netiesiogiai pasisakyti ir dėl iš šios pirminės teisės išvestos antrinės teisės konstitucingumo. Tiesa, toliau Lietuvai jau tektų veikti naudojantis esamais europiniais derinimo mechanizmais.

Kryptingą nacionalinės ir supranacionalinės teisinių sistemų poveikį gali laiduoti tik nacionalinės teisės, grindžiamos Konstitucija, ir Europos Sąjungos teisės darnus taikymas. Lietuva, tik XX a. gale įsitraukusi į integracinius procesus, turi mokytis naudotis turimais teisiniais mechanizmais. Lietuvai keliamas teisinis imperatyvas „užtikrinti, kad ES teisės aktų reikalavimai būtų visiškai įgyvendinti" [19] yra svarbus, bet reikia nepamiršti, kad tik užtikrinant Konstitucijos viršenybę ir tik nuosekliai jos laikantis galima sėkmingai įgyvendinti Europos Sąjungos teisę.

Darną galima pasiekti tik jei šalis iš tikrųjų yra integracijos kūrėja, o ne vien priimtų sprendimų taikytoja.

VIII. Išvados

Manau, kad keletą išvadų galima formuluoti jau dabar.

Pirmoji susijusi su požiūriu į nacionalinę teisę. Jos raidai suprasti būtina nagrinėti abi dominuojančias jos raidos tendencijas: nacionalinės teisės konstitucionalizaciją ir europinio teisinio konteksto povei-

kio reikšmę. Suvokiant Lietuvą kaip valstybiškai organizuotą visuomenę, negalima pamiršti vieno dalyko – visais atvejais svarbiausius sprendimus priima tik ji pati. Ir pirmiausia ji vadovaujasi savo Konstitucija – tautos aprobuota pirmine teise.

Antroji – Konstitucijoje nustatyti valstybės dalyvavimo tarptautiniuose santykiuose pagrindai, konstitucinės vertybės, kurias Lietuvos valstybės institucijos turi ginti išorės santykiuose. Joje įtvirtinti ir Lietuvos narystės Europos Sąjungoje konstituciniai pagrindai.

Trečioji – Konstitucijos viršenybės principas ir buvo, ir lieka nepaneigtas, Lietuva dalyvauja Europos integracijos procesuose tik remdamasi Konstitucija. Konstitucija buvo ir liko pirminė aukščiausioji šalies teisė, apie kurią formuojasi įstatymų, o už jų – įstatymus pagrindžiančio teisinio reguliavimo koncentrai. Kiekvienam teisės klodui tenka atskiras vaidmuo, savita prasmė visuomenės gyvenime. Europos Sąjungos teisės sistemos prasmė – ne paneigti, o padėti nacionalinei teisei, ją papildyti.

Ketvirtoji – tai, kad aiškinant Konstituciją reikia atsižvelgti į tarptautinį arba supranacionalinį teisinį kontekstą, – visai ne naujovė. Tuo labiau, kad Lietuvos Konstitucinis Teismas turi tam tikrą patirtį. Tačiau toks atsižvelgimas nereiškia, kad pirminį teisinį tekstą „prarijo“ kontekstas ir kad jis prarado prasmę. Kadangi Konstitucija ir ES teisė grindžiama bendromis vertybėmis, yra visos prielaidos suderinti nacionalinę ir europinę teisę. Tik darnus nacionalinės teisės, grindžiamos Konstitucija, ir Europos Sąjungos teisės taikymas gali užtikrinti sėkmingą Europos šalių vienijimosi raidą [20].

Pastabos ir nuorodos

1. Favoreu L. La constitutionnalisation du droit / La constitutionnalisation des branches du droit (sous la direction de B. Matieu et M. Verpeaux). – Paris: Economica, 1998, p. 195.
2. Sólyom L., Brunner G. Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000, p. 219.
3. Oberdorff H. L'Union européenne. – Paris: Armand Colin, 2004, p. 10.
4. Gicquel J., Gicquel J.-E. Droit constitutionnel et institutions politiques, 21e édition. – Paris: Montchrestien, 2007, p. 170.

5. Jarašiūnas E. Konstitucija, Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas ir teisės konstitucionalizacija / Konstitucingumas ir pilietinė visuomenė. – Vilnius: LTU, 2003, p. 150.
6. Kūris E. Konstitucinė justicija Lietuvoje: pirmasis dešimtmetis / Konstitucinis teisingumas ir teisės viešpatavimas. – Vilnius: Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas, 2002, p. 26.
7. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto statybų privačioje žemėje reglamento nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės reformos įstatymo nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo (1996 m. birželio 20 d. redakcija) nuostatoms, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto statybų privačioje žemėje reglamento 2 punkto atitikties Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo nuostatoms // Valstybės žinios, 2006, Nr. 30-1050.
8. Vinkleris P. Respublikos Prezidento statusas ir įgaliojimai. – Vilnius: TIC, 2002, p. 186.
9. Apie tai žr: Sokolewicz W. The New Role of the Constitution in the Post-socialist States of Central and Southeast Europe / Ten Years of the Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe (edited by K. Działocha, R. Mojak, K. Wójtowicz). – Lublin: Wydawnictwo „Morpol“, 2001, p. 25–30.
10. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1995 m. sausio 24 d. išvada „Dėl Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 4, 5, 9, 14 straipsnių ir jos ketvirtojo protokolo 2 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ // Valstybės žinios, 1995, Nr. 9-199.
11. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1995 m. spalio 17 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl Lietuvos Respublikos tarptautinių sutarčių“ 7 straipsnio ketvirtosios dalies ir 12 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ // Valstybės žinios, 1995, Nr. 86-1949.

12. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1998 m. gruodžio 9 d. nutarimas „Dėl Baudžiamojo kodekso 105 straipsnio sankcijoje numatytos mirties bausmės“ // Valstybės žinios, 1998, Nr. 109-3004.
13. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto statybų privačioje žemėje reglamento nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės reformos įstatymo nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo (1996 m. birželio 20 d. redakcija) nuostatoms, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto statybų privačioje žemėje reglamento 2 punkto atitikties Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo nuostatoms“ // Valstybės žinios, 2006, Nr. 30-1050.
14. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. gruodžio 21 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Lietuvos nacionalinio radijo ir televizijos įstatymo 5 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 5 dalies, 6 straipsnio 1, 3, 4 dalių (2000 m. birželio 29 d. redakcija), 10 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 1 dalies, 15 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 1, 2 dalių, Lietuvos Respublikos visuomenės informavimo įstatymo 31 straipsnio (2000 m. rugpjūčio 29 d. redakcija) 4 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ // Valstybės žinios, 2006, Nr. 141-5430.
15. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 28 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo įstatymo 62 straipsnio 1 dalies 2 punkto, 69 straipsnio 4 dalies (1996 m. liepos 11 d. redakcija), Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 11 straipsnio 3 dalies (2002 m. sausio 24 d. redakcija), 96 straipsnio 2 dalies (2002 m. sausio 24 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai // Valstybės žinios, 2006, Nr. 36-1292.
16. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. birželio 6 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo įstatymo 1 straipsnio pavadinimo „Konstitucinis Teismas – teisminė institucija“ ir

šio straipsnio 3 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ // Valstybės žinios, 2006, Nr. 65-2400.
17. Entretien avec M. Egidijus Kūris // Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2007, No 23, p. 54–55.
18. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. gegužės 8 d. sprendimas „Dėl kreipimosi į Europos Bendrijų Teisingumo Teismą priimti prejudicinį sprendimą“ // Valstybės žinios, 2007, Nr. 52-2025.
19. Kriaučiūnas D. Europos Sąjungos teisės įgyvendinimas ir taikymas Lietuvoje // Politologija, 2007, Nr. 4(47), p. 159.
20. ES integracijos tyrėjai aptaria įvairius šio susivienijimo raidos scenarijus (paprastai jie grindžiami galimu vienos arba kitos tendencijos įsivyravimu, kaip kad ES institucijų stabilizacijos ar jų veiklos nuosmukio, ar net naujos politinės sąjungos kūrimo (iš čia – „helvetiškasis“, „Šventosios Imperijos“ ar „naujos politinės sąjungos“ modeliai), žr.: Zorgbibe Ch. Histoire de l'Union européenne. – Paris: Editions Albin Michel, 2005, p. 350–355.

QUELQUES CONSIDERATIONS SUR LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA PARTICIPATION DE LA LITUANIE DANS LES RELATIONS INTERNATIONALES

Egidijus Jarašiūnas

Résumé

L'auteur de cet article pose une question: peut-on parler des fondements constitutionnels de participation de la Lituanie dans les relations internationales?

Dans l'analyse des réalités juridiques du pays on souligne la domination de deux tendances. La première s'appelle la « constitutionalisation» de droit, la deuxième a le nom de « l'internationalisation» ou «européisation». Le domaine des activités extérieures de l'État lituanien se trouve dans l'espace de jonction de ces deux tendances.

La constitutionalisation de droit est liée avec la nouvelle conception de la Constitution et son rôle dans société organisée en État. La Constitution est considérée comme le droit suprême, applicable directement. L'apparition et le fonctionnement actif de la Cour constitutionnelle signifie le contrôle de constitutionnalité des lois et des autres actes juridiques. La Constitution

moderne influence toutes les sphères de la vie de la société. On peut parler des fondements constitutionnels des toutes les branches de droit (droit pénal, droit administratif, droit civil, etc.)

On reconnaît que la Constitution comme réalité normative suprême est composée du texte constitutionnel ainsi que de la jurisprudence constitutionnelle par laquelle les dispositions du texte constitutionnel sont interprétées et développées. C'est la justice constitutionnelle qui transforme les dispositions constitutionnelles en normes véritablement juridiques. La Constitution réelement applicable est toujours la «constitution jurisprudentielle».

La Constitution lituanienne établit non seulement les compétences des institutions étatiques concernant la politique étrangère, mais de même les objectifs de telle politique, la place des normes des traités internationaux dans le système de droit interne et les fondements de l'adhèsion de Lituanie à l'Union européenne. Telles dispositions sont la base de constitutionnalisation des activités extérieures de Lituanie. Certaines de ces dispositions sont expliquées par la Cour constitutionnele.

La Constitution lituanienne comme la majorité des textes constitutionnels modernes proclame expressement les principes da sa politique étrangère. Telle politique doit être basée sur dispositions suivantes: la Lituanie est une république indépendante et démocratique (art.1), l'État lituanien est fondé par la Nation et que la souveraineté appartient à la Nation (art. 2), nul ne peut pas restreindre la souveraineté de la Nation, ou s'approprier les pouvoirs souverains, qui appartient à la Nation (art.3, al.1), la Nation exerce son pouvoir souverain suprême directement ou par l'intermédiaire de ses représantants démocratiquement élus (art.4) etc.

Selon l'art. 135, al. 1 du texte constitutionnel lituanien dans la conduite de sa politique étrangère, est guidée par les principes et normes universallement reconnus du droit international, elle aspire à garantir la sécurité et l'indépendence nationale, le bien-être des citoyens ainsi que leurs droits fondamentaux et coopère à la création d'un ordre international fondé sur le droit et sur la justice. L'art. 136 prévoit que Lituanie participe aux organisations internationales à condition qu'elles ne soient contraires aux interets de l'État et à son indépendance. Le texte constitutionnel prévoit l'orientation géopolitique de l'État lituanien.

La Constitution établit les compétences des institutions étatiques dans le domaine des relations étrangères. D'abord il faut prêter l'attention aux compétences du Seimas, du Président de la République, du Gouvernement.

L'activité du Seimas dans le domaine des relations internationales est liée avec l'exercice des fonctions législative et du contrôle parlementaire. De

même la Constitution prévoit que le Seimas ratifie et denonce des traités internationaux conclus par la République de Lituanie, examine les autres questions de politique étrangère, etc.

Selon la Constitution le Président de la République est le chef de l'État. Il représente l'État lituanienet et exerce toutes les obligations qui lui sont conférées par la Constitution et par les lois. Le Président de la République règle les principales questions de politique étrangère et, de concert du Gouvernement, met en oeuvre le politique étrangère. Il signe les traités internationaux et les soumet au Seimas pour la ratification. Le texte constitutionnel lituanien prévoit des compétences considérables en matière de relations internationales pour le Président de la République.

Le Gouvernemnt administre les affaires de l'État, assure l'inviolabilité du teritoire de Lituanie, garantit la sécurité de l'État et l'ordre public. Il noue des liens diplomatiques et entretient des relations avec les États étrangers et avec les organisations internationales, de même exerce les autres fonctions.

On doit mentionner que dans l'État moderne l'activité du pouvoir judiciaire est liée aussi avec la sphère des relations internationales. Par exemple, la Cour constitutionnelle lituanienne donne un avis sur la question de savoir si des accords internationaux conclus par la République de Lituanie ne sont pas contraires à la Constitution. Les juridictions ordinaires rendent la justice dans les affaires pénales, civiles, administratives et de même appliquent les normes internationales ou supranationales.

C'est de la Constitution comme du droit suprême de la Lituanie, on déduit le principe du respect les règles du droit international avec lesquelles la Lituanie est liée. La Cour constitutionnelle a constaté que les traités internationaux après la ratification et l'entrée en vigueur font partie intégrante du système juridique de la République de Lituanie et que dans le système des actes juridiques les dispositions de ces traités correspondent au niveau des lois. Cette autorité juridique (l'autorité des lois) des traites ne signifie pas que la Lituanie peut par les lois modifier leur reglementation. La Cour constitutionnelle a déduit de la Constitution le principe «*Pacta sont servanda*», selon lequel dans le cas de conflit des normes législatives (ou reglementaires) et des normes internationales on reconnait la primauté d'application aux normes internationes.

L'acte constitutionnel «Sur l'adhésion de la République de la Lituanie à l'Union européenne» prévoit que la République de Lituanie comme État membre de l'Union européenne partage avec /ou confère à l'Union européenne les compétences de ses institutions étatiques dans les domaines prévus dans les traités de fondation de l'Union européenne et dans la mesure necessaire pour exercer en commun avec les autres États membres de l'Union

européenne les engagements d'adhésion dans ces domaines, de même pour jouir des droits d'adhésion, que les normes de droit européen font partie intégrante du système juridique de la République de Lituanie. Dans les cas prévus par les traités de fondation de l'Union européenne, les normes de droit européen sont appliquées directement, alors qu'en cas du conflit des normes juridiques, elles ont la primauté par rapport aux lois et d'autres actes juridiques de la République de la Lituanie (si les dispositions du droit européen diffèrent des dispositions contenues dans les lois et actes juridiques lituaniens, sont appliquées les dispositions du droit européen).

Telles dispositions confirment la suprématie de la Constitution. Aucun pays ne peut participer aux organismes internationaux ou dans les organisations supranationales qui sont contraire à sa propre Constitution. Ni le chef de l'État, ni gouvernement ne peut conclure un traité qui est contraire à la Constitution, ni le parlement peut ratifier tel traité. Les tribunaux nationaux, les juges nationaux ne peuvent appliquer le droit qui est contraire à la Constitution.

Selon la Constitution on peut conferer ou partager les compétences des institutions d'État uniquement «dans les domaines prévus dans les traités». Il est interdit de transférer la totalité des compétences d'une institution d'État ou de transférer ses compétences quant à l'essence de l'étendue des activités, ainsi que les compétences concernant l'intégralité des affaires dans une matière donnée.

La Constitution n'autorise pas à transférer à une organisation internationale les compétences en matière de création des actes juridiques ou de prise des décisions qui soient contraires à la Constitution. Le droit suprême lituanien n'autorise pas non plus transférer les compétences dans un domaine qui impliquerait que la Lituanie ne puisse pas fonctionner comme État souverain et démocratique.

On parle du principe de primauté de la Cosntitution et de primauté de droit européen. Dans le système de droit appliqué en État il n'existe pas deux droits suprêmes. On ne peut pas de confondre le respect des traités avec la question de la force juridique supérieure. Telle confusion des différents aspects des phénomenes juridiques apporte seulement les malentendus.

Toutefois on peut parler d'un conflit possible entre le droit européen et la Constitution nationale. Tel conflit ne peut pas être résolu par la reconnaissance de la «suprématie» du droit européen. L'art. 110, al. 1 du texte constitutionnel lituanien dispose que juge ne peut pas appliquer une loi contraire à la Constitution. Cette disposition proclame le principe que les tribunaux ne peuvent pas appliquer des normes juridiques inconstitutionnelles. C'est le sujet du pouvoir constituant qui devrait prendre une décision portant a) soit

sur la révision de la Constitution, b) soit sur la modification des normes européennes, c) soit sur la sortie de la Lituanie de l'Union européenne. La Constitution définit les valeurs constitutionnelles que les institutions de l'État doivent défendre face aux structures supranationales. Le principe de suprématie de la Constitution reste le principe essentiel de la vie juridique nationale. Ce principe ne nie pas la participation de Lituanie dans l'intégration européenne.

© MRU

EUROPEAN CRIMINAL LAW BEFORE AND AFTER THE TREATY OF LISBON

Juliane Kokott*

I. Introduction

Judge Kūris has joined the Court during a very exciting period. Not only does the enlargement pose new challenges but, at the same time, the deepening of European Integration is entering into a new phase. Initially the Community was focused almost exclusively on economic issues. In this area the law is developing in more detailed and technical directions.[1] More recently, new policy fields, such as the environment, have come to the foreground.[2] Finally, in the last few years, the EU has increasingly influenced one of the most sensitive domains: criminal law.

Both substantive and procedural criminal law are developing very rapidly. While some of the more recent steps involved the European Court of Justice,[3] the Member States have taken over again with the

* This contribution is based on a presentation given to the Subcommittee on European law of the German parliament for purposes of a hearing on European criminal law held on 28 November 2008. The author thanks Stephan Bitter for his support in the preparation of this contribution.

[1] See, for example, in field of telecommunications case C-438/04 Mobistar [2006] ECR I-6675 and case C-64/06 Telefónica O2 Czech Republic, [2007] I-4887. In both cases judge Kūris was reporting judge.

[2] E. g. case C-209/04 Commission v Austria [2006] ECR I-2755 and case C-221/04 Commission v Spain [2006] I-4515. In both cases judge Kūris was reporting judge.

[3] See in particular case C-105/03 Pupino [2005] I-528. Judge Kūris was a member of the grand chamber deciding this case.

negotiation of the reform Treaty of Lisbon.[4] In spite of this rapid development, "a uniform European criminal law", that is, uniform European penal and procedural codes with their own specific interpretation do not exist at present and are not expected in the near future. Instead European criminal law only affects very specific issues of national criminal law. "European criminal law" is and will remain fragmentary. Moreover, the phenomena which are summarised under this term are extremely heterogeneous and far from forming a complete criminal law system.

II. The effect of European law on national criminal law

For a long time the effects of European law on domestic criminal law were based upon two fundamental and closely linked principles of Community law: its primacy or precedence vis-à-vis domestic law[5] and the duty of loyal cooperation between the Community and Member States, as laid down in art. 10 of the Treaty establishing the European Community (ECT).

From the *primacy of Community law* it follows that Community law excludes the application of adverse domestic criminal law provisions. The individual can rely on the primacy of Community law. The recent *Placanica* case illustrates this: The freedom of establishment and the freedom to provide services must be interpreted as precluding national legislation, which imposes a criminal penalty for pursuing the organised activity of collecting bets without a license where such licenses could not be obtained because that Member State, in breach of Community law, refused to grant licenses.[6]

In addition, Member States may be obliged to take specific measures under the *principle of loyal cooperation*. In its 1989 judgment on a Greek corn scandal the Court declared that specific acts of Community law in conjunction with art. 10 ECT can oblige Member States to

[4] Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306.

[5] Case 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585, 593.

[6] Joined cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04 Placanica and Others [2007] ECR I-1891, paragraph 71.

penalise the infringement of Community law as a criminal act. Member States "must ensure in particular that infringements of Community law are penalised under conditions, both procedural and substantive, which are analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty effective, proportionate and dissuasive."[7] Following this jurisprudence some secondary legislation employs similar language: "Member States shall determine the penalties applicable for infringement of the provisions of this directive, ... and shall take all necessary measures for their implementation. The penalties determined shall be effective, proportionate and dissuasive."[8]

A further consequence of the primacy of Community law and the duty of loyal cooperation is that Member State courts are obliged to align their interpretation of domestic law as far as possible with the wording and purpose of Community law (interpretation in conformity).[9] This can either reduce or extend the application of national criminal law, depending on the interpretation of Community law in the specific case. There are, however, limits to this obligation. Interpretation in conformity may not lead to a determination or aggravation of the criminal liability of persons who contravene the provisions of a directive on the basis of such a directive alone, independently of implementing domestic law.[10] The principle of legality in relation to crime and punishment (*nulla poena sine lege*) and, more generally, of the principle of legal certainty, rule out the extensive application of a provision of criminal law to the detriment of the defendant and, in

---

[7] Case 68/88 Commission v Greece [1989] ECR 2965, paragraph 24. Criminal law is expressly included by case C-77/97 Unilever [1999] ECR I-431, paragraph 36. See also joined cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 Berlusconi [2005] ECR I-3565, paragraph 65.

[8] A recent example is art. 46 of Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles (Framework Directive) (OJ 2007, L 263, p. 1).

[9] Case C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135, paragraph 8.

[10] Case 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969, paragraph 13, case C-168/95 Arcaro [1996], I-4705, paragraph 42, joined cases C-74/95 and C-129/95 X [1996] ECR I-6609, paragraph 24, and case Berlusconi and Others, cited in footnote 7, paragraph 74.

particular, inhibit criminal proceedings in respect of conduct not clearly defined as culpable by law.[11]

In recent times these two principles have been supplemented by the *principle of mutual recognition* as laid down in European criminal law instruments, in particular with regard to procedural issues.[12] Accordingly, Member States can be obliged to recognise decisions by other Member States in the field of criminal law. The reform Treaty of Lisbon explicitly mentions the principle of mutual recognition in art. 67 (3) and art. 82 of the future Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the successor to the ECT. This acknowledgment underlines the fragmentary character of European criminal law: Instead of a harmonisation of the relevant rules the EU provides only for the "free circulation" of decisions taken in other Member States, e. g. the execution of arrest warrants. Nevertheless, this may result in a certain pressure to adapt or even harmonise criminal law in the medium-term, as has been the experience with mutual recognition in the common market under fundamental freedoms. In any event, mutual recognition needs to be underpinned by common minimum standards, in particular as regards the protection of the rights of the individual.[13]

In addition to these more indirect effects of European law on national criminal law, the creation of an area of liberty, security and justice fosters a genuine *approximation of national criminal law provisions* by European legal instruments, that is to say, a harmonisation as it is known from other areas of Community law. It is also conceivable that the European Union will adopt *a directly applicable criminal law instrument* in a specific area, namely for the protection of the financial interests of the Community. In this regard, the *corpus juris* project should be mentioned as a preparatory measure,[14] though a simple im-

[11] Case X (cited in footnote 10, paragraph 25).

[12] See for example Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (OJ 2002 L 190, p. 1).

[13] House of Lords—European Union Committee, 1st report of session 2004—05, Procedural Rights in Criminal Proceedings, HL Paper 28, paragraphs 20 et seq., 200 et seq.

[14] M. Delmas-Marty and J.A.E. Vervaele (eds.), The implementation of the Corpus Juris

plementation of this draft seems unlikely. The further development of this aspect of the issue remains to be seen.

III. The power to create European criminal law

A – The law as it stands

Under the present Treaties the powers of the Union and of the Community to create uniform European criminal law instruments are based on two distinct foundations: the competences under the EC Treaty and those under the Treaty on European Union (TEU or EU Treaty).

The strict distinction between these legal bases is maintained by art. 47 TEU providing that the EU Treaty shall not affect the EC Treaty. The ECJ has interpreted this provision as preventing the legislature from relying on the powers of the EU Treaty if the EC Treaty offers a sufficient legal basis for the desired instrument.[15] This aims to prevent arbitrary circumvention of the procedures under Community law. Though the EU Treaty provides for more extensive powers in the area of criminal law, procedurally it is closer to inter-governmental cooperation than the supranational EC Treaty.

1. Powers under the EU Treaty

Art. 29 to 31 TEU define the objectives of the police and judicial cooperation in criminal matters (PJCCM). Art. 34 (2) TEU provides for the legal instruments that can be adopted on proposal by any Member State or by the Commission. Of particular relevance for the approximation of criminal law are the framework decision (art. 34 (2)

in the Member States, Penal provisions for the protection of European Finances—corpus Juris 2000, see http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/links.html.

[15] Case C-170/96 Commission v Council [1998] ECR I-2763, paragraph 16, case C-176/03 Commission v Council [2005] ECR I-7879, paragraph 39, and case C-440/05 Commission v Council, nyr., paragraph 53, See also the opinion of Advocate general Mazák of 28 June 2007 in the last case, paragraph 53.

b TEU) and the convention (art. 34 (2) d TEU). Both instruments require a unanimous decision of the Council. According to art. 39 TEU, the influence of the European Parliament is limited to a consultation

Conventions need to be adopted by the Member States in accordance with their constitutional provisions before they have legal effect. In contrast, framework decisions have effects similar to Community law directives. They are binding upon the Member States as to the objectives to be achieved but leave to the national authorities the means of implementation. Therefore, the primary obligation resulting from framework decisions is their transposition into domestic law. Additionally, in analogous fashion to Community law directives, these decisions oblige Member State courts and authorities to interpret domestic law in conformity with their provisions.[16] However, in contrast to directives, they do not entail direct effect,[17] Moreover, the Commission cannot legally enforce the obligations resulting from framework decisions against a Member State, since the EU Treaty does not provide an infringement procedure of the sort envisaged in art. 226 ECT. Regarding the scope of art. 34 TEU, art. 31 (1) e TEU refers to organised crime, terrorism and illicit drug trafficking in which common action to promote judicial cooperation in criminal matters is to include the establishment of minimum rules. It is not yet clarified whether this enumeration is exhaustive or exemplary in nature.[18] If the list was exemplary the EU criminal law competence would allow the adoption of instruments on offences not explicitly mentioned.

2. Powers under the EC Treaty

Generally, neither criminal law nor the rules of criminal procedure fall within the Community's competence.[19] However, according to the judgment of the ECJ of 13 September 2005 concerning the

[16] Case Pupino (cited in footnote 3, paragraph 43).
[17] TEU, Art. 34 (2) b, third sentence.
[18] See my opinion in case C-105/03 Pupino [2005] I-5285, paragraph 50.
[19] Case 203/80 Casati [1981] ECR 2595, paragraph 27, and case C-226/97 Lemmens [1998] ECR I-3711, paragraph 19.

framework decision on the protection of the environment through criminal law[20] the European Community, too, possesses competence for the approximation of criminal law. The Community legislature can adopt measures relating to the criminal law of the Member States it considers necessary to ensure that the rules it lays down on environmental protection are fully effective when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is deemed an essential measure for combating serious environmental offences.[21] This means that the Community can require Member States to enact criminal law instruments to sanction the violation of Community environmental law. In this case there is a—limited—*annex competence*, if such criminal legislation is essential to guarantee the full effectiveness of a Community law instrument.

Recently, in its judgment of 23 October 2007, the ECJ confirmed and refined this ruling.[22] The ECJ declared that the disputed framework decision to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution[23] should have been based on the provisions on the transport policy (art. 80 (2) and art. 71 (1) ECT). The Court did not clarify whether the annex competence for criminal law measures is limited to environmental issues, but stressed that the legal basis of art. 80 (2) ECT includes the protection of the environment as a cross-cutting task. The objective of environmental protection thus complements the objective to improve the security of navigation.[24] Therefore, it remains to be seen whether this jurisprudence will also apply to other legal issues without a link to the environment.[25]

---

[20] Council Framework Decision 2003/80/JHA of 27 January 2003 (OJ 2003, L 29, p. 55).

[21] Case C-176/03 Commission v Council (cited in footnote 15, paragraph 48).

[22] Case C-440/05 Commission v Council (cited in footnote 15).

[23] Council Framework Decision 2005/667/JHA of 12 July 2005 (OJ 2005, L 255, p. 164).

[24] Case C-440/05 Commission v Council (cited in footnote 15, paragraph 69).

[25] In this respect, see the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005 (case C-176/03 Commission v Council), 24 November 2005, COM (2005) 583 final.

The Court also confirmed that the annex competence is restricted by the condition set out in the judgment of 13 September 2005 that the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities needs to be an *essential measure* in order to ensure that the rules which the Community lays down are fully effective.

In addition to the restriction to "essential" measures the criminal law powers of the Community are also limited as regards their scope. According to the judgment of 23 October 2007, the criminal law power of the Community allows the creation and standardisation of offences, while the determination of the type and level of the criminal penalties to be applied remains outside of the Community's sphere of competence.[26] In particular, the common practice under the EU powers to specify the lowest acceptable maximum penalty[27] could not be part of a Community legal act. Should the European legislature consider such a measure to be necessary, the competence would appear to be split between the Community and the Union. In any event, it is excluded that the Community or the Union adopt a complete, directly applicable criminal prohibition, for instance in the form of a regulation as defined by art. 249 ECT.

The procedure for the adoption of a Community legal instrument depends on the respective legal basis in the EC Treaty. For example, the framework decision annulled by the judgment of 23 October 2007 should have been adopted as a directive under art. 71 (1) ECT. This legal basis refers to the Co-decision procedure laid down in art. 251 ECT, that is, qualified majority in Council combined with approval of the EP.

The effect of legal instruments enacted under the EC Treaty depends on art. 249 ECT. Directives, in particular, require national law to be interpreted in conformity with their wording and purpose. This

[26] Case C-440/05 Commission v Council (cited in footnote 15, paragraph 70).

[27] E. g. art. 4 (1) of Council Framework Decision 2005/667 (cited in footnote 23): "Each Member State shall take the measures necessary to ensure that the offences referred to in Articles 2 and 3 are punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties which shall include, at least for serious cases, criminal penalties *of a maximum of at least* between one and three years of imprisonment." (Accentuation by the author)

obligation to interpret national law in conformity with Community law concerns all provisions of national law, whether adopted before or after the directive in question.[28] Moreover directives can have direct effect, as far as they have not been sufficiently transposed by the Member State. However, a directive cannot by itself impose obligations on an individual and cannot therefore be relied upon as such against an individual.[29] In other words, the direct application of criminal law directives to the detriment of an individual is not possible.[30] In addition, the infringement procedure according to art. 226 et seq. ECT enables the Commission to enforce the transposition by Member States. In case of persistent refusal to implement Community law, the Commission can ask the Court of Justice to impose a lump sum or a penalty payment on the Member State (art. 228 (2) ECT).

B – The legal situation under the Treaty of Lisbon

The Treaty of Lisbon will abolish the existing distinction between the European Union (EU) and the European Community (EC). The Community will be merged into the Union. Consequently, the provisions on the PJCCM will be modified and transferred into the former EC Treaty. This treaty will be renamed the "Treaty on the Functioning of the European Union" (TFEU).

The Treaty of Lisbon grants the Union powers concerning criminal procedure under art. 82 TFEU and powers concerning substantive criminal law under art. 83 TFEU. These powers can be exercised according to the "ordinary legislative procedure", i.e., with qualified majority in the Council and co-decision with the EP. Both legal bases allow for the use of the directive as legal instrument. This corre-

---

[28] See the case Marleasing (cited in footnote 9, paragraph 8), joined cases C-397/01 to C-403/01 Pfeiffer and others [2004] ECR I-8835, paragraph 115, and case C-212/04 Adeneler and Others [2006] ECR I-6057, paragraph 108.

[29] Case 152/84 Marshall [1986] ECR 723, paragraph 48, and the joined cases Pfeiffer and others (cited in footnote 28, paragraph 108).

[30] See in particular, the case against Berlusconi and others (cited in footnote 7, paragraphs 73 et seq.).

sponds to the principles of proportionality and subsidiarity as laid down in art. 5 (1) 2nd sentence TEU, as amended by the Treaty of Lisbon (currently art. 5 (2) and (3) ECT). These principles limit the exercise of powers by the Union. The practical application of European criminal law will therefore continue to depend to a large degree on the implementation by Member States.

In addition, both art. 82 (3) and art. 83 (3) TFEU introduce an innovative feature allowing individual Member States to claim reservations in sensitive areas (the so-called "emergency brake"). Where a Member State considers that a draft directive under these powers would affect fundamental aspects of its criminal justice system, it may invoke conciliation in the European Council. If no consensus is reached, the draft may not be adopted by the Union as a whole but only be a measure of enhanced co-operation among those Member States that wish to proceed. Thus, the emergency brake ensures the possibility of an *opt-out* for the other Member States. Thereby, areas of particular sensitivity in domestic criminal law can be protected from European interference.

In substance, art. 83 (1) TFEU expands the current limited list of offences of art. 29 (2) and 31 (1) e TEU by some criminal offences that the makers of the Treaties consider to be important. It will cover terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime. In contrast to the existing list, this new list would appear to be exhaustive. Art. 83 (1) subparagraph 3 TFEU explicitly provides for a procedure to add other offences. This can only be done by unanimous decision of the Council after obtaining the consent of the EP. This specific procedure would be redundant if the list in art. 83 (1) TFEU were only exemplary and provisions on offences not listed could be adopted using the ordinary legislative procedure.

For listed offences the Union can adopt minimum rules on the establishment of the offence and on penalties. Consequently, the split of powers resulting from the judgment of 23 October 2007 between the definition of offences in Community law and provisions on penal-

ties in Union law is bridged. This is consistent with the merging of the Community with the Union.

The specific criminal law competence is supplemented by art. 83 (2) TFEU. This provision authorises the Union to approximate criminal laws and regulations of the Member States if this proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures. Directives may establish minimum rules with regard to the definition of criminal offences and sanctions in the area concerned. Thus the case law of the ECJ since the judgment of 13 September of 2005 will be confirmed and codified. Remaining doubts about its extension to other policy fields than environmental protection will be dispelled.

Finally, the deletion of art. 280 (4) 2nd sentence, ECT turns the future art. 325 (4) TFEU into a possible competence to create *supranational* criminal law. Currently, this sentence excludes enactment of community criminal law measures that aim to protect the financial interests of the Community. Without this limitation and in the absence of a restriction on the type of legal instrument to be used, the Union can not only adopt directives on the approximation of Member States' criminal law but also can, at least in theory, enact directly-effective regulations to protect its financial interests. This power is to be exercised using the ordinary legislative procedure. Of course it remains to be seen whether the Union will exhaustively exercise this power or whether Member States retain a margin of manoeuvre.

As regards criminal procedure, art. 82 TFEU mainly aims to ensure mutual recognition and co-operation, and to avoid conflicts about the competence to prosecute offences. To supplement these measures, minimum rules can be established on the mutual admissibility of evidence, on the rights of individuals in criminal procedure and on the rights of victims of crime. Minimum rules on other specific aspects of criminal procedure are possible if the Council obtains the consent of the European Parliament and unanimously decides to extend the Community powers to these aspects.

In addition, under art. 86 TFEU, starting from Eurojust (art. 85 TFEU), a European Public Prosecutor's Office may be established in order to combat crimes affecting the financial interests of the Union. For the future, the competence of the European Public Prosecutor's

Office may be extended to other areas. To allow this, art. 86 (4) TFEU provides for a simplified procedure to modify the treaty: The European Council, acting unanimously after obtaining the consent of the European Parliament and after consulting the Commission, may adopt a decision amending art. 86 (1) and (2) TFEU in order to extend the powers of the European Public Prosecutor's Office to include serious crime having a cross-border dimension

To sum up, the Treaty of Lisbon will provide the EU with additional powers to approximate criminal law. In return, all Member States may opt-out of particular criminal law instruments of the Union. Thus it is guaranteed that, at least in exceptional cases, concerns based on domestic constitutional law can be met. It is a positive development that, after reform, the general rules on legislative procedures as well as on judicial control and interpretation will apply to criminal law. Finally, the split between Community powers for the definition of certain offences as an annex competence to specific policies and EU powers on the approximation of penalties is abandoned.

IV. Domestic limitations to European criminal law

The sensitive nature of criminal law raises the question whether the constitutional law of Member States might preclude the European criminal law powers foreseen by the Treaty of Lisbon.

According to the consistent jurisprudence of the ECJ the Member States limited their sovereignty by establishing the Community. Therefore, Community law enjoys precedence or primacy over national law.[31] This primacy also applies with regard to national constitutional law.[32] Reservations of individual constitutional courts—by the German Bundesverfassungsgericht,[33] for example—are not of direct concern from the perspective of Community law.

[31] Case Costa (cited in footnote 5, p. 1269).

[32] Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125, paragraph 3.

[33] See, for example, the decision on the Treaty of Maastricht BVerfGE 89, p. 155.

Therefore, national constitutional law cannot bar European criminal law instruments if they are issued in accordance with the Treaties. With the ratification of the Treaties the Member States agreed to the subsequent adoption of such measures. Thus in accordance with their respective constitutional law, Member States have relinquished the autonomous exercise of elements of their sovereignty in favour of a joint exercise of these powers by all Member States.

Any objections based on domestic constitutional law must therefore be raised before the Treaty of Lisbon, which grants disputed powers to Europe, is ratified. However, the opt-out provided by art. 82 (3) and art. 83 (3) TFEU seems to allow for a sufficient protection of Member State interests and domestic constitutional concerns. Moreover, these powers appear to be much clearer circumscribed as extensions typically require a unanimous decision by the Council and the consent of the European Parliament. It would therefore be surprising if the criminal law powers transferred by this Treaty gave rise to objections based on domestic constitutional law.

V. Judicial control of European Criminal Law

Though national constitutional law cannot limit the effects of European criminal law, there is still scope for conflict between secondary instruments and higher-ranking rules of European law. In particular, provisions of secondary European criminal law must comply with the Treaties and with the general principles of Community law[34]—most importantly, with the fundamental rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.[35] The Treaty of Lisbon supplements these by the rights, freedoms and principles set out

[34] Case C-354/04 P Gestoras pro Amnistía and others v Council [2007] ECR I-1579, paragraph 51, and case C-355/04 P Segi and others v Council [2007] ECR I-1657, paragraph 51.

[35] Case C-303/05 Advocaten voor de Wereld [2007] ECR I-3633, paragraph 45.

in the Charter of Fundamental Rights of the European Union[36] which shall have the same legal value as the Treaties.[37]

If a conflict between a criminal law instrument and higher ranking law has been identified, there are in principle two options to invoke judicial control: the action for annulment under art. 230 ECT and the reference for a preliminary ruling under art. 234 ECT.

C – The action for annulment

Art. 230 ECT and art. 35 (6) TEU provide for the action for annulment of legal acts adopted by the European Community or by the European Union in the field of the PJCCM. The action must be brought within two months of the publication of the measure. It can be based on a lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the corresponding Treaty or of any rule of law relating to its application, or misuse of powers. As far as Community law is concerned, a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission and in certain cases the European Central Bank as well as the Court of Auditors can bring an action. With regard to Union law this right is reserved for the Member States and the Commission.

An action brought by individuals is not foreseen under Union law. As far as Community law acts are concerned, art. 230 (4) ECT provides that any natural or legal person may institute proceedings against a decision that is either addressed to that person or is of direct and individual concern to them. If the requirement of direct and individual concern is met, an action can even be brought against a regulation.[38] However, as we have seen, the Community has no power to adopt directly applicable criminal law instruments. Moreover, a criminal law instrument that is of individual concern to an individual is difficult to conceive. Individual concern means that a legal act af-

[36] Proclaimed on 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, OJ 2007 C 303.

[37] Art. 6 (1) TEU as amended.

[38] Case C-358/89 Extramet Industrie v Council [1991] ECR I-2501, paragraph 13; case C-309/89 Codorniu v Council [1994] ECR I-1853, paragraph 19.

fects persons by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons.[39] In contrast, criminal law instruments should not single out individuals but apply equally to everybody. Therefore individuals will, as a general rule, not be able to introduce a direct action for the annulment of European criminal law instruments in a European court.

Though the Treaty of Lisbon broadens the access of individuals to European courts it will not substantially modify direct access with regard to criminal law instruments. In future individuals can bring an action against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures (art. 263 (4) TFEU). They no longer have to demonstrate individual concern in these cases. This will nevertheless not affect the situation with regard to most criminal law instruments. With the potential exception of measures under art. 325 (4) TFEU criminal law instruments will not have the capacity to affect individuals directly.

D – The reference for a preliminary ruling

The main mode of access to the European courts for individuals is the preliminary reference procedure. As there is no European criminal court, individuals can be accused only in domestic courts and so, it is within the procedural framework of these courts that the accused may claim their rights under European criminal law instruments. Therefore, in judicial practice, doubts regarding the interpretation or on the validity of these instruments will arise as incidental questions within a domestic case before a national court, eventually sometimes before a constitutional court.

Confronted with doubts regarding the interpretation of a Community law instrument, lower courts can refer questions for preliminary ruling to the ECJ according to art. 234 ECT. A court of last instance is obliged to submit such questions. This obligation extends to

[39] Case 25/62 Plaumann v Commission [1963] ECR 95; case Codorniu v Council (cited in footnote 38, paragraph 20).

all courts if they doubt the validity of a Community legal act. To ensure the primacy of European Community law and its uniform application in all Member States, the Community Courts alone may rule on the validity of Community law. National courts have no jurisdiction to determine that acts of Community institutions are invalid.[40]

However, as far as the interpretation or validity of European Union legal instruments is concerned, the treaties have established a system of legal remedies in which, by virtue of Article 35 EU, the jurisdiction of the Court is less extensive under Title VI TEU than it is under the EC Treaty.[41] Domestic courts are entitled to submit a reference to the ECJ only if the respective Member State has made a declaration accepting the ECJ's jurisdiction for such preliminary references.[42] Even if a Member State has made this declaration, domestic courts have the option to make a reference but are not obliged to do so. Only some Member States, e. g. Germany, have created such an obligation as a requirement of domestic law.[43]

Therefore, at the moment it is possible that the competence of the ECJ to assess the validity of European Union secondary legislation is *not exclusive*. For example, Advocate General Mengozzi is of the opinion that domestic courts too can decide such cases.[44] A clarification by the ECJ is still awaited, but Mengozzi's position is reasonable where domestic courts cannot submit their doubts regarding the va-

[40] Case 314/85 Foto Frost [1987] ECR 4199, paragraph 20, and case C-461/03 Gaston Schul Douane-expediteur [2005] ECR I-10513, paragraphs 17 et seq.

[41] See cases Gestoras pro Amnistía and others v Council and Segi and others v Council (cited in footnote 34, in each case paragraph 50).

[42] According to information procured by the research service of the Court such declarations have been submitted by 17 of 27 Member States: Belgium, Greece, Spain, Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Austria, Portugal, Finland and Sweden (all OJ 1999 L 114, p. 56) as well as the Czech Republic (OJ 2003 L 236, p. 980), France, Hungary (both OJ 2005 L 327, p. 19), Latvia, Lithuania and Slovenia (no reference for these two Member States is known).

[43] See § 1 (2) of the law of 6 August 1998 on references to the Court of Justice of the European Communities by way of the preliminary ruling procedure in the field of police and judicial cooperation in criminal matters under to Article 35 of the Treaty on European Union [1998] Bundesgesetzblatt I 2035.

[44] Opinion in case C-354/04 P Gestoras pro Amnistía and others v Council and case C-355/04 P Segi and others v Council [2007] ECR I-1579, paragraphs 98 et seq.

lidity of a Union instrument to the ECJ. In contrast, where a reference is possible, at least the duty of loyal cooperation would require such a reference. Under these conditions the unilateral non-application of Union instruments by domestic courts would unnecessarily endanger the uniform application of Union law.

In contrast to the current fragmentation, the treaty of Lisbon provides for a uniform system of legal protection in the Union by subjecting the PJCCM completely to the classical preliminary ruling procedure according to art. 234 ECT (in future: art. 267 TFEU).

In contrast to Community courts having exclusive competence to declare acts of Community law invalid, European law does not restrict any competence of domestic courts to assess the validity of national provisions, even where these are applied jointly with European instruments. Thus, domestic courts, in particular constitutional courts, may even be competent to assess the validity of measures transposing Community law as far as these provisions are not determined by the European instrument. This is of particular importance where the European instrument gives Member States a certain margin of appreciation in the transposition or provides for a choice between different options.[45] However, in exercising such powers, domestic courts must be careful not to undermine the practical effect of any Community law instrument that is related to the domestic provision under examination.

E – Supervision by the European Court of Human Rights

On another level, the European Court of Human Rights in Strasbourg examines measures of the Member States of the Council of Europe for their compliance with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The EU is not (yet) a member of the Convention. However, within limits an indirect assessment of Union and Community measures by the Strasbourg court is already possible, in particular if Member States implement obliga-

[45] See, for example, the decision of the German Bundesverfassungsgericht on the European Arrest warrant, BVerfGE 113, p. 273, 300 et seq.

tions arising from EU or EC law.[46] With the intended accession of the EU to the Convention, the Strasbourg court will become competent to directly review the compliance of the EU with the Convention. However, neither in the current situation nor after an accession of the EU significant tension is to be expected. The ECJ jurisprudence on fundamental rights is already based to a large degree on the Strasbourg case law.[47]

VI. The role of Member State parliaments

Member States' parliaments, traditionally the creators of criminal law, must assume a very different role with regard to the approximation of European criminal law. Within the framework of this approximation they are no longer free to determine offences and penalties but must contribute to the European legislative process. This process offers two starting points for the Member State parliaments to influence the development of European criminal law—by influencing European decision-making and by implementing European instruments.

National parliaments can participate in the making of European legal instruments in the field of criminal law. An effective participation depends on a critical monitoring of developments at the European level. The information obtained can be used to take timely initiatives addressed to the Member State government in order to influence its position in the Council. Of course, the potential for such influence depends to a large degree on the domestic constitutional arrangements with regard to the roles of the parliament and of the government in the determination of policies on the European level.

---

[46] See case Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v Ireland [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-III.

[47] For an illustration of this jurisprudence see in particular joined cases C 238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission [2002] ECR I-8375, paragraph 274, joined cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P Dansk Rørindustri and others v Commission [2005] ECR I-5425, paragraphs 215 to 219, and case C-540/03 Parliament v Council [2006] ECR I-5769, paragraphs 52 et seq.

This mechanism is of particular relevance if a parliament has doubts regarding the validity of proposed provisions of a European criminal law instrument or if it has concerns based on domestic constitutional principles. These doubts and concerns generally need to be pronounced before the instrument is adopted. They should be brought primarily to the attention of the national government, within the arrangements for the national parliament's participation in the politics pursued by the government at the European level. Thereby, the government can introduce these concerns into the European legislative process. Informal contacts with European institutions—with Commissioners, for example, or the European Parliament—can also be useful.

Should the instrument nevertheless be adopted, the parliament may ask the government to introduce—within the time-limit of two months after publication of the instrument—an action for annulment under art. 230 ECT or art. 35 (6) the TEU.

However, once an instrument has been adopted, its transposition is obligatory. Even an action for annulment does not suspend this obligation, unless the ECJ has ordered a suspension as an interim measure. Nevertheless, the role of the domestic legislature in the implementation of European legal instruments should not be underestimated. As far as European law leaves the domestic legislature a margin of appreciation, it must be used with special regard to fundamental rights.[48] Another important consideration in this context is the coherence of the national criminal law system.

The Treaty of Lisbon strengthens the role of national parliaments at the European level. The new art. 12 TEU explicitly recognises their position within the functioning of the EU. This role is not limited to a right to information;[49] in particular, the provisions on the principles of subsidiarity and proportionality afford national parlia-

[48] Regarding the Fundamental Rights of Community law in this context see the case Parliament v Council (cited in footnote 47, paragraphs 104 et seq.); regarding the requirements of the German constitution see the judgment of the German constitutional court on the European warrant (cited in footnote 45).

[49] See art. 12 a TEU and the protocol on the role of national Parliaments in the European Union.

ments with powerful instruments to control the legislative activities of the European institutions, in particular with respect to criminal law. [50]

VII. Consequences for domestic criminal law

Domestic criminal law is subject to a range of impacts from European law. However, such impacts will be familiar from other areas that came under the influence of European law.

Criminal liability envisaged by domestic law may be curtailed if an offence as defined by domestic law comes into conflict with Community law—the latter enjoys precedence and can be directly applicable.[51] Conversely, such a conflict could also result in stricter or more extensive liability. Community loyalty and European legal instruments approximating criminal law can require the domestic legislature to intensify penal provisions or to create new offences and punishments. Moreover, it can become necessary to integrate new structures into domestic criminal law—such as,for example the criminal liability of legal persons.[52]

In addition, the law of criminal procedure must incorporate EU standards in certain areas. For instance the Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings[53] ensures minimum standards.[54] In certain cases of transnational crime the *ne bis in idem* principle must be respected as it is laid down in art. 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement[55] as interpreted by the ECJ.[56] Also under discus-

[50] See art. 12 b and art. 5 (3) TEU, art. 69 TFEU as well as art. 6 et seq. of the protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality.

[51] See the case Placanica (cited in footnote 6).

[52] See the case Commission v Council (cited in footnote 15, paragraph 64).

[53] OJ 2001 L 82, p. 1.

[54] See the case Pupino (cited in footnote 3).

[55] Convention of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ 2000 L 239, p. 19.

[56] See the joined cases C-187/01 and C-385/01 Gözütok and Brügge [2003] ECR I-1345, case C-436/04 Van Esbroeck [2006] ECR I-2333, and case C-367/05 Kraaijenbrink, [2007] I 6619.

sion is a proposal for a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union.[57]

VIII. Conclusion

In principle, the effects of Community law on domestic criminal law are hardly novel. It is not remarkable that domestic criminal law provisions refer to Community law for the definition of an offence, in particular in the field of customs law. The approximation of substantive and procedural criminal law marks a further step in this direction. This step is a consequence of transnational (economic) activities and free movement promoted and facilitated by European integration. The single market not only offers new opportunities to pursue lawful activities but can also be abused by new forms of crime. Therefore the freedoms of the single market need to be supplemented by instruments to cope with new criminal challenges.

However, the approximation of criminal law has proven sensitive and difficult because the power to impose criminal penalties is part of the core of statehood. Moreover, the definition of offences and the determination of penalties reflect moral judgments which are specific to the societies concerned. Though the European Union is based on common values, there remain significant differences among the societies of the Member States that find particular expression in domestic criminal law.

Therefore the approximation of criminal law should concentrate on crime with transnational dimensions, in particular on the offences mentioned in Art. 83 (1) TFEU and on the protection of the financial interests of the Union. In contrast, the approximation of offences closer to the morals of specific societies should not be a primary objective of the European Union. Instead, efforts should be focused on the practical cooperation between Member State authorities to ensure the practical implementation of the new instruments.

---

[57] On the state of the procedure see the note of the presidency of 5 June 2007, Council document no. 10287/07, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st10/st10287.en07.pdf.

As regards the European Court of Justice, it is likely that under the Treaty of Lisbon the focus will move away from cases concerning the balance between different degrees of integration with regard to criminal law. The new Treaty provides political instruments to resolve such conflicts if they should arise. If these instruments are effective the Court will have to deal more frequently with the interpretation of criminal law instruments and with their practical application. It has already begun to prepare for these new challenges by creating an "urgent procedure" that aims to speed up the treatment of references of particular urgency.[58] However, the challenges of European criminal law are not limited to matters of ECJ procedure, but will also require expertise in areas that in the past were only of marginal interest to the Court. I am certain that the Court is up to this task, in particular as long as it can count on contributions by members like judge Kūris.

List of References

I. European Legislation

1. Amendments to the Rules of Procedure of the Court of Justice (OJ 2008 L 24, p. 39)
2. Charter of Fundamental Rights of the European Union (OJ 2007 C 303)
3. Convention of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders (OJ 2000, L 239, p. 19)
4. Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision (OJ 2002, L 190, p. 1)
5. Council Framework Decision 2003/80/JHA of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law (OJ 2003, L 29, p. 55)
6. Council Framework Decision 2005/667/JHA to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution (OJ 2005, L 255, p. 164)
7. Declarations by Member State's accepting the ECJ's jurisdiction preliminary references under art. 35 TEU (OJ 1999 L 114, p. 56; OJ 2003 L 236, p. 980; OJ 2005 L 327, p. 19)
8. Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor

[58] Amendments to the Rules of Procedure of the Court of Justice (OJ 2008 L 24, p. 39).

vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles (Framework Directive) (OJ 2007, L 263, p. 1)
9. Treaty of Lisbon (OJ 2007, C 306)

II. Judgments by Court of Justice of the European Communities

1. Case 25/62 Plaumann v Commission [1963] ECR 95
2. Case 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585
3. Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125
4. Case 203/80 Casati [1981] ECR 2595
5. Case 152/84 Marshall [1986] ECR 723
6. Case 314/85 Foto Frost [1987] ECR 4199
7. Case 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969
8. Case 68/88 Commission v Greece [1989] ECR 2965
9. Case C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135
10. Case C-309/89 Codorniu v Council [1994] ECR I-1853
11. Case C-358/89 Extramet Industrie v Council [1991] ECR I-2501
12. Joined Cases C-74/95 and C-129/95 X [1996] ECR I-6609
13. Case C-168/95 Arcaro [1996], I-4705
14. Case C-170/96 Commission v Council [1998] ECR I-2763
15. Case C-77/97 Unilever [1999] ECR I-431
16. Case C 226/97 Lemmens [1998] ECR I 3711
17. Joined Cases C 238/99 P, C 244/99 P, C 245/99 P, C 247/99 P, C 250/99 P to C 252/99 P and C 254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v Commission [2002] ECR I 8375
18. Joint Cases C-187/01 and C-385/01 Gözütok and Brügge [2003] ECR I-1345
19. Joined Cases C-397/01 to C-403/01 Pfeiffer and others [2004] ECR I-8835
20. Joint Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P Dansk Rørindustri and others v Commission [2005] ECR I-5425
21. Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 Berlusconi [2005] ECR I-3565
22. Case C-105/03 Pupino [2005] ECR I-528
23. Case C-176/03 Commission v Council [2005] ECR I-7879
24. Case C-461/03 Gaston Schul Douane-expediteur [2005] ECR I-10513
25. Case C-540/03 Parliament v Council [2006] ECR I-5769
26. Case C-209/04 Commission v Austria [2006] ECR I-2755
27. Case C-212/04 Adeneler and Others [2006] ECR I-6057
28. Case C-221/04 Commission v Spain [2006] ECR I-4515
29. Joined Cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04 Placanica and Others [2007] ECR I 1891

30. Case C-354/04 P Gestoras pro Amnistía and others v Council [2007] ECR I-1579
31. Case C-355/04 P Segi and others v Council [2007] ECR I-1657
32. Case C-436/04 Van Esbroeck [2006] ECR I-2333
33. Case C 438/04 Mobistar [2006] ECR I 6675
34. Case C-303/05 Advocaten voor de Wereld [2007] ECR I 3633
35. Case C-367/05 Kraaijenbrink [2007] I 6619
36. Case C-440/05 Commission v Council, nyr.
37. Case C-64/06 Telefónica O2 Czech Republic, [2007] I 4887

III. Opinions

1. Opinion of Advocate General Kokott in case C-105/03 Pupino [2005] I-5285
2. Opinion of Advocate General Mengozzi in case C-354/04 P Gestoras pro Amnistía and others v Council and case C-355/04 P Segi and others v Council [2007] ECR I-1579
3. Opinion of Advocate general Mazák of 28 June 2007 in case C-440/05 Commission v Council, nyr.

IV. Judgments by other Courts

1. Bundesverfassungsgericht (Germany), decision on the Treaty of Maastricht, BVerfGE 89, p. 155
2. Bundesverfassungsgericht (Germany), decision of the on the European Arrest warrant, BVerfGE 113, p. 273
3. European Court of Human Rights, Case no. 4036/98, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v Ireland, ECHR 2005-III

V. Other References

1. M. Delmas-Marty and J.A.E. Vervaele (eds.), The implementation of the Corpus Juris in the Member States, Penal provisions for the protection of European Finances—corpus Juris 2000, see http://ec.europa.eu/anti_fraud/ green_paper/links.html.
2. German Law of 6 August 1998 on references to the Court of Justice of the European Communities by way of the preliminary ruling procedure in the field of police and judicial cooperation in criminal matters under to Article 35 of the Treaty on European Union [1998] Bundesgesetzblatt I 2035
3. Note of the Presidency of the Council of the European Union of 5 June 2007, Council document no. 10287/07, http://register.consilium. europa.eu/pdf/en/07/st10/st10287.en07.pd
4. United Kingdom House of Lords—European Union Committee, 1st report of session 2004—05, Procedural Rights in Criminal Proceedings, HL Paper 28, paragraphs 20 et seq., 200 et seq.

EUROPOS SĄJUNGOS TEISĖ LIETUVOS RESPUBLIKOS KONSTITUCINIO TEISMO JURISPRUDENCIJOJE: SAMBŪVIO ALGORITMO PAIEŠKOS

Egidijus Kūris

1. Teisės prigimtis yra nacionalinis reiškinys. Tačiau nacionalinė teisė „gyvena“ tam tikroje ekstranacionalinėje – taip pat ir teisinėje – aplinkoje. Todėl nacionalinės teisės ir jai poveikį darančių ekstranacionalinių veiksnių [1] santykiai visuomet yra problemiški. Nacionalumas suponuoja autonomiją, autonomiją nuo ekstranacionalinio teisinio poveikio taip pat. Tačiau taip, kaip teisės autonomija nereiškia jos visiško izoliuotumo nuo socialinio, politinio, ekonominio, psichologinio ir kitų kontekstų, taip ir nacionalinės teisės autonomija nesuponuoja jos atsiribojimo nuo tarptautinės teisinės aplinkos tuo atžvilgiu, kad iš esmės bet kokie didesni nacionalinio teisinio reguliavimo nuokrypiai nuo tarptautinės teisinės bendruomenės (čia sąvoka „tarptautinė teisinė bendruomenė“ vartojama plačiausia prasme) pripažįstamų ir palaikomų standartų negali neprovokuoti ir neišvengiamai sukelia atitinkamą tos bendruomenės reakciją, ir tai galiausiai priverčia nuo minėtų standartų nukrypusią valstybę atitinkamai pakoreguoti tą nacionalinį teisinį reguliavimą; jeigu valstybė to sistemingai nedaro, ignoruoja minėtus standartus, ji rizikuoja išstumti save už tarptautinio bendradarbiavimo ribų. Taigi teisės autonomija nuo ekstranacionalinių teisinių tvarkų nėra absoliuti; tai yra tokia autonomija, kai nacionalinė teisė, koegzistuodama su kitomis teisinėmis tvarkomis, patiria jų poveikį.

Galima išskirti (visiškai nesiekiant, kad sąrašas būtų laikomas išsamiu) tris ekstranacionalinių teisinių tvarkų poveikio nacionalinėms

teisės sistemoms dimensijas (diktuojančias ir mokslinių teisės tyrimų kryptis); jas patogumo sumetimais pavadinkime „refleksine“, „transplantacine“ ir „subordinacine“ (visi šie pavadinimai yra sukurti *ad hoc* ir konstruojant išsamesnę teoriją gali būti pakeisti geresniais). Visos nacionalinės teisės sistemos *volens nolens* daugiau arba mažiau: (i) atspindi, vadinasi, *de facto* pripažįsta kitų nacionalinių teisės sistemų egzistavimą ir paprastai jose yra nuostatų, skirtų situacijoms, kai tam tikrus joms reikšmingus santykius reguliuoja (ir) ekstranacionaliniai reguliatoriai, kuriuos jos bent formaliai vertina kaip lygiaverčius; (ii) perima ir kaip transplantus inkorporuoja (dažniausiai sąmoningai nukopijuoja, bet kai kada ir tiesiog pamėgdžioja) tam tikras kitų nacionalinių teisės sistemų nuostatas arba net didelius teisės institutus; (iii) paklūsta supranacionalinės (viršvalstybinės) teisinės tvarkos diktuojamiems imperatyvams (net tose srityse, kurių teisinis reglamentavimas tradiciškai laikomas vien valstybės vidaus reikalu, ir kuo toliau, tuo labiau) ir pripažįsta atitinkamas supranacionalines jurisdikcijas. Pirmąja iš paminėtų dimensijų yra grindžiama, be kita ko, tarptautinė privatinė teisė bei visas su skirtingos kilmės teisės (ne tik privatinės) normų konkurencija susijęs teisinio reguliavimo (ir teisinės žinijos) masyvas, anglosaksų (ypač amerikiečių) teisės tradicijoje vadinamas *conflict of laws*, terminu, kuris lietuvių kalboje dar neturi visuotinai pripažinto atitikmens [2] (pavadinimas „kolizijų teisė“ tikriausiai nebūtų pats prasčiausias); antroji dimensija (be abejo, ne tik ji) padėjo lyginamosios teisėtyros pamatus, taip pat reikšmingai padeda kurti teisinę (*inter alia,* konstitucinę) inžineriją; trečioji dimensija sietina su „tradicine“ tarptautinės ir nacionalinės teisinių tvarkų santykio problematika (ir gana ilgai buvo siejama pirmiausia su ja), tačiau susikūrus Europos Bendrijai (EB), evoliucionavusiai į Europos Sąjungą (ES), bei kitiems (ne visada analogiškiems) tarpvalstybiniams ir viršvalstybiniams dariniams, toks jos apibūdinimas būtų akivaizdžiai per siauras.

2. Lietuvai (ir ne tik jai) ES teisė, be abejo, yra viena iš svarbiausių jos turinį ir raidą lemiančių ekstranacionalinių teisinių tvarkų; kartu pažymėtina, kad Lietuvai tapus ES valstybe nare ir Konstitucijoje (jos sudedamosios dalies – konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ 2 dalyje) *expressis verbis* įtvirtinus, jog „Europos Sąjungos teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis“, bei atsižvelgiant į tai, kad Lietuva laikosi

monistinės nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio doktrinos, sąvoka „ekstranacionalinis“ šiame kontekste aiškintina kaip reiškianti ne tai, jog Lietuvos konstitucinės teisės požiūriu ES teisė esą yra tokia Lietuvoje taikoma teisė, kuri niekaip „nepersipina“ ir „nesusikerta“ su Lietuvos nacionaline teise ir yra nuo jos „dualistiškai“ atribota, bet tai, jog ES teisės, kaip supranacionalinės teisinės tvarkos [3], nuostatų *generavimo* šaltinis yra už Lietuvos valstybės ir jos institucinės sistemos ribų (tai, kad kompetentingos Lietuvos valstybės institucijos privalo *de lege ferenda* suformuluoti ir pareikšti Lietuvos valstybės nuostatą dėl kuriamos ES teisės, taip pat tai, kad tam tikri Lietuvos atstovai arba ES pareigūnai iš Lietuvos dalyvauja priimant atitinkamus sprendimus, nekeičia reikalo esmės). Lietuvos narystė ES pakeitė daug ką; mokslinių teisės tyrimų problematiką ir teisinio akademinio diskurso kryptį bei akcentus – taip pat. Todėl neturi stebinti tai, kad „subordinacinei“ ekstranacionalinės teisinės tvarkos, būtent ES teisės, poveikio Lietuvos nacionalinei teisės sistemai dimensijai šiuo metu yra skiriama ypač daug dėmesio. Iš pirmo žvilgsnio gali atrodyti, kad toks su Lietuvos teisės subordinavimu ES teisei susijusios problematikos išryškėjimas neturėtų sumažinti kitų dviejų („refleksinės“ ir „transplantacinės“) ekstranacionalinių teisinių tvarkų poveikio Lietuvos nacionalinei teisės sistemai dimensijų reikšmę, bet nuodugnesnis įsigilinimas į Lietuvos teisės mokslinės literatūros tematiką tokį įspūdį išsklaido. Reikalas tas, kad Lietuvos (kaip ir bet kurios kitos ES valstybės narės) buvimas ES teisinėje erdvėje „refleksinę“ dimensiją tarsi neįučia pakoreguoja taip, kad *svarbiausia* arba bent *daugiausia* iš to ekstranacionalinio teisinio reguliavimo, kurį būtinai turi atspindėti Lietuvos nacionalinė teisė, yra būtent ES ir kitų ES valstybių narių teisė; „transplantacinės“ dimensijos turinys taip pat negalėjo nepakisti, nes *svarbiausi* ir *gausiausi* teisiniai transplantai Lietuvos teisėje yra susiję su ES teisės „nostrifikavimu“, konkrečiai kalbant, su Lietuvos teisinės sistemos derinimu su ES teisynu rengiantis narystei ES bei *acquis communautaire* perėmimu ir su naujos ES teisės transponavimu Lietuvos teisėje. Be to, ir „subordinacinė“ dimensija, kadaise neturėjusi vienos „ašies“ (bent Lietuvos atveju), šiandien yra netekusi didelės dalies savo santykinio daugiapoliškumo ir telkiasi daugiausia apie vieno supranacionalinio darinio – ES – teisę; įvairių kitų supranacionalinių teisinių tvarkų (pvz., tokių tarpvalstybinių darinių kaip Jungtinių Tautų Organizacija

arba Europos Taryba teisinių tvarkų) Lietuvos nacionalinei teisei diktuojami imperatyvai taip pat neretai yra vertinami per šių supranacionalinių tvarkų santykių su ES teise prizmę. Todėl Lietuvos nacionalinės teisės santykio su ES teise problematiką Lietuvoje daugeliu atžvilgių šiandien galima apibūdinti kaip teisės tyrimų problematiką „Nr. 1"; yra dingsčių manyti, kad jeigu ES, kaip aktyvus ir savo kompetenciją plėsti linkęs viršvalstybinis darinys, ilgainiui ims reglamentuoti dar ir kitas, kol kas „neužvaldytas" sritis (o juk tai pamažu vyksta net baudžiamojoje bei mokesčių teisėje), atstumas tarp to „Nr. 1" ir kokio nors (arba kokių nors) „Nr. 2" tikrai nesumažės.

Lietuvos teisės ir Europos teisės santykiui Lietuvos teisės mokslinėje literatūroje skiriama vis daugiau publikacijų; teisiniai aspektai neapeinami ir tarpdisciplininio pobūdžio bei ne teisės srities (politikos mokslų, *inter alia,* tarptautinių santykių bei viešojo administravimo, taip pat ekonomikos ir kt.) Lietuvos integracijai į ES ir narystei ES skirtose publikacijose. Vis dėlto (nenorint mesti jokio šešėlio autorių nuostatoms ir išvadoms) konstatuotina, kad daugelyje tų publikacijų laikomasi išankstinės eurooptimizmo arba vadinamojo eurodraugiškumo (*euro-friendliness*) nuostatos, kai argumentai dėstomi taip, kad pagrįstų Lietuvos teisės (taip pat ir konstitucinės teisės) ir ES teisės sambūvį ir neprieštaravimą viena kitai, nes toks sambūvis neabejotinai atitinka Lietuvos pasirinktą (*inter alia,* 2003 m. gegužės 10–11 d. privalomajame referendume dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje pareikštą piliečių valią išreiškiančią) ir jos Konstitucijoje konsoliduotą valstybės geopolitinę bei geostrateginę orientaciją – dalyvavimą Europos integracijos procese. Lietuvos narystė ES vertinama kaip nekelianti *principinių* konstitucinių problemų; esą jeigu ji tokių problemų *kam nors* kelia, tai tik todėl, kad tie negausūs „abejojantieji", kurie iš tikrųjų yra Lietuvos dalyvavimo Europos integracijoje politiniai oponentai (juk jų teisiniai arba pseudoteisiniai argumentai atspindi jų politinį euroskeptiškumą), „vis glaudesnę" Europos integraciją vertina *a priori* priešiškai, taigi paviršutiniškai, o relevantiškus konstitucinius imperatyvus, pirmiausia konstitucines nepriklausomybės ir suvereniteto klauzules, interpretuoja pernelyg formaliai, tekstualiai. Kita vertus, pripažįstama, kad Konstitucijos atžvilgiu *nebuvo* paprastas pats Lietuvos *tapimas* ES valstybe nare (dėl to joks rimtesnis ginčas jau nebegali kilti, nes šiai problemai išspręsti buvo padaryta in-

tervencija į Konstitucijos tekstą), bet ši kliūtis laikoma pašalinta padarius reikiamą Konstitucijos pataisą – Konstituciją papildžius konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“; laikoma, kad Konstitucijos lygiu euroskepticizmui lyg ir nebėra dingsties. Tačiau problema yra daug sudėtingesnė.

3. Čia būtina „atskleisti kortas“ ir prisipažinti, kad šio straipsnio autorius tikrai nėra euroskeptikas ir neišpažįsta vadinamojo europriešiškumo (*euro-hostility*), priešingai, yra įsitikinęs, kad narystė ES duoda didžiulę naudą Lietuvai, ir ši nauda gali tik didėti, bent tol, kol ES neįsivyraus tendencija evoliucionuoti į ją sudarančių valstybių nacionaliniam tapatumui nejautrią ir jų konstitucines tradicijas niveliuojančią viršvalstybinę struktūrą. Verta paminėti, kad konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ preambulėje nurodyta, jog Seimas šį aktą priima ir skelbia, *inter alia,* pažymėdamas, kad ES „gerbia savo valstybių narių nacionalinį tapatumą ir konstitucines tradicijas“. ES teisės ir ES valstybių narių teisės, taip pat ir konstitucinės, sambūvis išties atitinka ir visų tų valstybių interesus; Lietuva čia nėra išimtis. Tačiau, teisės teoretiko ir konstitucionalisto žvilgsniu, Lietuvos (kaip ir beveik bet kurios kitos ES valstybės narės) konstitucinės teisės ir ES teisės santykis toli gražu nėra ir, matyt, niekada nebus neproblemiškas. Lietuvos teisės ir ES teisės santykiui (arba tam tikriems jo „šakiniams“ aspektams) skirtų publikacijų skaičiaus didėjimas, taip pat tai, kad jose paprastai yra „daug“ ES teisės ir „daug“ Lietuvos teisės, užmaskuoja tai, kad Lietuvos teisė dažnai (žinoma, ne visada!) traktuojama apsiribojant ordinarine teise, t. y. atitinkamoms teisės šakoms priskiriamu teisiniu reguliavimu; kitaip tariant, yra analizuojamas Lietuvos teisės, bet ne Lietuvos *konstitucinės* teisės ir ES teisės santykis, ir net tada, kai publikacijos yra skirtos Lietuvos *konstitucinės* teisės ir ES teisės santykiui nagrinėti, argumentavimo kryptingumą neretai grindžia toli gražu *ne konstitucionalistinis požiūris*, dar (visiškai pagrįstai) vadinamas *konstituciocentriniu*, kuris – dėl to, kad visos teisės pamatu ir teisiškumo matu laiko Konstituciją, o ne supranacionalinę teisę, be to, supranacionalinė teisė, idant būtų legitimi, pati turi būti konstituciškai sankcionuota atitinkamų valstybių – tarsi laikomas europriešišku arba bent „ne visiškai“ eurodraugišku. Nesuabsoliutinant tokio apibendrinto vertinimo būtina pasakyti, kad esama ir reikšmingų išimčių, kai konstitucionalistiniam požiūriui skiriama

kur kas daugiau dėmesio nei paprastai [4], tačiau ir jos nebūtinai visada yra laisvos nuo apriorinio (kartais ir perdėto) eurodraugiškumo, verčiančio tas teisines aplinkybes ir argumentus, kurie apsunkina ES teisės ir Lietuvos konstitucinės teisės sambūvį, arba interpretuoti taip, kad jie būtų „neutralizuoti“, arba visai ignoruoti. Žinoma, eurodraugiškumas ir net kraštutinis eurocentrizmas savaime nėra blogesnis už visokias euroskepticizmo, juo labiau atviro europriešiškumo atmainas. Bet *eurocentrizmas konstitucionalizmo sąskaita* – tai rimta problema.

4. Konstitucionalistinis požiūris yra grindžiamas pačiai konstitucijai *raison d'être* suteikiančia maksima – *idėja ir samprata*, kad konstitucija yra *supreme law of the land*, aukščiausioji šalies teisė, taigi (kaip minėta) ir visos kitos atitinkamoje valstybėje galiojančios ir taikomos teisės *teisiškumo matas*. Šią idėją galima redukuoti (žinoma, supaprastinant, bet šio straipsnio tikslas nėra būtent šios idėjos vystymas) į tris postulatus: (i) konstitucija yra viršesnė už įstatymą; (ii) teisės aktas, prieštaraujantis konstitucijai, negalioja; (iii) jeigu teisės aktas negalioja, jis neturi būti taikomas; šie postulatai iš esmės nepakito nuo J. Marshallo laikų, nors, pavyzdžiui, H. Kelseno „grynojoje teisės teorijoje“ arba A. Barako jurisprudencijoje jie patyrė tam tikrų modifikacijų [5]. Šiuo atžvilgiu konstitucionalizmas – tai konstituciocentrizmas, visos teisės orientavimas į *Grundnorm*.

Toks konstitucinės teisės problemų nagrinėjimas (taip pat ir santykio su ES teise ir apskritai su įvairiais ekstranacionaliniais veiksniais kontekste), kai yra nepaisoma minėtos svarbiausios konstitucionalizmo maksimos arba kai ši maksima yra traktuojama *tik kaip viena* iš tokių „taisyklių“, kurias, derinant supranacionalinę ES teisę ir nacionalinę teisę, galbūt reikia pakoreguoti (vadinasi, šios dvi teisės sistemos ne tiek derinamos, kiek nacionalinė teisė „priderinama“ prie supranacionalinės ES teisės), ne tik ištrina konstitucionalizmo elementą iš tiriamo objekto, bet ir atima svarbiausią argumentą, grindžiantį pačios ES ir jos teisės legitimumą, nes, griežtai kalbant, Europos integracija ir su ja susijęs ES teisės supranacionalumas yra įmanomi *tik dėl to, kad tą leidžia valstybių narių konstitucijos*.

5. Konstitucionalistiniu požiūriu didžiausia problema yra ta, kad susiduriama su tai, ką galima pavadinti *viršenybių konkurencija*. ES teisė postuluoja *savo* viršenybę valstybių narių nacionalinės teisės atžvilgiu; iš tikrųjų, Europos integracijos *conditio sine qua non* – teisinė in-

tegracija. ES teisės viršenybė ES valstybių narių nacionalinės teisės atžvilgiu – vienas iš svarbiausių Europos integracijos ramsčių, kartu – ir monistinis principas, įtvirtintas Europos Bendrijų Teisingumo Teismo (ETT) jurisprudencijoje. Kita vertus, ES valstybių narių konstitucijos postuluoja *savo* viršenybę; maža to, kai kurių valstybių konstituciniams teismams teko tirti, ar ES pirminės teisės aktai yra suderinami su jų konstitucijomis, ir tolesnė Europos integracija tapo įmanoma tik padarius atitinkamas korektyvas tose konstitucijose. Tokia viršenybių konkurencija gali vesti į konfrontaciją, bet ši konfrontacija akivaizdžiai kirstųsi su ES valstybių narių politinių bendruomenių (ir institucijų) daug kartų pareikštomis ir patvirtintomis glaudesnės integracijos aspiracijomis. Vadinasi, būtina rasti *teisinį* šių konkuruojančių viršenybių sambūvio algoritmą, tokį teisinį *modus vivendi*, kad ir atitinkamų valstybių konstitucijomis kaip aukščiausiąja teise grindžiamos nacionalinės teisės sistemos, ir ES teisė, kuri neabejotinai yra Europos integracijos pagrindas ir priemonė, galėtų „išsaugoti veidą“. *Tokio algoritmo kol kas nepavyko rasti*.

Dar daugiau, buvo nueita ne šio algoritmo paieškų, o jo būtinumo atmetimo (arba nepripažinimo) keliu: buvo pabandyta modifikuoti pačią konstitucijos sampratą. Būtent taip galima įvertinti nepavykusį Sutarties dėl Konstitucijos Europai eksperimentą, metusį bene rimčiausią iššūkį konstitucionalistiniam požiūriui. Konstitucionalizmas ligi tol reiškė (kaip minėta, ir šiuo metu reiškia) konstituciocentrizmą, nacionalinės konstitucijos percepciją kaip aukščiausios galios teisės šaltinio, kuriam yra subordinuoti visi kiti teisės šaltiniai. Be to, jokių kitokių, „nenacionalinių“, konstitucijų iki tol nė nebuvo, nėra ir dabar (neminint federacijų narių konstitucijų, savo ruožtu subordinuotų federalinei konstitucijai). Jeigu konstitucija yra aukščiausioji šalies teisė (juk atmetus šią maksimą nebelieka konstitucionalizmo), tai „Konstitucijos Europai“ atveju *šalies* nėra. Tokiomis aplinkybėmis termino „konstitucija“ iškėlimas nestokoja tam tikro konfrontacinio potencialo. Tiesa, minėtos sutarties pavadinimas, pavartojus žodžius „Konstitucija Europai“, o ne „Europos Konstitucija“ (nors būtent taip šis aktas dažniausiai buvo vadinamas rutiniškame viešajame diskurse), tarsi turėjo nuteikti, jog tai ne konstitucija, bet tarptautinė sutartis (beje, Lietuvos Respublikos Seimas ją ratifikavo būtent kaip „eilinę“ tarptautinę sutartį, o ne derinosi prie Konstitucijoje nustatytos Konstitucijos kei-

timo tvarkos). Konstitucija ji galėjo būti laikoma tik šiam žodžiui suteikus pačią bendriausią prasmę – „akto, kuriuo kas nors *įsteigiama*“, nes ši tarptautinė sutartis turėjo *tarsi iš naujo įsteigti* ES, supaprastindama pernelyg gremėzdiška tapusią ES pirminę teisę ir įtvirtindama naujus ES valstybių narių integracijos instrumentus. Beje, žodžio „konstitucija“ vartojimą bendriausia prasme praktikuoja įvairios eurocentristinės koncepcijos, pavyzdžiui, „trijų žmogaus teisių konstitucionalizavimo lygmenų“ teorija, pagal kurią žmogaus teisės Europoje yra „konstitucionalizuotos“ nacionaliniu, Europos Tarybos (apimančiu Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją ir Europos Žmogaus Teisių Teismo (EŽTT) jurisprudenciją) ir ES (apimančiu, *inter alia,* Pagrindinių teisių chartiją) lygmenimis, tarsi antrojo ir trečiojo „lygmenų“ *nevadinimas* „konstituciniais“ juos sumenkintų. Be abejo, pastangos konsoliduoti ES pirminę teisę ir reformuoti ES institucinę sistemą (atsižvelgiant, be kita ko, į labai padidėjusį ES valstybių narių skaičių) yra suprantamos ir turi būti deramai vertinamos, tačiau jų produktas nebūtinai vadintinas „konstitucija“, kaip (prisiminus žinomą H. L. A. Harto palyginimą) orlaivis nebūtinai vadintinas „laivu“. „Konstitucijos Europai“ iniciatyvai nepaveikus Prancūzijos ir Nyderlandų rinkėjų, ES pirminės teisės pervadinimas „konstitucija“ ir su tuo susijęs neišvengiamas konstitucijos sampratos transformavimas į kažką, kas taip ir nebuvo niekur apibrėžta, neįvyko; neįsigaliojusią Sutartį dėl Konstitucijos Europai pakeitusioje Lisabonos sutartyje (kuri šio straipsnio rašymo metu dar nėra tapusi galiojančia teise) šio terminijos pakeitimo nebėra. Bet vargu ar pagrįstos abejonės, kad prie to kada nors kokia nors dingstimi bus grįžta. Konstitucionalistinio požiūrio išplovimas iš teisinio eurodiskurso nėra išbrauktas iš darbotvarkės, jis tik nukeltas į ateitį, galbūt nelabai artimą. O jeigu taip, dar yra laiko minėto konkuruojančių viršenybių sambūvio teisinio algoritmo paieškoms. Šios paieškos vyksta. Čia labai padeda tai, kas kartais vadinama teismų dialogu arba „bendradarbiaujančiu konstitucionalizmu“ [6]. Kita vertus, minėtas dialogas vyksta ne vykdant kokią nors politinę „programą“, jis nėra „centralizuota“ veikla, kuri nors kiek primintų Europos konstitucionalizavimo kampaniją su ją lydėjusiu smegenų plovimu ir net atviru spaudimu, ką jau kalbėti apie įvairių politinių arba su propagandos finansavimu susijusių svertų naudojimą. Toliau bus bandoma parodyti, kiek šia – sambūvio algoritmo paieškų – link-

me yra pažengusi Lietuva ir jos oficiali konstitucinė doktrina; nors Lietuva yra viena iš ES naujokių, taigi ir jos oficiali konstitucinė „eurodoktrina“ negali prilygti (nei apimtimi, nei problematikos platumu) tokių valstybių, kaip, pavyzdžiui, Prancūzija arba Vokietija, oficialioms konstitucinėms „eurodoktrinoms“, jos patirtis šioje srityje taip pat gali būti įdomi, o gal net šiek tiek pamokoma.

6. Tose valstybėse, kuriose veikia teisės aktų konstitucingumo patikros mechanizmai (šiandien Europoje yra labai nedaug valstybių, kuriose tokia patikra būtų negalima), konstitucinė teisė yra jurisprudencinė teisė. Teisės aktų konstitucingumo patikrą atlieka konstituciniai teismai. Tirdami teisės aktų atitiktį konstitucijai, jie aiškina konstituciją ir formuoja oficialią (nes teisiškai galutinę ir nepaneigiamą) konstitucinę doktriną; taigi konstitucijos aiškinimas, nors atitinkamoje konstitucijoje nepaminėtas *expressis verbis*, yra imanentinė konstitucinės kontrolės funkcija. Konstitucinių teismų sprendimų, kad tam tikras ordinarinis teisinis reguliavimas prieštarauja konstitucijai, galią galima įveikti tik vienu būdu – priimant atitinkamą konstitucijos pataisą. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo (įsteigto 1993 m.) veikla labai prisidėjo kuriant naują (šiai valstybei) konstitucinės teisės paradigmą, kurioje konstitucinė teisė teturi du šaltinius: Konstituciją „siaurąja prasme“ (t. y. „pradinį“ konstitucinį dokumentą su vėlesnėmis pataisomis) ir Konstitucinio Teismo aktus, kuriose aiškinamos Konstitucijos nuostatos. Konstitucinio Teismo aktai, *inter alia,* juose išdėstyti konstituciniai argumentai, atlieka (netiesiogiai) ir reguliacinę funkciją. Konstitucija aiškinama remiantis jos pačios logika, be kita ko, naujose konstitucinės justicijos bylose reinterpretuojant jau turimą oficialią konstitucinę doktriną. Ši doktrina saisto ir patį Konstitucinį Teismą. Oficiali konstitucinė doktrina niekuomet nebūna (ir negali būti) „baigta“, ji visuomet yra fragmentiška, nes naujose konstitucinės justicijos bylose Konstituciniam Teismui reikia atskleisti jo jurisprudencijoje iki tol dar neaptartus konstitucinio reguliavimo aspektus. Todėl niekuomet nėra „baigta“ ir konstitucinio lygmens nuostatų visuma; konstitucinės teisės jurisprudencinio plėtojimo („byla po bylos“) galimybės yra iš esmės begalinės. Ypač pabrėžtina tai, kad konstitucinio reguliavimo turinį lemia ne žemesnės teisinės galios aktų nuostatos, bet pačios Konstitucijos nuostatų vidinė logika ir jų tarpusavio sąsajos. Todėl Konstitucija nėra aiškinama remiantis įstatymais arba

poįstatyminiais teisės aktais, t. y. ordinarinės (o ne aukščiausiosios – konstitucinės) teisės aktais, nes bet kuris ordinarinės teisės aktas pats gali tapti teisminės konstitucingumo patikros dalyku. Konstitucinė patikra yra ne kas kita, o teisiškumo testas ordinarinės teisės aktui; neišlaikęs šio testo ordinarinės teisės aktas netenka teisiškumo ir yra išimamas iš teisinės apyvartos. Konstitucinės ir ordinarinės teisės atskyrimo principas gali būti išvestas iš universalaus H. Kelseno „normų piramidės", grindžiamos *Grundnorm* ir normų hierarchijos idėja, modelio, pagrindžiančio konstitucinę kontrolę *par excellence* (nors, kaip gerai žinoma, teisės aiškinimo aktų priskyrimo teisei klausimu H. Kelseno nuomonė buvo daugiau negu skeptiška; pasakykime ir tai, kad valstybių nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio klausimu didžiojo konstitucinės kontrolės teoretiko požiūris taip pat labai skiriasi nuo kai kurių konstitucinių teismų nuostatų).

7. Minėta, kad Lietuvos teisinė sistema grindžiama monistiniu požiūriu į tarptautines sutartis (ir apskritai supranacionalinę teisę). Pagal Konstituciją Konstitucinis Teismas atitikties Konstitucijai aspektu gali kontroliuoti ne tik nacionalinius (Seimo, Vyriausybės, Respublikos Prezidento) teisės aktus, bet ir tarptautines sutartis. Tačiau tarptautinių sutarčių atžvilgiu Konstitucinis Teismas įgyvendina ne tolesnę, bet išankstinę konstitucinę kontrolę, pateikdamas atitinkamą išvadą (Konstitucijos 105 straipsnio 3 dalis); remdamasis Konstitucinio Teismo išvadomis, nurodytus klausimus galutinai sprendžia Seimas (107 straipsnio 3 dalis). Tačiau tarptautinių sutarčių vėlesnės kontrolės įgyvendinimo galimybė nėra visiškai paneigta, nes Konstituciniame Teisme gali būti ginčijamas jau įsigaliojęs įstatymas, kuriuo buvo ratifikuota tarptautinė sutartis; galima kelti klausimą, ar, tarkime, Seimo išleistas aktas, kuriuo ratifikuojama tarptautinė sutartis, Konstitucinio Teismo pripažinta prieštaraujančia Konstitucijai, negalėtų būti ginčijamas Konstituciniame Teisme ir pripažįstamas antikonstituciniu. 1969 m. Vienos konvencijos dėl sutarčių teisės požiūriu toks aktas keltų problemų, tačiau Konstitucijos viršenybės požiūriu negalima paneigti Konstitucinio Teismo kompetencijos tokį hipotetinį Seimo aktą tirti ne tik pagal formą arba Konstitucijoje nustatytą priėmimo, pasirašymo, paskelbimo ir įsigaliojimo tvarką, bet ir pagal turinį.

Kadangi pagal Konstituciją tarptautinės sutartys gali būti kontroliuojamos jų atitikties Konstitucijai aspektu, todėl taip, kaip Konstitucija nėra aiškinama remiantis įstatymais arba poįstatyminiais teisės aktais, kurie patys gali tapti konstitucinės patikros dalyku, vienokia arba kitokia Konstitucijos nuostatų samprata negali būti pagrįsta ir Lietuvos Respublikos sudarytomis ir Seimo ratifikuotomis tarptautinėmis sutartimis, nes jų teisinė galia taip pat yra žemesnė negu Konstitucijos. Paminėtina, kad pagal keliolika metų gyvuojančią (ir vis patvirtinamą) oficialią konstitucinę doktriną Seimo ratifikuotos Lietuvos Respublikos tarptautinės sutartys turi įstatymo galią [7]. Paminėtina ir tai, kad Lietuvos Respublikos Konstituciniam Teismui teko tirti net Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos ir jos protokolų atitiktį Konstitucijai (prieš juos ratifikuojant Seime); Konstitucinis Teismas 1995 m. sausio 24 d. pateikė išvadą [8], kad Konvencijos 4, 5, 9, 14 straipsniai ir šios Konvencijos Ketvirtojo protokolo 2 straipsnis neprieštarauja Konstitucijai (Konstitucijos ir Konvencijos tekstų neatitikimai buvo įvertinti kaip formuluočių, bet ne prasmės, neatitikimai).

8. Aptartasis konstituciocentrinis modelis nuosekliai įrodomas teorinio argumentavimo keliu, tiesą sakant, atsiribojus nuo neteisinių ir nenormatyvinių argumentų, koks nors kitoks *normatyvinis* teisės normų hierarchijos modelis vargu ar apskritai yra galimas. Vis dėlto minėtas modelis yra kvestionuojamas ir jam teikiamos alternatyvos; viena vertus, tai daro įvairios deskripcija besiremiančios koncepcijos, sociologiškai konstatuojančios ne hierarchinę, bet tinklinę teisės struktūrą (pvz., įvairios teisinio pliuralizmo mokyklos, realiai veikiančią teisę apibūdinančios kaip internetą primenančią ryšių sistemą); kita vertus, minėtas hierarchinis normatyvinis modelis ginčijamas remiantis vertybinėmis nuostatomis, postuluojant, kad jeigu Konstitucijos interpretavimas kaip *vienintelės* aukščiausiosios teisės yra kliūtis siekti tam tikrų socialiai reikšmingų tikslų (nagrinėjamu atveju – Europos teisinės integracijos, kuri, kaip minėta, yra Europos integracijos pagrindas ir priemonė), tai toks interpretavimas yra „pasenęs“ ir taisytinas. Bet nė viena iš šių alternatyvių nuostatų nė nebando *įveikti* konstituciocentrinės – jos ją iš esmės atmeta. Tuo tarpu Lietuvoje ir kai kuriose kitose panašios istorinės patirties šalyse, XX a. pabaigoje patyrusiose „konstitucinį renesansą“, konstituciocentrinę nuostatą stiprina

ir įvairūs neteisiniai (psichologiniai, politiniai ir kt.) veiksniai. Valstybingumo atkūrimas po penkerių sovietų okupacijos paneigto valstybingumo, deklaratyvios įstatymo (ne teisės!) viršenybės ir fasadinio, kamufliažinio, fiktyvaus konstitucionalizmo (taigi pseudokonstitucionalizmo) dešimtmečių lėmė didelį *autentiškos* teisės ir jos viešpatavimo lūkestį. O autentiška teisė neįsivaizduojama be autentiškos konstitucijos (net jeigu joje gausu transplantų, jie yra importuoti laisva valia, o ne primesti). Todėl tokiose valstybėse (bet ne tik jose) konstitucinių teismų nuostata dėl konstitucijų ir ES teisės santykio, beje, suformuluota dar iki joms tampant ES valstybėmis narėmis, iš esmės vienareikšmė: ES teisė neturi aukštesnės galios už nacionalines konstitucijas. Ne nacionalinės konstitucijos viršenybe grindžiamoje sistemoje konstitucinis teismas prarastų savo *raison d'être*. Konstitucionalistiniu požiūriu, nacionalinė *konstitucinė tvarka yra pirminė, ES teisė – išvestinė*; tai, beje, paaiškina, kodėl kai kurių Europos valstybių konstituciniams teismams teko tirti būtent Europos sutarčių atitiktį nacionalinėms konstitucijoms, o ne atvirkščiai, nepaisant pernelyg dažnai kartojamo ES teisės viršenybės net nacionalinių konstitucijų atžvilgiu postulato, kuris grindžiamas nelogiška premisa, esą gali būti ir kažkas aukštesnio už tai, kas šiaip jau yra visų aukščiausia, nes viską sankcionuoja: juk jeigu kokia nors Europos supranacionalinės teisės viršenybė apskritai įmanoma (pvz., ES teisės aktų prieš nacionalinius įstatymus arba poįstatyminius teisės aktus), tai tik remiantis nacionalinėmis konstitucijomis, kurios tą viršenybę sankcionuoja, vadinasi, gali tą sankciją ir atšaukti [9]. Žinoma, narystė ES šią nuostatą galėjo pakeisti (kai kur ir šiek tiek pakeitė), tačiau jos konfrontacinis potencialas – tačiau ne europriešiškumas! – taip pat aiškiai matomas.

9. Konstitucionalistiniu požiūriu ES valstybių narių konstitucijų ir ES teisės sambūvio algoritmas negali būti grindžiamas nacionalinės konstitucinės tvarkos subordinavimu ES teisei, juo labiau besąlygišku; tokiam požiūriui konstituciniai teismai priešinosi ir priešinasi [10]. Todėl nėra netikėti Lenkijos Konstitucinio Tribunolo bei Vokietijos Federalinio Konstitucinio Teismo 2005 m. priimti sprendimai, faktiškai antikonstituciniu tose valstybėse pripažinę (tam tikra apimtimi ir su išlygomis) Europos arešto orderį (formaliai – atitinkamas nacionalinių įstatymų nuostatas) [11]. Beje, nei Lenkijos Konstitucinio Tribunolo, nei Vokietijos Federalinio Konstitucinio Teismo ankstes-

nė jurisprudencija neduoda dingsties šiuos konstitucinius teismus laikyti europriešiškais. Veikiau šie konstitucinių teismų sprendimai rodo, kad dviejų teisės sistemų – nacionalinių konstitucinių tvarkų ir ES teisės – koegzistavimas yra itin sudėtingas ir nepaklūsta politinės aplinkos palaikomam ir primygtinai diegiamam stereotipui, esą ES teisė yra viršesnė už nacionalines konstitucijas.

Konstituciocentrinė nuostata taip pat nereiškia, kad ES valstybių narių konstitucijos ir jas aiškinantys bei jų viršenybę ginantys tų valstybių konstituciniai teismai yra kliūtis gilesnei Europos integracijai, taip pat ir teisinei. Konstitucionalizmas nėra neracionalus; taigi jis nėra neracionalus ir tuo atžvilgiu, kad paneigtų gyvenimo diktuojamas ekonomines ir politines aspiracijas, kitus neteisinės kilmės imperatyvus, taip pat gilesnės europinės integracijos lemiamą būtinumą vienodinti valstybių teisę, galbūt netgi konstitucinę, taip, kad nacionalinė teisė artėtų prie tam tikrų supranacionalinių (šiuo atveju ES) standartų, o ne atvirkščiai. Antai kai kurioms valstybėms (pvz., Vokietijai) po ETT sprendimų yra tekę koreguoti savo Konstituciją, bet tai buvo daroma nepaneigiant valstybės suvereniteto (juolab kad ETT, konstatavęs, kad tam tikras nacionalinėje konstitucijoje įtvirtintas reguliavimas neatitinka Europos pirminės teisės, atitinkamų nuostatų nepanaikino). Europos integracija yra pirmiausia politinių, tik po to teisinių sprendimų rezultatas. Tad ES valstybės narės gali politiškai apsispręsti, net susitarti savo teisines sistemas, neišskiriant nė konstitucijų, unifikuoti taip, kad nebūtų jokių prielaidų joms neatitikti ES teisės – ne tik pirminės, bet ir antrinės. Bet ir toks unifikavimas, kuris, kaip žinoma, dar netapo tikrove, negali neturėti konstitucinės „sankcijos“, t. y. jis negali nebūti grindžiamas nacionalinių konstitucijų nuostatomis.

Tokiomis aplinkybėmis ES valstybių narių konstitucinių teismų jurisprudencijoje formuojamai oficialiajai konstitucinei doktrinai būtina ieškoti tokio nacionalinės konstitucinės tvarkos koegzistavimo su europine supranacionaline teisine tvarka pagrindimo, kad nacionalinės konstitucijos, kaip tų valstybių aukščiausioji teisė, neprarastų savo savasties, tačiau ir nebūtų kliūtis Europos teisinei integracijai.

10. Užbėgant už akių įvykių chronologijai (arba ją visai sujaukiant), reikia pasakyti, kad Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas savo nuostatą dėl ES teisės santykio su Konstitucija išdėstė Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarime [12] (ir pakartojo

2006 m. gruodžio 21 d. nutarime [13] bei 2007 m. gegužės 8 d. sprendime [14]). Čia „sukonstruotas“ ES teisės ir Lietuvos konstitucinės teisės sambūvio *algoritmas*, kuris, viena vertus, pripažįsta politines realijas, susijusias su gilesnės europinės integracijos siekiu, ir neužkerta kelio atitinkamiems teisiniams procesams, kita vertus, neaukoja Konstitucijos viršenybės ir iš jos kylančios visų teisės aktų hierarchijos. Minėtą algoritmą iliustruoja šios Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimo doktrininės nuostatos:

1) „[S]ava valia prisiimtų tarptautinių įsipareigojimų laikymasis, pagarba visuotinai pripažintiems tarptautinės teisės principams (taip pat ir *pacta sunt servanda* principui) yra atkurtos nepriklausomos Lietuvos valstybės teisinė tradicija ir konstitucinis principas.“
2) „[D]oktrininė nuostata [kad Seimo ratifikuotos tarptautinės sutartys įgyja įstatymo galią] negali būti aiškinama kaip reiškianti, esą Lietuvos Respublika gali nesilaikyti savo tarptautinių sutarčių, jeigu jos įstatymuose ar konstituciniuose įstatymuose yra nustatytas kitoks teisinis reguliavimas negu nustatytasis tarptautinėmis sutartimis. Priešingai, Konstitucijoje įtvirtintas principas, kad Lietuvos Respublika laikosi sava valia prisiimtų tarptautinių įsipareigojimų, gerbia visuotinai pripažintus tarptautinės teisės principus, suponuoja tai, kad tais atvejais, kai nacionaliniuose teisės aktuose (*inter alia* įstatymuose ar konstituciniuose įstatymuose) nustatomas toks teisinis reguliavimas, kuris konkuruoja su nustatytuoju tarptautinėje sutartyje, turi būti taikoma tarptautinė sutartis.“
3) „Pagal Konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje“ 2 dalį Europos Sąjungos teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis; jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, Europos Sąjungos teisės normos taikomos tiesiogiai, o teisės normų kolizijos atveju jos turi viršenybę prieš Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus. [...] Taigi Konstitucijoje ne tik yra įtvirtintas principas, kad tais atvejais, kai nacionalinis teisės aktas nustato tokį teisinį reguliavimą, kuris konkuruoja su nustatytuoju tarptautinėje sutartyje, turi būti taikoma tarptautinė sutartis, bet ir – Europos Sąjungos teisės at-

> žvilgiu – yra *expressis verbis* nustatyta kolizijos taisyklė, įtvirtinanti Europos Sąjungos teisės aktų taikymo pirmenybę tais atvejais, kai Europos Sąjungos teisės nuostatos, kylančios iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, konkuruoja su teisiniu reguliavimu, nustatytuoju Lietuvos nacionaliniuose teisės aktuose (nesvarbu, kokia jų teisinė galia), išskyrus pačią Konstituciją."

Papildomai pagrindžiant šią nuostatą galima pasakyti, kad pagal Konstitucijos 7 straipsnio 1 dalį negalioja joks įstatymas arba kitas aktas, priešingas Konstitucijai. Nėra jokio pagrindo teigti, esą pacituotoje konstitucinio akto „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje" nuostatoje sąvoka „kiti teisės aktai" apima *ir* Lietuvos Respublikos Konstituciją. Konstitucijos 7 straipsnis yra jos I skirsnyje, o šio skirsnio nuostatos gali būti keičiamos tik referendumu. Šis itin aukštas konstitucinės apsaugos lygis reiškia, kad tol, kol Konstitucijos 7 straipsnio 1 dalis nebus pakeista referendumu, apie Europos teisės viršenybę nacionalinės Konstitucijos atžvilgiu *teisiškai* nėra dingsties samprotauti. O tikėtis, kad kada nors įvyktų toks referendumas, kuriame ši nuostata būtų pakeista taip, kad Konstitucijos viršenybės būtų atsisakyta, visiškai nerealu.

Šitoks kolizijos klauzulės aiškinimas siekia mažinti ES teisės koegzistavimo su Lietuvos nacionaliniais teisės aktais konfliktiškumą. Be to, minėtas kolizijos klauzulės aiškinimas yra ir Konstitucinio Teismo „pareiškimas" apie paradigmą, kurioje bus toliau plėtojama oficiali konstitucinė doktrina, o politinio ir akademinio diskurso atžvilgiu – ir postūmis ten ilgą laiką dominavusią *teisės aktų galių konkurencijos paradigmą keisti teisės aktų taikymo konkurencijos paradigma*. Nežinia, ar ši dviejų konkuruojančių (o ne „lygiagrečių") teisės sistemų koegzistavimo vienoje teisinėje erdvėje paradigma gali tapti pagrindu stokojamam „universaliam" algoritmui. Tačiau atitinkamos Lietuvos Respublikos Konstitucijos nuostatos yra suformuluotos taip, kad Lietuvos konstitucinė teisė, vadinasi, ir Lietuvos ordinarinė teisė, nuo šio Konstitucinio Teismo nutarimo įsigaliojimo dienos turės būti grindžiama būtent šia – teisės aktų taikymo konkurencijos – paradigma, kurioje yra *aktualizuojamas ES teisės aktų taikymo prioritetas, o jų didesnės arba mažesnės nei Lietuvos teisės aktų teisinės galios klausimas yra nerelevantiškas*.

11. Aukščiau minėtą konstituciocentrinės nuostatos konfrontacinį potencialą mažina ir konstitucinių teismų (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo taip pat) sukaupta atsižvelgimo į įvairius ekstranacionalinius veiksnius aiškinant konstitucijas patirtis. Nė vienos Europos valstybės konstitucinis teismas neišpažįsta radikalios izoliacionistinės nuostatos, būdingos kai kuriems JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjams, esą savos teisės, juo labiau Konstitucijos, nuostatų gretinimas su kitų valstybių teise prilygsta „užsieniečio aiškintojo" įsileidimui į savo teisės sistemą. Europos konstitucionalizme lyginamasis teisės aiškinimo metodas yra pripažintas; Lietuva nenukrypsta nuo šios bendros tendencijos. Konstituciniam Teismui, sprendžiančiam dėl teisės aktų konstitucingumo ir oficialiai aiškinančiam Konstituciją, įtaką daro įvairūs ekstranacionaliniai teisiniai veiksniai, t. y. nenacionalinės kilmės teisės aktai – tarptautinės sutartys (nebūtinai tik tos, kurių dalyvė yra Lietuva), supranacionalinių (tarptautinių) teismų jurisprudencija, kitų valstybių nacionaliniai teisės aktai (įskaitant konstitucijas) ir šių kitų valstybių teismų jurisprudencija.

1992 m. Lietuvos Respublikos Konstitucija nebuvo rengiama skyrium nuo tarptautinio konteksto, atskiri institutai buvo modeliuojami pagal tam tikrus užsienio valstybių bei tarptautinių teisės aktų pavyzdžius. Kai kurios Konstitucijos nuostatos, tęsiant šalies konstitucinę tradiciją, buvo (šiek tiek modifikavus) perkeltos iš prieškario konstitucijų, bet ir ano meto konstitucijos buvo rengiamos remiantis ir kitų šalių pavyzdžiu. Konstituciniai skoliniai yra paplitę visame pasaulyje. Todėl nebūtų tikslu teigti, kad aiškinant Konstituciją galima (arba reikia) visai ignoruoti tai, kaip klausimai, analogiški tiems, kuriuos sprendžia Konstitucinis Teismas, yra sprendžiami kitose šalyse bei tarptautiniu mastu. Kitomis progomis esu rašęs apie tai, kaip Konstitucinis Teismas savo jurisprudencijoje atsižvelgia į EŽTT bei (rečiau) kitų valstybių konstitucinių teismų jurisprudenciją (neretai ir tiesiogiai cituoja relevantiškus aktus) [15]. Čia paminėsiu tik tai, kad nors, kaip minėta, tarptautinėse sutartyse nustatytas reguliavimas savaime negali būti argumentas aiškinant Konstitucijos nuostatų turinį, Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos bei ją aiškinančios EŽTT jurisprudencijos atžvilgiu Konstitucinis Teismas pritaikė šiek tiek kitokią formulę: dėl priežasčių, kurios jau buvo aprašytos, vengdamas įvardyti Konvenciją kaip Lietuvos konstitucinės teisės šal-

tinį, Konstitucinis Teismas suformulavo nuostatą, jog „Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija, kaip teisės aiškinimo šaltinis, yra aktuali ir Lietuvos teisės aiškinimui bei taikymui“ [16]. Taigi nors EŽTT jurisprudencija (kartu – ir Konvencija) pagal oficialiąją konstitucinę doktriną ir susiformavusią konstitucinės teisės, kaip aukščiausiosios teisės, paradigmą nėra Lietuvos *konstitucinės teisės* šaltinis, ji pripažįstama Lietuvos *konstitucinės teisės aiškinimo* šaltiniu. Toks Konvencijos „statuso“ įtvirtinimas reiškia ir Konstitucinio Teismo „tylų“ įsipareigojimą kiekvienoje byloje, kurioje nagrinėjamas klausimas priklauso ir Konvencijos reguliavimo sričiai ir dėl kurio esama relevantiškos EŽTT jurisprudencijos, atsižvelgti į šią jurisprudenciją (tačiau apie tai nebūtina parašyti Konstitucinio Teismo nutarimo tekste).

12. Tačiau šio straipsnio dalykas – *ES* teisės poveikis Lietuvos konstitucinei teisei, kuri, kaip minėta, yra jurisprudencinė teisė. Konstitucinio Teismo aktuose į EB/ES teisę (konkrečiai, į antrinę teisę) epizodiškai buvo daromos nuorodos dar iki Lietuvai tampant ES valstybe nare. Pasak vieno iš autorių, jau tuo metu buvo galima „pastebėti, kad Europos Sąjungos teisės dimensija – vienas iš Konstitucinio Teismo vartojamų teisiškumo vertinimo matų“, tačiau „interpretuojant šalies Konstituciją jam [tuo metu teko] tik papildomo interpretavimo elemento reikšmė, Europos Sąjungos teisė [buvo] tik Konstitucinio Teismo „įkvėpimo šaltinis“; „Konstitucinis Teismas [suvokė], jog konstitucinės normos interpretuotinos atsižvelgiant į Europoje vykstantį integracinį procesą“ ir tai buvo „sąmoningos konstitucinio reguliavimo ir europinės integracijos koreliacijos paieškos“ [17].

Galima paminėti tris atvejus, kai Konstitucinis Teismas darė nuorodas į EB/ES antrinę teisę. Antai Konstitucinio Teismo 1998 m. gruodžio 9 d. nutarime [18], kuriuo prieštaraujančia Konstitucijai buvo pripažinta Baudžiamajame kodekse (BK) nustatyta mirties bausmė (už tyčinį nužudymą sunkinančiomis aplinkybėmis), *inter alia,* remiamasi Europos Parlamento 1997 m. birželio 13 d. rezoliucija, kurioje šis patvirtino „savo griežtą nusistatymą prieš mirties bausmės taikymą bet kurioje pasaulio dalyje“, pakvietė „visas šalis priimti mirties bausmės taikymo moratoriumą ir ją visiškai panaikinti“, pakvietė „tas Europos valstybes, kuriose tebėra mirties bausmė, jos nebetaikyti ir galutinai ją panaikinti visiems nusikaltimams kaip įmanoma greičiau“, ir

pareiškė manąs, kad „į mirties bausmės panaikinimą privaloma atsižvelgti visose derybose dėl narystės ir bendradarbiavimo sutarčių“. Tame Konstitucinio Teismo nutarime konstatuota, kad Europoje mirties bausmės panaikinimas tampa visuotinai pripažinta norma ir kad šiuo (t. y. nutarimo priėmimo) metu mirties bausmė nevykdoma nė vienoje Europos valstybėje. Pažymėtina, kad su prašymu ištirti šios sankcijos konstitucingumą į Konstitucinį Teismą kreipėsi ne teismai, kuriems galbūt galėjo tekti taikyti nurodytą BK nuostatą baudžiamosiose bylose, o Seimo narių grupė, Seimui stokojant absoliučiai įtikinančių argumentų, leidžiančių įstatymu panaikinti mirties bausmę, kai didžioji visuomenės dalis (sprendžiant iš visuomenės apklausų duomenų, svyruojanti tarp 70 ir 80 procentų) mirties bausmę palaikė. Nuoroda į Europos Parlamento nuostatą, ypač į tai, kad, jo manymu, į mirties bausmės panaikinimą privaloma atsižvelgti visose derybose dėl narystės ir bendradarbiavimo sutarčių, aišku, negalėjo būti lemiamas argumentas, grindžiantis sprendimą pripažinti mirties bausmę antikonstitucine; tai buvo politinės aplinkos, Lietuvai siekiant integruotis į ES, atspindys, veikiausiai turėjęs tikslą neutralizuoti mirties bausmės šalininkų eurooptimistų galimą neigiamą reakciją į tokį Konstitucinio Teismo nutarimą.

Konstitucinio Teismo 1999 m. spalio 6 d. nutarime [19], kuriame Konstitucijai neprieštaraujančiomis buvo pripažintos Telekomunikacijų įstatymo nuostatos, kuriose nustatytas penkerių metų laikotarpis (iki 2002 m. gruodžio 31 d.), per kurį nacionalinis telekomunikacijų operatorius (privatizuota nacionalinė telekomunikacijų kompanija) turi teisę būti vieninteliu bendrojo fiksuoto telefono ryšio operatoriumi ir bendrojo fiksuoto telefono ryšio paslaugų teikėju, Konstitucinis Teismas iš esmės *pasirėmė* EB/ES patirtimi liberalizuojant telekomunikacijų rinką ir citavo Europos Komisijos 1990 m. birželio 28 d. direktyvą 90/388/EEC dėl konkurencijos telekomunikacijų paslaugų rinkose, kurioje nurodyta, kad: valstybės narės privalo panaikinti visas priemones, kuriomis yra suteikiamos išimtinės teisės teikti telekomunikacijų paslaugas, įskaitant telekomunikacijų tinklų, kurių reikia tokioms paslaugoms teikti, sukūrimą ir eksploatavimą; valstybės iki 1998 m. sausio 1 d. gali palikti galioti specialiąsias ir išimtines teises balso telefonijos paslaugoms, bendrųjų telekomunikacijų tinklų kūrimui ir eksploatavimui; valstybėms narėms, kurių telekomunikacijų

tinklai yra mažiau išplėtoti, prašant šiai direktyvai įgyvendinti joms gali būti skirtas papildomas laikotarpis, ne ilgesnis kaip penkerių metų, o valstybėms, turinčioms nedidelius telekomunikacijų tinklus, šis laikotarpis gali būti ne ilgesnis kaip dveji metai, jei yra būtinas reikalingiems struktūriniams pakeitimams atlikti. Konstitucinis Teismas nurodė, kad įgyvendinant minėtąją Komisijos direktyvą EB valstybėse narėse telekomunikacijų liberalizavimas truko nuo 1990 m. iki 1998 m., ir atsižvelgė į tai, kad Komisija atskirais nutarimais Airijai, Graikijai, Portugalijai galutinį visiško telekomunikacijų liberalizavimo terminą atidėjo iki 2000 m. pabaigos, taip pat pasirėmė specialistų aiškinimu, jog Komisija, priimdama sprendimus dėl pereinamųjų laikotarpių skyrimo valstybėms narėms, atsižvelgdavo į būtinybę pakeisti esamas linijas skaitmeninėmis, suderinti telekomunikacijų operatorių teikiamų paslaugų kainas su sąnaudomis, į valstybių investavimo galimybes, į neigiamą poveikį, galintį atsirasti iš karto liberalizavus rinką ir leidus veikti kitiems operatoriams, nes, Komisijos nuomone, šios priemonės buvo būtinos siekiant sukurti gerai veikiantį konkurencijos reguliavimo mechanizmą, vienodai tinkamą tiek visuomeniniam, tiek privačiam sektoriui, atskirti telekomunikacijų paslaugų teikimo ir reguliavimo funkcijas.

Trečiojoje byloje, kurioje daroma nuoroda į EB/ES teisę, buvo ginčijama Farmacijos įstatymo nuostata, pagal kurią vaistinės savininkas galėjo būti tik asmuo, turintis aukštąjį farmacininko išsilavinimą. Konstitucinio Teismo 2002 m. kovo 14 d. nutarimu [20] ši nuostata buvo pripažinta prieštaraujančia, *inter alia,* Konstitucijos 23 straipsniui, įtvirtinančiam nuosavybės teisių gynimą ir apsaugą. Nurodytame nutarime Konstitucinis Teismas irgi pasirėmė ES (ir jos atskirų šalių) pavyzdžiu, tačiau „atvirkščiu pavyzdžiu" – teisinio reguliavimo nebuvimu. Konstitucinis Teismas pažymėjo, kad ES teisė nereglamentuoja vaistinių nuosavybės konkrečių klausimų ir leidžia valstybėms narėms pačioms spręsti, kaip reguliuoti vaistinių nuosavybės santykius. Reguliuojant farmacinę veiklą daugelyje ES valstybių narių yra nustatyta, jog vaistines gali steigti (nuosavybės teise jos gali priklausyti) tik asmenys, turintys farmacinį išsilavinimą. Kai kuriose ES valstybėse narėse vaistinės nuosavybės teise gali priklausyti ne tik asmenims, turintiems farmacinį išsilavinimą, bet ir kitiems fiziniams asmenims. Šiuo atveju Konstitucinis Teismas nuėjo kitu keliu nei daugelio ES valstybių narių

praktika, jo nuostata buvo grindžiama nacionalinės Konstitucijos nuostatomis, todėl vargu ar įtikinamai atrodo prielaida, jog „jeigu Europos Sąjungos teisėje būtų buvęs įtvirtintas vienoks ar kitoks teisinis šios problemos sprendimas, tai juo greičiausiai būtų sekęs ir Konstitucinis Teismas“ [21]. Jeigu ES antrinėje teisėje būtų nustatytas reguliavimas, tapatus tam, kuris buvo įtvirtintas Farmacijos įstatyme ir kuris šiuo metu yra nustatytas daugumoje ES valstybių, tai pirmiausia tektų kelti klausimą, ar šis reguliavimas atitiktų ES pirminę teisę ir ES valstybių narių nacionalines konstitucijas, o šiose valstybėse (aišku, turimos galvoje tos, kurios Europos teisės viršenybės nacionalinio konstitucinio reguliavimo atžvilgiu neakceptuoja arba akceptuoja su išlygomis) šiam klausimui skirtos jurisprudencijos tuo metu nebuvo.

Kita vertus, tuo metu Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje visiškai nebuvo nuorodų į ETT jurisprudenciją, tačiau bendrieji teisės principai, kaip antai proporcingumas, teisinis tikrumas, teisėtų lūkesčių apsauga, asmenų lygybė ir nediskriminavimas, taip pat principai, kuriais grindžiamas procesinių teisių įtvirtinimas (teisė būti išklausytam, teisė į gynybą, efektyvi teisminė gynyba ir kt.), ir privatumo apsauga bei kt. buvo formuluojami labai panašiai kaip ETT jurisprudencijoje. Tai rodo, kad Konstitucinis Teismas neignoravo ETT jurisprudencijos ir iš jos taip pat sėmėsi įkvėpimo, tačiau kokias nors tiesioginės nuorodas į ją vengė daryti veikiausiai dėl to, kad, Lietuvai (dar) nesant ES valstybe nare, tiesioginės sąsajos tarp šių dviejų teismų nebuvo. Padėtis neišvengiamai turėjo keistis Lietuvai tapus ES, kurios teisę aiškina ETT, valstybe nare. Be to, ETT jurisprudencijoje generuojami bendrieji teisės principai koreliuoja *mutatis mutandis* su principais, kuriamais EŽTT jurisprudencijoje. ETT jurisprudencijoje ir Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje generuojamų bendrųjų teisės principų konvergencija (ar net tapatumas) liudija ir tai, kad minėti principai, būdami autentiški ES teisės principai ir autentiški Lietuvos teisės principai, kyla iš tų pačių Europos teisinių vertybių, iš ES valstybių narių ir Lietuvos priklausymo tai pačiai teisinei civilizacijai.

13. Reikia pripažinti, kad Lietuvos *teisinis* integravimasis į ES buvo vykdomas taip atžagariai, tarsi buvo norima sudaryti prielaidas kvestionuoti tam tikrus teisnius sprendimus ir (netiesiogiai) sukompromituoti pačią Lietuvos Respublikos narystę ES. Pabrėžtina, kad už-

davinys *ex post facto* suteikti atitinkamiems sprendimams konstitucinį legitimumą teko būtent konstitucinėje jurisprudencijoje formuojamai oficialiajai konstitucinei doktrinai.

Kalbant apie tai, ypač paminėtinos kelios lakoniškos Konstitucinio Teismo 2004 m. gruodžio 13 d. ir 2006 m. gegužės 10 d. nutarimų [22] doktrininės nuostatos, konstituciškai legitimavusios (atitinkamai) patį Lietuvos Respublikos įsijungimą į ES (*inter alia,* šio įsijungimo datą) ir 2003 m. gegužės 10–11 d. vykusio privalomojo referendumo dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje rezultatus (bet ne procedūrą). (Žinoma, ne mažiau svarbus yra ir jau aprašytas Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas, kuriame buvo „sukonstruotas" ES teisės ir Lietuvos konstitucinės teisės sambūvio algoritmas.)

Nuo 2004 m. gegužės 1 d., kai Lietuva tapo ES nare, iki 2004 m. rugpjūčio 14 d., kai įsigaliojo Lietuvos Respublikos konstitucinis aktas „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje" (Konstitucijos sudedamoji dalis), buvo toks konstitucinis vakuumas, kokio, matyt, nebuvo jokioje kitoje į ES įsijungusioje valstybėje narėje, turinčioje veikiančią konstitucinės justicijos sistemą. Nors šį dalyką kažkodėl beveik visiškai apėjo viešasis diskursas, *Lietuvos Respublikos narystė ES tris su puse mėnesio stokojo eksplicitinio konstitucinio pagrindo*. Minėtas privalomasis referendumas situacijos iš esmės negalėjo pakeisti, nes jis savaime nesukūrė Konstitucijos pataisos. Tik atsitiktinumu galima vadinti tai, kad per šį trijų su puse mėnesio laikotarpį nebuvo inicijuota ir Konstituciniam Teismui neteko nagrinėti konstitucinės justicijos bylų, kuriose būtų privalu atkreipti dėmesį į šią odiozinę aplinkybę (juo labiau ja grįsti atitinkamą sprendimą) [23].

Praėjus vos keliems mėnesiams po Lietuvos įsijungimo į ES, Konstitucinis Teismas jau minėtame 2004 m. gruodžio 13 d. nutarime (priimtame konstitucinės justicijos byloje, kurioje su Lietuvos Respublikos naryste ES ar ES teise susijusių klausimų pareiškėjai tiesiogiai nė nekėlė) suformulavo (kaip *obiter dictum*) doktrininę nuostatą, kad Lietuvos Respublikos narystė ES konstituciniu aktu „Dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje" buvo konstituciškai *ne „įtvirtinta", o „patvirtinta"* [24]. Kitokiomis aplinkybėmis tokios lingvistinės formulės veikiausiai nebūtų reikėję „išrasti".

Konstitucinio Teismo 2006 m. gegužės 10 d. nutarimu prieštaraujančia Konstitucijos 14 straipsniui buvo pripažinta Vyriausiosios rinkimų komisijos įstatymo nuostata, kad vykdydama referendumus Vyriausioji rinkimų komisija organizuoja referendumo dėl Lietuvos Respublikos dalyvavimo tarptautinėse organizacijose papildomą biuletenių, kuriuose kartu su referendumo biuletenio tekstu valstybine kalba yra šio teksto vertimas į savivaldybės teritorijoje tradiciškai gausiai gyvenančios tautinės mažumos kalbą, spausdinimą, ir kad šie biuleteniai naudojami balsuojant tose referendumo apylinkėse, kuriose tradiciškai gausiai gyvena tautinė mažuma, ir balsuojant miesto, rajono paštuose. Šio Konstitucinio Teismo nutarimo motyvuojamosios dalies paskutiniame (13) punkte konstatuojama, kad ginčijamos Lietuvos Respublikos Vyriausiosios rinkimų komisijos įstatymo nuostatos buvo taikomos 2003 m. gegužės 10–11 d. vykdant privalomąjį referendumą dėl Lietuvos Respublikos narystės Europos Sąjungoje, kurio rezultatai 2003 m. gegužės 15 d. buvo oficialiai paskelbti „Valstybės žiniose" ir sukėlė teisinių padarinių, taip pat ir tai, kad šiuo Konstitucinio Teismo nutarimu Vyriausiosios rinkimų komisijos įstatymo 3 straipsnio 6 dalies (2003 m. balandžio 10 d. redakcija) ginčijamos nuostatos yra pripažintos prieštaraujančiomis Konstitucijai, savaime nėra pagrindas ginčyti minėto referendumo rezultatus arba jų sukeltus teisinius padarinius.

14. Lietuvai tapus ES valstybe nare Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje atsirado ir tiesioginių nuorodų į ETT jurisprudenciją, taip pat į Europos Bendrijų Pirmosios instancijos teismo (EPIT) jurisprudenciją. Pirmojoje byloje, kurioje padarytos tokios nuorodos, buvo ginčijamos Lietuvos nacionalinio radijo ir televizijos įstatymo nuostatos, leidusios nacionaliniam transliuotojui transliuoti komercinę reklamą. Vienu iš argumentų, tegu ir „šalutinių", buvo ETT 2003 m. liepos 24 d. sprendimas byloje *Altmark Trans GmbH ir Regierungspräsidium Magdeburg prieš Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH ir Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* [25], kuriame konstatuota, kad valstybės finansavimas operatorių, kurie teikė viešąsias paslaugas, apibrėžtas EB steigimo sutarties 86 straipsnyje, nevertintinas kaip valstybės pagalba pagal šios sutarties 87 straipsnį, jeigu yra tenkinamos, *inter alia,* šios sąlygos: šią kompensaciją gaunančiai įmonei turi būti iš tikrųjų pavesta vykdyti bendros ekonominės nau-

dos įsipareigojimus, šie įsipareigojimai turi būti aiškiai apibrėžti; parametrai, pagal kuriuos apskaičiuojama kompensacija, turi būti objektyviai ir skaidriai nustatyti iš anksto, kad kompensacija ją gaunančiai įmonei nesuteiktų ekonominės naudos, palyginti su konkuruojančiomis įmonėmis; kompensacija negali būti didesnė negu būtina su bendros ekonominės naudos įsipareigojimų vykdymu susijusioms išlaidoms visiškai arba iš dalies padengti, atsižvelgiant į su tuo susijusias pajamas ir protingą pelną iš bendros ekonominės naudos įsipareigojimų vykdymo; kompensaciją reikia nustatyti pagal išlaidas, kurių būtų turėjusi vidutinė gerai valdoma įmonė, turinti atitinkamų priemonių, kad galėtų vykdyti nustatytus bendros ekonominės naudos įsipareigojimus, atsižvelgiant į su tuo susijusias pajamas ir protingą pelną iš šių įsipareigojimų vykdymo. Tame pačiame Konstitucinio Teismo nutarime daroma ir nuoroda į EPIT 2000 m. gegužės 10 d. sprendimą *SIC-Sociedade Independente de Comunicação SA* byloje *prieš Europos Bendrijų Komisiją* [26], kuriame konstatuota, kad, siekiant nustatyti, ar tam tikros valstybės priemonės turi būti laikomos valstybės pagalba, reikia nustatyti, ar tam tikra įmonė gavo ekonominės naudos, kurios ji nebūtų gavusi esant įprastoms rinkos sąlygoms; toje byloje nagrinėtu atveju finansinė parama Portugalijos radijui ir televizijai turėjo užtikrinti, kad šis transliuotojas, kitaip nei kiti, vykdytų visuomeninę funkciją. Jau minėtu Konstitucinio Teismo 2006 m. gruodžio 21 d. nutarimu ginčijamos nuostatos (kaip nesudarančios prielaidų nukrypti nuo minėtų reikalavimų) buvo pripažintos neprieštaraujančiomis Konstitucijai.

Pabrėžtina, kad jau šiame pirmajame nutarime, kuriame tiesiogiai remiamasi ES teismų jurisprudencija, nuostata dėl EŽTT jurisprudencijos buvimo Lietuvos konstitucinės teisės aiškinimo šaltiniu buvo pritaikyta ir ETT bei EPIT sprendimams: „Konstitucinis Teismas savo nutarimuose ne kartą yra konstatavęs, kad Europos Žmogaus Teisių Teismo [...] jurisprudencija, kaip teisės aiškinimo šaltinis, yra svarbi ir Lietuvos teisės aiškinimui bei taikymui. Tai pasakytina ir apie Europos Bendrijų Teisingumo Teismo ir Europos Bendrijų Pirmosios instancijos teismo jurisprudenciją“. Šios nuostatos pakartotos Konstitucinio Teismo 2007 m. gegužės 15 d. nutarime [27].

Vėliau ES teismų jurisprudencija buvo remtasi: Konstitucinio Teismo 2007 m. kovo 20 d. nutarime [28], interpretuojant „esminį“

skirtumą tarp darbuotojų, dirbančių pagal samdos (darbo) sutartis, ir asmenų, kurie dirba valstybės tarnyboje – yra ES valstybių narių valstybės tarnautojai [29]; jau minėtame 2007 m. gegužės 15 d. nutarime, kuriame buvo sprendžiama dėl slaptos informacijos neatskleidimo teisiamajam konstitucingumo (*inter alia,* tada, kai tai susiję su kova su terorizmu) [30]; 2007 m. lapkričio 29 d. nutarime [31], priimtame byloje, kurioje buvo ginčijamos Juridinių asmenų pelno mokesčio įstatymo nuostatos, tariamai nustačiusios *ex post facto* apmokestinimą [32]; 2008 m. vasario 20 d. nutarime [33], interpretuojant reikalavimus teisininko profesinei kvalifikacijai (ir jos pripažinimui) [34]. Be to, Konstitucinio Teismo 2008 m. sausio 22 d. nutarime [35], priimtame byloje, kurioje buvo ginčijamos priėmimo į valstybės tarnautojo pareigas tvarkos nuostatos, pagal kurias nebuvo fiksuojama priėmimo egzamino eiga (toks teisinis reguliavimas buvo pripažintas prieštaraujančiu Konstitucijai), buvo konstatuota, kad „skaidrumo principas yra svarbus Europos Sąjungos teisės principas, įtvirtintas *inter alia* Europos Bendrijų Teisingumo Teismo jurisprudencijoje“ (tačiau konkrečių nuorodų į ES teismų sprendimus nepateikta).

Turint galvoje, kad Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas (taip pat ir dėl to, kad Lietuvoje kol kas nėra individualaus kreipimosi į Konstitucinį Teismą (konstitucinio skundo) instituto) per metus priima nuo 20 iki 40 baigiamųjų aktų (įskaitant sprendimus, kuriais atsisakoma nagrinėti prašymą arba nutraukiama pradėta teisena), toks nuorodų į ES teismų jurisprudenciją „dažnumas“ laikytinas dideliu. Kita vertus, nė viename iš nurodytų Konstitucinio Teismo nutarimų ES teisė (ir ją aiškinanti jurisprudencija) nėra iškeliama virš Konstitucijos; tai veikiau įrankis, leidžiantis aiškinti Lietuvos konstitucines nuostatas *matant kuo platesnį jų galiojimo ir taikymo kontekstą*.

15. Atskiro dėmesio nusipelno ir pirmasis (kol kas vienintelis) Konstitucinio Teismo kreipimasis į ETT prašant pateikti prejudicinį sprendimą. Iki tol klausimas, ar Konstitucinis Teismas turėtų būti laikomas galutinės instancijos teismu, turinčiu kreiptis dėl tokio sprendimo, buvo atviras; įvairių specialistų (net teisėjų) nuomonės skyrėsi. Konstitucinis Teismas jau minėtu 2007 m. gegužės 8 d. sprendimu kreipėsi į ETT prašydamas priimti prejudicinį sprendimą ir išaiškinti 2003 m. birželio 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2003/54/EB dėl elektros energijos vidaus rinkos bendrųjų taisyklių,

panaikinančios direktyvą 96/92/EB, nuostatas. Sprendimas buvo priimtas byloje, kurioje tiriama Elektros energetikos įstatymo nuostata, kad „vartotojo įrenginiai gali būti prijungiami prie perdavimo tinklų tik tokiais atvejais, kai skirstomųjų tinklų operatorius dėl nustatytų techninių arba eksploatacijos reikalavimų atsisako prijungti prie skirstomųjų tinklų vartotojo įrenginius, esančius skirstomųjų tinklų operatoriaus licencijoje nurodytoje veiklos teritorijoje". Įstatyme nurodyta, kad jis priimtas įgyvendinant, *inter alia,* 2003 m. birželio 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2003/54/EB dėl elektros energijos vidaus rinkos bendrųjų taisyklių, panaikinančią direktyvą 96/92/EB. Pažymėtina, kad ETT priėmė šį Konstitucinio Teismo prašymą, nors bylą inicijavo ne teismas, sprendžiantis ginčą tarp ūkio subjektų, bet Seimo narių grupė. Prašyme Konstituciniam Teismui teigiama, kad ginčijama nuostata neįtvirtina elektros energijos vartotojo laisvės rinktis konkretaus elektros energijos persiuntimo (perdavimo arba skirstomojo) tinklą savo įrenginiui prijungti ir įpareigoja jį tą įrenginį jungti prie elektros energijos skirstomųjų tinklų, nors direktyvoje 2003/54/EB tiesiogiai nenustatyti apribojimai elektros energijos vartotojui prijungti savo įrenginį prie elektros energijos perdavimo tinklų arba pareigos jungtis tik prie elektros energijos skirstomųjų tinklų, todėl, pareiškėjo nuomone, ginčijama įstatymo nuostata, vertinama ES teisės kontekste, yra diskriminacinė, varžo Konstitucijos garantuojamas asmens ūkinės veiklos laisvę ir iniciatyvą, pažeidžia konstitucinę antimonopolinę klauzulę ir t. t.

Pažymėtina, kad Konstitucijos viršenybės „nuotaika" persmelkia net šį Konstitucinio Teismo sprendimą. Antai pacitavus jau minėtas konstitucines nuostatas, kad ES teisės normos yra sudedamoji Lietuvos Respublikos teisinės sistemos dalis ir kad jeigu tai kyla iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, Europos Sąjungos teisės normos taikomos tiesiogiai, o teisės normų kolizijos atveju jos turi viršenybę prieš Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus, pateikiamas Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d., 2006 m. gruodžio 21 d. nutarimuose išdėstytas jų doktrininis aiškinimas: „Konstitucinis Teismas yra išaiškinęs, kad šiose nuostatose yra *expressis verbis* nustatyta kolizijos taisyklė, įtvirtinanti Europos Sąjungos teisės aktų taikymo pirmenybę tais atvejais, kai Europos Sąjungos teisės nuostatos, kylančios iš sutarčių, kuriomis grindžiama Europos Sąjunga, konkuruoja su

teisiniu reguliavimu, nustatytuoju Lietuvos nacionaliniuose teisės aktuose (nesvarbu, kokia jų teisinė galia), išskyrus pačią Konstituciją“. Taip pat nurodoma, kad ginčijamą įstatymo, kuris, kaip minėta, išleistas įgyvendinant, *inter alia,* direktyvą 2003/54/EB, nuostatą būtina aiškinti atsižvelgiant į šioje direktyvoje nustatytą teisinį reguliavimą. Suprantama, direktyvos konstitucingumo klausimas nėra keliamas ir negali būti sprendžiamas Konstituciniame Teisme, tačiau priimta vienareikšmė nuostata, kad gali būti sprendžiama dėl ją transponuojančio įstatymo konstitucingumo.

16. Tokiomis aplinkybėmis itin didelę reikšmę įgauna vadinamasis abipusio draugiškumo (*mutual amicability*) principas (vieningai paremtas naujųjų ES valstybių narių konstitucinių teismų ir ETT bei EŽTT pirmininkų ir teisėjų konferencijoje, vykusioje 2004 m. spalio 1 d. Blede (Slovėnija) [36]: *nacionaliniai konstituciniai (ir kiti) teismai savo teisę aiškina taip, kad būtų maksimaliai konverguojama ES teisės link, o ETT aiškina ES teisę (ir pirminę, ir antrinę) ne tik neignoruodamas, bet ir atsižvelgdamas į nacionalinę konstitucinę jurisprudenciją (ir ją gerbdamas)*. Norint Europos integracijos poreikį suderinti su nacionalinės teisės aspiracijomis supranacionaliniame darinyje, ypač tokiame, kurį jau sudaro 25 valstybės ir sudarys dar daugiau, šis požiūris ypač svarbus. „Abipusiai draugiško aiškinimo“ svarbą ypač išryškina tai, kad čia abi teisės sistemos vertinamos ne tik kaip konkuruojančios, bet ir kaip galinčios konverguoti *per jurisprudenciją* – taigi tam tikra dalimi *be legislatyvinės intervencijos*, vadinasi, be politinių valdžių įsikišimo. Kol nėra rastas „universalus“ ES valstybių narių konstitucijų ir ES teisės sambūvio teisinis algoritmas, jurisprudencijų konvergavimo idėja yra bene pati vaisingiausia.

Kita vertus, apie Europos teisės viršenybę Konstitucijos atžvilgiu nėra pagrindo kalbėti *teisiškai*, bet ne *politiškai*. Juk konstitucijos – tai ir politinių susitarimų, politinių kompromisų rezultatas. Europos integracija – politinių, tik po to teisinių sprendimų rezultatas. *Politiškai* valstybės gali susitarti savo teisines sistemas, net konstitucijas unifikuoti taip, kad nebūtų jokių prielaidų joms neatitikti Europos pirminės, netgi antrinės teisės.

Pastabos ir nuorodos

1. Ekstranacionaliniais veiksniais čia vadinami bet kokie nenacionalinės kilmės teisės aktai, darantys tiesioginę arba netiesioginę įtaką nacionalinei teisei (teisėkūrai, teisės aiškinimui ir taikymui). Šitaip interpretuojama ekstranacionalinių veiksnių sąvoka apima ir tarptautines sutartis, ir supranacionalinių (tarptautinių) teismų jurisprudenciją, ir kitų valstybių nacionalinius teisės aktus (įskaitant konstitucijas), ir šių kitų valstybių teismų jurisprudenciją.
2. Viename iš teisės žodynų šis terminas verčiamas taip: „skirtingų valstybių įstatymų nesutapimas, kai teisiniai santykiai apima keleto valstybių teritoriją“ (Armalytė O., Pažūsis L. Anglų – lietuvių kalbų teisės žodynas. – Vilnius, 1998, p. 100). Tai veikiau apibrėžimas, o ne sąvoka.
3. Sąvoka „supranacionalinis“ čia vartojama bendriausia prasme apeinant tą problemą (kuri viską labai komplikuotų ir verstų ieškoti kito termino), kad kai kurių ES valstybių narių oficialioji konstitucinė doktrina ES laiko ne viršvalstybiniu, bet tarpvalstybiniu dariniu.
4. Ypač pažymėtina I. Jarukaičio daktaro disertacija „Europos Sąjunga ir Lietuvos Respublika: narystės konstituciniai pagrindai“ (Vilnius, 2008).
5. Troper M. Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy // International Journal of Constitutional Law, 2005, Vol. 3, No. 1.
6. Albi A. Supremacy of EC Law in the New Member States: Bringing Parliaments into the Equation of „Co-operative Constitutionalism“ // European Constitutional Law Review, 2007, Vol. 3, Issue 1.
7. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1995 m. sausio 24 d. išvada „Dėl Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 4, 5, 9, 14 straipsnių ir jos Ketvirtojo protokolo 2 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 1995, Nr. 9-199); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1995 m. spalio 17 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl Lietuvos Respublikos tarptautinių sutarčių“ 7 straipsnio ketvirtosios dalies ir 12 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 1995, Nr. 86-1949); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. balandžio 25 d. sprendimas „Dėl prašymo ištirti, ar Lietuvos Respublikos įstatymas „Dėl kultūros įstaigų reorganizavimo ir likvidavimo tvarkos“ (1995 m. birželio 13 d. įstatymo Nr. I-947 redakcija) neprieštarauja Lietuvos Respublikos Konstitucijos 120 straipsnio 2 daliai, Europos vietos savivaldos chartijos 3 straipsnio 1 daliai, 4 straipsnio 2 ir 5 dalims, 6 straipsnio 1 daliai, taip pat ar Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1997 m. lapkričio 28 d. nutarimo Nr. 1320 „Dėl Lietuvos Nepriklausomybės si-

gnatarų namų ir Lietuvos menininkų rūmų“ 2.4 punktas neprieštarauja Lietuvos Respublikos Konstitucijos 120 straipsnio 2 daliai, Europos vietos savivaldos chartijos 3 straipsnio 1 daliai, 4 straipsnio 2 ir 5 dalims, 6 straipsnio 1 daliai, Lietuvos Respublikos vietos savivaldos įstatymo 4 straipsnio 1 dalies 4 punktui ir 6 straipsnio 1 dalies 13 punktui“ (Valstybės žinios, 2002, Nr. 44-1679); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. balandžio 7 d. sprendimas „Dėl pareiškėjo – Vilniaus apygardos teismo prašymo ištirti, ar Lietuvos Respublikos Prezidento 2003 m. liepos 22 d. dekretas Nr. 164 „Dėl apylinkių teismų teisėjų, teismų pirmininkų atleidimo“ ta apimtimi, kuria nustatyta, kad Palmira Linkevičienė atleista iš Biržų rajono apylinkės teismo teisėjos ir šio teismo pirmininkės pareigų, savo turiniu ir pagal Lietuvos Respublikos Konstitucijoje nustatytą priėmimo tvarką neprieštarauja Konstitucijai, Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos ir Lietuvos Respublikos teismų įstatymo nuostatoms, taip pat ar Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 90 straipsnio 8 dalis neprieštarauja Konstitucijai ir Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos nuostatoms“ (Valstybės žinios, 2004, Nr. 53-1816); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. balandžio 25 d. sprendimas „Dėl prašymo ištirti, ar Lietuvos Respublikos įstatymas „Dėl kultūros įstaigų reorganizavimo ir likvidavimo tvarkos“ (1995 m. birželio 13 d. įstatymo Nr. I-947 redakcija) neprieštarauja Lietuvos Respublikos Konstitucijos 120 straipsnio 2 daliai, Europos vietos savivaldos chartijos 3 straipsnio 1 daliai, 4 straipsnio 2 ir 5 dalims, 6 straipsnio 1 daliai, taip pat ar Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1997 m. lapkričio 28 d. nutarimo Nr. 1320 „Dėl Lietuvos Nepriklausomybės signatarų namų ir Lietuvos menininkų rūmų“ 2.4 punktas neprieštarauja Lietuvos Respublikos Konstitucijos 120 straipsnio 2 daliai, Europos vietos savivaldos chartijos 3 straipsnio 1 daliai, 4 straipsnio 2 ir 5 dalims, 6 straipsnio 1 daliai, Lietuvos Respublikos vietos savivaldos įstatymo 4 straipsnio 1 dalies 4 punktui ir 6 straipsnio 1 dalies 13 punktui“ (Valstybės žinios, 2002, Nr. 44-1679); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. balandžio 7 d. sprendimas „Dėl pareiškėjo – Vilniaus apygardos teismo prašymo ištirti, ar Lietuvos Respublikos Prezidento 2003 m. liepos 22 d. dekretas Nr. 164 „Dėl apylinkių teismų teisėjų, teismų pirmininkų atleidimo“ ta apimtimi, kuria nustatyta, kad Palmira Linkevičienė atleista iš Biržų rajono apylinkės teismo teisėjos ir šio teismo pirmininkės pareigų, savo turiniu ir pagal Lietuvos Respublikos Konstitucijoje nustatytą priėmimo tvarką neprieštarauja Konstitucijai, Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos ir Lietuvos Respublikos teismų įstatymo nuostatoms,

taip pat ar Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 90 straipsnio 8 dalis neprieštarauja Konstitucijai ir Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos nuostatoms“ (Valstybės žinios, 2004, Nr. 53-1816); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės reformos įstatymo nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo (1996 m. birželio 20 d. redakcija) nuostatoms, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento 2 punkto atitikties Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo nuostatoms“ (Valstybės žinios, 2006, Nr. 301050).

8. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1995 m. sausio 24 d. išvada „Dėl Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 4, 5, 9, 14 straipsnių ir jos Ketvirtojo protokolo 2 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 1995, Nr. 9-199).
9. Jarašiūnas E. Lietuvos Respublikos Konstitucija ir Europos integracija // Konstitucija, nacionalinė teisė ir Europos teisė. – Vilnius, 2004.
10. Sadurski W. „Solange, chapter 3“: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union // European Law Journal, 2008, Vol. 14, Issue 1.
11. Vertimus į lietuvių kalbą žr.: Vokietijos Federalinio Konstitucinio Teismo sprendimas – Europos arešto orderio byla // Konstitucinė jurisprudencija, 2006, Nr. 2, p. 195–229; Lenkijos Respublikos Konstitucinio Tribunolo 2005 m. balandžio 27 d. nutarimo P 1/05 santrauka // Konstitucinė jurisprudencija, 2006, Nr. 2, p. 230–237.
12. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento nuostatų atitikties Lietuvos

Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės reformos įstatymo nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo (1996 m. birželio 20 d. redakcija) nuostatoms, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento 2 punkto atitikties Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo nuostatoms“ (Valstybės žinios, 2006, Nr. 30-1050).

13. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Lietuvos nacionalinio radijo ir televizijos įstatymo 5 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 5 dalies, 6 straipsnio 1, 3, 4 dalių (2000 m. birželio 29 d. redakcija), 10 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 1 dalies, 15 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 1, 2 dalių, Lietuvos Respublikos visuomenės informavimo įstatymo 31 straipsnio (2000 m. rugpjūčio 29 d. redakcija) 4 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2006, Nr. 141-5430).
14. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. gegužės 8 d. sprendimas „Dėl kreipimosi į Europos Bendrijų Teisingumo Teismą priimti prejudicinį sprendimą“ (http://www.lrkt.lt/dokumentai/2007/s070508.htm).
15. Kūris E. Ekstranacionaliniai veiksniai Lietuvos Respublikos Konstituciniam Teismui aiškinant Konstituciją // Teisė, 2004, t. 50; Id. The Impact of the Decisions of the European Court of Human Rights on the National Legal System Viewed from the Standpoint of the Constitutional Court of Lithuania / Dialogue between Judges. – Strasbourg, 2006.
16. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. gegužės 8 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatymo 2 straipsnio 12 dalies, 7 straipsnio 2 dalies 3 punkto, 11 straipsnio 1 dalies ir Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso 1981 straipsnio 1 bei 2 dalių atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2000, Nr. 39-1105); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. rugsėjo 19 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos telekomunikacijų įstatymo (2000 m. liepos 11 d. redakcija) 27 straipsnio 2 dalies, Lietuvos Respublikos telekomunikacijų įstatymo 27 straipsnio pakeitimo įstatymo 2 straipsnio 1 dalies, Lietuvos Respublikos telekomunikacijų įstatymo (2002 m. liepos 5 d. redakcija) 57 straipsnio 4 dalies, Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatymo (1997 m. gegužės 22 d.

redakcija) 7 straipsnio 3 dalies 4 punkto, Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatymo (2002 m. birželio 20 d. redakcija) 7 straipsnio 3 dalies 6 punkto, Lietuvos Respublikos Baudžiamojo proceso kodekso 48 straipsnio 1 dalies (1961 m. birželio 26 d. redakcija) ir 75 straipsnio 1 dalies (1975 m. sausio 29 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2002, Nr. 93-4000); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. spalio 23 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos visuomenės informavimo įstatymo 8 straipsnio ir 14 straipsnio 3 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2002, Nr. 104-4675); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2003 m. kovo 4 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl piliečių nuosavybės teisių į išlikusį nekilnojamąjį turtą atstatymo tvarkos ir sąlygų 14 straipsnio (1993 m. sausio 12 d. redakcija), Lietuvos Respublikos piliečių nuosavybės teisių į išlikusį nekilnojamąjį turtą atkūrimo įstatymo 2 straipsnio 1 dalies bei šios dalies 5 punkto, 15, 20 ir 21 straipsnių (2002 m. sausio 15 d. redakcija), Lietuvos Respublikos piliečių nuosavybės teisių į išlikusį nekilnojamąjį turtą atkūrimo įstatymo 15 straipsnio 1 dalies 2, 4, 5 ir 6 punktų, šio straipsnio 2 ir 4 dalių, 16 straipsnio 10 dalies, 20 straipsnio (2002 m. spalio 29 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1994 m. sausio 17 d. nutarimo Nr. 27 „Dėl gyvenamųjų namų, būtinų valstybės reikmėms, išpirkimo“ atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai bei Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl piliečių nuosavybės teisių į išlikusį nekilnojamąjį turtą atstatymo tvarkos ir sąlygų“ 14 straipsniui (1993 m. sausio 12 d. redakcija)“ (Valstybės žinios, 2003, Nr. 24-1004); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2003 m. liepos 4 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos vidaus reikalų, Specialiųjų tyrimų tarnybos, valstybės saugumo, krašto apsaugos, prokuratūros, Kalėjimų departamento, jam pavaldžių įstaigų bei valstybės įmonių pareigūnų ir karių valstybinių pensijų įstatymo 11 straipsnio 2 dalies (2000 m. gruodžio 21 d. redakcija) ir 13 straipsnio 3 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. sausio 20 d. nutarimu Nr. 83 patvirtintų vidaus reikalų, Specialiųjų tyrimų tarnybos, Valstybės saugumo, krašto apsaugos, prokuratūros, Kalėjimų departamento, jam pavaldžių įstaigų bei valstybės įmonių pareigūnų ir karių valstybinių pensijų skyrimo bei mokėjimo nuostatų 25 punkto 2 dalies (2001 m. gegužės 25 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir šių nuostatų 5 punkto atitikties Lietuvos Respublikos vidaus reikalų, Specialiųjų tyrimų tarnybos valstybės saugumo, krašto apsaugos, prokuratūros, Kalėjimų departamento, jam pa-

valdžių įstaigų bei valstybės įmonių pareigūnų ir karių valstybinių pensijų įstatymo 16 straipsnio 4 daliai“ (Valstybės žinios, 2003, Nr. 68-3094); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. gruodžio 29 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos organizuoto nusikalstamumo užkardymo įstatymo 3 straipsnio (2001 m. birželio 26 d. redakcija), 4 straipsnio (2001 m. birželio 26 d., 2003 m. balandžio 3 d. redakcijos), 6 straipsnio (2001 m. birželio 26 d. redakcija) 3 dalies ir 8 straipsnio (2001 m. birželio 26 d. redakcija) 1 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2005, Nr. 1-7); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2005 m. rugsėjo 29 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos farmacinės veiklos įstatymo 17 straipsnio (2002 m. birželio 4 d. redakcija) 4 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2005, Nr. 117-4239); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Lietuvos nacionalinio radijo ir televizijos įstatymo 5 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 5 dalies, 6 straipsnio 1, 3, 4 dalių (2000 m. birželio 29 d. redakcija), 10 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 1 dalies, 15 straipsnio (2000 m. birželio 29 d. redakcija) 1, 2 dalių, Lietuvos Respublikos visuomenės informavimo įstatymo 31 straipsnio (2000 m. rugpjūčio 29 d. redakcija) 4 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2006, Nr. 141-5430); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. gegužės 15 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo 57 straipsnio 3 dalies (2000 m. rugsėjo 19 d. redakcija), Lietuvos Respublikos valstybės ir tarnybos paslapčių įstatymo 10 straipsnio 4 dalies (1999 m. lapkričio 25 d. redakcija), 11 straipsnio (1999 m. lapkričio 25 d. redakcija) 1, 2 dalių atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2007, Nr. 54-2097).

17. Jarašiūnas E. Op. cit.
18. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1998 m. gruodžio 9 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso 105 straipsnio sankcijoje numatytos mirties bausmės atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 1998, Nr. 109-3004).
19. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1999 m. spalio 6 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos telekomunikacijų įstatymo 8 straipsnio 1, 2 ir 3 dalių bei 16 straipsnio 7, 8 ir 9 dalių atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 1999, Nr. 85-2548).
20. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2002 m. kovo 14 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos farmacinės veiklos įstatymo 11 straipsnio 2 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2002, Nr. 28-1003).

21. Jarašiūnas E. Op. cit.
22. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. gruodžio 13 d. nutarimas „Dėl kai kurių teisės aktų, kuriais reguliuojami valstybės tarnybos ir su ja susiję santykiai, atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir įstatymams“ (Valstybės žinios, 2004, Nr. 181-6708); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. gegužės 10 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos vyriausiosios rinkimų komisijos įstatymo 3 straipsnio 6 dalies (2003 m. balandžio 10 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2006, Nr. 52-1917).
23. Pirmasis Konstitucinio Teismo aktas, kuriame buvo netiesiogiai iškilęs Lietuvos Respublikos narystės ES konstitucinio legitimavimo klausimas, buvo priimtas jau po minėtos Konstitucijos pataisos įsigaliojimo (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2004 m. rugpjūčio 17 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1998 m. gruodžio 10 d. nutarimu Nr. 1423 „Dėl prašymų leisti įsigyti nuosavybėn ne žemės ūkio paskirties žemės sklypus Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo nustatytiems nacionaliniams ir užsienio subjektams pateikimo, nagrinėjimo ir leidimų išdavimo tvarkos patvirtinimo“ patvirtintos prašymų leisti įsigyti nuosavybėn ne žemės ūkio paskirties žemės sklypus Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąlygų ir apribojimų konstitucinio įstatymo nustatytiems nacionaliniams ir užsienio subjektams pateikimo, nagrinėjimo ir leidimų išdavimo tvarkos (1998 m. gruodžio 10 d. redakcija) 18 punkto trečiosios pastraipos atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, Lietuvos Respublikos teismų įstatymo (2002 m. sausio 24 d. redakcija) 4 straipsniui ir Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo (2001 m. rugsėjo 19 d. redakcija) 5 straipsniui“ (Valstybės žinios, 2004, Nr. 129-4634).
24. Taip pat žr.: Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. kovo 14 d. nutarimą „Dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos saugomų teritorijų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės reformos įstatymo nuostatų atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijos 47 straipsnio antrojoje dalyje numatyto žemės sklypų įsigijimo nuosavybėn subjektų, tvarkos, sąly-

gų ir apribojimų konstitucinio įstatymo (1996 m. birželio 20 d. redakcija) nuostatoms, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1995 m. gruodžio 22 d. nutarimu Nr. 1608 „Dėl Statybų privačioje žemėje reglamento patvirtinimo“ patvirtinto Statybų privačioje žemėje reglamento 2 punkto atitikties Lietuvos Respublikos miškų įstatymo, Lietuvos Respublikos žemės įstatymo nuostatoms“ (Valstybės žinios, 2006, Nr. 30-1050); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. birželio 27 d. nutarimą „Dėl Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl Lietuvos Respublikos įstatymų ir kitų teisės aktų skelbimo ir įsigaliojimo tvarkos“ (1993 m. balandžio 6 d. redakcija) ir Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1994 m. gruodžio 19 d. nutarimo Nr. 1269 „Dėl Kuršių nerijos nacionalinio parko planavimo schemos (generalinio plano)“ (1994 m. gruodžio 19 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2007, Nr. 72-2865); Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. rugpjūčio 13 d. nutarimą Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2004 m. vasario 27 d. nutarimo Nr. 222 „Dėl kandidato į Vyriausybės atstovus"“ atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, Lietuvos Respublikos korupcijos prevencijos įstatymo 9 straipsniui“ (Valstybės žinios, 2007, Nr. 90-3580).

25. Arrét de la Cour Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht du 24 juillet 2003, affaire C-280/00, Recueil de jurisprudence, 2003, p. I-07747.
26. Arrét du Tribunal de premiére instance (premiére chambre élargie) SIC-Sociedade Independente de Comunicação SA centre Commission des Communautés européennes du 10 mai 2000, affaire T-46/97, Recueil de jurisprudence, 2000, p. II-02125.
27. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. gegužės 15 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo 57 straipsnio 3 dalies (2000 m. rugsėjo 19 d. redakcija), Lietuvos Respublikos valstybės ir tarnybos paslapčių įstatymo 10 straipsnio 4 dalies (1999 m. lapkričio 25 d. redakcija), 11 straipsnio (1999 m. lapkričio 25 d. redakcija) 1, 2 dalių atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2007, Nr. 54-2097).
28. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. kovo 20 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos darbo kodekso 187 straipsnio 1 dalies, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2003 m. liepos 18 d. nutarimo Nr. 937 „Dėl minimaliojo darbo užmokesčio didinimo“ 1, 2 punktų, Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2004 m. kovo 24 d. nutarimo Nr. 316 „Dėl minimaliojo darbo užmokesčio didinimo“ 1, 2 punktų, Lietuvos Respub-

likos Vyriausybės 2005 m. balandžio 4 d. nutarimo Nr. 361 „Dėl minimaliojo darbo užmokesčio didinimo“ 1, 2 punktų (2005 m. balandžio 4 d., 2006 m. kovo 27 d. redakcijos), Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2006 m. kovo 27 d. nutarimo Nr. 298 „Dėl minimaliojo darbo užmokesčio didinimo“ 1 punkto (2006 m. kovo 27 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2007, Nr. 34-1244).

29. Arrét de la Cour du 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu / Deutsche Bundespost, affaire 152/73, Rec. p. 153; Arrét de la Cour du 3 juin 1986, Commission des Communautés européennes / République française, affaire 307/84, Rec. p. 1725; Arrét de la Cour du 3 juillet 1986, Deborah Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg, affaire 66/85, Rec. p. 2121; Arrét de la Cour (cinquiéme chambre) du 31 mai 2001, Commission des Communautés européennes / République italienne, affaire C-283/99, Rec. p. I-4363.
30. Arrét du Tribunal de priemiére instance du 26 avril 2005, Jose Maria Sison/Conseil de l'Union européenne, affaires jointes T-110/03, T-150/03 et T-405/03, Rec. p. II-1429; Arrét de la Cour (priemiére chambre) du 1er février 2007, Jose Maria Sison/Conseil de l'Union européenne, affaire C-266/05 P.
31. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. lapkričio 29 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos juridinių asmenų pelno mokesčio įstatymo 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 14, 20, 21 straipsnių pakeitimo ir papildymo įstatymo 12 straipsnio 2 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ (Valstybės žinios, 2007, Nr. 126-5132).
32. Arrét de la Cour (grande chambre) du 26 avril 2005, Stichting “Goed Wonen“ / Staatssecretaris van Financién, affaire C-376/02, Rec. p. I-3445).
33. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2008 m. vasario 20 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2002 m. spalio 4 d. nutarimu Nr. 1568 „Dėl Kvalifikacinių aukštojo teisinio išsilavinimo reikalavimų asmenims, norintiems įstatymų nustatyta tvarka eiti teisėjo pareigas, patvirtinimo“ patvirtintų Kvalifikacinių aukštojo teisinio išsilavinimo reikalavimų asmenims, norintiems įstatymų nustatyta tvarka eiti teisėjo pareigas, atitikties Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 51 straipsnio 1 daliai (2002 m. sausio 24 d., 2004 m. gegužės 18 d., 2006 m. birželio 1 d. redakcijos), Lietuvos Respublikos teismų įstatymo pakeitimo įstatymo įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymo 5 straipsnio 1 daliai“ (Valstybės žinios, 2008, Nr. 23-852).
34. Reinhard Gebhard prieš Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (arrét de la Cour du 30 novembre 1995, Reinhard Geb-

hard / Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, affaire C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165); Harold Price prieš Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchére publiques (arrét de la Cour (premiére chambre) du 7 septembre 2006, Harold Price / Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchére publiques, affaire C-149/05, Rec. 2006, p. I-7691).

35. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2008 m. sausio 22 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2002 m. birželio 24 d. nutarimu Nr. 966 „Dėl Priėmimo į valstybės tarnautojo pareigas tvarkos patvirtinimo“ (2002 m. birželio 24 d., 2002 m. rugpjūčio 29 d., 2003 m. birželio 3 d., 2003 m. lapkričio 25 d., 2005 m. spalio 28 d. redakcijos) patvirtintos Priėmimo į valstybės tarnautojo pareigas tvarkos atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, Lietuvos Respublikos valstybės tarnybos įstatymo 3 straipsnio (2002 m. balandžio 23 d. redakcija) 1 daliai, dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2002 m. birželio 24 d. nutarimu Nr. 966 „Dėl Konkursų į valstybės tarnautojo pareigas organizavimo tvarkos aprašo patvirtinimo“ (2006 m. birželio 28 d. redakcija) patvirtinto Konkursų į valstybės tarnautojo pareigas organizavimo tvarkos aprašo atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, Lietuvos Respublikos valstybės tarnybos įstatymo 3 straipsnio (2002 m. balandžio 23 d., 2007 m. birželio 7 d. redakcijos) 1 daliai, taip pat dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2002 m. birželio 24 d. nutarimu Nr. 966 „Dėl Konkursų į valstybės tarnautojo pareigas organizavimo tvarkos aprašo patvirtinimo“ (2007 m. rugsėjo 26 d., 2007 m. gruodžio 12 d. redakcijos) patvirtinto Konkursų į valstybės tarnautojo pareigas organizavimo tvarkos aprašo atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, Lietuvos Respublikos valstybės tarnybos įstatymo 3 straipsnio (2007 m. birželio 7 d. redakcija) 1 daliai“ (Valstybės žinios, 2008, Nr. 10-350).
36. The Declaration // A. Mavčič (ed.). The Position of Constitutional Courts Following Integration into the European Union. – Ljubljana, 2004.

LAW OF THE EUROPEAN UNION IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA: IN SEARCH OF THE ALGORITHM OF COEXISTENCE

Egidijus Kūris

Summary

Law by its very nature is a national phenomenon, which, however, „lives" also in an extranational legal environment. For Lithuania, one the major factor which influences its law is the law of the European Union (EU), often labeled as supranational in relation to the municipal law of its member states. Since the country's membership in the EU, problems pertaining to the relationship between the EU law and Lithuanian municipal law has attracted most attention in the academic legal discourse. The dominant euro-friendly approach tends to portray this relationship as posing little, if any, constitutional problems, as the membership was legitimized by the constitutional amendment which, however, was not prior but subsequent to the membership. The author of this article attempts to show, on the Lithuanian example, that the relationship is problematic, as both the EU law and Lithuanian constitutional law claim supremacy over each other.

Constitutional law is the jurisprudential law. It is developed on a case by case basis in the jurisprudence of the Constitutional Court which, under the Constitution, is entitled not only to decide on the constitutionality of statutory and sub-statutory legislation (*i. e.* ordinary law) but also to officially interpret the Constitution. The constitutionalist attitude is a constitution-centered one, as the Constitution is seen as the supreme law of the land. No legal act, including international treaties and EU primary law, can contradict the Constitution (as interpreted by the Constitutional Court). In this respect, the position of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania does not differ essentially from that of other constitutional Courts of the EU member states. However, the "competing supremacies", each of whom maintain a certain potential for confrontation, also call for the algorithm of coexistence, as only this coexistence ensures European integration in the legal field which is the necessary condition for integration in other spheres. This algorithm has not been found yet. Such an experiment as the recent – and unsuccessful – one, of the "Constitution for Europe", is a step away from the search of such algorithm, as it attempted to expand the notion of the constitution so to include not only national supreme law but also EU

primary law which could not be defined as "the supreme law of the land"; the Lisbon Treaty (not yet in force) tries to achieve the same integration, reform and law-consolidation goals, however, makes no such attempts to wash out the very constitutionalist essence of the notion of the constitution.

The constitutional courts in Europe (including the new member states) have accumulated a rich experience in dealing with and exploiting various extranational factors, *inter alia* foreign and supranational jurisprudence, while interpreting their national law, including constitutional law. This helps them to diminish the confrontation potential mentioned above. In the article, the position of the Lithuanian Constitutional Court regarding the EU law is exemplified by reporting on the cases (and rulings) whereby the Court made references to the EU law, especially to the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities (ECJ). It is shown that the EU law was employed in the legal reasoning of the Lithuanian Court even before this country entered the Union (on 1 May 2004). In the last two years it has become a regular practice to make references to the case-law both of the ECJ and the Court of First Instance. However, these references are but a "side argument" in deciding on the constitutionality of Lithuanian legislation. In several of its acts (including the recent decision requesting for the preliminary ruling of the ECJ) the Constitutional Court elaborated the doctrine whereby the legal algorithm of coexistence of the EU law and the national constitutional law was proposed. The essential postulates of this doctrine are: 1) the observance of international obligations undertaken on its own free will, respect to the universally recognized principles of international law (as well as the principle *pacta sunt servanda*) are a legal tradition and a constitutional principle of the restored independent State of Lithuania; 2) the doctrinal provision that the international treaties ratified by the Seimas acquire the power of the law (as interpreted in several Constitutional Court acts from 1995 till 2004) cannot be construed as meaning that, purportedly, the Republic of Lithuania may disregard its international treaties, if a different legal regulation is established in its laws or constitutional laws than that established by international treaties; quite to the contrary, the principle entrenched in the Constitution that the Republic of Lithuania observes international obligations undertaken on its own free will and respects universally recognized principles of international law implies that in cases when national legal acts (*inter alia* laws or constitutional laws) establish the legal regulation which competes with that established in an international treaty, then the international treaty is to be applied; 3) under Paragraph 2 of the Constitutional Act "On Membership of the Republic of Lithuania in the European Union" (which is the constituent part of the Constitution), the norms of the

European Union law shall be a constituent part of the legal system of the Republic of Lithuania, and where it concerns the founding Treaties of the European Union, the norms of the European Union law shall be applied directly, while in the event of collision of legal norms, they shall have supremacy over the laws and other legal acts of the Republic of Lithuania; thus, the Constitution consolidates not only the principle that in cases when national legal acts establish the legal regulation which competes with that established in an international treaty, then the international treaty is to be applied, but also, in regard of European Union law, establishes *expressis verbis* the collision rule, which consolidates the priority of application of European Union legal acts in the cases where the provisions of the European Union arising from the founding Treaties of the European Union compete with the legal regulation established in Lithuanian national legal acts (regardless of what their legal power is), save the Constitution itself.

Thus, the Court attempted to accommodate the confrontation inherent in the relationship between the Lithuanian constitutional law and EU law by shifting the solution from the field of "competing supremacies" to the field of application of the law, as the principle consolidated in this doctrine presupposed that the Constitution itself is phrased so that it is irrelevant which law is supreme and the only relevant issue is which law has to be applied. However, this is not yet a "universal" algorithm of coexistence which, as it has been said, is yet to be found. While it is not done, much reliance could be put on the principle of mutual amicability under which both the European supranational courts and the constitutional courts shall pay much respect to each other's jurisprudence.

MRU © MRU © MRU

LA METAMORPHOSE TOUJOURS INACHEVÉE DE L'ARBITRE INTERNATIONAL EN JUGE INTERNATIONAL

Jiří Malenovský

L'arbitrage international et son évolution

L'arbitrage international se définit, dans un sens très large, comme l'intervention, dans un litige entre deux ou plusieurs États, d'un ou de plusieurs tiers idoines prestigieux, sages ou savants choisis par ces États. Cette intervention vise à trouver une solution pacifique au litige et prend la forme d'une décision définitive, appelée sentence, obligatoire pour les États parties au litige.[1] L'arbitrage compte parmi les plus anciens modes de règlement des différends entre les États. Son attractivité résidait notamment dans le fait qu'il leur offrait une alternative relativement efficace à une guerre mutuellement dévastatrice.

L'arbitre étant choisi par les parties en conflit, il jouit logiquement de leur confiance. Dans ces circonstances, il peut être regardé soit comme un «amiable compositeur» - l'arbitrage est dans ce cas largement assimilé à la médiation – soit comme un «juge privé» - ce qui rapproche l'arbitrage d'une juridiction internationale proprement dite.[2] À la différence de la médiation, le centre de gravité de l'arbitrage

[1] R. Foignet: Manuel élémentaire de droit international public. Rousseau et C^ie^, Paris, 1923, p. 420.

[2] G. Scelle: Manuel de droit international public. Domat-Montchrestien, Paris, 1948, p. 667.

se trouve dans une décision obligatoire et sans appel qui peut parfois avoir des répercussions très graves pour les États parties. Dès lors, le recours, autre fois, à ce mode de règlement des différends n'était envisageable que s'il existait préalablement des rapports suffisamment étroits entre les États engagés: un fondement religieux commun ou l'appartenance à la même communauté de civilisation. En revanche, une simple médiation était généralement favorisée dans les relations entre les grands empires formant des centres de civilisation propres.[3]

En des temps plus éloignés, les parties recourant à l'arbitrage international s'intéressaient seulement à son résultat, c'est-à-dire à la décision obligatoire des arbitres permettant d'éviter une guerre ou écartant une situation dangereuse. Ainsi, les éventuels motifs de la décision, et, par la suite, sa force persuasive, n'avaient qu'un intérêt secondaire pour les États en litige.[4] Dès lors que la sentence arbitrale trouvait son fondement dans des considérations d'équité, de droit et surtout de simple opportunité politique, elle imposait parfois des solutions assez surprenantes et imprévisibles. Ce type d'arbitrage historique est communément appelé *arbitrage diplomatique* (ou politique).[5] En dépit de son caractère imprévisible, l'arbitrage diplomatique ne manquait pas d'attraits dans la mesure où il permettait non seulement à l'un des deux États adversaires de sortir vainqueur du litige sans devoir recourir à la force, mais aussi à l'autre État, le perdant, de sauver la face et de faire, le cas échéant, de l'arbitre qui avait prononcé la sentence défavorable, le bouc émissaire de sa défaite. Enfin, la sentence arbitrale offrait normalement aux États une solution à la fois durable et reconnue internationalement.[6]

Le succès rencontré par l'arbitrage diplomatique s'expliquait par la personnalité de l'arbitre, et non par la qualité «objective» de sa sentence arbitrale, souvent loin d'être irréprochable. Pour cette raison, le *choix* de l'arbitre concret était déterminant. Parmi les personnalités

[3] M. de Taube: Les origines de l'arbitrage international. Académie de droit international. Recueil des cours (»RCADI»), La Haye, 1932/IV, p. 22.

[4] P.H. Kooijmans: International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present. *In:* International Arbitration: Past and Prospects. A.H.A. Soons (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1990, p. 24.

[5] G. Scelle, *op. cit. supra, sub* 2, p. 703.

[6] M. Lachs: Arbitration and International Adjudication. *In*: *op. cit. supra, sub 4, p. 40.*

envisageables, le pape fut particulièrement sollicité (*arbitrage pontifical*). Son rôle incontestable d'arbitre entre les «Rois et Peuples» était ancré dans son autorité universelle sur les chrétiens. Par ailleurs, à l'époque, les traités étaient généralement conclus sous la foi du serment. Leur violation était en conséquence considérée comme un péché que le pape pouvait alors juger dans une perspective religieuse.[7]

Malgré cela, l'empereur et les grands rois ont, en synergie avec la crise du pontificat, progressivement rendu de plus en plus de décisions arbitrales mettant fin aux conflits entre États (*arbitrage impérial* ou *royal*). Ce type d'arbitrage reflétait en fait le refus des «souverains» féodaux de se soumettre aux juges professionnels. En effet, selon la perception de l'époque, les États qu'ils représentaient ne pouvaient être jugés que par leurs pairs.[8] L'empereur ou les rois étaient aussi de grands propriétaires terriens. À ce titre, ils étaient souvent appelés par les souverains de moindre importance à résoudre leurs conflits relatifs à la propriété terrienne vassale.[9]

Le principal avantage principal de ce type d'arbitrage résidait dans le fait que l'exécution de la sentence rendue par le pape ou l'empereur était garantie de manière bien plus efficace que dans d'autres types d'arbitrages, dès lors que la dignité même de ces arbitres très puissants serait mise en cause en cas de non-exécution. D'ailleurs, il convient également de souligner la simplicité et la facilité de la procédure alors mise en œuvre, qui se limitait généralement, pour le grand souverain, à procéder à l'examen de pièces écrites.[10]

Le déclin de l'arbitrage impérial ou royal, constaté ensuite, correspond à l'abandon du concept féodal de souveraineté, fondé sur des structures vassales hiérarchiquement superposées et liées par des droits et devoirs réciproques. Cette évolution alla donc de pair avec l'apparition des «monarchies absolues» qui ne se considéraient soumises à nul autre sujet souverain. Dans la période ultérieure, l'apparition des États «nationaux» à encore davantage contribué à ce

[7] L. Le Fur: Précis de droit international public. 4e édition, Dalloz, Paris, 1939, p. 481.

[8] F. Horchani: Règlement pacifique des différends internationaux. Centre de publication université Tunis-Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 270.

[9] M. de Taube, *op. cit. supra, sub* 3, p. 67.

[10] L. Cavaré: Le droit international public positif. 3e édition, Pedone, Paris, 1969, p. 269.

déclin, dans la mesure où ces États se sont souvent constitués sous forme de républiques dont le peuple, et non un monarque, est porteur de leur souveraineté.

Cette période, parfois dénommée période «anglaise» (*englisches Zeitalter*), et qui se situe au XIX[e] siècle,[11] à été marquée par la psychologie sociale et l'esprit des affaires des peuples anglo-saxons,[12] ainsi que par la progression continue de l'influence américaine dans la politique internationale.

L'objet des arbitrages internationaux s'est alors peu à peu banalisé. L'arbitre international n'a plus seulement été sollicité pour les «grandes affaires» relatives à l'alternative «paix ou guerre» mais pour des questions plus «techniques», d'importance politique parfois mineure, telles que le détail du tracé des frontières entre États ou la protection diplomatique des ressortissants et leurs droits patrimoniaux vis-à-vis d'autres États. Les aspects diplomatiques des différends sont ainsi passés à l'arrière-plan pour céder la place à des éléments de solution d'ordre purement juridique. D'une certaine manière, les conflits sont devenus plus «justiciables».[13] De la sorte, l'arbitrage diplomatique s'est progressivement transformé en *arbitrage juridictionnel*. Le recours à l'arbitrage s'est ensuite rapidement développé (alors que 70 arbitrages furent recensés entre 1794 et 1872, 86 le furent 1872 à 1899).[14]

Ce processus de «juridictionnalisation» à permis non seulement d'ouvrir aussi aux États non chrétiens et non européens la porte de l'arbitrage international, mais également au droit international de s'imposer davantage à l'échelle universelle. En outre, alors qu'auparavant, comme nous l'avons vu ci-dessus, l'intérêt des États en conflit se focalisait souvent sur le seul dispositif de la sentence arbitrale, cette évolution à pu déplacer leur attention sur la prise en compte des arguments juridiques utilisés pour fonder la solution retenue. Cet intérêt portait désormais non plus seulement sur l'autorité formelle de la décision mais également sur sa persuasion juridique.

---

[11] P. Schneider: Internationale Gerichtsbarkeit als Instrument friedlicher Streitbeilegung. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pp. 64-65.

[12] L. Cavaré, *op. cit. supra, sub* 10, p. 253.

[13] Annuaire de l'Institut de Droit International. Session de New-York, volume I, 1929, Falk, Pedone, Bruxelles-Paris, 1929, p. 479.

[14] Chiffres fournis par L. Cavaré, *op. cit. supra, sub* 10, p. 329.

Tous ces développements ont progressivement découragé les États de recourir à l'arbitrage diplomatique, caractérisé par un arbitre unique, politique et non juriste. En revanche, ces développements stimulèrent le recours à l'arbitrage offert par des *commissions juridiques*. Les membres de ces commissions, appelés commissaires, ont circonscrit leur propre pouvoir d'une manière très précise: [Ils] «ne doivent pas se considérer eux-mêmes comme les procureurs de l'un ou l'autre pays, mais comme des juges institués dans le but de trancher les questions qui leur sont soumises d'une façon impartiale, conformément à la loi et à la justice et sans se préoccuper de savoir quelle sera la partie favorisée par leur décision».[15] Autrement dit, l'organe arbitral est en fait devenu un «tribunal international» composé de «juges».

Par ailleurs, l'arbitrage international est passé d'une forme *isolée* ou *éphémère* à une forme *permanente*. L'arbitrage garde une forme isolée lorsqu'un contrat instituant les arbitres et déterminant l'objet de leur mission est conclu afin de régler un différend concret déjà né (le «compromis»). À l'inverse, l'arbitrage prend une forme permanente lorsque les parties s'engagent à y recourir, à l'avenir, pour les litiges encore inexistants, donc éventuels (la «clause compromissoire»). Cet engagement pour le futur peut se rapporter à tous les litiges («clause compromissoire générale») ou seulement à certaines catégories d'entre eux («clause spéciale»). Au cours du XIX^{e} siècle, les États ont commencé à conclure des traités spéciaux poursuivant une finalité purement «arbitrale». Ces traités dits d'«*arbitrage permanent*» comportent principalement une clause compromissoire générale qui constitue l'essentiel de leur contenu.[16]

De par leur nature, les mécanismes de l'arbitrage permanent ont eu tendance à se rapprocher de l'*arbitrage institutionnel*[17] qui proposait déjà aux parties non seulement une procédure arbitrale, mais aussi un tribunal arbitral préétabli et prêt à offrir ses services. Ainsi, dès

[15] L'extrait de la sentence de la Commission de Guyaquil du 17 août 1865 rendue dans l'affaire des Etats-Unis c. Équateur, cité par L. Cavaré, *op. cit. supra, sub* 10, p. 262.

[16] A. Mérignac: Traité de droit public international. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1905, pp. 469-485.

[17] R. Redslob: Das Problem des Völkerrechts. Verlag von Veit und Comp., Leipzig, 1917, p. 268.

1899, au moment de la création de la Cour permanente d'arbitrage (ci-après la «CPA») à La Haye, une ligne fut franchie puisque fut alors opérée une distinction entre les arbitres que l'on pourrait qualifier encore de «juges éphémères», et les arbitres que l'on pourrait déjà qualifier de «juges permanents», nommés pour une durée déterminée (en l'espèce six ans) et accessibles en tout temps. S'il est vrai que la CPA ne constituait pas encore une véritable cour de justice – elle se limitait en effet à fournir aux États parties une liste d'arbitres susceptibles d'être choisis pour former un réel tribunal -, le projet d'une Cour de justice arbitrale («CJA»), débattu lors de la Deuxième conférence de la Paix de La Haye en 1907, devait déjà remédier à cette ambiguïté en envisageant la mise en place d'un corps d'arbitres siégeant de manière continue.[18]

Ainsi, au tournant des XIX^{e} et XX^{e} siècles, la métamorphose de l'arbitre international en juge international connut une avancée considérable. L'article 15 de la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux définit ainsi l'arbitrage international comme ayant pour objet le règlement des litiges entre les États «par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit». La seule différence tenait donc, *prima facie,* au fait que les pouvoirs et le statut de l'arbitre international découlaient de sa désignation par les parties au litige, tandis qu'un juge international pouvait être imposé à ces parties à *priori,* en application du principe contraignant du «juge légal».

Cependant, il est clair que le principe du libre choix des arbitres se répercute sur les liens existants entre eux et les parties en conflit. Si la fonction de juge est liée de manière *impersonnelle*, au caractère présumé de sa compétence et implique une parfaite impartialité et indépendance, la fonction d'arbitre est, quant à elle, intimement liée au sentiment de *confiance personnelle,* voire, parfois, à certaines attentes quant à l'issue du règlement du litige de la part des parties qui l'ont choisi. Ainsi, une telle approche de la fonction de l'arbitre est susceptible de créer une tension certaine avec l'impartialité normalement at-

[18] J. Brown Scott: Les Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907. Pedone, Paris, 1927, pp. 369-370.

tendue de ce dernier.[19] Pour cette raison, les modalités du choix des arbitres par les parties et la composition de l'organe arbitral présentent une importance capitale car elles peuvent accentuer ou, tout au contraire, réduire le danger de partialité.

La composition de l'organe arbitral

Les auteurs de droit international ne manquent pas de rappeler souvent que les parties bénéficient d'une latitude absolue en ce qui concerne le choix des arbitres.[20] La Deuxième conférence de la Paix de 1907 s'était fait aussi l'écho d'une telle approche, et en particulier lors des discussions relatives aux contours de la future CJA pour laquelle il avait été proposé qu'elle serait formée de juges permanents imposés aux parties en conflit. En effet, des voix s'élevèrent pour dénoncer une «limitation arbitraire»[21] ou une «destruction» de ce principe du libre choix considéré comme l'«essence même de l'arbitrage»[22].

Les États pouvaient notamment choisir un arbitre unique, «neutre», ou plusieurs arbitres, non nécessairement neutres. À cet égard, les organes arbitraux de composition collégiale étaient en général susceptibles d'offrir aux parties une certaine pluralité et une concurrence des opinions. Par conséquent, ces organes leur accordaient, en théorie, de meilleures garanties pour obtenir une solution plus juste et plus équilibrée qu'en cas de recours à un arbitre unique.[23] Cependant, dans la pratique, les choses n'étaient pas aussi simples. Se démarquant de l'arbitrage par un chef d'État tel que pratiqué dans les pays d'Europe continentale essentiellement, les pays anglo-saxons ont commencé à

---

[19] M. Bedjaoui: The Arbitrator: One Man - Three Roles. Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator. Journal of International Arbitration, vol. 5 (1988), no. 1, pp. 10-17.

[20] A. Mérignac, *op. cit. supra, sub* 16, p. 499; R. Foignet, *op. cit. supra, sub* 1, p. 422; L. Cavaré, *op. cit. supra, sub* 10, pp. 266-267.

[21] Voir la déclaration du délégué du Brésil, M. Barbosa, citée par D.P. Myers: The Origin of the Hague Arbitral Courts. AJIL, vol. 10, No 2 (April 1916), p. 296.

[22] Voir la déclaration du délégué de la Belgique, M. Beernaert, citée par J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, p. 372.

[23] F. Horchani, *op. cit. supra, sub* 8, p. 278.

recourir, à partir du XVIII[e] siècle, à l'arbitrage par *commission mixte*, celle-ci étant composée, dans son état primitif, à parts égales de ressortissants nationaux des deux parties. Les commissaires ainsi nommés désignaient à leur tour un surarbitre, ressortissant de l'une des parties.[24] Cette méthode a, par exemple, été retenue dans le traité «Jay» de 1794 qui est parfois considéré, d'ailleurs assez incorrectement, comme marquant le «début de l'arbitrage moderne».[25] Cette présence exclusive de l'*élément national* dans la composition de l'organe arbitral à souvent été qualifiée de «défectueuse» au vu de la difficulté pour un tel organe d'être vraiment impartial.[26] Il à en effet été reproché aux arbitres nationaux d'épouser automatiquement les arguments de la partie qui les à nommés; les votes des membres nationaux s'annulant ainsi entre eux, il aurait été tout à fait envisageable de s'en passer.[27] En revanche, dans ces circonstances, seule la décision des arbitres «neutres»[28] aurait eu quelque chance de s'imposer. Toutefois, ces derniers étaient complètement absents des commissions mixtes.

En raison des doutes émis quant aux capacités d'impartialité des arbitres nationaux, l'arbitrage par commission mixte à progressivement intégré des éléments extérieurs dans la composition de la commission, d'abord par la nomination d'un surarbitre ressortissant d'une puissance tierce puis par le renforcement de la présence des arbitres des pays tiers. Or, ce processus à évolué à un point tel que les arbitres nationaux se sont retrouvés en minorité dans la composition de la

[24] L. Cavaré, *op. cit. supra, sub* 10, p. 267.

[25] Voir, une approche critique de cette évaluation doctrinale du traité Jay, C.G. Roelofsen: »The Jay treaty and all that»; some remarks on the role of arbitration in European modern history and its »revival» in 1794. *In op. cit. supra, sub* 4, pp. 201-210.

[26] L. Cavaré, *op. cit. supra, sub* 10, p. 268.

[27] Pour une vue critique de la présence de l'élément national, voir Olivi, cité consensuellement par P. Fauchille: Traité de droit international public. 8[e] édition, tome I[er], Rousseau et C[ie], Paris, 1926, pp. 558-559; A. Mérignac, *op. cit. supra, sub* 16, p. 501; F. Horchani, *op. cit. supra, sub* 8, p. 271; pour une vue plus nuancée, voir L. Caflisch: L'avenir de l'arbitrage interétatique, AFDI, t. 25, 1979, pp. 15-16, qui estime que les sympathies des arbitres nationaux pour les thèses de leurs gouvernements respectifs et leur affinité avec ceux-ci connaissent des limites.

[28] J.G. Merrils: International Dispute Settlement. Fourth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 96.

commission[29], voire même à en être absents dans certains cas. Au cours de cette évolution, la «commission mixte» s'est en fait transformée en «tribunal international».[30]

Si l'élément national s'est dès lors trouvé affaibli dans les tribunaux arbitraux, cette situation n'a rien changé au fait que le droit international même à notre époque, n'oppose aucune restriction à la liberté des parties en conflit, qui peuvent toujours choisir des arbitres nationaux. D'ailleurs, dans la pratique, les États optent régulièrement pour des arbitres nationaux.[31] Ainsi, grâce au principe du libre choix des arbitres, l'arbitrage international conserve son caractère de justice «privée» et à connotation «nationale».

Le temps de la rupture

C'est sans doute la Deuxième conférence de la Paix de 1907 qui joua un rôle de catalyseur dans le processus de métamorphose déjà enclenché. Dès la clôture de la Première conférence de la Paix en 1899, certains États éprouvèrent une nette frustration de voir combien restaient modestes les résultats atteints dans le domaine du règlement des différends. Parmi eux, le gouvernement américain à adopté une attitude particulièrement active. Ainsi, son délégué à la Conférence de 1907, M.J. Choate, posa un regard critique sur le bilan de la Cour permanente d'arbitrage créée en 1899. Il tira la conclusion que cette Cour «n'a pas été de nature à satisfaire aux demandes toujours crois-

[29] On indique souvent que c'est l'affaire dite »*Alabama*», 1872, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, qui peut être considérée comme l'affaire »phare» à cet égard. Le tribunal de cinq arbitres a été composé, outre des membres anglais et américain, d'un Suisse, d'un Italien et d'un Brésilien. Pour les détails de l'affaire Alabama, voir A. Mérignac, *op. cit. supra, sub* 16, pp. 454-464.

[30] Voir l'arbitrage des pêcheries de Terre-Neuve, 1894, entre la France et la Grande-Bretagne, cité par A.Mérignac, *op. cit. supra, sub* 16, p. 501.

[31] Par exemple, le Tribunal des différends irano-américains institué par les Accords d'Alger en 1981 est composé de trois arbitres désignés par le gouvernement des Etats-Unis, trois arbitres désignés par celui de l'Iran (tout les six sont généralement ressortissants américains et iraniens) et trois arbitres tiers nommés d'un commun accord par les six. Voir L. Blel: Une juridiction arbitrale originale: Le Tribunal des différends irano-américains. *In*: *op. cit. supra, sub* 8, pp. 383-386.

santes des nations» et que, dans la mesure où quatre cas seulement lui avaient été soumis au cours de ses huit années d'existence, les deux tiers de ses juges n'avaient pas du tout été appelés à siéger.[32]

De la même manière, le secrétaire d'État américain M. Root mit en exergue, dans ses instructions à la délégation américaine, les faiblesses du système d'arbitrage existant: «On ne peut douter que la principale objection à l'arbitrage repose, non sur la répugnance des nations à soumettre leurs différends à un arbitrage impartial, mais sur l'appréhension que l'arbitrage auquel elles se soumettraient puisse n'être pas impartial. C'est devenu une pratique très généralisée chez les arbitres de se comporter non point en juges, [...] mais en négociateurs, cherchant la solution [...] et soumis à toutes les considérations et influences qui impressionnent les agents diplomatiques [...]. Il arrive très souvent qu'une nation qui serait très disposée à abandonner ses différends à un règlement judiciaire impartial, ne consente pas à les soumettre à cette espèce de procès diplomatique. »[33]

D'autres éléments encore ont contribué à ce revirement. Même si les Conférences de La Haye de 1899 et 1907 donnèrent à l'arbitrage international une dimension multilatérale et institutionnelle, celui-ci n'en est pas moins resté une sorte de justice «privée», «particulière». En effet, cette caractéristique spécifique à l'arbitrage était peu compatible avec l'évolution alors en cours au sein de la communauté internationale, dessinant la tendance de celle-ci à devenir toujours plus interdépendante et cohérente. Elle n'était pas davantage compatible ni avec les efforts visant à codifier de vastes domaines du droit international général. Dans ces circonstances, les États commencèrent à estimer que la justice internationale devrait être rendue au nom de la communauté internationale[34] et non du fait d'un organe de deux ou plusieurs États.[35]

Il fut aussi tiré la leçon des précédents, plutôt décourageants, de la pratique arbitrale au sein de différents États confédérés, en tête

[32] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, p. 365.

[33] *Ibidem*, p. 376.

[34] Pour l'approche critique de cette thèse soutenue par H. Kelsen, voir J. Markus: Grandes puissances, petites nations et le problème de l'organisation internationale. Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1947, pp. 147-149.

[35] G. Scelle, *op. cit. supra, sub* 2, p. 723.

desquels la Confédération germanique (l'«*Austregal-Instanz*» prévu à l'article 63 du Traité de Vienne de 1815 en est un exemple éloquent)[36] et surtout les États-Unis, dont les commissions temporaires prévues par l'article 9 des «Articles de la Confédération» de 1781 révélèrent l'insuffisance de ce type d'organe arbitral compétent pour les treize États américains de l'époque. Ces commissions furent d'ailleurs rapidement (au bout de dix ans) remplacées par une véritable Cour: la Cour suprême.[37]

Par ailleurs, la pratique des dernières décennies du XIX[e] siècle fournit des exemples de réussites d'authentiques juridictions judiciaires à composition internationale dont l'indépendance ou l'impartialité ne fut pas remise en cause en dépit de la présence, seulement minoritaire, de juges nationaux (à titre d'exemple, la Cour d'appel d'Alexandrie créée en 1875 était composée de six juges égyptiens et de dix juges étrangers nommés par le vice-roi d'Egypte sur proposition des puissances européennes).[38]

L'ensemble de ces éléments encouragea les gouvernements à «déprivatiser» et à «dénationaliser» le statut des arbitres internationaux et à réfléchir à la mise sur pied de véritables juridictions internationales. Toutefois, les discussions engagées dans cette perspective à l'occasion de la Deuxième conférence de la Paix de 1907 ne furent pas couronnées de succès. D'une part, le désaccord des États au sujet de sa composition ne permit pas la réalisation du projet de CJA. D'autre part, la Convention pour l'établissement d'une Cour internationale des prises (ci-après «Cour des prises») ne fut pas ratifiée dès lors que la tentative de codification du droit international maritime s'était soldée par un échec lors de la Conférence de Londres de 1908-1909, alors qu'elle en était considérée comme une condition préalable.[39] Même si les deux projets débattus lors de la Conférence de 1907 ne purent donc aboutir dans leur totalité, la constitution et l'organisation de ces deux juridictions furent tout de même provisoirement arrêtées

[36] D.P. Myers: The Origin of the Hague Arbitral Courts. AJIL, vol. 8, 1914, pp. 800-801.

[37] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, pp. 393-397.

[38] F. von Liszt: Das Völkerrecht. Elfte, umgearbeitete Auflage. Verlag von Julius Springer, Berlin, 1920, pp. 149-150.

[39] J. Markus, *op. cit. supra, sub* 34, p. 147.

et élaborées, de manière assez détaillée, par les diplomates. Par ailleurs, les États-Unis ne se résignèrent pas à accepter que leurs aspirations ne trouvent pas d'issue pratique à La Haye mais réussirent au contraire à donner vie à une juridiction opérant dans un cadre géographique plus modeste. C'est en effet sous leurs auspices qu'une Cour de justice centre-américaine permanente, à compétence obligatoire, ouverte aux particuliers fut créée en 1907 avec la participation de quatre autres pays de la région.[40]

Dans ce contexte, le travail du Comité consultatif des Juristes qui rédigea, en 1920, le projet de Statut de la Cour permanente de Justice internationale (ci-après la «CPJI»), s'est trouvé bien facilité par cet acquis «diplomatique» et «pratique» accumulé lors de la période précédente.

Les efforts visant à gérer la coexistence des arbitres et des juges internationaux

La frustration généralement suscitée lors des discussions relatives à la mise en place de la CPA à laissé son empreinte dans l'étape du processus de métamorphose des arbitres en juges qui à suivi. Ainsi, les États-Unis et la Russie, les deux États les plus actifs à la Deuxième conférence de La Haye de 1907, suggérèrent, au départ, une reconstruction fondamentale de la CPA à peine créée.

Le Président Roosevelt indiqua, dans sa lettre adressée au Congrès de la Paix de New York le 5 avril 1907: «...j'espère qu'on étendra la compétence de la Cour de La Haye en la rendant plus permanente; j'espère qu'on nommera des juges pour un terme fixe et qu'on leur donnera un traitement suffisant, afin qu'il devienne de plus en plus probable que chaque conflit qui s'élèvera entre les nations, grandes ou petites, sera décidé par ce tribunal comme un juge chez nous décide entre les individus, puissants ou faibles, qui ont recours à

[40] Ayant été saisie d'une affaire hautement politique contre le Nicaragua, celui-ci ayant fait défaut et s'étant refusé à se conformer à l'arrêt, la Cour ne s'est jamais remise de cet échec et a clôturé son activité à la date de l'expiration du traité fondateur de 1907, au bout de dix ans. Voir G. Scelle, *op. cit. supra, sub* 2, p. 730.

lui».[41] M. de Martens, délégué du tsar russe, bien que critique vis-à-vis de la CPA qu'il assimilait à «une idée qui quelquefois prend corps et âme, puis disparaît de nouveau», proposa tout de même, lors de la phase initiale de la discussion à la Conférence, qu'il soit fait usage de cette Cour déjà existante et qu'un «Tribunal Permanent d'Arbitrage» composé de trois juges et prêt en tout temps à juger les causes dont la CPA est saisie soit constitué à partir de ses membres. De la sorte, le «Tribunal» deviendrait le «noyau dur», c'est-à-dire le seul composant véritablement permanent de la CPA, les autres membres de la CPA ne devant se rassembler qu'une fois par an pour désigner les trois «juges permanents» évoqués.[42]

Une approche aussi radicale fut loin de recevoir un soutien unanime puisqu'elle aurait eu pour conséquence de faire disparaître en fait la CPA, fondée sur le principe du choix des arbitres (des «jurés») pour toute affaire individuelle. La plupart des critiques soulignaient qu'une telle approche revenait à abandonner le système existant d'arbitrage. A. Mérignac, par exemple, s'exclama ainsi: «Il est à redouter [...] que les juges internationaux [...] ne prennent une importance considérable et ne tardent pas à s'ériger en une sorte de sénat dirigeant dont l'influence, mise au service d'ambitions habiles, finirait par devenir un danger pour certaines nations [...]. On peut faire remarquer que les litiges des États ne seraient pas suffisants pour occuper un tribunal d'une manière constante; aussi la permanence des fonctions judiciaires [...] ne se conçoit-elle pas pour le tribunal international; et il semble bien inutile de faire supporter aux nations les frais relativement considérables [de celui-ci] [...]. Enfin, le choix des magistrats permanents et leur révocation [...] pourraient facilement devenir la source de difficultés [...] et de conflits entre les États. En effet, ou le tribunal comptera un représentant de chaque État et [...] les juges seront trop nombreux, ou ses membres seront réduits et alors on voit apparaître en germe les causes de conflit [...]. D'un autre côté, qui sera chargé de prononcer la révocation quand elle s'imposera? Ce ne sera pas sûrement l'État ayant nommé le magistrat à révoquer; et l'on peut se demander si les collègues de celui-ci ou les autres États auront, pour

[41] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, pp. 368-369.
[42] *Ibidem*, pp. 374-375.

statuer sur point, l'indépendance et l'autorité nécessaires.»[43] L'auteur de ces propos en tira la conclusion que «la juridiction seule doit être permanente, tandis que ceux qui l'exerceraient seraient choisis dans chaque affaire».[44]

A la lumière de telles objections, les États-Unis, soutenus par la France et le Royaume-Uni, remodelèrent leur projet en renonçant à une solution radicale. Ils avancèrent la thèse selon laquelle l'ancien et le nouveau système seraient complémentaires. La délégation française (menée par M. Bourgeois) s'exprima à cet égard comme suit: «Nous ne voudrions pas voir disparaître le caractère véritablement arbitral de la juridiction de 1899, et nous entendons maintenir ce libre choix des juges [...]. Dans les conflits d'ordre politique, nous pensons [...] qu'aucun État, petit ou grand, ne consentira à aller devant un tribunal arbitral s'il n'est pas intervenu d'une façon décisive dans la désignation des membres qui le composent. Mais en est-il de même dans les questions d'ordre purement juridique? Ici, [...] les mêmes défiances peuvent-elles se produire? Et chacun ne conçoit-il pas qu'un tribunal véritable formé de véritables jurisconsultes, peut être considéré comme l'organe le plus compétent [...]? À nos yeux, c'est donc, selon la nature des affaires, l'ancien système de 1899, ou le nouveau système d'un tribunal vraiment permanent, qui pourra être préféré. En tout cas, [...] nul ne sera obligé d'user de l'un plutôt que de l'autre. Le choix entre la Cour de 1899 et le Tribunal de 1907 sera facultatif.»[45] La délégation britannique (avec à sa tête Sir Fry) assura que «ce projet propose la création d'une nouvelle Cour à côté de la Cour actuelle. Les deux cours concourront au même but et celle des deux qui paraîtra répondre le mieux aux besoins des nations, survivra. Le choix pour les nations sera libre, et il est bien certain que la Cour la plus efficace sera choisie.»[46]

De cette manière, les États ont cherché à scinder en deux les méthodes de règlement de leurs litiges (avec l'arbitrage, d'une part, et

[43] A. Mérignac, *op. cit. supra, sub* 16, pp. 549-550.

[44] Ces paroles de M. Mérignac ont été consensuellement citées, lors de la 2e Conférence de La Haye, par le chef de la délégation belge, M. Beernaerts. Voir D.P. Myers, *op. cit. supra, sub* 21, pp. 291-292.

[45] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, pp. 363-364.

[46] *Ibidem*, p. 373.

le règlement judiciaire, d'autre part) en se fondant sur la nature politique ou, au contraire, purement juridique des questions en cause. Etant donné que ni la pratique ni la doctrine internationales n'avaient été en mesure de se mettre d'accord sur les moyens de différencier ces deux types de questions, la distinction faite sur ce critère n'était pas susceptible d'assurer une délimitation, acceptable pour tous, entre les deux méthodes envisagées. Dans ces conditions, il ne fut pas possible non plus de définir sans ambiguïté le caractère des rapports entre les deux juridictions. Certains États, comme la France (voir *supra*), alléguèrent que les deux juridictions entretiendraient des rapports de *complémentarité* dans la mesure où elles se départageraient les affaires introduites selon leur nature (juridique ou politique) sans se heurter. D'autres États, comme le Royaume-Uni (voir *supra*), estimèrent pour leur part que leur relation se caractériserait plutôt par des rapports de concurrence risquant d'aboutir à l'effacement progressif de l'une et au raffermissement graduel de l'autre, la plus adaptée aux «besoins des nations».

La CJA ne vit certes jamais le jour mais les grandes idées débattues lors la Deuxième conférence de la Paix résurgirent une douzaine d'années plus tard, à l'occasion des discussions qui donnèrent naissance à la CPJI. Celle-ci consacra la distinction entre les méthodes arbitrale et judiciaire de règlement des différends dès lors que le qualificatif «arbitral» était absent de sa dénomination. Toutefois, la création de la CPJI n'eut pas pour effet de clarifier la délimitation entre les questions d'ordre «politique» et «purement juridique». Par conséquent, les relations entre la CPA et la CPJI (et, par la suite, entre la CPA et la Cour internationale de Justice) ne se révélèrent ni vraiment complémentaires ni vraiment concurrentielles. Les deux juridictions cohabitent encore aujourd'hui en l'absence de véritables lignes de démarcation entre leurs compétences respectives.

Certains éléments de la métamorphose inachevée

Dans la mise en œuvre des deux projets que furent la CPA et la CJA (ce dernier repris ensuite par la CPJI), leurs auteurs n'ont pas su dessiner une ligne claire de séparation entre la fonction d'arbitre international «juge privé des parties au litige» et celle de juge interna-

tional «magistrat international». La métamorphose de l'arbitre en juge n'a donc pas pu être menée jusqu'à son terme. Le processus de «déprivatisation» et de «dénationalisation» de la fonction d'arbitre international «classique» n'était ni conséquent ni total et, de ce fait, le juge international actuel conserve toujours, un siècle après la Deuxième conférence de la Paix, certains attributs propres à la personnalité de l'arbitre.

Je focaliserai mon analyse sur quatre éléments différents de cette métamorphose toujours inachevée, tout en faisant abstraction d'autres éléments qui peuvent y jouer également des rôles non négligeables.

1. Vers le statut du «fonctionnaire international»

Le statut de juge international à pour tâche difficile d'intégrer deux aspects distincts de sa fonction. D'une part, le juge international doit être un *magistrat* indépendant bénéficiant d'une position intangible comparable à celle du magistrat national. D'autre part, puisqu'il communique, dans ses arrêts contraignants, avec les États, le juge international peut tout aussi bien être assimilé, en ce sens, au *diplomate*, doté d'immunités et de privilèges internationaux.

Des idées assez arrêtées sur la fonction de juge international dans son rôle de *magistrat* circulèrent antérieurement à 1899. À titre d'exemple, M. Kamarowski proposa, bien avant les Conférences de la Paix, de soumettre les candidats à ce poste à des examens spéciaux. Selon lui, les juges devaient en outre être âgés entre 35 et 70 ans, être révocables par le tribunal s'ils venaient à commettre des faits graves, être privés de la possibilité d'exercer un autre emploi et bénéficier d'un traitement fixe et d'une retraite.[47]

Différents éléments techniques relatifs au statut de juge international en tant que magistrat ont dû être retenus lors de la rédaction, en 1907, de la convention portant création de la Cour des prises. Cette convention accordait d'abord aux juges de cette cour une indemnité de voyage et, ensuite, la somme de 100 florins néerlandais pour chaque jour d'exercice de leurs fonctions, ces prestations relevant des frais généraux de la Cour. En contrepartie, il était interdit aux juges de re-

[47] Cité par A. Mérignac, *op. cit. supra, sub* 16, p. 548.

cevoir de leur propre gouvernement ou de celui d'une autre puissance une quelconque rémunération au titre de leur appartenance à la Cour. Pour leur part, les juges de la CJA avaient droit, entre autre, à une indemnité forfaitaire annuelle de 6.000 florins, montant qui était considéré comme «une récompense suffisante à celui dont le but n'est pas d'amasser une fortune».[48] De la sorte, était complètement abandonnée la logique qui prévalait dans le statut de membres de la CPA de 1899, lesquels recevaient des honoraires directement des parties au litige, dont ils n'étaient ni plus ni moins que leurs serviteurs.[49]

En revanche, l'évolution du statut du juge à emprunté un chemin beaucoup plus détourné sur le plan des *privilèges et immunités diplomatiques*. Les membres de la CPA, c'est-à-dire de purs arbitres internationaux, jouissaient déjà de ces privilèges et immunités «dans l'exercice de leurs fonctions et en dehors de leur pays». Cette disposition fut reprise textuellement dans la convention se rapportant aux juges de la Cour des prises. Son objectif était d'assimiler ses juges à des diplomates, ceux-ci ne jouissant de leur statut international spécial qu'à l'étranger, et non au sein de leurs États respectifs les accréditant. Certes, un tel régime permettait de protéger les juges de la Cour des prises notamment vis-à-vis de l'État dans lequel siégeait la Cour (à savoir les Pays-Bas), mais pas vis-à-vis de leurs propres États dont ils étaient ressortissants ou, le cas échéant, résidents.

Le juge international n'est pourtant pas l'agent de son État d'origine. Il exerce ses fonctions dans l'intérêt d'un ensemble plus ou moins considérable d'États et échappe, tant qu'il les accomplit, à l'emprise de tout droit national. Il ne peut donc pas dépendre d'un seul de ces États, considéré isolément, même s'il s'agit d'un État auquel ce juge doit en fait son poste. En bref, le juge international doit être assimilé non pas à un diplomate au service d'un État, mais davantage à un *fonctionnaire international* possédant un statut spécial international.[50]

Pour cette raison, il à été proposé ultérieurement, lors des débats entourant la création de la CPIJ, de ne pas reprendre entièrement la disposition précitée, mais d'en supprimer l'expression «en dehors de

[48] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, p. 382.
[49] *Ibidem*, p. 383.
[50] S. Basdevant: Les fonctionnaires internationaux. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931, pp. 12 et 60.

leurs pays». Même si la nouvelle formule ne recueillit pas un écho unanimement favorable, elle fut finalement retenue (art. 19 du Statut de la PCJI). L'abandon de cette expression impliqua que les États devaient admettre que le juge international puisse jouir des immunités et privilèges dans son État d'origine aussi. Si ce dernier n'est pas soumis, en principe, à cet égard, au droit international général, il est pourtant tenu de respecter des obligations conventionnelles précises en la matière. Cet État peut donc légiférer d'une façon unilatérale à condition de tenir compte du principe selon lequel une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité (article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).[51] En conséquence, l'internationalisation du statut de juge international n'est pas allée, sur le plan des privilèges et immunités, au bout de la logique et n'a pas libéré complètement ce juge de l'influence particulière de son État d'origine (dont il est ressortissant ou résident).

2. Durée du mandat

Dès lors que les dispositions relatives à la durée du mandat ont pour but principal de protéger les juges internationaux des pressions des gouvernements,[52] il est assez surprenant que, lors de la Deuxième conférence de La Haye, cette question n'ait pas été discutée sous l'angle de l'indépendance du juge, mais dans le contexte de diverses considérations d'ordre purement pratique. Les délégations étaient en principe d'accord pour admettre que la future CJA devrait se distinguer de la CPA par l'émergence d'un «esprit de corps», que l'on espérait voir se développer sur une très longue période à partir des connaissances et des expériences communes aux juges et nécessaires pour créer une véritable jurisprudence.[53]

Toutefois, d'autres considérations ont freiné la réalisation d'une telle idée qui concevait la construction de relations entre juges comme

[51] Voir aussi The Statute of the International Court of Justice. A Commentary. Edited by A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, Oxford, 2006, pp. 359-360.

[52] J. Velu, R. Ergec: La Convention européenne des Droits de l'Homme. Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 933.

[53] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, pp. 380-381.

une entreprise de longue haleine. Il était non seulement redouté que trop peu d'excellents juristes acceptent de «s'expatrier» dans une juridiction internationale pour une longue période,[54] mais également que les futurs juges n'aient pas assez d'affaires à trancher. On craignait en particulier que ce manque de travail s'avère désastreux pour l'ambiance à la cour (d'où l'institution originaire des juges suppléants à la CPJI, abandonnée par la suite, en 1929). On faisait, finalement, remarquer qu'il serait ainsi renoncé à la possibilité d'écarter les juges qui ne répondraient plus à la confiance des gouvernements.[55]

La force cumulative de tous ces arguments conduisit les États à se mettre d'accord sur le principe d'un *mandat limité dans le temps* et *renouvelable* qui devait permettre de se séparer des juges inefficaces et en même temps de retenir les juges» qui avaient rendu de véritables services».[56] Ce n'était que dans cette perspective de reconnaissance des «mérites personnels» des juges que les États percevaient l'acte de reconduction des juges, la question des éventuelles répercussions néfastes de cet acte sur l'indépendance de ces derniers vis-à-vis de leurs propres gouvernements respectifs n'ayant pas du tout été soulevée. Le renouvellement n'était donc pas considéré comme une atteinte au principe de l'inamovibilité des juges qui, lui, était lié, selon la conception de l'époque, à la seule durée du mandat mais pas au-delà.[57]

Dans le souci de discerner nettement les juges internationaux des arbitres de la CPA, les États convinrent du principe visant à confier aux juges de la CJA un mandat d'une durée de *douze ans*, c'est-à-dire du double de celui confié à ces arbitres. Une telle période était considérée comme suffisante pour le développement des capacités d'un juge.[58] Il est intéressant de remarquer qu'un mandat aussi long n'a jamais été imité ultérieurement dans d'autres enceintes. Par ailleurs, le mandat des juges de la Cour des prises fut fixé à seulement *six ans* (ce qui peut s'expliquer par une spécialisation beaucoup plus grande de cette juridiction) et,

[54] Déclaration de la délégation belge, à la 2e Conférence de la Paix. Voir D.P. Myers, *op. cit. supra, sub 21, p. 292.*

[55] Voir, dans le contexte de la CPJI, V. Bruns: La Cour Permanente de Justice internationale. Son organisation et sa compétence. RCADI, t. 62, 1937, p. 575.

[56] *Ibidem.*

[57] *Ibidem.*

[58] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, p. 381.

quasiment en même temps, dans un contexte différent, celui des juges à la Cour de justice centre-américaine à *cinq ans*.

Le sujet fit à nouveau débat à la veille de la création de la CPJI, en 1920. Alors qu'un seul État (la Suède) suggérait le mandat à vie pour les juges de cette cour, les autres États proposaient un mandat compris entre six à douze ans. Dans ces circonstances, le Comité consultatif des Juristes opta pour un compromis de *neuf ans*, durée estimée adéquate pour qu'un juge développe de manière satisfaisante ses facultés et capacités ou, au contraire, pour que l'on puisse se séparer d'un juge qui se révélerait médiocre[59]. Cette durée de mandat permettait aussi de garantir, du moins théoriquement, à chaque État membre de l'organisation universelle la possibilité d'avoir un jour «son juge» dans une juridiction composée d'un nombre réduit de juges élus selon un principe de rotation.

Malgré les efforts répétés de la doctrine (par exemple, l'Institut de droit international suggéra, en 1954, de porter la durée des fonctions des juges de la CIJ à *quinze ans*)[60] et malgré les efforts déployés dans un cadre diplomatique (proposition faite lors de la Conférence intergouvernementale de Nice de doter les juges de la Cour de justice des CE d'un mandat unique de douze ans),[61] la durée du mandat des membres d'une juridiction internationale n'a jamais excédé neuf ans, celui-ci étant d'ailleurs resté, dans la plupart de ces juridictions, renouvelable. De la sorte, les gouvernements se réservent toujours la possibilité d'exercer une influence relativement importante sur la carrière du juge international, ce qui constitue incontestablement un obstacle à l'achèvement de la métamorphose.

3. Vers l'exclusivité de la fonction

Une différence fondamentale existe entre les arbitres et les juges internationaux en raison du caractère exclusif des fonctions de ces

[59] *Op. cit. supra, sub* 51, pp. 304-305.

[60] Voir Sir H. Lauterpacht: The Revision of the Statute of the International Court of Justice. *In*: The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 1, N° 1, 2002, pp. 63-65.

[61] D. Simon: Le système juridique communautaire. 3e édition mise à jour, PUF droit, Paris, 2001, p. 232.

derniers. La question de l'exclusivité ne se pose pas chez les arbitres. Ils n'exercent leur fonction qu'occasionnellement, parallèlement à leurs occupations professionnelles habituelles. En revanche, la profession de juge international est désormais considérée, en général, comme une activité à temps plein, et en conséquence exclusive. Cette approche implique d'importantes restrictions à la liberté de séjour des juges et une limitation de leurs autres choix professionnels. En effet, il est légitime d'exiger d'un juge, d'une part, qu'il soit *présent continuellement au siège* de la juridiction dont il est membre, et, d'autre part, qu'il ne se livre pas à d'autres activités pendant l'exercice de sa fonction (la question des *incompatibilités*).

Le chemin menant à l'exclusivité de la fonction de juge international ne fut cependant ni court ni direct. Une analyse des discussions tenues lors de la Deuxième conférence de la Paix de 1907 montre qu'une telle exclusivité n'était en réalité pas souhaitée.

Le projet de la Cour des prises ne précisait nullement que ses juges auraient dû être présents de manière continue au siège de la Cour (La Haye) et qu'ils auraient dû cesser d'exercer d'autres activités à l'extérieur de la Cour. S'agissant de la CJA, il semble qu'un consensus se soit dégagé pour ne pas exiger une présence permanente des juges à La Haye, à moins que le rôle de la Cour le justifie. Le fait que les juges s'engageaient à rester disponibles pour s'y rendre de manière à pouvoir régler les affaires présentées à la Cour à été considéré comme suffisant.[62] Seule la délégation du Brésil à cherché à établir un équilibre entre les libertés des juges et l'intérêt du bon fonctionnement de la CJA. Cette délégation proposait de partager les juges en trois groupes qui devaient siéger à tour de rôle pendant trois ans durant lesquels les juges qui les composaient étaient tenus de fixer leur résidence en un lieu à partir duquel ils pouvaient se rendre en 24 heures à La Haye, à la première convocation télégraphique.[63]

Le Comité consultatif des Juristes partagea, en 1920, de toute évidence, la même approche libérale et ne proposa dès lors aucune disposition susceptible de limiter le choix des juges quant à leurs résidences. L'article 22 du Statut de la CPJI, selon lequel «le Président

[62] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, pp. 381 et 384.
[63] D.P. Myers, *op. cit. supra, sub* 21, p. 303.

et le Greffier résident au siège de la Cour», imposa en fait une interprétation à *contrario* selon laquelle les juges n'étaient pas tenus de résider à La Haye. Ce libellé reflétait apparemment la conviction du Comité des Juristes et des diplomates que la nouvelle Cour n'aurait pas, au moins pendant ses premières années, une charge de travail importante.

Cette solution libérale porta toutefois préjudice aux travaux de la CPJI. Il était fréquent que les juges venant d'autres continents assistent aux sessions d'été mais soient absents en hiver. Il fallait, dans cette dernière situation, faire appel aux juges suppléants résidant «à portée de main», à savoir les juges des pays européens. En conséquence, la composition concrète de la CPJI variait fortement en fonction de la saison: elle était «normale» en été, «quasi européenne» en hiver.[64] Par ailleurs, en 1928, le traitement d'une affaire dût être reporté de six mois en raison d'un effectif inférieur, à une unité près, au quorum de juges requis.[65]

Suite à ces expériences démoralisatrices, il fut procédé à l'amendement du Statut. Il était convenu de la sorte d'obliger les membres à «être à tout moment à la disposition de la Cour», à moins de congé, d'empêchement pour cause de maladie ou autre motif grave dûment justifié (article 23). Cet article ainsi amendé renversait la présomption: il n'était désormais plus considéré comme normal que les juges soient absents de La Haye et qu'ils ne s'y rendent qu'une fois appelés. On exigeait dorénavant que les juges séjournent en principe de manière continue à La Haye.[66] L'amendement cité se heurta, dans certains États, à une opposition tellement vive que son entrée en vigueur subit un retard important.[67]

Une disposition identique à également glissé dans le Statut de la CIJ et elle est interprétée en ce sens qu'elle impose aux juges l'obligation de résider au siège de la Cour.[68] D'ailleurs, dans d'autres enceintes juridictionnelles internationales, l'obligation de résidence s'impose aux juges de façon explicite (comme l'art. 14 du Statut de la Cour de justice des CE).

---

[64] V. Bruns, *op. cit. supra, sub* 55, p. 575.
[65] *Ibidem,* p. 574; voir aussi *op. cit. supra, sub* 51, p. 401.
[66] *Op. cit. supra, sub* 51, p. 401.
[67] Adoptés en 1929, les amendements au Statut ne sont entrés en vigueur qu'en 1937.
[68] *Op. cit. supra, sub* 51, p. 409.

Qu'elle soit explicite ou implicite, l'obligation de résidence au siège de la cour, qui fait partie du statut actuel du juge international, distingue nettement la situation de ce dernier de celle de l'arbitre international. Exiger une présence continue au siège de la cour durant le mandat constitue un puissant facteur qui joue en faveur de la «dénationalisation» du juge international et stimule donc le processus de métamorphose étudié dans le présent article.

La question des *incompatibilités* ne s'est pas posée non plus, en principe, chez les arbitres internationaux. Les arbitres de la CPA pouvaient, notamment, conserver leurs fonctions de ministre, vice-ministre, agent diplomatique, fonctionnaire dirigeant dans l'administration d'État ou de conseil du Ministre des affaires étrangères. Lors de la Deuxième conférence de la Paix, les éventuelles incompatibilités ne furent discutées dans le détail, ni dans le contexte de la CJA, ni dans celui de la Cour des prises, même si, apparemment, les délégations partageaient le point de vue selon lequel «la situation de juge n'empêchera probablement pas les autres engagements professionnels [...]. Dès lors, un juge peut se livrer à l'exercice de la profession légale; il peut être professeur [...] ou fonctionnaire du gouvernement». Les participants à la Conférence ont sans doute considéré comme une garantie suffisante pour une «dénationalisation» efficace d'un juge que ce dernier soit tenu de ne recevoir de son gouvernement ou de la part d'un autre gouvernement aucune rémunération pour des services rentrant dans les devoirs découlant de sa fonction à la Cour.[69] Sous cet angle, un juge à la CJA ne différait en fait guère d'un arbitre à la CPA.

Ce ne fut qu'en 1920 que le problème des incompatibilités fut soumis à un examen ciblé et approfondi. Se posait alors la question de savoir si l'incompatibilité englobait seulement les engagements de nature publique (conception restrictive) ou, plus généralement, toute autre activité professionnelle (conception large). La majorité des gouvernements partaient du postulat que la nouvelle CPJI aurait peu de travail pendant sa période initiale de fonctionnement. Pour cette raison, la proposition de la France visant à «désengager le juge de toutes occupations précédentes» ne fut pas retenue.[70]

[69] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, p. 382.

[70] O. Spiermann: »Who Attempts Too Much Does Nothing Well»: the 1920 Advi-

Pour le même motif, le Comité consultatif des Juristes estima qu'il ne pouvait pas «formuler les dispositions relatives à l'incompatibilité de manière vraiment stricte. Un grand juge ou un grand professeur en qui les nations ont une confiance suffisante pour l'appeler à siéger à la Court doit pouvoir continuer à exercer ses fonctions actuelles [...] - aucune incompatibilité n'existe dans leur cas. De la même manière, un membre éminent du parlement pourrait conserver sa fonction législative. En revanche, un membre du gouvernement, un ministre ou sous-secrétaire d'État, un représentant du corps diplomatique, un directeur d'un ministère ou un de ses subordonnés, ou le conseiller juridique d'un ministère des affaires étrangères, bien qu'éligibles à un poste d'arbitre à la Cour de 1899, ne sont assurément pas éligibles comme juges au sein de notre Cour [...]. Si la personne élue occupe de telles fonctions au moment de l'élection, son élection est valide, puisque c'est la question de l'incompatibilité qui se pose, pas celle de la disqualification. Cette personne doit cependant décider lequel des deux postes elle occupera...»[71]

En entérinant cette conception restrictive des incompatibilités, l'article 16 du Statut de la CPJI prévoyait seulement que «les membres de la Cour ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative», tout en les autorisant à exercer parallèlement d'autres activités professionnelles dans leurs États respectifs. Si une telle solution protégeait la Cour de manière satisfaisante de l'arrivée en son sein des hommes politiques, elle n'assurait pas, pour autant, une exclusivité de la fonction de juge avec sa finalité internationale dès lors que les membres restaient professionnellement intégrés et immergés dans leurs milieux nationaux. Conformément à la perception de l'époque, cet exercice parallèle des activités s'avérait souhaitable car il assurait à la CPJI davantage d'autorité dans les États parties.[72]

La mise en œuvre de la conception restrictive des incompatibilités se révéla intenable quand elle fut confrontée aux contraintes opérationnelles de la CPJI liées au nombre assez important d'affaires dont celle-ci fut saisie. Les absences prolongées de certains juges don-

sory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice. BYIL, 2002, p. 246.

[71] Citation reprise de *op. cit. supra, sub* 51, pp. 325-326, traduction de l'anglais libre.

[72] L. Le Fur, *op. cit. supra, sub* 7, p. 500.

naient l'impression que ceux-ci, accaparés par d'autres occupations professionnelles, ne pouvaient accomplir leur tâche.[73] La situation des professeurs d'université s'avérait être la plus pertinente à cet égard dès lors que cette activité n'exigeait pas une présence continue dans l'établissement d'enseignement supérieur concerné et, en conséquence, permettait, en pratique, l'exercice en parallèle de la fonction de juge. En outre, d'aucuns redoutaient qu'un professeur nommé dans un poste de juge et autorisé à continuer ses cours puisse divulguer par avance ses prises de position dans les affaires soumises à la Cour et que, dès lors, son impartialité et son indépendance ne soient de la sorte compromises.[74]

Pour éviter ces problèmes pratiques, l'article 16 du Statut de la CPJI fut amendé (en 1929) en vue d'étendre les incompatibilités à *toute autre occupation de caractère professionnel*. Ainsi, l'exercice de la fonction de juge international devint une activité professionnelle *exclusive*.

Cependant, une interprétation de cette exigence, plus atténuée, et selon laquelle les activités académiques des juges devaient être largement tolérées, s'est progressivement imposée. Cette évolution s'explique en particulier pour deux raisons: d'une part, l'activité d'enseignement sert à une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de la juridiction internationale à l'extérieur et elle est donc considérée comme conforme à ses intérêts;[75] d'autre part, une interdiction totale des activités universitaires pourrait être considérée comme une ingérence, certes légitime, mais probablement disproportionnée, dans la liberté d'expression des juges. Dans la pratique, il revient au président de la juridiction ou à l'ensemble de ses membres de tester la proportionnalité de l'activité à la lumière du respect de l'obligation de disponibilité, qui est inhérente à la fonction de juge et qui exige que les membres de la cour se consacrent pleinement à l'accomplissement de leur mandat.[76] La

[73] V. Bruns, *op. cit. supra, sub* 55, p. 579.
[74] *Ibidem.*
[75] *Op. cit. supra, sub* 51, p. 334.
[76] Voir les lignes directrices, adoptées par la CIJ au milieu des années 90 et évoquées *in*: *op. cit. supra, sub* 51, p. 333.

pratique d'autres enceintes juridictionnelles internationales comporte d'ailleurs les mêmes caractéristiques.[77]

4. Vers la professionnalisation de la fonction

La fonction d'arbitre international n'est pas liée, à priori, à une certaine qualification ou compétence personnelles spécifiques dans la mesure où c'est la confiance des parties au litige qui est sous-jacente au choix de la personne chargée de cette fonction. Une telle confiance peut se fonder sur la sagesse de la personne choisie, sur sa réputation d'impartialité ou sur son expérience doctrinale ou pratique notoire dans un domaine particulier.

En revanche, le profil requis du juge international doit comporter des éléments plus circonscrits et plus formels. L'image du juge coïncide avec la stature de magistrat professionnel, juriste ayant une formation spécifique. Cette professionnalisation contribue fortement à l'indépendance du juge. La Conférence des Cinq Puissances pour l'élaboration d'un projet relatif à l'établissement de la CPJI (1920) se pencha sur la question ainsi: «Le juge lui-même, revêtu de sa grandeur morale, de son caractère incorruptible, illuminé par la lumière de son savoir, n'appartient plus à un État dans l'exercice de sa fonction».[78]

Aucune des conditions requises habituellement pour des magistrats nationaux ne fut acceptée sans réserve et à *priori* pour les juges internationaux. Les États menèrent d'âpres batailles à l'occasion des différentes conférences sur ce sujet.

D'abord, la question se posa de savoir si les juges internationaux devaient être *jurisconsultes*, professionnels de formation juridique. Elle fut largement abordée lors de la Deuxième conférence de la Paix, pour ce qui concerne les juges de la Cour des prises. L'Allemagne et la Russie intervinrent avec force afin que, parmi ces juges, figurent des officiers supérieurs de marine. La délégation des États-Unis réfuta cette idée catégoriquement. Selon les propos du délégué américain, le devoir

[77] Pour la CEDH, voir J. Velu, R. Ergec, *op. cit. supra, sub* 52, p. 774; pour la CJCE, voir Le Code de conduite, adopté par les membres de la Cour en 2007, article 5 (»Autres activités»), JO, C 223/1 du 22 septembre 2007.

[78] Cité par V. Bruns, *op. cit. supra, sub* 55, pp. 561-562.

de tels officiers était de fournir des causes à la Cour, non de les décider. Il argua de la façon suivante: «Une cour est une cour et un jurisconsulte est un jurisconsulte [...] l'introduction de tout autre élément tend dans une certaine mesure à enlever à ce tribunal le véritable caractère judiciaire qu'il doit posséder [...]. S'il était nécessaire d'avoir présents au Tribunal des amiraux, avec toute l'expérience qu'[ils] possèdent [...] et sans l'avis et la collaboration desquels la Cour serait dans l'impossibilité de prendre des décisions, est-il [...] nécessaire de les faire siéger sur le banc le plus élevé? [...] Ne peuvent-ils être présents, non comme juges rendant un arrêt mais comme conseillers dont l'avis est nécessaire pour rendre un arrêt?»[79]

La bataille fut remportée par les États-Unis puisque l'article 10 de la Convention de 1907 sur l'établissement de la Cour internationale des prises prévoyait que tous les juges «devront être des jurisconsultes d'une compétence reconnue dans les questions de droit international maritime». Toutefois, des confrontations de même nature se répétèrent dans d'autres enceintes et n'aboutirent pas nécessairement à un résultat identique à la solution adoptée en 1907. Ainsi, l'article 32 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier signé en 1951 énonce tout simplement que les candidats au poste de juge à la Cour de cette Communauté doivent être des personnes d'une indépendance et compétence reconnues, sans se référer aux «jurisconsultes». Deux juges présents dans la composition originelle de la Cour n'avaient pas de formation spécifiquement juridique[80] et l'un d'eux n'a quitté la Cour qu'en 1962, alors que la situation institutionnelle était déjà complètement différente.

Le même problème se posa sous un angle différent dans d'autres juridictions internationales. Il traduit l'écart entre les systèmes de droit continental et de droit anglo-saxon. Dans le cadre de ce dernier, devenir un haut magistrat national n'exige pas nécessairement d'être juriste.[81] S'il devait être exigé que les juges internationaux soient jurisconsultes, toute une catégorie de hauts juges nationaux ne pourraient

[79] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, pp. 432-433.

[80] Le Néerlandais Serrarens (parlementaire) et le Français Rueff (expert en finances et affaires bancaires). Voir L. Neville Brown and T. Kennedy: The Court of Justice of the European Communities. Forth edition, Sweet and Maxwell, London, 1994, p. 47.

[81] *Ibidem,* p. 46.

même pas poser leur candidature. Un échange de vues passionné concernant ce type de problème eut lieu au sein du Comité consultatif des Juristes, en 1920. Certains membres (Hagerup) réclamaient que tous les juges soient juristes alors que d'autres (Descamps), en revanche, ne voulaient pas exclure du banc des «hommes pratiques» et, que d'autres encore (Ricci-Busatti) soutenaient que l'expérience d'un magistrat national ne constituait pas le critère pertinent pour devenir un juge international puisque celui-ci devrait rendre ses arrêts dans un «esprit vraiment international».[82]

Au final, le Comité des Juristes s'inspira du projet de Convention instituant la CJA de 1907 qui consacrait l'alternative selon laquelle les juges de cette juridiction devaient «satisfaire aux conditions les qualifiant dans leurs pays respectifs, occuper des postes juridiques de haut niveau ou être des juristes aux compétences reconnues en matière de droit international».

Ladite formule, reprise avec des retouches dans l'article 2 du Statut de la CPJI («[...] qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international») qui, lui, à été repris également dans le Statut de la CIJ, ouvre la porte à toutes les catégories d'intéressés. D'une part, la formule alternative permet aux plus hauts juges nationaux disposant d'un «judicial thinking» et d'un sens développé des exigences d'indépendance et d'impartialité mais, ne justifiant en même temps, d'aucune expérience en droit international de postuler (on songea en particulier à l'opportunité d'admettre la candidature des juges provenant des États fédéraux qui ont parfois acquis des expériences dignes d'intérêt à cet égard, lors de l'examen de litiges de droit interne entre États fédérés).[83] D'autre part, elle habilite des candidatures des enseignants et chercheurs universitaires qui ont une formation et des compétences juridiques parfaites mais ne disposent parfois d'aucune expérience judiciaire (ce type de candidatures est souvent admis pour les juridictions nationales spéciales, notamment pour les juridictions constitutionnelles).

[82] O. Spiermann, *op. cit. supra, sub* 70, p. 225.
[83] *Ibidem*, p. 226.

D'autres problèmes surgirent dans *l'application de la formule alternative*. En préparant le projet de Statut de la CIJ, les Alliés reconnurent que la CPJI n'avait pas réussi à maintenir l'équilibre entre «ceux d'entre les juges qui avaient une expérience judiciaire antérieure, et ceux ayant une connaissance spécialisée du droit international».[84]

Ce fut effectivement le cas. Au moment de la constitution des premières juridictions internationales de l'histoire (la Cour des prises, la CJA et la CPJI), leurs initiateurs se trouvaient plutôt dans le camp des professeurs de droit international qui, ayant généralement les prédispositions solides pour inventer de nouvelles constructions théoriques et maîtriser les relations entre les différents systèmes juridiques, répondaient bien aux besoins de la communauté internationale de l'époque. Le vœu des diplomates de s'assurer les services de grands professeurs de droit[85] trouva écho dans le libellé de la disposition conventionnelle précitée énumérant les conditions requises pour exercer les fonctions de juges de la Cour des prises («des jurisconsultes d'une compétence reconnue dans les questions de droit international maritime»). Les universitaires dominèrent aussi la composition originaire de la CPJI (ils représentaient la moitié des juges).

La présence audible des gens d'esprit académique à la CPJI suscita toutefois une certaine méfiance des gouvernements qui se répercuta sur l'issue des débats précédant la deuxième élection générale des juges en 1930. L'Assemblée de la Société des Nations formula, à cette occasion, le vœu que les membres de la Cour possèdent une «expérience pratique notoire» en matière de droit international.[86] Cette réinterprétation de l'article 2 du Statut de la CPJI suscita la vive opposition d'une forte minorité au sein de l'Assemblée qui y vit le «symptôme d'une tendance à transformer la CPJI en une Cour d'Arbitrage et le désir de substituer aux purs magistrats ou savants des hommes ayant eu un contact avec la vie politique». Une telle allégation fut réfutée par le rapporteur à l'Assemblée M. Politis, selon qui «il ne suffit pas d'avoir des idées théoriques sur le droit international, il faut savoir comment ce droit est pratiqué par les gouverne-

[84] *Op. cit. supra, sub* 51, p. 207, traduction libre.
[85] J. Brown Scott, *op. cit. supra, sub* 18, p. 429.
[86] M.A. Caloyanni: L'organisation de la Cour permanente de Justice et son avenir. RCADI, 1931/IV, p. 680.

ments».[87]

L'ambiance «politisante» à l'Assemblée pesa sur cette deuxième élection générale de septembre 1930. Cette fois-ci, les candidats qui avaient servi leurs pays respectifs comme diplomates, comme fonctionnaires ou conseillers juridiques du ministère des affaires étrangères furent privilégiés. Trois anciens membres du Conseil de la Société des Nations et cinq anciens conseillers juridiques des membres du Conseil, donc une majorité de huit juges sur quinze, furent appelés à siéger à la Cour. La composition nouvelle changea profondément son esprit de corps et même l'esprit de sa jurisprudence.[88]

La désignation dans les juridictions internationales de juges relevant de la catégorie des anciens «diplomates juridiques»[89] est parfois contestée, dès lors que les rapports entre ces juges et «leur» gouvernement (ou «leur» organisation internationale) avaient été de nature hiérarchique et de subordination. On peut se demander si de tels liens peuvent, dans la pratique, être coupés totalement et définitivement d'un jour à l'autre, par le seul effet de l'acte de la nomination à la Cour.[90] Quoiqu'il en soit, ces rapports hiérarchiques passés et les liens de confiance qui en résultent naturellement, orientent la perception que l'on peut avoir de cette catégorie des anciens «diplomates juridiques» vers le concept classique d'arbitre international avec tous les avantages mais aussi tous les inconvénients qu'il comporte.[91]

---

[87] S. Basdevant, *op. cit. supra, sub* 50, p. 126.

[88] V. Bruns, *op. cit. supra, sub* 55, p. 566; O. Spiermann: A. Permanent Court of International Justice. Nordic Journal of International Law 72, 2003, pp. 414-415.

[89] *Op. cit. supra, sub* 51, p. 216.

[90] D. Shelton: Legal Norms to Promote the Independence and Accountability of International Tribunals. *In*: The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Kluwer Law International, vol. 2, N° 1, 2003, pp. 32-33.

[91] La proportion d'anciens »diplomates juridiques» à la CIJ reste continuellement importante (27 % de la totalité des juges nommés à cette cour depuis sa constitution en 1945) et elle est (comportant une catégorie analogue mais non identique) d'ailleurs équivalente à la CJCE à Luxembourg (29 % des juges actuels sont d'anciens fonctionnaires nationaux ou internationaux). L'écart entre les deux cours est en revanche frappant quant à la proportion d'anciens magistrats (nationaux ou internationaux), c'est-à-dire des »praticiens». Si cette proportion dépasse nettement 50 % à Luxembourg (63 % des juges actuels à la CJCE), elle est nettement inférieure à La Haye (28 % de la totalité des juges depuis l'origine). Voir, s'agissant de la CIJ, *op. cit. supra, sub* 51, p. 216.

THE IMPACT OF ARTICLE 16 EC ON THE CASE LAW RELATED TO SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

Paolo Mengozzi

Among the various merits recognized by his peers, prof. Küris is widely esteemed because, whether previously, as a member of the European Court of Human Rights in Strasbourg, or now, as a judge of the Court of Justice of European Communities, he has always particularly committed himself to finding the right balance between the safeguard of the general interests of the member States and the guarantee of the fundamental principles of the European Union.

For this reason I wish to pay tribute to him on the occasion of this important moment of his life by illustrating the stand taken by the European Court of justice with reference to the discipline of SGEI undertakings which is particularly based on such a kind of balance.

1. - The interest of assessing the impact on the SGEIs case law of the introduction in the Article 16 of the EC Treaty.

The problems brought before Community judges with reference to the services of general economic interest (SGEI) concern alleged violations of EC rules, mainly competition rules (especially those concerning State aid), in some cases free movement rules, in other cases both of them. In all these cases an important role is played by a special rule, specifically concerning undertakings providing an SGEI: it is Article 86(2), according to which:

"Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this

Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community".

The SGEI regime embodied in the cited rule seems at first sight strongly derogatory; however, it tends to assume more shaded features thanks to the introduction in the EC Treaty, by the Treaty of Amsterdam, of an Article 16 (whose tenor is substantially reproduced in Article 36 of the Charter of the Fundamental Rights) according to which "[w]ithout prejudice to Articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions"[1].

The change of approach to the SGEI problems determined by the introduction of this rule in the Treaty led to consider that in the Community order, at least on paper, the supremacy of the goal of achieving a strongly competitive single market at the expense of the guarantee of the supply of services has given place to a conciliation between the requirements of the free market and those of the access to services. This development has, for sure, taken place in the framework of a connection between those services, the European citizenship and

[1] It is worthwhile noticing that the Lisbona Treaty enhances the importance of Article 16. It introduces into the current text the provision that the Union and the Member States "shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions, particularly economic and financial conditions, which enable them to fulfil their missions". And it adds "the European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the competence of Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services".

the protection of fundamental social rights[2].

The following analysis of the EC case law related to SGEI has not only the purpose of summarizing the above cited development, but aims also at verifying to which extent, thanks to this case law, that development has not remained on paper, but has had an impact on the Community law, enhancing the protection of the citizens of the Union. It will mainly deal with the case law related to the general regime of the matter; it will, anyway, examine a case related to the application of the discipline resulting from a directive concerning the market in electricity.

2. - The different role played by the Community judges with reference to cases concerning the application of the general regime of the matter and to cases regulated by specific directives.

The fact that an harmonization directive has been adopted or not has a great deal of incidence on the problems that the Community judges are confronted with on the issue.

---

[2] See Opinion of Advocate general ALBER delivered on 1st February 2001 in the *TNT Traco v Poste Italiane SpA and others* case (C-340/99, ECR p. I-4109, para. 94); NAPOLITANO, G., *L'armonizzazione regolatoria dei servizi di interesse economico generale in Europa*, in Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente, in Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente, a cura di Maria Pia Ragionieri e Maurizio Maresca, Milano, p. 46;GALLO, D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in Rivista italiana di Diritto Pubblico e Comunitario 2007, p. 895 and the authors cited therein. More recently, see NEERGAARD, Ulla, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive - What Is Left Out, Why and Where to Go?",* in "The Services Directive - Consequences for the Welfare State and the European Social Model?", Ed. by Ulla Neergaard, Ruth Nielsen & Lynn M. Roseberry, Copenhagen 2008, pp 98. ff. For a remark according to which, as a consequence of the obligation that Article 16 has imposed on the Community and national institutions, these institutions could not obstruct the exercice of services of general economic interest if this is not justified to preserve the Community interests see HOUYET, Y., *Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics*, Revue trimestrielle de droit européen 2007, p. 270.

If an harmonization directive has not been adopted, the Community judges consider that it is up to them to find a balance between the various national interests pursued through a special kind of undertaking and the Community interest of having a competitive and single market. In the framework of ensuring such a balance they recognize that the member States have a wide discretionary power to define an SGEI, the modalities of its regulations and those for compensating the undertakings carrying out the public service tasks assigned to them; the judges limit themselves to check that the aforementioned discretionary power is exercised through a clear act of a public authority and endangers the fundamental principles of Community law only through measures that comply with the double filter of adequate justification and proportionality[3] and do not affect the development of trade to such extent that would be contrary to the interests of the Community.

If, on the contrary, an harmonization directive has been adopted in a specific field, they shift to a European level the definition and the modalities of regulation and compensation of the SGEIs[4]. The task of the Community judges and, together with them, that of the Commission, consists then, first of all, in verifying the respect of the special regulation arising from that directive; such a task includes a verification like the one they perform applying the general regime when a member State, implementing the directive in question, adds to the internal rules imposed by it, further rules in the exercise of the faculty left to them by that Community act, as it is an act of minimum harmonization.

[3] For the utilisation of such an expression see MAILLO, J., *Services of General Interest and EC Competition Law, in EC Competition Law. A central assessment*, edited by G. Amato e C.D. Ehlermann, p. 606.

[4] See CAGGIANO G., *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva*, in Studi sull'integrazione europea, 2006, p. 61 ff.

3. - The criteria used to establish whether an undertaking has been entrusted with a SGEI task.

The task that Community judges perform when they have to decide on a case in which the general regime of the matter applies is the same whether the rules concerning free movement or the ones concerning competition are to be taken into account, insofar as it concerns the ascertainment of the fact that the task of carrying out an SGEI has been assigned, in a clear and transparent way, by a public authority.

The criterion adopted here by the Community judges clearly results from the stand they took, on one hand, in the two rulings of the Court of justice of 10th December 1991 in the *Merci Convenzionali Porto di Genova* case (C-179/90, in ECR p. I-5889) and of 18th June 1998 in the *Corsica Ferries v.Gruppo Antichi Ormeggiatori* case (C-266/96, in ECR p. I-3949) and, on the other hand, in the judgments of the Court of First Instance of 15th June 2005 in the *Fred Olsen* case (T-17/02, in ECR p. II-2031) and of 12th February 2008 in the *BUPA* case (T-289/03, not yet published).

In the *Merci Convenzionali* case the Court had to decide on a reference for a preliminary ruling of an Italian court before which an undertaking, Siderurgica Gabrielli S.p.A., had brought an action demanding compensation for the damage it had suffered and the reimbursement of the charges it had paid with reference to a delay in the unloading of the goods that the Società Italiana Merci Convenzionali, enjoying the exclusive right to organize dock work in the Port of Genoa for ordinary goods, had committed itself to perform on its behalf. By law, the Merci Convenzionali had to rely exclusively on dock work companies. The national court had asked the Court of justice if it was possible to qualify Merci Convenzionali as an undertaking carrying out an SGEI with the clear purpose of reducing, in that case, its responsibility for the failure to perform the task assigned by Siderurgica Gabrielli, since the utilisation by Merci Convenzionali of a dock work company, which was responsible for the delay, was not the consequence of a free choice, but was required by the law as a consequence of the exclusive rights assigned to it. The Court excluded the possibility to qualify Merci Convenzionali as an undertaking ent-

rusted with SGEIs as it did not appear "either from the documents supplied by the national court or from the observations submitted to the Court of Justice that dock work is of a general economic interest presenting special characteristics as compared with the general economic interest of other economic activities" (para. 27).

On the basis of the same criterion the Court arrived to an opposite result in the *Corsica Ferry* case.

In that case the Court had to decide if a possible abuse of dominant position by some Genoa mooring groups could be justified because of a qualification of such a company as an undertaking carrying out an SGEI pursuant to current Article 86(2).

The Court, differently from what it had considered concerning the other dock work undertakings in the *Merci Convenzionali* case, deemed that the conditions for such a qualification were satisfied, as "the mooring operations are of general economic interest, such interest having special characteristics, in relation to those of other economic activities", as "mooring groups are obliged to provide at any time and to any user a universal mooring service, for reasons of safety in port waters" (para. 45).

Moreover, in its judgment of 15th June 2005, in the *Fred Olsen* case the Court of First Instance pointed out that an SGEI mission could be assigned to an undertaking even on the basis of a concession. According to the Court of First Instance, the facts that a) the concession requires that the concessionary accepted it and that b) the undertaking withdrew provision of part of that service, do not exclude that this assignment to an SGEI undertaking makes Article 86(2) applicable.

The Court of First Instance took the same stand in its judgment of 12th February 2008 in the *BUPA* case in respect to an undertaking which claimed, to respond to a complaint that a compensation for its mission constituted an aid, that this mission constituted an SGEI. The Court of First Instance, at para. 172 of its judgment, stated that the service, clearly attributed by a public authority because of its specific nature, "deserves to be characterised as an SGEI and to be distinguished from other economic activities" (para. 172).

In the same *BUPA* case the Court of First Instance made an important specification with reference to the character of the task assig-

ned to undertakings entrusted with an SGEI. It pointed out that an undertaking could be considered entrusted with an SGEI even if the public authority or the law have not attributed to it exclusive rights, as "the attribution of an SGEI mission may also consist in an obligation imposed on a large number of, or indeed on all, the operators active on the same market" (para. 179). It deemed that in the absence of exclusive rights, it is sufficient to verify that the operator requested to fulfil that mission is obliged to deliver the service to all the users asking for it.

4. - The double filter of necessity and proportionality and the flexible use of the severability criterion of the markets.

Another criterion which has a vocation to be applied in the same way in all cases concerning an undertaking fulfilling an SGEI is the one on the basis of which one has to determine to what extent a restriction on competition or on free movement is necessary in order to allow that undertaking to carry out its task of general interest or, in other words, how the double filter of adequate justification and proportionality operates. A meaningful example of how in a substantial, even if not formally perfect way, the Community judges work in that regard is constituted by the judgment of the Court of justice of 19th May 1993 in the *Corbeau* case (C-320/91, in ECR p. I-2533).

The *Corbeau* case arose because the Belgian State had granted exclusive rights over general postal services to Régie des Postes and had imposed on it an obligation to provide the basic universal postal services through the Belgian territory under one sole tariff[5]. Since Mr. Corbeau did not respect those exclusive rights and was convicted in a criminal proceeding, in that proceeding he argued that the exclusive rights attributed to Régie des Postes were incompatible with Article 86(2). Régie replied that if such incompatibility existed, the exception

[5] On the notion of universal service see CINTIOLI, F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in Diritto dell'Unione Europea 2006, p. 461 and the bibliography cited therein.

of Article 86(2) could be applied, given that, without this exclusive right, it could not adequately fulfil the mission of general interest attributed to it. If the monopoly did not exist, the competing undertakings would offer their services only in the most profitable areas, rendering the maintenance of the services in less economic attractive areas unprofitable by endangering the financial equilibrium of the undertaking providing the universal service.

The Court of justice was requested to give a preliminary ruling to enable the Belgian court to solve the case.

To answer the question the Court of justice had to apply the traditional criterion used for the application of Article 86(2). There was no doubt that the exclusive rights had been attributed to Régie des Postes by an act of a public authority in a clearly defined way. The only question that, according to the Court, had to be seriously considered concerned the application of the criteria of necessity and proportionality implied by the application of Article 86(2) to the case. It consequently focused on the extent to which a restriction on competition or even the exclusion of every competition from other economic operators is necessary in order to allow the holder of the exclusive right to perform its task of general interest and particularly to have the benefit of economically acceptable conditions. For this purpose the Court of justice gave relevance to the fact that the postal services offered by Mr. Corbeau appeared to be specific services dissociable from the service of general interest. On the basis of this element it answered the Belgian court. It stated that it is contrary to Article 90 [current 86] of the EEC Treaty the legislation of a Member State, which confers on a body such as Régie des Postes the exclusive right to collect, carry and distribute mail, to prohibit, under threat of criminal penalties, an economic operator established in that State from offering certain specific services dissociable from the service of general interest which meet the special needs of economic operators and call for certain additional services not offered by the traditional postal service, insofar as those services do not compromise the economic equilibrium of the service of general economic interest performed by the holder of the exclusive right.

The criteria of the possibility to dissociate the services offered by a competitor from the universal SGEI reserved to a specific underta-

king and of the inability of those services to compromise the economic equilibrium of the service of general economic interest performed by the holder of the exclusive right, the application of which had been advantageous to Mr. Corbeau, were applied once again to draw an opposite solution in the judgment of the Court of justice of 25th October 2001 in the *Firma Ambulanz Glöckner* case (C-475/99, in ECR p. I-8089).

The question was raised in proceedings, before a German court, between Ambulanz Glöckner, a private undertaking, and the administrative district Landkreis Südwestpfalz concerning the refusal of the latter to renew authorisation for the provision of emergency ambulance transport services because such a transport, for the year for which the authorisation was requested, according to the local law concerning the public emergency ambulance service, had to be reserved to the medical aid organisations entrusted with the public ambulance emergency service since, in the previous year, this service had operated at only 26% of its capacity and, therefore, at a loss. The German court deemed that the medical organizations had to be considered undertakings entrusted with special exclusive rights, having an SGEI mission; therefore the national court asked the Court to pronounce about the possibility that the execution of that task could justify the exclusion of competition for ambulance transport services, i.e. for the activity, different from the public ambulance emergency service, for which Ambulanz Glöckner had requested the renewal of the authorization.

In answering the question, the Court noticed the existence of two different markets, though these concern similar services, that of emergency transport and that of patient transport. On basis of the peculiar characteristics of the transport to be assured, it considered that the task assigned to medical organizations in the first market is an SGEI. It was therefore necessary to establish if it was compatible with Community law the fact that a law of the Land of Rheinland-Pfalz extended the medical aid organisations' exclusive rights to the non-emergency transport even though this transport could be considered part of a market different from the one for which they had originally been conferred. The Court of justice considered that, in order to apply Article 86(2), it was necessary, like in the *Corbeau* case, to apply

the concept of severability; in the *Corbeau* case, however, it deemed that, to this end, the postal service in question could be severed from the universal postal service as taking place in a market different from the one of the universal postal service, as long as it did not compromise "the economic equilibrium of the service of general economic interest performed by the holder of the exclusive right". In the *Ambulanz Glöckner* case the Court, though considering that the two markets are different, excluded the possibility to sever the two services, since a) they "are so closely linked that it is difficult to sever the non-emergency transport services from the task of general economic interest constituted by the provision of the public ambulance service, with which they also have characteristics in common" (para. 60) and b) "the extension of the medical aid organisations' exclusive rights to the non-emergency transport sector does indeed enable them to discharge their general-interest task of providing emergency transport in conditions of economic equilibrium". (para. 61)

According to the Court, "it is only if it were established that the medical aid organisations entrusted with the operation of the public ambulance service were manifestly unable to satisfy demand for emergency ambulance services and for patient transport at all times that the justification for extending their exclusive rights, based on the task of general interest, could not be accepted". (para. 62)

In doing so the Court once again applied the criterion of the severability of an SGEI task which could be used in the application of Article 86(2); however, the Court attributed to it a decisive autonomy in comparison with the fundamental criteria for the determination of the relevant market, which is necessary for the application of the other rules on competition.

This specification has not only a technical importance; it also constitutes the expression of a favour for the SGEI – tied to a purpose of avoiding prejudices for the consumers[6] - and of a mitigated consideration of the derogatory character of Article 86(2), which must be linked to the fact that it intervened just after the introduction of Article 16 in the EC Treaty by the Treaty of Amsterdam. It makes no doubt that this specification constituted the premise for the even mo-

[6] See, on this, para. 43 of the *Glöckner* judgment.

re explicit attitude taken by the Court of justice in the same sense with its judgment of 13th May 2003 in the *Commission v. Spain* case (C-463/00, in ECR p. I-4581). With this judgment the Court specified that the derogation foreseen by Article 86(2) is not only legitimate when the application of Community law would make the performance of the SGEI impossible or would endanger the financial equilibrium of the undertaking, but also when it is founded on qualitative parameters which can concern the interest of the users of the service[7].

5. - The qualification of the financings of the additional costs encountered by a SGEI undertaking before the entry into force of the Treaty of Amsterdam.

An important problem related to the general regime of the matter arises for the Community judges concerning the qualification of financings which very often a public authority establishes in favour of an undertaking carrying out an SGEI as compensation for the additional costs encountered in carrying out the assigned mission. With reference to these financings there are many situations in which their compatibility with the Community rules concerning aid is disputed or it is disputed whether the application of these rules would give place to an obstacle to the accomplishment of the SGEI in question.

In all these cases, from a logical point of view, it is necessary to check if the ascertainment of the compatibility with Community law of the financing of these undertakings must in any case be accomplished on the basis of the derogation allowed by Article 86(2) of the Treaty or if, instead, it has to be conducted keeping into account, first of all, the fact that such a financing, as a compensation for the public service obligations, does not provide a selective economic advantage, which, according to Article 87 EC, is a condition for the existence of an aid.

---

[7] See CAGGIANO, G., *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, in L'impresa europea di interesse generale, a cura di G. Rossi, Milano, p. 5.

The attitude of the Community judges, except in one single case (judgment of 7th February 1985, case 240/83, *Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usages* (*A.D.B.H.U.*)[8], in ECR p. 531), until just after the Treaty of Amsterdam came into force, had been in the first sense.

Well known examples of the attitude adopted in the first period are two judgments pronounced by the Court of First Instance on 27th February 1997 in the *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) v. Commission* case (T-106/95, in ECR p. II-229, para. 164-172) and on 10th May 2000 in the *Sociedade Indipendente de Comunicaçao SA (SIC) v. Commission* case (T-46/97, in ECR p. II-2125).

In the first case the Court of First Instance had to decide on an action for annulment of a decision of the Commission which had excluded the nature of aid of some tax concessions granted to the French General Post Office to cover additional public service costs. The Court of First Instance did unequivocally reverse the position of the Commission; it deemed that the measures in question constituted in any case State aid, though they could be declared compatible with the single market according to current Article 86(2).

In the second case the Court of First Instance more explicitly held that "the fact that a financial advantage is granted to an undertaking by the public authorities in order to offset the cost of public service obligations which that undertaking is claimed to have assumed has not bearing on the classification of that measure as aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty"[9]; it also added that the Treaty a)"does not distinguish between measures of State intervention by reference to their causes or aims but defines them in relation to their effects" and that b)" the concept of aid is an objective one, the test being whether a State measure confers an advantage on one or more particular undertakings".

---

[8] The stand taken by the Court in the case followed the opinion delivered by Advocate general Lenz on 22nd November 1984.

[9] For a position which distances itself from this case law, used as a basis for the stand taken in the *Ferring* case (cited immediately after in the present text) see the opinion delivered by Advocate general Tizzano on 8th May 2002 (para. 57).

It is evident how this attitude is determined by an orientation to see every SGEI, and every benefit delivered to an undertaking fulfilling such a service, attracted in the field of application of Article 86(2); with the consequence of deeming its legality as derogatory to the EC fundamental principles and, as such, exceptional [10].

6. - The Opinion of Advocate general Tizzano in the Ferring case and the new stand taken by the Court of justice after the entry into force of the Treaty of Amsterdam.

The method followed by the Community judges changed because of the criticism towards this attitude which, after the entry into force of the Treaty of Amsterdam and the insertion of Article 16 in the EC Treaty, had been expressed in detail in the Opinion delivered by Advocate general Tizzano on 8th May 2001 in the *Ferring SA v. Agence centrale des organisations de sécurité sociale (ACOSS)* case (C-53/00, in ECR p. I-9067). In this case the Court of justice had to decide on a reference for a preliminary ruling proposed by a French court on the compatibility with Community law on State aid and free movement of services of a provision of the French law on social security funding for 1998 which had introduced a special tax on medicines sold directly by pharmaceutical laboratories to pharmacies. The problem arose before the French judges because, according to that law, the above mentioned tax did not apply to sales made by wholesale distributors upon which, in conformity with the Directive 92/25/EEC, the French authorities had imposed certain public service obligations in order to ensure an adequate supply of the medicines on the national territory.

This exemption, according to the pharmaceutical laboratories, constituted an aid to the wholesale distributors incompatible with Community law.

---

[10] On the point see BERGAMINI, E., *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell'Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in Diritto e Politiche dell'Unione europea, 2007-2, p. 8.

After having stressed that, " in France there are two distribution channels for medicines: wholesale distribution and direct sales by pharmaceutical laboratories. The two are in direct competition", and after having considered that "the French authorities deliberately granted wholesale distributors a tax advantage", Advocate general Tizzano concluded that this situation created a selective advantage granted through State resources (those which the French authorities refrained from collecting). On the basis of these elements the Advocate general esteemed that, leaving aside the public service obligations provided for by the French law, the non imposition of the tax at issue on wholesale distributors should have been regarded as a State aid. But this, according to him, was not possible as "the imposition of the obligation and the provision of compensation cannot be considered as separate matters as they are two sides of the same public measure which is intended, as a whole, to guarantee that public interests of primary importance are satisfied". Such a measure, according to the Advocate general, has an economic neutral effect on the wholesale distributors, which derive from it neither advantage nor disadvantage; with the consequence that the measure in question does not constitute aid "provided that the national court establishes that the benefit derived by wholesale distributors from exemption of the direct sales tax satisfies the often mentioned criterion of proportionality; that is to say, it does not exceed what is strictly necessary to compensate the additional net costs which they incur in performing the public service obligations imposed on them".

The Court of justice, with its judgment of 22nd November 2001, followed Advocate general Tizzano on the point: it excluded that the measure in question constituted an aid; it affirmed that "provided that the tax on direct sales imposed on pharmaceutical laboratories corresponds to the additional costs actually incurred by wholesale distributors in discharging their public service obligations, not assessing wholesale distributors to the tax may be regarded as compensation for the services they provide".

To the confirmation of the suggestions of Advocate general Tizzano the Court added a *nuance*: it did not exclude that, for the part of grants which could possibly exceed what has to be considered an appropriate compensation and which might be qualified as aid, Article

86(2) could, in a subsidiary way, be applied[11]. This is a peculiarity which, as I shall stress in the next paragraphs, has a certain importance, although the Court deemed that this provision cannot be invoked when the advantage for wholesale distributors exceeds the additional costs that they bear, as that advantage could be taxed without hindering them from carrying out the particular tasks assigned to them.

The method used by the Court in the *Ferring* case can be defined as inspired by a "compensation criterion" (opposed to an "aid criterion", by which the judgments *FFSA* and *SIC* of the Court of First Instance can be deemed to be inspired). This method, as already stressed, undoubtedly presents the advantage of excluding a qualification of the SGEI discipline as exceptional and, therefore, of leading to a restrictive determination of the cases in which their creation and functioning can be deemed compatible with Community law; however, such a method does not indicate in detail when the qualification of aid of a grant to an undertaking which seems to provide a service of general economic interest could be excluded. The *Ferring* judgment only stresses that the wholesale distributors were required to provide public services by the Code de la santé publique and by a ministerial decree. The same judgment specifies that the grant does not constitute an aid if it is considered necessary to carry out the task assigned to wholesale distributors and proportionate to the additional costs that they bore for carrying it out.

7. - The specification of the new approach of the Court: the four Altmark conditions.

The Court gave a detailed specification of the conditions in presence of which it is possible to exclude the qualification of a compensation as aid in its judgment of 24th July 2003 in the *Altmark* case (C-280/00, in ECR p. I-7747) following the path traced by the compensation criterion used in the *Ferring* judgment.

In that case a preliminary ruling had been requested by a German

[11] For an explicit repetition of that idea see para. 105 of *Altmark* judgment. On the point see GALLO, D., *op. cit*., p. 902 ff.

national court in the context of an action brought before it by an undertaking which claimed the incompatibility with Community law on State aid (including the rules on transports provided for by Article 73EC and Regulation 1191/69) of the grant to Altmark by the regional authorities of Magdeburg, on the basis of a German law, of a licence accompanied by public subsidies which had not been granted to the plaintiff in the main proceeding, in spite of the fact that it had been granted a licence similar to the one granted to Altmark.

In order to answer the question the Court had to clarify which Community provision and which criteria had to be used to assess the legality of such subsidies.

After having recalled the idea expressed in the *Ferring* case, according to which there is no State aid when a subsidy can be seen as "a compensation for the services provided by the recipient undertakings in order to discharge public service obligations", the Court indicated that, in order to concretely establish when such a situation exists, it is necessary to verify the existence of the following four conditions:

1) "the recipient undertaking must actually have public service obligations to discharge, and the obligations must be clearly defined";
2) "the parameters on the basis of which the compensation is calculated must be established in advance in an objective and transparent manner"
3) "the compensation cannot exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in the discharge of public service obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging those obligations"
4) "where the undertaking which is to discharge public service obligations, in a specific case, is not chosen pursuant to a public procurement procedure [...] the level of compensation needed must be determined on the basis of an analysis of the costs which a typical undertaking, well run and adequately provided with means of transport so as to be able to meet the necessary public service requirements, would have incurred in discharging those obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging the obligations."

It has to be noticed how the importance attributed to the SGEI played a bigger role as a tool for satisfying the needs of the citizens of the Union, introduced into the Community system by Article 16 EC; this importance had already been perceived in the *Ambulanz Glöckner* and *Ferring* judgments and, even before, in the Advocate general's opinion in the *Ferring* case. In the *Altmark* case the Court of justice, aiming at preserving and at boosting the functioning of the SGEI, stimulating undertakings to commit themselves in this field, specified that, in determining the compensation, one cannot limit himself to consider the additional costs incurred but must keep into account "a reasonable profit for discharging" the obligations of public service.

There is no doubt that the *Altmark* judgment is the expression of the indicated attitude, since, with the four criteria which the Court used in order to exclude the qualification as aid of grants given to undertakings for the discharge of public obligations it puts their regulation outside the discretionary power given to the Commission by the quite undetermined character of the application criteria of Article 87 EC: it has therefore allowed the law of the matter to acquire a bigger degree of certainty[12].

8. - The strict application of the four Altmark conditions made by the Court of justice in the Enirisorse case.

This is confirmed by the fact that the Community judges applied those four criteria in later cases. They did so, for instance, in the

[12] In the same sense see MAGLIANO, R., *Servizi di interesse generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblici: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in Diritto del commercio internazionale 2005 p. 800. For an opposite qualification of the *Altmark* judgment as a cause of a greater uncertainty for States, undertakings and operators, through the elimination of a centralized control by the Commission of the conformity of the aid with Community law, see MAILLO, J., *Op. cit.*, p. 619. To this view it can be objected that the decentralized control implicitly left to national authorities by the *Altmark* judgment cannot be considered a source of greater uncertainty, as it requires that such authorities, and especially the national courts, be bound by the conditions laid out by the Court, which create more precise criteria than those binding the Commission ex Article 86(2).

judgments of the Court of justice of 27th November 2003 in the *Enirisorse Spa v. Ministero delle Finanze* case (joined cases C-34/01 and C-38/01, ECR p. I-14243) and of the Court of First Instance of 12st February 2008 in the *BUPA v. Commission* case (case T-289/03, not yet published).

Both judgments – as it results from para. 40 of the former and para. 160 of the latter – show a will of both jurisdictions to consider the reasoning embodied in the *Altmark* judgment as the guideline[13] for the exercise of their control powers in this field.

However, the character of the Altmark conditions is strict, and is even stricter because the Court of justice qualified them as cumulative. It follows that the cases in which the qualification as aid of the compensation for a service looking like an SGEI can be excluded on the basis of those conditions will be limited. In all other cases, as it clearly results from para. 105 of the *Altmark* judgment, Article 86(2) will remain applicable.

Particularly strict in comparison with the criteria used in applying Article 86(2) are the 2nd and the 4th Altmark condition[14].

As far as the second condition is concerned, its peculiarity comes from the fact that it provides that "the parameters on the basis of which the compensation is calculated must be established in advance in an objective and transparent manner"[15]. This makes it more restrictive than the condition which Article 86(2) establishes when it states

[13] For such an interpretation of the *Altmark* judgment see MAILLO, J., *Op. cit.*, p. 593.

[14] The particularly strict character of the 4th Altmark condition is clearly pointed out by the different position taken by the Court on 3rd July 2003, three weeks before the Altmark judgment, in the *Chronopost and o.* case (Joined cases C-83/01P, C-93/01P e C-94/01P, in ECR p. I-06993). In that case the Court decided that the economic advantage consisting in the logistic and commercial assistance provided through its network by a postal undertaking of general economic interest, La Poste, to its subsidiary SFMI Chronopost, did not constitute an aid. In that case, instead of what it did in formulating the 4th Altmark condition, the Court declared that the fact of creating and keeping such a network by Chronopost was not the consequence of a purely commercial logic: it was therefore impossible to compare the situation of La Poste with the one of a private group of undertakings not operating in a reserved sector. The Court concluded that the aforementioned economic advantage has to be evaluated "to the objective and verifiable elements which are available".

[15] See GALLO, D., Op. cit., p. 915

that the competition rules do not apply to an undertaking charged with an SGEI: a condition whose fulfilment has to be ascertained with an *ex post* analysis[16].

9. - The attenuated application of the four conditions made by the Court of First Instance in the BUPA case.

In the rulings with which the Court of Justice, on 27th November 2003, in the *Enirisorse* case, and the Court of First Instance, on 12th February 2008, in the *BUPA* case, expressly declared to apply the Altmark conditions, they adopted a different attitude. While the Court of justice (as it appears from paras. 35 and 47 of its ruling) applied the conditions in question literally[17], the Court of First Instance applied the second condition considerably attenuating its scope: it neglected the detail, which in the *Altmark* ruling was surely not minor, that the parameters on the basis of which the compensation for the exercise of the SGEI task is calculated must be established "in advance"; in order to satisfy the second condition the Court of First Instance only deemed necessary that these parameters be sufficiently transparent and objective; since such a condition does not forbid it, the Court of First Instance deemed that the member State who assigned an SGEI task to an undertaking has a certain discretionary margin not only to define the task itself, but also to determine the compensation of the related costs, clearly meaning that this determination can take place also *ex post*. The Court of First Instance only indicated, as a limit to such a competence, that the indication of these parameters "must be defined in such a way as to preclude any abusive recourse to the concept of an SGEI on the part of the Member State" (para. 214).

As to the 4th condition, according to which, where an SGEI mission is not entrusted to an undertaking pursuant to a public procurement procedure, the level of compensation needed must be determined on the basis of an analysis of the costs that a typical undertaking,

[16] *Ibidem*, p. 915.
[17] See MAILLO, J., Op. cit., p. 620.

well run and adequately provided, would have incurred in discharging those obligations, taking also into account "the relevant receipts and a reasonable profit for discharging the obligations" (para. 245), the Court of First Instance adopted a position analogous to the one taken with reference to the second condition. It considered that the Court of justice, in expressing such an idea, assumed a particularly rigorous stand, inspired by the principle of the so-called "private investor in a market economy". Considering that, in this way, the Court of justice had subordinated the ascertainment of the fact that the compensation does not constitute an aid to a condition totally new if compared with the judicial interpretation of the derogation contained in Article 86(2)[18], the Court of First Instance concluded that the 4th Altmark condition could not be applied strictly.

10. - The application made by the Court of justice of the special regime provided by the Directive concerning rules for the internal market in electricity.

With reference to the problems related to the application of the regime resulting from an harmonization directive concerning a specific field, I have already observed that such directives shift the definitions and the modalities of SGEI management and compensation to a Community level; I have also noted that, concerning the application of such a regime, the main task of Community judges is to verify the respect of the special rules contained in those directives. A clear example of this aspect of the role they play in this respect is the judgment of the Court of justice of 7th June 2005 in the *Vereiningin Voor Energie* case (C-17/03, in ECR p. I-4983).

This case originated from the objection of Vereiningin Voor Energie to the decision adopted by the Director of the Service for Implementation and Control of Energy Supply on 12th November 1999, concerning the conditions governing operation of the system

[18] See DONY, M., *Les compensations d'obligations de service public*, in M. Dony, G. Smiths (sous la direction de), Aides d'État, Bruxelles 2005, p. 136-137; GALLO, D., *Op. cit*., p. 920

for the cross-border transmission of electricity ('the System Code'). Those conditions reserved, on a preferential basis, a portion of the capacity of the cross-border system for the importation of electricity to an organization, the SEP - which on 1st January 2001 was replaced by NEA – in order to allow it to fulfil its obligations deriving from the contracts that it had concluded when, before the implementation in the Netherlands of Directive 96/92/EC (concerning common rules for the internal market in electricity), it had the task of ensuring the functioning of the public distribution of electricity in that country. After the dismissal of the objection, Vereininging voor Energie brought an action before a judge. The Dutch court referred the matter to the Court of justice for a preliminary ruling, asking, among others, the following question: "[c]an Article 86(2) EC be invoked to justify continuing to grant a company which was formerly entrusted with the operation of services of general economic interest and which entered into certain commitments in connection with such operation a special right to enable it to honour those commitments after the particular task assigned to it has been completed?".

The Court of justice admitted that the problem referred to it was a real one for the Dutch court: on one hand, the above mentioned directive, aiming at the completion of the market in electricity, compels the organization entrusted with the supervision of the network and of the network operator – which was DTE – and the member States to organize the access to the network in a non discriminatory way; on the other hand, prior to the liberalisation of the electricity market in the Netherlands, determined by the entry into force of the directive, the SEP was indeed the only undertaking authorised to import electricity and entrusted with the task of general economic interest indicated in the reference for a preliminary ruling of the Dutch court.

In the proceedings before the Court the NEA and the Netherlands manifestly relied on the fact that the 5th recital of the directive states that "the internal market in electricity needs to be established gradually, in order to enable the industry to adjust in a flexible and ordered manner to its new environment and to take account of the different ways in which electricity systems are organised at present"; consequently, they claimed that the difference in treatment guaranteed, in the Dutch system, first to SEP and, then, to NEA, had to be

justified on the ground that the SEP was required to conclude those long-term contracts – lasting therefore even after the implementation of the directive in the Netherlands - in performance of its task and that those contracts would have severely penalised NEA, which replaced SEP, had it been unable to import the quantities of electricity contemplated in the contracts.

The Court did not follow this argument, as important as it could be. It strictly applied the directive, rejecting the arguments based on the principles of legitimate expectations and legal certainty, on which the request was based. It deemed that the contents of the 5th recital, quoted above, could not prevail on Article 24, which subordinates the possibility of applying a transitional regime to an application for a derogation, to be submitted to the Commission within one year from the entry into force of the Directive, and to an explicit acceptance by the latter[19]. Taking, in this way, an attitude completely opposed to the one it takes in the framework of the application of the general regime of the matter, the Court excluded that member States could adopt unilateral measures, and therefore have a discretional power.

A different interpretation of the directive would, according to the Court, "risk jeopardising, contrary to the objective of the Directive, the transition from a monopolistic and compartmentalised market in electricity to one that is open and competitive". (para. 62)

[19] For the importance, in this case, of the attention paid to Article 24 of the Directive it can be useful remembering the ruling adopted by the Court of First Instance on 19th June 1997 in the *Air Inter* case (T-260/94, in ECR p. II-997). In this case the Court of First Instance excluded the illegality of a regulation liberalizing the intercommunity air transport because it was not proved that that regulation obstructed the exercise of the public service established by France in that sector.

LE RECOURS EN ANNULATION ET SES EFFETS INSTITUTIONNELS AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Marie-Laure Messe-Roth, Denis d'Ersu,
Darius Arbačiauskas, Inga Jablonskaitė*

Introduction

L'article 230 CE (ex-article 173 du traité CE, lui-même ex-article 173 du traité CEE), dont la rédaction est issue du traité de Maastricht [1] et demeure en vigueur jusqu'à l'entrée en application du traité de Lisbonne [2], confère à la Cour de justice des Communautés européennes le contrôle de la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.

Le recours en annulation qui est la voie conduisant à ce contrôle, largement influencé à l'origine par les droits français et allemand, peut être considéré comme interventionniste. En effet, ce recours tend à la disparition d'un acte de l'ordonnancement juridique, avec, en principe, un effet rétroactif. Les moyens pouvant soutenir un tel recours sont déterminés par l'article 230, deuxième alinéa, CE; il s'agit de l'incompétence, de la violation des formes substantielles, de la violation du traité ou de ses règles d'application ou du détournement de pouvoir.

* Les opinions exprimées sont propres à leurs auteurs et ne sauraient engager l'institution à laquelle ils appartiennent.

Le caractère interventionniste de cette voie de droit se manifeste particulièrement dans les relations interinstitutionnelles et entre les institutions et les États membres. Si celle-ci permet aux personnes privées de contester les décisions les concernant directement et individuellement, elle est aussi devenue en effet un moyen susceptible de parfaire ou de faire respecter un équilibre institutionnel tant interne (entre les institutions) qu'externe (entre les institutions et les États membres). C'est cet aspect du recours en annulation qui retiendra notre attention.

À cet égard, il peut être avancé que, par le passé, le recours en annulation à été un instrument utilisé par le Parlement européen pour prendre place dans le procès devant la Cour, avant que cette place ne lui soit formellement donnée par le traité, et qu'il est devenu un instrument privilégié utilisé par l'ensemble des institutions et des États membres pour défendre leurs prérogatives ou pour assurer le respect de la répartition des compétences.

L'importance du recours en annulation à été confortée tant par le traité de Nice [3], qui à réaffirmé la compétence de la Cour et non celle du Tribunal de première instance pour connaître de ce contentieux, que par le traité de Lisbonne [2] qui étend tant le champ des actes susceptibles d'un recours en annulation que la liste des requérants.

Nous examinerons comment le recours en annulation à été l'instrument utilisé par le Parlement européen pour prendre place dans le procès et y défendre ses prérogatives, puis en quoi cette voie de recours est également devenue un instrument permettant d'assurer entre les institutions et entre celles-ci et les États membres le respect des compétences.

Ière partie: Le recours en annulation: l'instrument du Parlement européen pour prendre place dans le procès et y défendre ses prérogatives

A. Le Parlement européen, sujet et acteur des actions devant la Cour de justice

1) Dans le traité de Rome, l'article 173 du traité CEE n'ouvrait le recours en annulation qu'à l'encontre des actes unilatéraux du Conseil

et de la Commission. Cela paraissait aller de soi, car seuls ces organes étaient investis d'un pouvoir décisionnel tandis que le Parlement européen ne participait au processus législatif que par voie d'avis [4, p. 58]. Les traités de Luxembourg du 22 avril 1970 et de Bruxelles du 10 juillet 1975, puis la décision des Représentants des États membres au sein du Conseil, du 20 septembre 1976, relative à l'Acte portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel direct ont octroyé au Parlement européen un pouvoir de décision en matière budgétaire et en matière électorale sans toutefois faire entrer les actes pris dans ce cadre dans la catégorie des actes attaquables. Certains estimaient qu'il n'y avait pas nécessairement lieu de soumettre ces actes à un contrôle de légalité alors que d'autres considéraient qu'une interprétation extensive de l'article 173 CEE autorisait un tel contrôle sans ouvrir au Parlement européen un droit de recours lui permettant de défendre ses propres prérogatives face aux autres institutions [4, p. 58].

À partir de 1979, année depuis laquelle les députés au Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, la Cour de justice des Communautés européennes, par touches successives, va modeler le statut processuel du Parlement européen.

2) Dans un premier temps, la Cour, par son arrêt du 29 octobre 1980, *Roquettes Frères/Conseil*, 138/79 [5], alors que le Conseil contestait la recevabilité de l'intervention du Parlement, à admis que ce dernier disposait d'un droit d'intervention identique à celui de toutes les institutions en vertu de l'article 37 du statut de la Cour, dans sa rédaction applicable à cette date, en précisant que l'on ne saurait restreindre pour l'une d'entre elles l'exercice de ce droit sans porter atteinte à sa position institutionnelle voulue par le traité, en particulier par son article 4, paragraphe 1. Elle à en outre jugé, sur le fond, que la consultation du Parlement prévue par l'article 43, paragraphe 2, troisième alinéa, du traité (en vigueur à l'époque) constituait une formalité substantielle dont le non-respect entraînait la nullité de l'acte concerné, en affirmant que cette compétence était un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité et le reflet du principe démocratique [6, p. 795].

Après cette entrée discrète dans le prétoire en qualité d'intervenant – entrée néanmoins remarquable, puisqu'elle lui à permis

d'agir avec succès pour la défense de ses prérogatives et le respect de l'équilibre institutionnel – le Parlement y est revenu par la grande porte en formant un recours en carence contre le Conseil en matière de politique des transports, lequel à donné lieu à l'arrêt de la Cour du 22 mai 1985, *Parlement/Conseil*, 13/83 [7]. Faisant dans cet arrêt comme dans l'arrêt précédent une interprétation littérale du traité, la Cour à jugé que l'article 175, premier alinéa, du traité CEE (devenu article 232 CE) offrait à toutes les institutions la même faculté d'intenter un recours en carence contre le Conseil ou la Commission et que l'on ne saurait restreindre, pour l'une d'entre elles, l'exercice de cette faculté sans porter atteinte à sa position institutionnelle voulue par le traité et, en particulier, par son article 4, paragraphe 1 [8, p. 761]. Si, à ce stade, le Parlement européen s'est vu confirmer un traitement que l'on pourrait qualifier d'égalitaire, il n'était toujours pas pleinement acteur du contrôle de légalité.

3) L'année 1986 est une année charnière pour le Parlement européen, marquée par l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Les Verts/Parlement*, 294/83 [9], grâce à laquelle il gagnera sa légitimation passive. Dans cette affaire, le parti écologique français demandait à la Cour l'annulation du système de financement des campagnes d'information en vue des élections européennes mis en place par le Parlement. En soutenant, au lieu de s'opposer à la recevabilité d'une telle demande, que l'acte en cause ne devait pas être soustrait au contrôle juridictionnel, le Parlement à conduit la Cour à trancher le litige dans le cadre du traité CEE et non dans celui du traité CECA comme elle l'avait fait précédemment dans les arrêts *Luxembourg/Parlement*, 230/81 [10] et 108/83 [11], en admettant, sur le fondement de l'article 38 du traité CECA, la recevabilité du recours dont l'objet concernait les trois traités (CECA, CEE, CEEA). Dans cet arrêt, la Cour avait déjà retenu que le Parlement était une institution unique et commune aux trois Communautés et jugé que la compétence de la Cour et la voie de recours prévues par l'article 38, premier alinéa, du traité CECA étaient dès lors applicables aux actes juridiques qui concernaient de manière simultanée et indivisible le domaine des trois traités [10, point 19]. Au demeurant, cette disposition attribuait une légitimation passive, mais pas une légitimation active, au Parlement européen [12, p. 342].

Dans l'affaire *Les Verts/Parlement* [9], la Cour à examiné la recevabilité du recours des Verts en particulier sous l'angle de sa propre compétence pour connaître d'un recours en annulation fondé sur l'article 173 du traité CEE contre un acte du Parlement. Elle à d'abord relevé que la CEE était une Communauté de droit et que le traité avait établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions. Elle à ensuite relevé, d'une part, que, bien que l'article 173 du traité CEE ne visât que les actes du Conseil et de la Commission, le système établi par le traité tendait à ouvrir un recours direct contre toutes les dispositions prises par les institutions et produisant des effets juridiques et, d'autre part, que l'article 38 du traité CECA démontrait que, lorsque le Parlement était doté du pouvoir d'arrêter des dispositions à caractère obligatoire, ses actes n'étaient pas soustraits par principe à un recours en annulation. Elle en à conclu qu'une interprétation de l'article 173 du traité CEE qui exclurait les actes du Parlement de ceux qui peuvent être attaqués aboutirait à un résultat contraire tant à l'esprit du traité qu'à son système, car ces actes pourraient empiéter sur les compétences des États membres ou des autres institutions ou outrepasser les compétences de leur auteur. Poursuivant l'examen de la recevabilité du recours, la Cour à jugé que les actes en cause visaient à produire des effets juridiques à l'égard des tiers de sorte qu'ils étaient susceptibles d'un recours en annulation.

Ainsi, la Cour à admis pour la première fois la recevabilité d'un recours en annulation au titre de l'article 173 du traité CEE dirigé contre un acte du Parlement européen produisant des effets juridiques à l'égard des tiers. L'on peut sans conteste partager le commentaire de J.P. Jacqué [13, p. 503], selon lequel la cohérence du raisonnement suivi par la Cour ne peut être critiquée, sans pouvoir, toutefois, dissimuler que la Cour est allée bien au-delà des termes du traité. Selon cet auteur, la Cour, qui jusqu'alors, s'était limitée à interpréter le terme d'institution comme incluant le Parlement européen, à fait cette fois un pas en avant en se substituant aux auteurs du traité et en procédant à «une révision judiciaire du traité». Il est vrai que la lettre de l'article 173 du traité CEE ne permettait pas une telle interprétation, mais le développement des compétences du Parlement en matière électorale et budgétaire devait nécessairement aboutir à une modification du

régime juridique de ses actes. Même s'il est vrai que l'Acte unique européen [14], adopté à la même époque, n'a pas consacré la légitimation passive et active du Parlement, il peut être considéré que l'audace de la Cour, en ce qui concerne ici la légitimation passive, était attendue et que cette dernière à éclos comme une fleur au printemps.

La Cour aura à nouveau l'occasion quelques mois plus tard, dans l'arrêt du 3 juillet 1986, *Conseil/Parlement*, 34/86 [15], de réaffirmer l'existence de la légitimation passive du Parlement, à la suite d'un recours formé par le Conseil, soutenu par la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne, tendant à l'annulation du budget général des Communautés européennes pour l'exercice 1986. Elle jugera que le budget, qui est arrêté par le président du Parlement, relève des actes de nature à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers et comme tels susceptibles d'être déférés à la Cour [16, p. 415].

Une première étape est donc franchie en cette année 1986 dans l'évolution du statut processuel du Parlement européen, avec la reconnaissance de ce que certains de ses actes produisent des effets à l'égard des tiers et peuvent être soumis au contrôle de la Cour et, par suite, avec la reconnaissance de cette institution comme sujet du recours en annulation.

4) La deuxième étape va intervenir rapidement avec deux arrêts manifestant des orientations contraires. Dans le premier, l'arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement/Conseil,* 302/87, dit «arrêt comitologie» [17], alors que le Parlement contestait la décision 87/373 du Conseil [18]), il à été considéré en substance que le droit du Parlement d'intervenir aux litiges devant la Cour ou de faire constater une carence ainsi que l'existence d'un système de protection juridictionnelle complet à l'égard des actes des institutions susceptibles d'avoir des effets juridiques à l'égard des tiers n'impliquaient pas que le Parlement se voie reconnaître le droit d'introduire un recours en annulation. La Cour à donc déclaré irrecevable le recours formé par le Parlement. Dans le second arrêt, l'arrêt du 22 mai 1990, *Parlement/Conseil*, C-70/88, dit «arrêt Tchernobyl» [19], la Cour à pris une toute autre orientation. Elle à relevé en effet que les traités ne comportaient aucune disposition prévoyant le droit de recours en annulation en faveur du Parlement, mais que l'intérêt fondamental qui s'attachait au maintien et au respect de l'équilibre institutionnel qu'ils instituaient inter-

disait que le Parlement, contrairement aux autres institutions, pût être atteint dans ses prérogatives sans disposer d'un recours juridictionnel parmi ceux prévus par les traités, qui puisse être exercé de manière certaine et efficace. Elle à dès lors jugé que le Parlement était recevable à la saisir d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission, à la condition que ce recours ne tendît qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fondât que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci.

Ainsi, comme le souligne D. Ritleng [20, p. 298], si, par cet arrêt, la Cour à conféré sans texte au Parlement européen le droit d'agir en annulation, elle à limité ce droit en lui assignant une finalité restreinte et en lui imposant une motivation correspondante. Elle est revenue néanmoins sur la position qu'elle avait prise dans l'arrêt comitologie en invoquant l'équilibre institutionnel et non en sollicitant l'article 173 du traité CEE et à fait du Parlement européen un acteur du recours en annulation.

5) La troisième étape à été franchie avec le traité de Maastricht [1] qui à opéré une véritable «constitutionnalisation» de la solution jurisprudentielle [20, p. 300] en attribuant compétence à la Cour, en vertu de l'article 173, troisième alinéa, du traité CE, pour se «prononcer sur les recours formés par le Parlement européen et par la Banque centrale européenne qui tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci». Il peut être observé, d'une part, que la formulation retenue, bien qu'elle soit légèrement différente de celle arrêtée par la Cour dans l'arrêt Tchernobyl, ne semblait pas avoir supprimé la condition de recevabilité du moyen invoqué ([21], [22], [23]) et, d'autre part, que, au moment où se développaient les pouvoirs du Parlement européen, le constituant à maintenu la restriction de la qualité pour agir de celui-ci tenant à la sauvegarde de ses prérogatives.

6) À ce stade, le Parlement européen était certes une institution, mais pas encore un requérant privilégié devant la Cour. Ce n'est que le traité de Nice [3], quatrième et dernière étape, qui lui conférera un statut identique à celui des autres institutions.

7) Aujourd'hui, la légitimation active et passive du Parlement européen est acquise, le traité de Lisbonne [2] ne modifiant pas cet état. L'enjeu pour le Parlement européen s'est déplacé vers l'affirmation de son rôle et la défense de ses prérogatives dans le jeu institu-

tionnel. Cela donne lieu à un autre type de débats judiciaires qui ne portent plus sur la recevabilité de l'action, mais sur la contestation du fondement juridique de l'acte attaqué ou ce qu'il est convenu d'appeler le contentieux du choix de la base juridique.

B. Le Parlement européen, acteur du contentieux du choix de la base juridique

1) Il n'est pas surprenant d'observer que le choix de la base juridique des actes adoptés par les institutions soit venu nourrir le contentieux porté par le Parlement devant la Cour lorsque l'on sait que du choix de cette base dépendent notamment la détermination de l'institution communautaire compétente ainsi que les règles d'adoption et la procédure d'élaboration des actes. L'enjeu pour le Parlement réside dans la défense de ses prérogatives dans la procédure d'élaboration d'un acte, le degré de son implication dans celle-ci variant selon qu'il est saisi suivant la procédure de codécision, de coopération ou de consultation [24]. L'évolution des traités dans le sens d'un accroissement de la codécision nécessite une certaine entente entre les institutions pour le choix de la base juridique.

2) Dès 1991, dans un arrêt *Commission/Conseil*, C-300/89 [25], la Cour, saisie par la Commission soutenue par le Parlement, à annulé une directive concernant à la fois la protection de l'environnement et l'élimination des disparités dans les conditions de concurrence, au motif qu'elle était à tort fondée sur l'article 130 S du traité CEE, qui prescrivait le vote à l'unanimité au sein du Conseil après une simple consultation du Parlement européen, au lieu de l'être sur l'article 100 À du même traité qui prescrivait l'application de la procédure de coopération. La Cour à recherché la base juridique appropriée en prenant en considération notamment le fait que l'objet même de la procédure de coopération, qui est de renforcer la participation du Parlement européen au processus législatif de la Communauté, serait remis en cause si, du fait de la référence simultanée aux articles 100 À et 130 S, le Conseil était tenu de voter à l'unanimité et en rappelant que cette participation était le reflet du principe démocratique.

3) Dans la liste des affaires soumises ensuite par le Parlement à la Cour, on peut mentionner celle ayant donné lieu à l'arrêt du 2 mai

2006, *Parlement/Conseil*, C-436/03 [26], dans laquelle le Parlement demandait l'annulation du règlement n° 1435/2003 du Conseil [27] au motif qu'il était à tort fondé sur l'article 308 CE qui n'impose qu'une consultation du Parlement, alors qu'il aurait dû être fondé, selon lui, sur l'article 95 CE qui exige l'application de la procédure de codécision. La Cour, considérant que le règlement visait à mettre en place une forme juridique nouvelle se superposant aux formes nationales de sociétés coopératives en laissant inchangés les différents droits nationaux existants et n'avait donc pas pour objet de rapprocher les droits des États membres applicables aux sociétés coopératives, à jugé que ledit règlement avait été adopté à bon droit sur le fondement de l'article 308 CE et à rejeté le recours.

4) Méritent également d'être mentionnées les affaires ayant donné lieu à l'arrêt du 30 mai 2006, *Parlement/Conseil et Commission*, C-317/04 et C-318/04 [28]. Le Parlement demandait l'annulation de la décision 2004/496 du Conseil [29]. Il considérait que l'article 95 CE ne constituait pas la base juridique appropriée pour cette décision, car celle-ci avait pour finalité de légaliser le traitement de données à caractère personnel prescrit par la législation des États-Unis. La Cour lui à donné raison en considérant que les transferts de données visés par l'accord en cause constituaient des traitements ayant pour objet la sécurité publique et les activités de l'État relatives à des domaines du droit pénal qui étaient exclus du champ d'application de la directive 95/46 [30], adoptée sur la base de l'article 100 À du traité CEE (devenu, après modification, article 95 CE). Il n'est pas certain cependant que l'annulation des décisions attaquées dans ces deux affaires ait donné en définitive au Parlement une quelconque satisfaction. En effet, si l'objectif poursuivi par lui était d'obtenir un plus grand pouvoir de participation dans le cadre de la conclusion de l'accord PNR en imposant que celui-ci soit soumis à son avis conforme en application de l'article 300, paragraphe 3, deuxième alinéa, CE, dans la mesure où il considérait que cet accord affectait le contenu de la directive 95/46, il ne semble pas avoir atteint cet objectif. En effet, à la suite de l'arrêt, la Commission à recommandé au Conseil, l'ouverture de négociations d'un nouvel accord avec les États-Unis sur la base de l'article 38 du titre VI du traité UE qui à été conclu le 23 juillet 2007 [31]. Or, dans le cadre du troisième pilier, le Parlement européen n'intervient que de

façon marginale dans le processus d'élaboration des actes. Tout comme M.C. Lang [32, p. 345], on peut craindre que le Parlement ait nui à ses intérêts à l'égard de sa participation au processus décisionnel d'actes qui se situent à la frontière des premier et troisième piliers.

5) Ainsi, le recours en annulation à d'abord été l'instrument d'une reconnaissance du statut processuel du Parlement européen, avant que celle-ci ne prenne forme dans le traité, pour devenir ensuite un instrument lui servant à faire respecter ses prérogatives. C'est sans doute l'un des succès de cette voie contentieuse. Un tel constat peut-il être étendu au respect des compétences des institutions et à celles des institutions par rapport aux États membres?

IIème partie: Le recours en annulation: un instrument permettant d'assurer le respect des compétences

A. Un instrument du contentieux interinstitutionnel

Le recours en annulation est utilisé comme un instrument du contentieux interinstitutionnel. C'est en exerçant cette voie de recours que les différentes institutions agissent pour la défense de leurs prérogatives et pour assurer le respect de la répartition des compétences entre elles. L'enjeu est considérable pour chaque institution dont la place dans le jeu interinstitutionnel sort plus ou moins consolidée à la suite de la mise en œuvre de cette voie de recours.

1) La première illustration de l'usage du recours en annulation à trait à la compétence d'exécution. Dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 18 janvier 2005, *Commission/Conseil*, C-257/01 [33], la Commission demandait l'annulation des règlements n° 789/2001 [34] et n° 790/2001 [35], du Conseil, par lesquels le Conseil se réservait, en application de l'article 202, troisième tiret, CE, des compétences d'exécution en matière de demande d'examen de visas et de surveillance des frontières extérieures, ce que contestait la Commission. La Cour à rappelé que les compétences d'exécution sont en principe conférées à la Commission et que le Conseil est tenu de justifier, en fonction de la nature et du contenu de l'acte de base à mettre en

œuvre ou à modifier, toute exception à cette règle. Elle à relevé que dans le préambule des deux règlements en cause le Conseil s'était référé explicitement au rôle renforcé des États membres en matière de visas et de surveillance des frontières ainsi qu'à la sensibilité de ces domaines, en particulier en ce qui concerne les relations politiques avec les États tiers. Elle à dès lors jugé que le Conseil avait pu raisonnablement estimer qu'il se trouvait dans un cas spécifique et avait ainsi dûment motivé sa décision de conserver à titre transitoire les compétences d'exécution.

La Commission contestant également dans cette affaire la légalité de la délégation de certaines compétences d'exécution aux États membres, la Cour à relevé que l'article 202, troisième tiret, CE, régit la répartition des compétences d'exécution entre le Conseil et la Commission et non la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres, mais elle à admis que le contexte particulier et transitoire qui prévalait dans l'attente des développements de l'acquis de Schengen dans le cadre juridique et institutionnel de l'Union européenne justifiait une telle délégation.

On observera que, pour la première fois, la Cour à examiné les limites du pouvoir du Conseil de se réserver des compétences d'exécution dans le cadre du titre IV du traité CE et que cet examen est très pragmatique et circonstancié. Cette affaire révèle par ailleurs l'impatience de la Commission à voir appliquer les mécanismes communautaires dans le cadre du titre IV du traité CE, chose faite au 1er mai 2004, ce qui laisse pressentir l'intensité du débat entre la Commission et le Conseil dans le cadre de l'espace de liberté, sécurité et justice [36, p. 827].

Dans une autre affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 23 octobre 2007, *Parlement/Conseil*, C-403/05 [37], le Parlement demandait l'annulation de la décision de la Commission approuvant un projet relatif à la sécurité des frontières des Philippines à financer sur le budget général des Communautés, au motif que la Commission était incompétente pour adopter cette décision. La Commission mettait en avant la prise en compte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité internationale dans son projet comme un élément déterminant du renforcement institutionnel du pays concerné. Après avoir rappelé la compétence d'exécution de principe de la Commission, la Cour à

vérifié si l'objectif poursuivi par la décision attaquée relative à la lutte contre le terrorisme et la criminalité internationale entrait dans le champ du règlement n° 443/92 du Conseil [38], tel que modifié. Elle à jugé que cet objectif sortait du cadre de la politique de coopération au développement poursuivie par ce règlement, de telle sorte que la Commission avait excédé ses compétences d'exécution.

Ces affaires montrent que le recours en annulation amène la Cour à exercer un rôle de gardienne de la répartition des compétences entre les institutions en veillant au respect de l'article 7, paragraphe 1, CE, selon lequel chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité, de l'article 202, troisième tiret, CE, qui attribue à la Commission une compétence de principe pour l'exécution des règles établies par le Conseil ainsi qu'aux règlements de base qui autorisent la Commission à adopter toutes les mesures d'application nécessaires ou utiles pour leur mise en œuvre, pour autant qu'elles ne soient pas contraires auxdits règlements. En particulier, la Cour veille à ce que, d'un côté, le Conseil ne se réserve pas indûment des compétences d'exécution et, de l'autre côté, la Commission n'utilise pas ces compétences pour se substituer au législateur communautaire. La première affaire évoquée ici fait en outre apparaître que, dans ce cadre, la Cour peut aussi être appelée à contrôler la légalité d'une délégation de compétences au profit des États membres.

2) Le respect des compétences respectives de chaque institution est aussi assuré par le contrôle du choix de la base juridique des actes adoptés par le législateur communautaire. L'importance du contentieux du choix de la base juridique est réelle et D. Simon n'hésite pas à qualifier celui-ci de «véritable contentieux constitutionnel» [39, p.11]. Un exemple récent et caractéristique de ce contentieux entre institutions est apporté par les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 10 janvier 2006, *Commission/Conseil*, C-94/03 [40], et *Commission/Parlement et Conseil*, C-178/03 [41]. Dans la première de ces affaires, la Commission contestait la base juridique de la décision 2003/106 du Conseil [42], dans la mesure où elle était fondée sur l'article 175, paragraphe 1, CE et non sur l'article 133 CE, tandis que dans la seconde, elle contestait pour les mêmes motifs la base juridique du règlement n° 304/2003 du Parlement européen et du Conseil [43].

La Cour, se référant à une jurisprudence constante (notamment à l'arrêt du 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, dit «Dioxyde de titane», C-300/89 [44]), à rappelé que le choix de la base juridique doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel parmi lesquels figurent le but et le contenu de l'acte. Alors que la Cour privilégie en général le recours à une base unique correspondant à l'objet principal de l'acte contesté, elle à fait ici application de sa jurisprudence selon laquelle, à titre exceptionnel, s'il est établi que l'acte poursuit à la fois plusieurs objectifs ou qu'il à plusieurs composantes, qui sont liés d'une façon indissociable, sans que l'un soit second ou indirect par rapport à l'autre, un tel acte doit être fondé sur les différentes bases juridiques correspondantes.

Cette solution emporte des conséquences intéressantes pour le Parlement, puisque, tout en retenant comme base juridique l'article 175 CE, qui renvoie à la procédure de codécision et à l'article 133 CE lu en combinaison avec l'article 300, paragraphe 3, premier alinéa, CE qui ne prévoit pas de consultation du Parlement, la Cour à souligné que le cumul de bases juridiques ne portait pas atteinte aux droits du Parlement qui devait, en tout état de cause, être consulté. Toute autre aurait été la solution si, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Dioxyde de titane, précité, l'une et l'autre des bases juridiques avaient été incompatibles.

B. Un instrument du contentieux entre les institutions et les États membres

Le recours en annulation ne sert pas seulement à assurer entre les institutions le respect de leurs compétences, il sert aussi aux États membres aux mêmes fins. Par ailleurs, un recours formé par une institution contre une autre peut avoir une incidence sur le partage des compétences entre les États membres et les institutions. Quelques affaires en apportent l'illustration.

1) La première affaire qui à retenu notre attention à cet égard est celle ayant donné lieu à l'arrêt du 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, dit «AETR», 22/70 [45]. Cette affaire à apporté la première pierre à la jurisprudence de la Cour relative à la compétence externe de la

Communauté par laquelle elle à posé le fondement et les conditions des compétences externes implicites de la Communauté. Il s'agissait d'un recours en annulation formé par la Commission contre une délibération du Conseil relative à la négociation et à la conclusion par les États membres, dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, de l'accord européen relatif au travail des équipages de véhicules effectuant des transports internationaux par route (AETR). Après avoir rappelé que la Communauté disposait d'une compétence externe explicite, étant dotée de la personnalité juridique, la Cour à admis que certaines compétences ne découlaient pas directement et expressément d'une ou plusieurs dispositions du traité mais d'une interprétation globale et finaliste de celui-ci et elle à développé la théorie du parallélisme des compétences internes et externes. Selon cette théorie, l'existence d'une compétence externe implicite suppose qu'une compétence interne existe et soit exercée. Ultérieurement, dans un avis n°1/76 [46], la Cour ajoutera, comme condition supplémentaire, que la prise d'un engagement international doit être nécessaire pour réaliser un objectif du traité ([47, p. 63] et [48, p. 226]). L'arrêt contient une motivation particulièrement ferme à l'égard des États membres, la Cour y énonçant aux points 17 et 18 que «chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté à pris des dispositions instaurant, sous quelques formes que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les États tiers des obligations affectant ces règles» et que «au fur et à mesure de l'instauration de ces règles communes, la Communauté seule est en mesure d'assurer et d'exécuter, avec effet pour l'ensemble du domaine d'application de l'ordre juridique communautaire, les engagements contractés à l'égard des tiers». Elle à dès lors jugé que la compétence communautaire en cause excluait la possibilité d'une compétence concurrente des États membres, toute initiative prise hors du cadre des institutions communes étant incompatible avec l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire [45].

Ainsi, la Cour, par une construction à la fois efficiente et hardie [49, p. 799], interfère directement sur la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres. Le recours en annulation

entre deux institutions ayant pour objet la distribution des compétences entre la Commission et le Conseil à des répercussions sur la répartition des compétences entre les États membres et la Communauté, en faveur de cette dernière. Certains y ont vu une interprétation téléologique des textes refusant de négliger la composante intégrationniste et dynamique qui s'appuie sur la finalité à réaliser et qui voit dans la Communauté une organisation intégrante basée sur la solidarité et dépassant, dans certains domaines, les États membres en remplaçant leur action individuelle par une véritable fusion. [49, p.805-506].

2) Les deux affaires suivantes, qui ont donné lieu aux arrêts du 5 octobre 2000, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-376/98 [50], et du 12 décembre 2006, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-380/03 [51] sont d'une autre portée. Elles ont été introduites par l'Allemagne contre la directive 98/43 du Parlement européen et du Conseil [52], et contre la directive 2003/33 [53], qui à succédé à la première à la suite de son annulation. Dans la première affaire, l'Allemagne contestait la compétence du Parlement et du Conseil pour adopter la directive en cause au motif que les articles 100 À du traité CE (devenu, après modification, article 95 CE), 57, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après modification, article 47, paragraphe 2, CE) et 66 du traité CE (devenu article 55 CE) ne constituaient pas la base juridique appropriée. La Cour à accueilli le recours en considérant que l'interdiction de la publicité du tabac édictée par le directive ne contribuait que marginalement à l'élimination des entraves à la libre circulation des marchandises et des services et à l'élimination des distorsions de concurrence dans le secteur de la publicité et dans celui des produits du tabac. Dans la seconde affaire, la Cour à confirmé sa position et justifié le recours à l'article 95 CE. Elle à rappelé que, si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales ne suffisait pas pour justifier le recours à l'article 95 CE, il en allait différemment en cas de divergences entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres qui sont de nature à entraver les libertés fondamentales et à avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur. Elle à ajouté que le recours à cette base juridique pouvait également être fondé en vue de prévenir des obstacles futurs aux échanges. À cet effet, le législateur communautai-

re dispose d'une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité. En l'espèce, la Cour à constaté l'existence de disparités entre les États membres qui ne pouvaient que s'accroître avec l'élargissement de l'Union européenne, dont les effets sur le marché intérieur aboutissaient à des risques d'entraves et de distorsions de concurrence de nature à justifier le recours à l'article 95 CE.

Ainsi, le recours en annulation à permis de mieux délimiter le recours à l'article 95 CE dans un domaine où les divergences d'appréciation de la situation étaient nombreuses. Dans une affaire proche, ayant donné lieu à l'arrêt du 6 décembre 2005, *Royaume-Uni/ Parlement et Conseil*, C-66/04 [54], dans laquelle le Royaume-Uni demandait l'annulation du règlement n° 2065/2003 [55], au motif que le recours à l'article 95 CE comme base juridique était erroné, la Cour à rejeté le recours après avoir examiné non seulement la portée de l'article 95 CE, mais également la question de savoir si le règlement en cause constituait une mesure d'harmonisation. Il doit être observé que la particularité de l'espèce résidait dans le fait que le règlement en cause prévoyait un processus d'harmonisation par étapes. Il énonçait les conditions auxquelles l'autorisation d'un produit était subordonnée et renvoyait à une décision d'exécution la procédure d'évaluation scientifique des substances concernées et l'adoption d'une liste positive de substances autorisées dans toute la Communauté. Pour admettre une telle démarche, la Cour à posé deux conditions: le législateur communautaire est tenu de déterminer, dans l'acte de base, les éléments essentiels de la mesure d'harmonisation; le mécanisme de mise en œuvre desdits éléments doit être conçu de telle sorte qu'il conduit à une harmonisation au sens de l'article 95 CE.

En contestant une directive ou un règlement pris sur la base de l'article 95 CE, les États membres cherchent à obtenir une remise en cause de la compétence communautaire dans la matière concernée. C'est la répartition des compétences horizontales entre les États membres et la Communauté qui est en jeu. Le recours en annulation est le seul instrument juridique à leur disposition pour y parvenir. Quelque soit le résultat, il amène la Cour à définir des conditions de plus en plus précises à l'usage de l'article 95 CE par le législateur communautaire.

3) Dans un domaine sensible, la Cour à eu, pour la première fois, à examiner la validité d'un acte normatif pris sur le fondement du titre IV du traité CE, ce qui lui à ainsi permis d'apporter des réponses aux questions institutionnelles soulevées par l'article 63, paragraphe 3, deuxième alinéa, CE permettant aux États membres de maintenir ou d'introduire, dans les domaines concernés, des dispositions nationales. Il s'agit de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03 [56], dans laquelle le Parlement demandait l'annulation de l'article 4, paragraphes 1, dernier alinéa, et 6, ainsi que de l'article 8 de la directive 2003/86 du Conseil [57]. Indépendamment du raisonnement novateur utilisé par la Cour pour ne pas examiner la recevabilité du recours, cette affaire retient l'attention dans la mesure où la Cour à examiné la conformité des dérogations autorisées par la directive avec les droits fondamentaux. La Cour à non seulement vérifié que les dérogations respectaient ces droits, mais elle à orienté leur interprétation afin d'assurer que leur application soit conforme à ces droits. En dernière analyse, procédant à une sorte de rappel des règles générales, la Cour à énoncé, d'une part, que si la directive laissait aux États membres une marge d'appréciation, celle-ci était suffisamment large pour leur permettre d'appliquer les règles de la directive dans un sens conforme aux exigences découlant de la protection des droits fondamentaux. Elle à précisé, d'autre part, que les États membres étaient tenus de veiller au respect de ces droits lorsqu'ils appliquaient le droit communautaire et que les juridictions nationales pouvaient contrôler la mise en œuvre de ces dispositions au besoin en lui adressant une question préjudicielle.

Dans ce domaine, celui de l'article 63 CE, où la séparation des compétences entre le Conseil et les États membres n'est pas parfaitement étanche, cet arrêt à maintenu un certain flou juridique pouvant laisser croire que la Cour va tenter, dans un effort systématique d'interprétation constructive, d'éviter l'annulation des dispositions en cause. Il faudra encore d'autres recours en annulation contre des dispositions prises en application du titre IV pour clarifier la situation.

4) Dans une autre affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 juillet 2004, *Commission/Conseil*, C-27/04 [58], la Commission demandait à la Cour l'annulation des décisions de ne pas adopter à l'égard de la France et de l'Allemagne les instruments formels contenus dans les re-

commandations de la Commission au titre de l'article 104, paragraphes 8 et 9, CE ainsi que l'annulation des conclusions du Conseil sur l'évaluation des actions entreprises par lesdits États membres, en réponse aux recommandations adressées par le Conseil conformément à l'article 104, paragraphe 7, CE et l'examen de nouvelles mesures visant à la réduction du déficit pour remédier à la situation de déficit excessif. Plus simplement, il était contesté par la Commission l'absence de sanctions ainsi que les conclusions prises par le Conseil concernant ces deux États membres non respectueux du pacte de stabilité. Cette affaire sans précédent, jugée en formation plénière, à eu un impact institutionnel, voire constitutionnel, évident non seulement dans les relations entre la Commission et le Conseil, mais aussi dans les relations entre la Communauté et les États membres pour lesquels la souveraineté est primordiale. La Cour à confirmé le pouvoir d'initiative de la Commission en censurant, d'une part, l'absence de décisions du Conseil prononçant des sanctions et, d'autre part, le non-respect par le Conseil de la phase de recommandation. Dans le même temps, elle à reconnu que le Conseil disposait d'une marge de manœuvre quant à la prise de décision, lui reconnaissant la possibilité, en présence de circonstances particulières, de suspendre de fait la procédure de déficit excessif et de modifier une recommandation adoptée sur la base de l'article 104, paragraphe 7, CE pour peu que la Commission reprenne une nouvelle recommandation. En tout état de cause, il apparaît que tant que le Conseil ne statue pas sur les recommandations de la Commission, celles-ci restent valables et qu'aucun délai n'est fixé pour qu'une décision implicite intervienne au titre de l'article 104, paragraphes 8 et 9, CE [59, p. 509].

5) La question très controversée de l'entrée du droit communautaire dans le droit pénal à fait l'objet des affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03 [60], et du 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05 [61]. Dans la première affaire, la Commission, soutenue par le Parlement, demandait l'annulation de la décision cadre 2003/80/JAI du Conseil [62], et dans la seconde affaire, celle de la décision cadre 2005/667/JAI du Conseil [63]. Dans les deux cas, la Cour à annulé les décisions attaquées. Le problème de fond posé était celui de la compétence de la Communauté pour utiliser le droit pénal afin de sanctionner certains

comportements prohibés par le droit communautaire et donc également celui des relations existant entre le premier pilier (traité instituant la Communauté) et le troisième pilier du traité UE relatif aux actions en commun de l'Union concernant la coopération policière et judicaire en matière pénale. La Commission revendiquait non pas une compétence distincte et nouvelle, mais la simple reconnaissance d'un moyen spécifique pour assurer l'effectivité du droit communautaire [64, p. 6]. Le Conseil et les États membres intervenants, quant à eux, considéraient que la Communauté n'avait aucune compétence pour obliger les États membres à sanctionner pénalement les comportements incriminés et donc que seule une décision cadre sur la base du titre VI du traité UE pouvait être prise. Il s'agissait donc pour la Cour de vérifier si les actes en cause n'empiétaient pas sur les compétences attribuées à la Communauté, étant rappelé que, en vertu de l'article 47 UE, aucune des dispositions du traité CE ne saurait être affectée par une disposition du traité UE. Pour ce faire, la Cour à relevé que, si la législation pénale tout comme les règles de procédure ne relevaient pas de la compétence de la Communauté, cela ne devait pas empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constituait une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte dans ce domaine.

Ainsi, la politique de l'environnement présente-t-elle, du fait de son objectif, la particularité d'être transversale par rapport aux autres politiques et d'être partagée avec les États membres. Toutefois, ce partage se limite en matière pénale à l'incrimination de certains comportements, la Cour précisant à cet égard dans le second arrêt que la détermination du type et du niveau des sanctions pénales applicables ne relève pas de la compétence de la Communauté. Le recours en annulation à donc permis à la Commission de faire clarifier la répartition en ce domaine des compétences entre le Conseil et les États membres qui faisait débat depuis 1990 et à ouvert la voie à d'autres clarifications utiles pour d'autres politiques transversales.

6) Enfin, dans le contentieux institutionnel, il peut se trouver que des affaires aient des conséquences matérielles importantes pour les États membres. Il en va ainsi des affaires ayant donné lieu aux deux arrêts du 28 novembre 2006, *Parlement /Conseil*, C-413/04 [65] et C-413/04 [66]. Dans la première affaire, la Cour à annulé partiellement la directive 2004/85 du Conseil [67], et, dans la seconde, elle à annulé en totalité le règlement n° 1223/2004 du Conseil [68]. Ces deux affaires posaient la même question qui était celle de savoir si le Conseil pouvait se fonder sur les dispositions d'adaptation prévues par les actes d'adhésion pour modifier les échéances d'application des règles communautaires relatives au marché de l'électricité pour deux nouveaux États membres, en l'espèce l'Estonie et la Slovénie. Ces annulations ont été prononcées au motif que la base juridique retenue, l'article 57 de l'acte d'adhésion de 2003 [69], était erronée. Satisfaction à ainsi été donnée au moins partiellement au Parlement, qui soutenait que les textes en cause auraient dû être adoptés selon la procédure législative ordinaire qui suppose la codécision, contrairement à l'article 57 de l'acte d'adhésion qui permettait au Conseil de statuer seul.

La conséquence pour l'Estonie à été de ne plus détenir de dérogation pour l'ouverture de son marché intérieur de l'électricité au-delà du 1er janvier 2009. Pour la Slovénie, la Cour à admis de limiter dans le temps les effets de l'annulation en autorisant le maintien du règlement annulé jusqu'au 1er juillet 2007 au plus tard.

Conclusion

Le recours en annulation est utilisé par les institutions comme un instrument juridique pour défendre, conforter ou même se voir reconnaître, souvent à travers un débat portant sur le choix de la base juridique des actes adoptés par le législateur communautaire, les compétences que leur attribuent les traités ou leurs prérogatives. Il est également utilisé parfois par les États membres pour empêcher tout empiètement. Lorsque les frontières de compétences sont floues, il peut devenir une véritable arme d'attaque ou de défense. Il porte dans le prétoire de la Cour une discussion juridique qui est le prolonge-

ment ou le support d'un débat politique dont l'enjeu est l'équilibre institutionnel entre les institutions et vis-à-vis des États membres.

Saisie de recours en annulation dans cette sphère institutionnelle, la Cour à tracé des lignes majeures de compétence entre les États membres et la Communauté telles que celles concernant la compétence externe de la Communauté ou l'harmonisation des législations en vue de construire le marché intérieur.

Pour beaucoup, ces recours ne sont pas le fruit du hasard mais d'une véritable «stratégie globale de chaque institution» [12, p. 342] qui se construit dans le temps, en fonction de l'objectif que souhaite atteindre l'institution concernée. Alors que le traité de Lisbonne [2] vient juste d'être signé, il paraît évident que le recours en annulation à encore de beaux jours devant lui dans le paysage institutionnel, puisqu'il pourra viser également les actes du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers et pourra être formé par le Comité des régions pour la sauvegarde de ses prérogatives.

Liste des références

1. Traité sur l'Union européenne // JO 1992 C 191.
2. Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 // JO 2007 C 306.
3. Traité de Nice // JO 2001 C 80.
4. Joliet R. Le droit institutionnel des communautés européennes. – Liège: Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de l'Université de Liège, 1981.
5. Arrêt de la Cour du 29 octobre 1980, *Roquettes Frères/Conseil*, 138/79, Rec. p. 3333.
6. Isaac G. L'insertion du Parlement dans le système juridictionnel des Communautés européennes // Annuaire français de droit international. 1986. No XXXII.
7. Arrêt de la Cour du 22 mai 1985, *Parlement/Conseil*, 13/83, Rec. p. 1513.
8. Jacqué J.P. Jurisprudence: Cour de justice des Communautés européennes // Revue trimestrielle de droit européen. 1985.

9. Arrêt de la Cour du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, Rec. p. 1339.
10. Arrêt de la Cour du 10 février 1983, *Luxembourg/Parlement*, 230/81, Rec. p. 255.
11. Arrêt de la Cour du 10 avril 1984**,** *Luxembourg/Parlement,* 108/83, Rec. p. 1945.
12. Jacqué J.P. Quelques réflexions sur le contentieux interinstitutionnel // Die Herausforderung von Grenzen: Festschrift für Roland Bieber. – Baden-Baden: Nomos; Zürich: Dike, 2007.
13. Jacqué J.P. Jurisprudence: Cour de justice des Communautés européennes // Revue trimestrielle de droit européen. 1986.
14. Acte unique européen // JO 1987 L 169.
15. Arrêt de la Cour du 3 juillet 1986, *Conseil/Parlement*, 34/86, Rec. p. 2155.
16. Constantinesco V., Simon D. Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes // Journal du droit international.1987.No 2.
17. Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, *Parlement/Conseil,* 302/87, Rec. p. 5615.
18. Décision 87/373/CEE du Conseil, du 13 juillet 1987, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission // JO 1987 L 197, p. 33.
19. Arrêt de la Cour du 22 mai 1990, *Parlement/Conseil*, C-70/88, Rec. p. I-2041.
20. Ritleng D. Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes. – Strasbourg: Faculté de droit, des sciences politiques et de gestion de l'Université de Strasbourg, 1998.
21. Arrêt de la Cour du 18 juin 1996, *Parlement/Conseil*, C-303/94, Rec. p. I-2943.
22. Arrêt de la Cour du 2 mars 1994, *Parlement/Conseil,* C-316/91, Rec. p. I-625.
23. Arrêt de la Cour du 13 juillet 1995, *Parlement/Commission*, C-156/93, Rec. p. I-2019.
24. Recours juridictionnels - Recours en annulation // Jurisclasseur. À jour au 27 novembre 2001. Fasc. 331.
25. Arrêt de la Cour du 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, C-300/89, Rec. p. I-2867.
26. Arrêt de la Cour du 2 mai 2006, *Parlement/Conseil*, C-436/03, Rec. p. I-3733.

27. Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) // JO 2003 L 207, p. 1.
28. Arrêt de la Cour du 30 mai 2006, *Parlement/Conseil et Commission*, C-317/04 et C-318/04, Rec. p. I-4721.
29. Décision 2004/496/CE du Conseil, du 17 mai 2004, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure // JO 2004 L 183, p. 83.
30. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données // JO 1995 L 281, p.31.
31. Décision 2007/551/PESC/JAI du Conseil, du 23 juillet 2007, relative à la signature, au nom de l'Union européenne, d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure (DHS) (accord PNR 2007) // JO 2007 L 204, p. 16.
32. Lang M.C. Cour de justice, 30 mai 2006: Parlement/Conseil et Parlement/Commission // Revue des affaires européennes. 2006. No 2.
33. Arrêt de la Cour du 18 janvier 2005, *Commission/Conseil*, C-257/01, Rec. p. I-345.
34. Règlement (CE) n° 789/2001 du Conseil, du 24 avril 2001, réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa // JO 2001 L 116, p. 2.
35. Règlement (CE) n° 790/2001 du Conseil, du 24 avril 2001, réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières // JO 2001 L 116, p. 5.
36. Alemanno A. e.a. La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance // Revue du droit de l'Union européenne. 2004. No 4.
37. Arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, *Parlement/Conseil*, C-403/05, non encore publié au Recueil.
38. Règlement (CEE) n° 443/92 du Conseil, du 25 février 1992, relatif à l'aide financière et technique et à la coopération économique avec les

pays en développement d'Amérique latine et d'Asie // JO 1992 L 52, p. 1.
39. Simon D. Compétences communautaires: compétence en matière pénale: nº369 // Europe. 2005. No 11.
40. Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Commission/Conseil*, C-94/03, Rec. p. I-1.
41. Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Commission/Parlement et Conseil*, C-178/03, Rec. p. I-107.
42. Décision 2003/106/CE du Conseil, du 19 décembre 2002, concernant l'approbation, au nom de la Communauté, de la convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international // JO 2003, L 63, p. 27.
43. Règlement (CE) n° 304/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux // JO 2003 L 63, p. 1.
44. Arrêt de la Cour du 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, C-300/89, Rec. p. I-2867.
45. Arrêt de la Cour du 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, 22/70, Rec. p. 263.
46. Avis de la Cour du 26 avril 1977, n° 1/76, Rec. p. 741.
47. Manin P. Les Communautés européennes, l'Union européenne. – Paris: Pedone, 1983.
48. Dehousse F., Maczkovics C. Les arrêts *open skies* de la Cour de justice: l'abandon de la compétence externe implicite de la Communauté? // Journal des tribunaux de droit européen. 2003. No 102.
49. Constantinesco L.J. Jurisprudence: Cour de justice des Communautés européennes // Revue trimestrielle de droit européen. 1971.
50. Arrêt de la Cour du 5 octobre 2000, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-376/98, Rec. p. I-8419.
51. Arrêt de la Cour du 12 décembre 2006, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-380/03, Rec. p. I-11573.
52. Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac // JO 1998 L 213, p.9.
53. Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de

publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac // JO 2003 L 152, p.16.
54. Arrêt de la Cour du 6 décembre 2005, *Royaume-Uni/Parlement et Conseil*, C-66/04 Rec. p. I-10553.
55. Règlement (CE) n° 2065/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 10 novembre 2003, relatif aux arômes de fumée utilisés ou destinés à être utilisés dans ou sur les denrées alimentaires // JO 2003 L 309, p. 1.
56. Arrêt de la Cour du 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, Rec. p. I-5769.
57. Directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial // JO 2003 L 251, p. 12.
58. Arrêt de la Cour du 13 juillet 2004, *Commission/Conseil*, C-27/04, Rec. p. I-6649.
59. Chaltiel F. Le pacte de stabilité, entre exigences juridiques et pragmatisme politique // Revue du marché commun et de l'Union européenne. 2004. No 481.
60. Arrêt de la Cour du 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, Rec. p. I-7879.
61. Arrêt de la Cour du 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, non encore publié au Recueil.
62. Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal // JO 2003 L 29, p. 55.
63. Décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil, du 12 juillet 2005, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires // JO 2005L 255, p. 164.
64. Bogensperger W., Petite M. Du droit pénal communautaire: l'arrêt de principe du 13 septembre 2005 de la Cour de justice dans l'affaire C-176/03 // Gazette du Palais. 2006. No 102/103.
65. Arrêt de la Cour du 28 novembre 2006, *Parlement /Conseil*, C-413/04, Rec. p. I-11221.
66. Arrêt de la Cour du 28 novembre 2006, *Parlement /Conseil* C-414/04, Rec. p. I-11279.
67. Directive 2004/85/CE du Conseil, du 28 juin 2004, modifiant la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'application de certaines dispositions à l'Estonie // JO 2004 L 236, p. 10.
68. Règlement (CE) n° 1223/2004 du Conseil, du 28 juin 2004, modifiant le règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil

en ce qui concerne la date d'application de certaines dispositions à la Slovénie // JO 2004 L 233 p. 3.

69. Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne // JO 2003, L 236, p.33.

MRU ©

EUROPOS SĄJUNGOS SUMARINIAI PROCESAI – AR ESAME KELYJE Į BENDRĄ EUROPOS SĄJUNGOS CIVILINĮ PROCESĄ?

Vytautas Nekrošius

I. Įvadas

Civilinio proceso teisės europeizacijos pradžia yra sietina su 1957 m. kovo 25 d. sutarties dėl Europos Bendrijos įsteigimo (toliau – sutartis) 220 straipsniu, kuriame valstybės įsipareigojo „esant reikalui imtis priemonių, kad piliečiams būtų supaprastinti formalumai, susiję su teismų bei arbitražų sprendimų pripažinimu bei vykdymu“[1]. Įgyvendinant šį įsipareigojimą 1968 m. rugsėjo 27 d. Europos Bendrijų Ministrų Tarybos posėdyje Briuselyje Belgijos, Prancūzijos, Liuksemburgo, Vokietijos, Prancūzijos, Olandijos ir Italijos atstovai pasirašė konvenciją dėl jurisdikcijos ir teismų sprendimų civilinėse ir komercinėse bylose vykdymo. Kitaip negu buvo nurodyta sutarties 220 straipsnyje, konvencijos rengėjai nerealizavo visų šio straipsnio reikalavimų, o tam tikrais atvejais ir peržengė jame nustatytas ribas.[2]

Pradžioje Briuselio konvencija buvo prieinama išimtinai tik EB, o vėliau ES valstybėms narėms. Tačiau labai greitai ir kitos valstybės pamatė šios konvencijos teikiamą realią naudą lengvinant tarptautinio verslo plėtrą, todėl 1973 m. pasiūlė išplėsti Briuselio konvencijos taikymo ir prisijungimo prie jos galimybes ir EFTA valstybėms narėms,

[1] Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy / pod. red. A. Wrubla. – Zakamycze, 2005, s. 475.

[2] Ten pat, p. 475.

šiai iniciatyvai buvo pritarta 1981 m. EB Šveicarijos misijoje. Remiantis šia iniciatyva 1988 m. rugsėjo 16 d. EB ir ELPA valstybės narės pasirašė vadinamąją *Lugano* konvenciją (įsigaliojo 1992 m.) dėl teismų sprendimų vykdymo bei jurisdikcijos civilinėse ir komercinėse bylose (konvencija sutrumpintai vadinama Lugano pagal jos pasirašymo vietą). Atkreiptinas dėmesys į tai, jog Lugano konvencijos turinys buvo tapatus Briuselio konvencijai.

Tiek Briuselio, tiek ir Lugano konvencijos egzistavo ir negalėjo būti pakeistos EB teisės aktais pirmiausia dėl to, kad EB, pagal 1957 m. jos įsteigimo sutartį, nebuvo suteikta atitinkama kompetencija. 1999 m. gegužės 1 d. įsigaliojus Amsterdamo sutarčiai, situacija iš esmės pasikeitė, kadangi ES įgijo tiesioginę kompetenciją reglamentuoti, taip pat ir formuoti ES civilinį procesą. Pagal šios sutarties 61, 65 ir 67 str. ES yra kompetentinga reglamentuoti tarpvalstybinį procesinių dokumentų įteikimą, vienodinti kolizinę teisę, įrodinėjimo bei sprendimų pripažinimo klausimus. Būtina atkreipti dėmesį į tai, jog ES gana aktyviai naudojasi jai suteikta kompetencija civilinio proceso srityje, kadangi iki šios dienos jau yra priimti devyni reglamentai, tiesiogiai reguliuojantys civilinio proceso klausimus. Tad gal jau galima teigti, kad ES valstybės narės pripažino, jog, kaip dar 1992 m. teigė vienas žymiausių vokiečių procesualistų F. Baur, „Europai yra būtina tiek bendra materialinė, ypač komercinė, tiek ir, žvelgiant į ateitį, procesinė teisė“[3]. Gal visiškai netoli yra laikas, kai bus įgyvendinta prof. M. Storme vadovautos darbo grupės idėja dėl bendro Europos CPK sukūrimo (grupė 1993 m. pateikė modelinio Europos CPK pavyzdį)[4]. Į šį klausimą mums padės atsakyti paskutinių trijų reglamentų analizė:

- 2004 m. balandžio 21 d. Tarybos reglamento Nr. 805/2004 Dėl Europos vykdomojo rašto ne ginčo reikalavimams;
- 2006 m. gruodžio 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (EB) Nr. 1896/2006 Dėl Europos mokėjimo įsakymo procedūros nustatymo;
- 2007 m. liepos 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (EB) Nr. 861/2007 Dėl Europos ieškinių dėl nedidelių sumų nagrinėjimo procedūros nustatymo.

[3] Koch H. Cit. op., s. 110.
[4] ZZP 109 Band, Heft 3 1996, s. 345–371.

II. Dėstymas

Kaip jau buvo minėta, patvirtinus Amsterdamo sutartį atsivėrė kelias Europos Sąjungos institucijų tiesioginei kompetencijai civilinio proceso srityje, siekiant užtikrinti laisvą teismų civilinių ir komercinių bylų sprendimų judėjimą valstybėse narėse. Tiesa, atkreiptinas dėmesys į tai, jog Amsterdamo sutartis atvėrė kelią į procedūrų, susijusių su bylų, kurios turi tarptautinių požymių, unifikavimą[5]. Taip buvo žengtas pirmasis rimtas žingsnis siekiant vienodų kokybinių standartų visoje ES erdvėje, civilinės justicijos srityje. Ypač daug dėmesio šiuo požiūriu yra kreipiama egzekvatūros atsisakymui, kuriuo grindžiamas valstybių narių pasitikėjimas teisingumo vykdymo sistemomis, darant prielaidą, jog visose valstybėse narėse jos atitinka tam tikrus bendrus standartus ir todėl gali būti laikomos veikiančiomis efektyviai[6]. Pirmasis žingsnis šia prasme žengtas Briuselio I reglamente, kuriame įtvirtintas automatinio sprendimo pripažinimo principas pirmajame etape. Antrasis – jau žymiai ryžtingesnis žingsnis – tai Briuselio II a reglamente įtvirtintas atsisakymas nuo egzekvatūros bylose dėl vaiko grobimo ir bendravimo teisių, kuriose sprendimo minimalių standartų atitikimo kontrolė jau perleidžiama valstybės narės, priėmusios tą teismo sprendimą, teismams. Tikru proveržiu galime laikyti reglamentą dėl Europos vykdomojo rašto sukūrimo (toliau – EVR reglamentas), kuriame Briuselio II a reglamento idėja taikoma žymiai didesniam bylų ratui.

1998 m. gruodžio 3 d. Vienoje patvirtintame priemonių plane dar neužsiminta apie bendrą Europos vykdomojo rašto institutą, nors apie tai jau buvo diskutuojama. Tačiau jau 1999 m. spalio 15–16 d. vykusiame Europos Vadovų Tarybos susitikime Tamperėje buvo pritarta, kad teismų sprendimų abipusis pripažinimas yra kertinis akmuo kuriant patikimą teisminę erdvę[7]. Baigiamajame šio susitikimo doku-

[5] Sujecki B. Europaeisches Mahnverfahren. – ZEuP, 2006, s.. 128.

[6] Rauscher T. Der Europaeische Vollstreckungstitel fuer unbestrittene Forderungen. – Muenchen, 2004, s. 7.

[7] Oficialusis leidinys L 143, 30/04/2004. p. 0015-0039; Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (EB) 805/2004, 2004 04 21, sukuriantis neginčytinų reikalavimų Europos vykdomąjį raštą.

mente reikalaujama imtis tolesnių priemonių siekiant išplėsti atsisakymo nuo tarpinių teismų sprendimų pripažinimo procedūrų taikymo sritį. Pirmaisiais žingsniais šioje srityje nurodyta laikyti bylas dėl nedidelių ginčo sumų bei tam tikras šeimos bylas, o toliau turi būti imtasi darbo įgyvendinant Europos vykdomojo rašto idėją[8]. „Parengiamasis" etapas baigiamas 2000 m. lapkričio 30 d. Tarybai priėmus priemonių programą, skirtą civilinėse ir komercinėse bylose priimtų sprendimų abipusio pripažinimo principui įgyvendinti. Pirmajame etape ši programa apima egzekvatūros panaikinimą, t. y. Europos vykdomojo rašto, skirto neginčytiniems reikalavimams, sukūrimą. Čia akcentuojama ir tai, jog teismo sprendimas, kurį jį priėmęs teismas yra pripažinęs Europos vykdomuoju raštu, turėtų būti laikomas kaip paskelbtas toje valstybėje narėje, kurioje turėtų būti vykdomas.[9]

Europos vykdomasis raštas. Reglamente nauja yra tai, kad Europos vykdomasis raštas, kuris yra vykdomas be jokių tarpinių procedūrų visose valstybėse narėse (išskyrus nežymias išimtis), yra išduodamas tų pačių valstybių narių, kurių teismai priėmė sprendimą. Taigi valstybė, kurioje šis vykdomasis raštas bus vykdomas, jo išdavimo procese nedalyvauja. Reglamente net pašalinta galimybė vykdymo valstybėje tikrinti priimtą sprendimą prieštaravimo *ordre public* požiūriu. Atkreiptinas dėmesys į tai, jog remiantis Europos Bendrijos steigimo sutarties 61 ir kt. straipsniais, šis reglamentas nėra taikomas Jungtinei Karalystei, Airijai ir Danijai. Tačiau Jungtinė Karalystė ir Airija prisijungė prie šio reglamento įgyvendinimo, o Danijai šis reglamentas netaikomas.

Reglamentas taip pat nereguliuoja Europos vykdomojo rašto įgyvendinimo bei įsigaliojimo klausimų. Šie klausimai paliekami nacionalinei procesinei teisei, įtvirtinant taisyklę, jog Europos vykdomasis raštas vykdomas tokia pačia tvarka kaip ir vykdymo valstybės teismo išduotas vykdomasis raštas. Reglamentas tik reikalauja, kad atitinkamas nacionalinis procesas atitiktų tam tikrus minimalius reikalavimus, tačiau šių reikalavimų įgyvendinimas iš esmės yra kiekvienos valstybės narės vidaus reikalas.

Kaip jau buvo minėta, šis reglamentas yra taikomas išimtinai neginčytiniems reikalavimams. Europos įstatymų leidėjo išeitinė nuosta-

[8] Kropholler J. Cit. op., s. 561.
[9] Oficialusis leidinys. Cit. op.

ta yra ta, kad skolininkas sąmoningai neginčija jam pareikšto reikalavimo procese laikydamasis pasyvios nuostatos, kuri gali būti grindžiama tiek pareikšto jam reikalavimo pripažinimu, tiek ir paprasčiausiu pareikšto reikalavimo ignoravimu. Tad išduodantis Europos vykdomąjį raštą valstybės narės teismas privalo konstatuoti, jog vienas iš nurodytų motyvų tikrai egzistuoja. Bet kokiu atveju bus laikoma, jog nurodytos sąlygos egzistuoja, jeigu atsakovui buvo laiku įteikti atitinkami procesiniai dokumentai bei pranešta apie procesinio pasyvumo pasekmes, taip pat kai šalis neatlieka veiksmų, kuriuos privalėtų atlikti realizuodama jam priklausančią pareigą rūpintis proceso skatinimu (pvz., nepateikia atsiliepimo į ieškinį ir pan.).

Tad ar galime reglamentą dėl EVR laikyti „tikruoju proveržiu" kelyje į bendrą ES civilinį procesą? Atsižvelgdami į jau pateiktą apražymą manytume, kad atsakymas turėtų būti daugiau neigiamas.

Pirmiausia reglamentas yra taikomas tik gana siauram bylų ratui ir tik tokiu atveju, kai kalbama apie bylas, turinčias tarptautinį požymį. Tad valstybėms narėms iš esmės pavyko susitarti tik dėl tokių situacijų, kai šalys iš esmės sutaria dėl civilinio ginčo baigties (tai pasireiškia sudarant taikos sutartį, pripažįstant pareikštą reikalavimą arba akivaizdžiai nesirūpinant proceso eiga). Antra, vargu ar šiuo atveju galime teigti, jog reglamente yra sukurta savarankiška procedūra. Kaip jau buvo minėta, reglamentas praktiškai yra dokumentas, nustatantis tam tikrus minimalius procesinius standartus valstybėms narėms, tačiau neįtvirtinantis savarankiško proceso. Kitaip tariant, reglamentas praktiškai nesikiša į nacionalinės procesinės teisės turinį, neriboja jos veikimo ir nesukuria jokių „viršnacionalinių" normų. Nacionalinė teisė gali ir neatitikti reglamente nustatytų minimalių reikalavimų. Tokiu atveju tiesiog nebus galimas EVR išdavimas. Ir, pagaliau, trečia priežastis, dėl kurios EVR reglamento neturėtume laikyti proveržiu į bendrą Europos CPK, yra ta, jog jis iš esmės sprendžia tik vieną svarbų – egzekvatūros atsisakymo tam tikrose bylų grupėse – klausimą. Dėl šių priežasčių taip pat vargu ar galime teigti, jog aptariamuoju reglamentu buvo sukurta pirmoji sumarinio proceso forma.

Reglamentas, nustatantis Europos teismo įsakymo procedūrą. Šis reglamentas įsigalioja nuo 2008 m. gruodžio 20 d. Kalbant apie teismo įsakymo reglamentą būtina atkreipti dėmesį į tai, kad, kitaip negu EVR reglamente, čia įtvirtinama tam tikra bylų nagrinėjimo procedū-

ra, nors ir toliau laikomasi nuostatos, kad jis taikomas tik tarptautinio pobūdžio byloms. Tiesa, kalbant tiek apie šį reglamentą, tiek ir apie reglamentą, nustatantį bylų dėl nedidelių ginčo sumų nagrinėjimo ypatumus, būtina atkreipti dėmesį į tai, jog į šiuos dokumentus yra žvelgiama kaip į laikinus, nes iš Europos Komisijos yra pareikalauta per penkerius metus nuo jų įsigaliojimo pateikti pasiūlymus dėl minėtų procedūrų taikymo taip pat ir nacionalinio pobūdžio byloms.[10]

Kalbant apie teismo įsakymo procedūrą būtų galima teigti, jog iš esmės yra apsistota ties vienpakope ir įrodymų nereikalaujančia procedūra. Kaip ir visų kitų reglamentų atveju, jis yra taikomas civilinėms ir komercinėms byloms. Civilinės ir komercinės bylos sąvoka šiuo atveju turi būti aiškinama taip pat, kaip ir Briuselio I reglamente. Tiesa, reglamento 1 str. sakoma, kad jis taikomas tik neginčytinų piniginių reikalavimų, kuriems suėjęs įvykdymo terminas, atžvilgiu. Reglamente nepateikta neginčytino reikalavimo sąvoka, tačiau akivaizdu, jog ji nesutampa su analogiška sąvoka, vartojama EVR reglamente, kadangi reikalavimo neginčytinumas čia priklauso išimtinai nuo skolininko valios.

Reglamente įtvirtinta gana paprasta ir „lietuviškajai" teismo įsakymo procedūrai gana artima procedūra. Teismui pateikiamas unifikuotos formos prašymas (pateikimas bei jo nagrinėjimas galimas ir elektroniniu būdu), prie kurio nebūtina pridėti reikalavimą pagrindžiančius įrodymus. Pakanka nurodyti ieškinio pagrindą ir aplinkybes, pagrindžiančias reikalavimą, bei trumpai apibūdinti įrodymus. Atkreiptinas dėmesys į tai, jog, kaip ir Vokietijoje arba Lietuvoje, teismas netikrina pareikšto reikalavimo pagrįstumo (reglamento 11 str. 4 d. a p.). Tiesa, teismas, atsižvelgdamas į reglamento 11 str. 1 d. b p., gali atsisakyti išduoti teismo įsakymą, jeigu reikalavimas yra aiškiai nepagrįstas. Tačiau šioje situacijoje turimas galvoje tokio reikalavimo negalimumas, o ne jo pagrįstumo tikrinimas, kadangi kitaip prarastų savo prasmę tiek jau aptartoji reglamento nuostata, kad teismas netikrina jo pagrįstumo, tiek ir galimybė kompiuterizuoti pačią teismo įsakymo išdavimo procedūrą. Įsakymo įteikimo skolininkui tvarka yra tapati EVR reglamente įtvirtintoms procedūroms, todėl galima teigti, jog įtvirtinami tik minimalūs standartai, o pats įteikimas vykdomas pagal

[10] Sujecki B. cit. op., s. 133.

įteikiančiosios valstybės *lex fori*. Įteikus įsakymą, skolininkui suteikiamas laikas pareikšti prieštaravimams, kurie neprivalo būti motyvuoti. Jeigu skolininkas neprieštarauja, įsakymas įsiteisėja ir gali būti vykdomas tokia pačia tvarka kaip ir EVR. Jeigu pareiškiamas prieštaravimas, tolesnė proceso eiga priklauso nuo kreditoriaus valios – jei prašyme dėl įsakymo išdavimo jis pareiškė norą, kad ginčo nagrinėjimas būtų tęsiamas, skolininkui pareiškus prieštaravimą, ginčas bus toliau nagrinėjamas pagal atitinkamos valstybės *lex fori*. Jeigu šio prašymo nebuvo – procesas bus nutrauktas.

Kaip matyti iš trumpo aprašymo, Europos teismo įsakymo procedūra yra ypač artima vokiškajai (taip pat ir lietuviškajai) tradicijai. Ir vis dėlto teigti, jog šiuo reglamentu „pralaužti ledai" žengiant link bendro Europos CPK, taip pat negalime. Pirmiausia ir šiame reglamente lieka ypač glaudus ryšys su kiekvienos valstybės narės nacionaline procesine teise, be kurios šis reglamentas apskritai negali būti įgyvendintas. Tai patvirtina vien 26 str. nuostata, kad visus procesinius klausimus, kurie šiame reglamente konkrečiai nenagrinėjami, reglamentuoja nacionalinės teisės aktai. Tai – procesinių dokumentų įteikimo, proceso pratęsimo, bylinėjimosi išlaidų ir kai kurie kiti klausimai. Antra, be jokios abejonės lieka principinė taisyklė, jog reglamentas taikomas tik tarptautinio pobūdžio byloms. Ir, pagaliau, trečia, reglamente įtvirtinta teismo įsakymo išdavimo procedūra lieka tik kaip alternatyva atitinkamoms nacionalinėse valstybių narių teisės sistemose įtvirtintoms procedūroms.

Ieškinių dėl nedidelių sumų nagrinėjimas (reglamentas įsigalioja nuo 2009 m. sausio 1 d.). Kalbant apie šio reglamento atsiradimo istoriją reikia atkreipti dėmesį į tai, jog ji iš esmės nesiskiria nuo jau aptartų reglamentų. Reglamento preambulės 7 p. motyvuojant jo būtinumą teigiama, kad „daugelis valstybių narių ieškinių dėl nedidelių sumų nagrinėjimui nustatė supaprastintą civilinio proceso tvarką, kadangi bylinėjimosi išlaidos, su juo susijęs laiko gaišimas ir painiava nebūtinai proporcingai sumažėja, mažėjant ieškinio sumai. Kliūtys, trukdančios priimti sprendimą greitai ir nedidelėmis išlaidomis, padidėja tarpvalstybinio pobūdžio bylų atveju. Todėl būtina nustatyti Europos procedūrą, skirtą ieškiniams dėl nedidelių sumų nagrinėti, kuria būtų siekiama sudaryti geresnes galimybes pasinaudoti teise kreiptis į teismą. Dėl konkurencijos iškraipymo vidaus rinkoje, susijusio su procedūri-

nių priemonių, kuriomis skirtingose valstybėse narėse gali naudotis kreditoriai, veikimo disbalansu, atsiranda poreikis priimti bendrijos teisės aktus, užtikrinančius vienodas sąlygas kreditoriams ir skolininkams visoje Europos Sąjungoje."

Šio reglamento, kaip ir jau aptartų, atsparos taškas yra Briuselio I reglamentas, nes ir jų taikymo sritis sutampa – civiliniai ir komerciniai ginčai, turintys tarptautinį pobūdį. Ypatumas tik tas, kad aptariamasis reglamentas yra taikomas civiliniams ir komerciniams ginčams, kurių ieškinio suma yra ne didesnė kaip du tūkstančiai eurų, neskaičiuojant palūkanų, išlaidų ir sąnaudų (2 str. 1 d.). Atsižvelgiant į pirmąjį straipsnį, reglamente įtvirtinta supaprastinta bylų nagrinėjimo procedūra, kaip ir teismo įsakymo atveju, yra alternatyvi valstybių narių įstatymuose numatytoms procedūroms, o tai savo ruožtu reiškia, jog kreditorius yra visiškai laisvas pasirinkti nacionalinę arba reglamente įtvirtintą supaprastintą bylos nagrinėjimo tvarką.

Tiek EVR, tiek teismo įsakyme, tiek ir aptariamoje procedūroje yra akivaizdžiai matomas Europos institucijų noras peržengti nustatytas griežtas bylų tarptautiškumo ribas bei taikyti reglamentus ir nacionalinėms byloms. Šią nuostatą akivaizdžiai įrodo reglamento 3 str. 3 d., kurioje teigiama, jog bylos tarpvalstybinio pobūdžio nustatymo laikas ir data yra konstatuojamas tada, kai kompetentingas teismas gavo ieškinio formą. Tai reiškia, jog jeigu bylos nagrinėjimo arba net jos iškėlimo metu ginčas tampa nacionaliniu, jam ir toliau gali būti taikomos reglamento nuostatos. Iš esmės tas pats principas galioja ir jau aptartųjų reglamentų atžvilgiu.

Siekiant išvengti skirtingų reikalavimų ieškinio pareiškimo turiniui skirtingose valstybėse narėse, reglamento 4 str. 1 d. įtvirtinta nuostata, jog procesas yra pradedamas užpildant nustatytos formos blanką, į kurį turi būti įtrauktas reikalavimą pagrindžiančių įrodymų aprašymas ir reikiamais atvejais pridedami kiti susiję pagrindžiantys dokumentai. Kitaip negu teismo įsakymo atveju, teismas procese jau vertina įrodymų pagrįstumo ir teisėtumo klausimą, todėl, nepaisant nelabai pavykusios formuluotės, prie ieškinio formos turėtų būti pridėti pagrindiniai reikalavimą pagrindžiantys įrodymai. To paties straipsnio ketvirtojoje dalyje teigiama, jog, kai paaiškėja, kad ieškinys yra aiškiai nepagrįstas arba prašymas yra nepriimtinas, arba jei ieškovas neužpildo arba nepataiso ieškinio formos per nurodytą laiką, prašymas atmeta-

mas. Atkreiptinas dėmesys į tai, jog jeigu nurodytos kliūtys gali būti pašalintos, teismas pirmiausia turėtų paskirti ieškovui terminą šioms kliūtims pašalinti (pvz., papildyti nustatytą formą arba pateikti papildomų įrodymų). Atkreiptinas dėmesys į tai, jog vartojama sąvoka „aiškiai nepagrįstas reikalavimas" turėtų būti aiškinama taip pat, kaip ir teismo įsakymo išdavimo procedūroje, t. y. apsiribojant jo teisėtumo, tačiau ne jo pagrįstumo vertinimu. Jeigu teismas prašymą priima, jis yra persiunčiamas atsakovui, atsiliepimui (kuris pateikiamas taip pat užpildant standartizuotą blanką) pareikšti. Jeigu skolininkas atsiliepimo nepateikia, teismas išsprendžia reikalavimą remdamasis ieškovo pateikta medžiaga. Procesiniams dokumentams įteikti, kaip ir teismo įsakymo procedūros atveju, yra nustatomi tie patys minimalūs standartai kaip ir EVR reglamente.

Reglamento 5 str. įtvirtintas bendro pobūdžio principas, jog bylos nagrinėjimas vyksta rašytiniame procese, tačiau teismui yra suteikta teisė surengti žodinį bylos nagrinėjimą, jeigu jis mano, kad tai yra reikalinga arba jei to prašo kuri nors šalis (nors šis prašymas gali būti ir netenkinamas). Reglamente nenustatyta, kaip turi vykti žodinis arba rašytinis bylos nagrinėjimas, todėl vadovaujantis bendrąja nuostata (19 str.) Lietuvos teismas, nesant reglamento tiesioginio reguliavimo, turėtų taikyti atitinkamas CPK nuostatas (taip pat ir nustatančias bylų dėl nedidelių ginčo sumų nagrinėjimo ypatumus). Priimtam bylos sprendimui, kaip ir visais kitais aptartais atvejais, nėra taikoma egzekvatūros procedūra, ir jis turi būti vykdomas pagal tas pačias taisykles kaip ir nacionalinis teismo sprendimas.

III. Išvados

Bendrais bruožais apžvelgę visus tris reglamentus, galime daryti išvadą, jog vargu ar sumarinių procesų atsiradimas reiškia tikrąjį proveržį link bendro ES civilinio proceso sukūrimo, nes:

- šie procesai yra taikomi išimtinai tarptautinio pobūdžio civilinėms ir komercinėms byloms;
- reglamentuose nepateikta baigtinė ir nuosekli europinių procesinių taisyklių sistema, palikta labai daug vietos taikyti naciona-

linę procesinę teisę, todėl neįmanoma taikyti sumarinius procesus nepasitelkus nacionalinės procesinės teisės;
- sumarinių procesų atsiradimas buvo sąlygojamas ne tiek noro sukurti supaprastintų bylos nagrinėjimo procedūrų sistemą, kiek siekio pabandyti tam tikrose sąlyginai paprastose privatinės teisės srityse atsisakyti egzekvatūros sistemos valstybėse narėse bei nustatyti tam tikras bylų nagrinėjimo taisykles keičiant iki tol egzistavusią tradiciją apsiriboti tarptautinio teisingumo ir sprendimų pripažinimo ir vykdymo klausimų sprendimu;
- reglamentai, nustatantys teismo įsakymo ir bylų dėl nedidelių ginčo sumų nagrinėjimo procedūras, yra laikino pobūdžio, kadangi ateityje Europos Komisijai turės būti pateikti pasiūlymai dėl jų taikymo ir nacionalinėse bylose.

Akivaizdu, jog kol paminėtos priežastys nebus pašalintos, kalbėti apie rimtus ir dėmesio vertus žingsnius bendro ES civilinio proceso link nėra dingsties, juo labiau, kad iki šiol taip ir neturime aiškaus atsakymo į klausimą, kaip turėtų atrodyti bendras ES civilinis procesas bei kokia apimtimi turėtų būti reguliuojami civilinio proceso klausimai ES lygiu.

EU SUMMARY CIVIL PROCEDURES: ARE WE ON THE WAY TO THE UNITED EU CIVIL PROCEDURE?

Vytautas Nekrošius

Summary

After the enactment of the Treaty of Amsterdam, the EU establishments gained direct capacity to regulate particular issues of the civil procedure. It is evident that the activity of the European establishments has become specifically active within the last nine years in unification of capacities of courts, recognition and execution of decisions, as well as in other issues. Regulations regarding peculiarities of procedures for court orders and proceedings of minor dispute amounts already establish even the self-dependent procedures for proceedings of cases. So, does it mean that taking into consideration the stated tendencies, we can state about the real initiation of the development of unified law of civil procedure for all EU state-members? The

article provided tries to answer this question in particular. In the judgement of the author, it is too early to conclude about initiation of active work in development of the unified law of the EU civil procedure, inasmuch as:

- these processes are exclusively applied with regard to civil and commercial cases of international nature;
- regulations do not contain a completed and sequential system of European Procedure Rules, leaving too much of allowance for application in the national procedure law, and thus making impossible to apply summary processes without national procedure law;
- the occurrence of summary processes was determined by the objective to reject the exequatur system in particularly simple fields of private law in the state-members and establish particular rules for proceedings of cases, thus changing the heretofore existent tradition to confine to decision of issues related to international justice, recognition and execution of decisions rather than by a desire to develop a system of proceedings of simplified case procedures;
- the nature of both the regulation establishing the procedures for court decisions and proceedings of cases regarding minor amounts is temporary, since the European Commission shall ought to be submitted with proposals regarding its application and national cases.

It is evident that until stated causes are not eliminated, there are no grounds to talk about serious and noticeable steps towards the unified law of the civil procedure of EU. All the more, we still do not have an explicit answer to question on how should the unified law of the civil procedure of EU look like and in which scope should the issues of the unified civil procedure of EU be regulated on the EU level.

MRU © MRU © MRU

REFLEXIONS SUR L'AVENIR DE LA COUR DE JUSTICE

Dámaso Ruiz-Jarabo

Depuis sa création en 1952, la Cour de justice des Communautés européennes à veillé à l'unité et à la cohérence du droit communautaire, se convertissant en véritable moteur de l'intégration. La primauté et l'effet direct, la responsabilité patrimoniale des États membres, la protection des droits fondamentaux de l'Union et les autres principes du droit communautaire ont transformé un système normatif de Cour continentale en «un nouvel ordre juridique de droit international[1]». La Cour de justice à fréquemment servi de refuge aux particuliers contre les différentes institutions et les États membres.

A travers cinquante-six années d'histoire fructueuse et pleine de succès, cette juridiction admirée souffre actuellement d'importantes difficultés structurelles. À la fin des années quatre-vingt, l'augmentation constante du contentieux à affaibli ses capacités opérationnelles. Les États membres, conscients de cet écueil, créèrent le Tribunal de Première instance, en 1989, puis le Tribunal de la Fonction publique, en 2006. La multiplication des affaires altéra également le sens de la procédure préjudicielle, véritable clef de voûte du système juridictionnel communautaire. Ainsi, depuis l'arrêt *CILFIT*[2] les juridictions nationales statuant en dernier ressort ont l'obligation d'interroger la Cour, sans pour autant que celles-ci ne soumettent l'ensemble de leurs doutes interprétatifs à son appréciation. Cette tendance s'est accrue,

[1] *Van Gend & Loos* (26/62, Rec. p.2).
[2] *CILFIT* (77/83, Rec. p. 1257).

alors que l'arrêt *Telemarsicabruzzo*[3] inaugurait, de manière prétorienne, une cause d'irrecevabilité du renvoi préjudiciel pour défaut de motivation.

En raison de la charge de travail, la Cour à concentré son attention, peut être à l'excès, sur l'architecture de son organisation. Un exemple de cette introspection est apparu lors du questionnement sur l'opportunité pour les avocats généraux d'élaborer des conclusions, conformément à l'article 20.5 du Statut. Cette modification à accéléré le traitement de certaines affaires, mais également, à réduit la participation de l'avocat général dans certaines tâches juridictionnelles, avec pour corollaire la diminution des garanties procédurales. Ce qui n'a pas manqué d'ouvrir un débat supplémentaire s'agissant des affaires renfermant des problématiques juridiques nouvelles. La Cour, victime de sa propre notoriété, s'efforce de trouver des solutions destinées à faciliter son intervention mais au prix, parfois, de se passer d'une réflexion posée, telle que celle, réfléchie et toujours éclairante, des avocats généraux.

Les élargissements successifs de l'Union ont engendré d'importants bouleversements. Lorsque les juges d'une Cour sont multipliés pratiquement par deux en l'espace de trois années à peine - passant de quinze à vingt sept - la dynamique et les équilibres internes dans le processus de prise de décision s'en ressentent. Cependant, il est notable d'entrevoir des répercussions positives telle que, par exemple, le fait que la Cour adopte des décisions pour une population rassemblant près de cinq cent millions d'habitants, ou bien encore l'enrichissement de son processus décisionnel à travers l'apport des différents systèmes juridictionnels et des traditions juridiques s'y rapportant. Cette réalité transforme la Cour de Justice en un acteur d'une importance extraordinaire dans le panorama tant politique que juridictionnel. Cela requiert, toutefois, des instruments et une infrastructure solide seuls à même de renforcer sa situation institutionnelle et de préserver l'exécution de ses arrêts sur un territoire toujours plus étendu et plus complexe. Avec vingt-sept juges la difficulté de dégager des consensus devient de plus en plus ardue et il n'est pas rare que des tensions surgissent au moment d'assurer la mission de cohérence de la jurispru-

[3] *Telemarsicabruzzo* (C-320/90, C-321/90 et C-322/90, Rec. p. I-393).

dence. Cette situation participe à l'augmentation du risque d'arrêts contradictoires ou de décisions courtes, alors seuls à même d'éviter des situations conflictuelles nourries, ou plus préoccupant encore de différer leur prononcé à un moment ultérieur.

Une juridiction qui élude les problématiques et qui dépend, parfois, des questions posées par les juges nationaux, se condamne à un manque d'à propos dans le «discours juridictionnel européen». De surcroît, lorsque le paysage judiciaire s'est renforcé avec autant de juridictions constitutionnelles ou suprêmes issues des vingt-sept États membres, extrêmement sensible à la préservation de leurs prérogatives et parfaitement au courant des limites de compétence de la Cour de justice. Avec l'élargissement du champ de compétence de l'Union Européenne à des sujets plus sensibles, tels que le droit pénal, le droit de la famille ou la lutte contre le terrorisme international, l'on ne saurait exclure que les instances nationales suprêmes prétendent conserver avec ardeur les domaines relevant de la souveraineté étatique. Dans ce contexte, la Cour de justice ne doit pas tomber dans une dialectique vague et ambiguë, sous peine d'éroder sa position institutionnelle et de mettre à mal l'harmonie existante entre les systèmes juridiques nationaux et l'ordre juridique communautaire.

Eu égard à l'ensemble de ces réflexions, il me semble inévitable d'aborder l'avenir de la Cour en se fondant sur une analyse approfondie de sa fonction essentielle au sein de l'Union, laquelle se doit de concilier autorité et autonomie du juge national, efficacité du système juridique communautaire et sauvegarde de l'identité constitutionnelle des États membres. Il convient, ensuite, d'exposer les mesures structurelles que la Cour pourrait assumer pour finalement se consacrer aux critères de compétence et de répartition des pouvoirs entre la Cour, d'une part, et, le Tribunal de première instance, les tribunaux spécialisés et les juges nationaux, d'autre part. Enfin, j'exposerai quelques pistes de réflexions sur l'opportunité d'une réforme de cette nature en l'état actuel de l'intégration européenne, après l'achèvement par le traité de Lisbonne du processus de reconstruction judiciaire initié à Nice, lequel à permis de porter une attention particulière sur les méthodes employées afin de réduire les délais de résolution des litiges, de grande importance certes; ceci ne pouvant, cependant, occulter l'analyse d'autres aspects fondamentaux.

L'organisation de la Cour de Justice

La plupart des Cours suprêmes sont de dimension réduite. Leur autorité ne réside pas dans le nombre des membres les composant, ni dans l'étendue territoriale de leurs compétences ou encore dans la déférence ou la sévérité avec laquelle elles se positionnent vis-à-vis des acteurs institutionnels. Le travail effectué par ces Cours au long du siècle dernier démontre que l'autorité de ces dernières s'ancre dans le fondement de leurs décisions et de leur faculté d'interpréter la Loi en ménageant prudence et audace, tout en établissant un consensus cohérent à la suite de délibérations intenses en leur sein, à travers un dialogue nourri entre leurs membres, lequel ne peut se développer qu'au moyen d'un nombre réduit de juges.

La règle d'un juge par État au sein de la Cour, imposé par le traité de Nice, peut se comprendre au sein d'une Union européenne intégrée avec un petit nombre d'États. En effet, la composition de la Cour s'adapte alors avec une certaine aisance à la configuration desdits États, préservant notamment les spécificités de chaque système national. En revanche, lorsqu'une organisation internationale telle que l'Union européenne est composée de vingt-sept, trente ou trente-cinq États membres, la règle d'un juge par État se pervertit. À cet égard, plusieurs précédents l'ont souligné avec force, confirmant qu'un nombre trop important de juges au sein d'une même Cour suprême fosse sa personnalité et son prestige. La Cour se préoccupant alors davantage à mettre de l'ordre dans une cacophonie finalement impossible à mettre en «musique»„ qu'à élaborer et adopter des arrêts clairs, bien motivés et faisant autorité.

La Cour se doit de pallier à pareille situation. Si personne ne nie que l'incorporation de vingt-sept juges donne de l'éclat à la justice européenne et participe au renforcement de la légitimité démocratique de cette institution, cela engendre également de sérieuses difficultés pour adopter des décisions de principe lorsque les discussions à vingt-sept aboutissent péniblement à des compromis, étayés par des motivations sinon incompréhensibles, souvent difficiles à interpréter. Le point critique de la confusion serait à son apogée si lors de l'examen de questions préjudicielles, la Cour ne parvenait pas à dis-

siper les interrogations soulevées par les juridictions nationales, les laissant alors insatisfaites voir perplexes. Le risque encouru serait que ne s'érode, au fur et à mesure, la crédibilité de la justice européenne.

L'Union doit relever, avec rigueur, ce défi, accepter cette réalité et abandonner la règle d'un juge par État. Cet abandon ne saurait se justifier uniquement pour des raisons d'efficacité, mais également pour des raisons pratiques. En effet, la nomination par les États membres d'un juge sans véritable influence ne présente pas grand intérêt. De surcroît, lorsqu'il est notoire, qu'à l'exception du président de la Cour et des présidents de chambres à cinq juges, que ce juge ne participera qu'environ à un tiers des affaires importantes qui sont traitées par la Cour. Par conséquent, la faible contribution des juges dans les affaires où leur État est susceptible d'être partie ou d'intervenir atténue l'influence des autorités nationales. Au demeurant, mes treize années en tant qu'avocat général me permettent d'affirmer que les membres de la Cour ont toujours rempli leur charge en toute indépendance, ainsi que le mentionne le Traité.

Je considère que la règle d'un juge par État devrait être abandonnée s'agissant de la Cour. En revanche, la maintenir pour le Tribunal de première instance devrait permettre de le renforcer, en le transformant en véritable Tribunal général européen, doté de compétences étendues pour connaître de la majorité du contentieux de l'Union européenne. Le Tribunal ainsi renforcé pourrait être composé en chambres de sept juges et englober en son sein les chambres juridictionnelles dites spécialisées. Pareille organisation permettrait de supprimer les recours en appel et en cassation, lesquels ont d'ailleurs déjà perdu de leur sens, puisqu'ils sont éventuellement suivis d'un réexamen devant la Cour. Ce modèle simplifiera le système sans en amenuiser les garanties. Dès lors, tous les recours pourraient être attribués à la Cour selon une procédure dont j'exposerai les principes ci-dessous. La dénomination historique des juridictions communautaires serait, par conséquent, conservée, ce qui présuppose un respect évident à l'égard de leur histoire et présente l'avantage indéniable de poursuivre leur identification.

Il est toujours difficile pour des juges de s'accorder sur les caractéristiques d'un organe juridictionnel. Pour ma part, je serais plutôt enclin à encourager la formation d'une Cour composée d'une

quinzaine de juge et de huit avocats généraux. Pour compenser cette diminution du nombre des membres, il conviendrait de renoncer aux «quotas nationaux» lors de leur nomination. Pour ce faire, il pourrait être introduit quelques éléments correcteurs à la faveur des grands États et ceux de taille moyenne en fonction de critères politiques qui restent à dégager.

Avec quinze juges, la Cour retrouverait une composition adéquate pour un organe de cette ampleur: la formation plénière. La grande chambre qui aujourd'hui remplit cet office, transmettrait ses attributions à l'assemblée plénière composée alors de quinze juges, nombre suffisamment équilibré pour délibéré en disposant de toutes les garanties, tant sur le plan organique que matériel.

Ces modifications pourraient s'accompagner d'autres réformes en matière de compétence. À cet égard, j'ai l'outrecuidance de parier sur un régime de compétence discrétionnaire, ce qui est employé dans la nomenclature anglo-américaine, sous le vocable de *certiorari*.

Les compétences de la Cour de Justice et la création d'un *certiorari* européen

Il est évident que le succès de la Cour est indubitablement lié à l'étendue de ses compétences. En cela, le recours préjudiciel, la procédure en manquement, le recours en annulation ouverts aux États et aux Institutions communautaires ou bien encore l'action en responsabilité sont autant d'éléments probants de la sagesse des pères fondateurs de l'Europe, lorsqu'ils en ont conçu le système juridictionnel. Cette architecture s'est confortée par le biais d'une jurisprudence communautaire qui s'est chargée, au fur et à mesure des années, d'affiner les spécificités de chaque recours. En revanche, le champ matériel de ses compétences n'a guère évolué, devenant, de plus en plus, inapproprié. Le Tribunal de première instance devrait assumer la majorité des recours énumérés aux articles 220 à 245 du traité CE, ainsi que ceux correspondant au titre IV dudit traité. De ce transfert *in totum*, serait exclu la question préjudicielle et peut être le recours en manquement.

Le Tribunal de première instance se convertirait en un véritable Tribunal général de l'Union, doté de la majorité des compétences

prévues par le traité, à l'exception des questions préjudicielles. Ce transfert de compétence devrait doubler en terme de contentieux la dimension statistique du Tribunal de première instance.

Lorsque j'évoque le *certiorari*, je me réfère à une compétence exclusive de la Cour qui pourrait statuer sur la recevabilité d'un recours au moyen d'une motivation succincte. L'examen de cette phase de la procédure étant alors essentielle. Le *certiorari* pourrait s'articuler comme un recours en cassation à l'encontre des décisions du Tribunal de première instance. Toutefois, le pourvoi devrait faire l'objet d'un contrôle lors de l'examen de la recevabilité du recours. Pourvu d'un tel mécanisme, la Cour en retirerait deux sortes d'avantages; en premier lieu, les arrêts du Tribunal de première instance, contraires au droit communautaire seraient cassés, garantissant ainsi la cohérence et l'unité du droit communautaire, et, en second lieu, une politique jurisprudentielle serait impulsée par l'entremise d'une sélection des affaires dont la résolution est indispensable au développement du droit communautaire. La Cour se situerait ainsi à une hauteur privilégiée pour statuer avec audace et sérénité sur les affaires les plus significatives, l'obligeant à rédiger des décisions de principe avec autorité et cohérence.

Avec la diminution du nombre de ses membres, l'augmentation constante du nombre des affaires introduites à la suite des différents élargissements de l'Union et de l'accroissement de l'étendue de ses compétences, le *certiorari*, ne serait alors pas uniquement une mesure appropriée mais certainement inévitable. En effet, la Cour n'est pas en situation de pouvoir pleinement assumer sa charge de travail, qui sera chaque jour plus importante, dotées des compétences actuelles qui sont les siennes. À cet égard, sa composition fondée sur la règle d'un juge par État membre rend également les choses mal aisées. En revanche, au moyen d'un système exclusif se maintiendrait un équilibre entre qualité et quantité des décisions rendues par la Cour de justice, tout en octroyant au Tribunal de première instance une compétence plus en adéquation au regard de ce qu'est son rôle même.

Dans toutes les hypothèses envisageables, la question préjudicielle devrait rester entre les mains de la Cour, car cette procédure implique le respect de la cohérence et de l'unité du droit communautaire. Comme l'a écrit l'ancien président Lecourt dans son fameux ouvrage

l'Europe des juges[4], la question préjudicielle se fonde sur le principe selon lequel les normes «reçoivent une même interprétation et une même application dans tous les États membres». Or, seule la Cour, forte de ses cinquante six années de jurisprudence, peut s'arroger la responsabilité de répondre aux juridictions internes. Une exigence qui acquière toute sa valeur lorsque l'on sait que la Cour protège les droits de près de cinq cent millions de citoyens. Toute autre hypothèse fait courir le risque d'un éclatement, avec une réaction en chaîne sur l'ensemble du territoire de l'Union, de l'interprétation juridique nationale.

Considérant que l'application uniforme du droit communautaire est de la compétence exclusive de la Cour, il demeure néanmoins une question quant à la nature de cette compétence. J'estime que la compétence préjudicielle doit également s'articuler comme un *certiorari*. Je suis tout à fait conscient du risque que représente pareille option. Toutefois, il convient de rappeler qu'il appartiendrait alors à la Cour de sélectionner, par l'entremise d'un filtre, les affaires méritant une décision. Dans une telle hypothèse, la Cour conserverait la possibilité d'admettre la question préjudicielle. Au demeurant, le danger de laisser un certain nombres de questions sans réponse pourrait s'avérer constituer un avantage vertueux. C'est précisément parce que la Cour n'est pas en condition de résoudre toutes les questions qui lui sont soumises, que les affaires nécessitent des arrêts de qualité, avec des motivations de principe à vocation générale et permanente. L'exemple de la Cour suprême américaine est très représentatif sur ce point, ses arrêts, rendus à l'issue d'une procédure de filtration et de sélection, qui sacrifie, parfois, des affaires de grande importance sur l'autel de l'efficacité, permettent d'éviter que ne surgissent des problèmes d'interprétation pour le futur. Or, est-il besoin de rappeler que la quantité n'est pas gage de qualité. La Cour disposerait ainsi d'un certain contrôle de son travail, se consacrant aux affaires de grande ampleur. S'agissant des affaires courantes, la Cour motiverait ses ordonnances d'inadmissibilité brièvement et soumettrait à la juridiction de renvoi quelques points afin d'orienter utilement ses déli-

[4] Lecourt. R., *L'Europe des Juges*, Brulyant, Bruxelles, 1976.

bérations, et de manière exceptionnelle, renverrait l'affaire au Tribunal de première instance.

Il me parait important d'ajouter un élément à cette réflexion. L'article 234 TCE distingue depuis son origine entre les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours ultérieurs, et les autres juridictions. Le Traité CE confère aux premières la faculté de poser une question préjudicielle, tandis que pour les secondes, dans lesquelles figurent les Cours suprêmes et constitutionnelles, une obligation de renvoi s'impose. Cette obligation à sa logique, puisque si la juridiction de dernière instance ne pose pas de question préjudicielle et commet une erreur dans sa décision, celle-ci se perpétuera dans l'ordonnancement juridique national. Cette obligation s'est atténuée avec les arrêts *Da Costa*[5] et *CILFIT*[6], qui ont perturbé considérablement le régime de l'article 234.3 TCE.

Les avantages d'une compétence préjudicielle comme celle-ci apparaissent à première vue: l'obligation pour ces Cours suprêmes de poser des questions préjudicielles pourrait s'accompagner d'autres obligations à la charge de la Cour de justice. Le dialogue entre les autorités juridictionnelles de rang supérieur implique une certaine empreinte de primauté de la Cour, mais aussi de complicité, de respect mutuel, d'un effort de compréhension et d'esprit de collaboration. L'article 234.3 TCE, nonobstant sa logique interne, relègue les juridictions suprêmes nationales à l'accomplissement de tâches subordonnées, rendant difficile l'exercice même de prééminence interne. Ceci peut être à l'origine de nombreux inconvénients dans l'acceptation de ce devoir que leur enjoint le traité. Une manière de reconnaître à ces Cours leur hiérarchie élevée serait de les distinguer des autres juridictions internes, ainsi, bien que toujours tenues de poser des questions préjudicielles en cas de doute sur la validité ou l'interprétation du droit communautaire - leur renvoi ne se faisant alors pas aux dépens du *certiorari* de la Cour de justice - leur recevabilité serait automatique, du seul fait qu'elles émanent des plus hautes instances judiciaires d'un État membre.

[5] *Da Costa* (28/62 à 30/62, Rec. p. 61).
[6] Cit. infra.

La légitimité du *certiorari* pourrait susciter quelques suspicions dans le système de droit continental de tradition romaine. Pourtant, ses avantages apparaissent de manière probante si l'on compare ce système avec les propositions émises par la doctrine, qui bien qu'imaginative, se révèle plus pernicieuse. Ainsi, la suggestion de décentraliser territorialement certains domaines de la justice européenne, apparaît séduisante, cette théorie ne tient nullement compte de la réalité de la charge de travail de la Cour et du Tribunal de première instance, ainsi que du risque d'éclatement de la jurisprudence communautaire qu'engendrerait une telle organisation judiciaire décentralisée. De surcroît, le coût que représente ces tribunaux régionaux, les problèmes politiques dérivant de leur implantation et la désagrégation de la jurisprudence me semble suffire à abandonner complètement une idée qui se prête difficilement à l'objectif de parvenir au plus grand degré d'uniformité dans l'application du droit communautaire.

La mise en oeuvre d'un «recours de cassation européen», devant la Cour de justice, à l'encontre les décisions contraires au droit communautaire des Tribunaux nationaux de dernière instance pose de nombreuses difficultés. Cela aplanirait vraisemblablement le chemin vers la Cour de Luxembourg afin de veiller à la cohérence et à l'unité du droit communautaire avec davantage de garanties, mais cela assénerait également un coup mortel à la question préjudicielle. Dans le même temps, la relation de coopération s'en ressentirait gravement, reléguant les Cours suprêmes et les Cours constitutionnelles des États membres à une position d'infériorité hiérarchique inacceptable. Le recours de cassation européen initié par Spinelli dans le projet de Traité de l'Union, rédigé par la Commission institutionnelle du Parlement Européen en 1984, relève de nos jours du monde des rêves et pour paraphraser Calderón de la Barca, bien que «toda la vida es sueño», los sueños sueños son[7]».

Le moment de la réforme

Cette réflexion n'a pour ambition que de relancer le débat sur l'avenir de la Cour de justice. Il s'agit d'entreprendre un débat plus

[7] «Toute la vie est un rêve», «les rêves ne sont que des rêves».

profond et rigoureux, tout en respectant l'essence et l'organisation du système juridictionnel communautaire, qui ont permis d'impulser la construction d'un nouvel ordre juridique, en s'adaptant à l'évolution de l'Union et à ses élargissements successifs, ainsi qu'à l'augmentation constante des compétences issues de la progression continue du processus d'intégration.

À cet égard, une tendance à l'immobilisme parait être enracinée chez les juristes lorsqu'il s'agit de tenter de réformer quelque peu les principes qui président au fonctionnement de la Cour de justice, faisant ressurgir les craintes sempiternelles d'affaiblissement de cette institution. La prudence est, certes, toujours de bon conseil pour aborder tout changement dans le monde judiciaire. Le traité de Nice est, d'ailleurs, un exemple probant des inconvénients qui peuvent être occasionnés par une réforme précipitée, qui ne s'appuie ni sur un consensus, ni une collaboration de la communauté juridique européenne. Les modifications ont été pensées et adoptées dans la surprise quasi générale, sans que personne ne s'attendee à une réforme d'une telle envergure dans l'architecture judiciaire de l'Union.

Déjà empêtrer dans la révision des traités constitutifs, dans lesquels les États membres ont concentré leurs efforts sur la rénovation du Conseil, de la Commission et du Parlement, la Cour mérite une attention toute particulière. Les États membres, soucieux de garantir la stabilité actuelle, ne pourront omettre de se pencher sur la dernière institution qui nécessite une profonde réforme structurelle. De fait, certains États entendent ouvrir un débat sur le modèle de gouvernance économique et le rôle tenu par la Banque centrale européenne dans l'établissement de la politique financière et monétaire de l'Union, avec également comme ambition de joindre à ce débat la réorganisation de la justice européenne.

Il est évident que cela implique une réforme des traités. Je suis conscient que les obstacles à une initiative de cette ampleur, surtout avec le précédent échec du traité constitutionnel, sont considérables. Sans doute l'adoption discrète et pour le moins expéditive du traité de Lisbonne à démontré que des changements profonds peuvent être initiés de manière audacieuse, dans une période brève, par le biais notamment d'une procédure de ratification parlementaire rapide, à l'instar de celles qui ont débouché sur l'élargissement de l'Union du-

rant ces douze dernières années. Au demeurant, si l'élargissement se poursuit, avec l'adhésion imminente de la Croatie, la réforme de la Cour pourrait être intégrée au processus de ratification du traité d'adhésion.

Lorsque la justice est rendue aux plus grandes puissances économiques de la planète, seule une Cour dotée d'une forte autorité pourra assumer pleinement l'objectif de rendre sa pleine et entière signification au droit communautaire. À l'inverse, cette juridiction si puissante, mais en même temps si fragile, perdrait son rôle essentiel dans l'évolution de l'Union. Sans voix propre, la Cour de justice cessera d'être utile dans le discours judiciaire européen, sans être devenue une Cour constitutionnelle, ainsi que l'exigerait pourtant la nature même de l'Union européenne.

MRU ©

EUROPOS SĄJUNGOS BAUDŽIAMOSIOS TEISĖS TENDENCIJOS IR PERSPEKTYVOS

Gintaras Švedas

Įvadas

Europos Sąjungos (toliau – ES) teisė yra savarankiška teisės sistema, kuri nesutampa nei su bendrąja tarptautine teise, nei su nacionaline teise. ES teisės specifiką lemia tai, kad, pirma, valstybės narės suteikė ES institucijoms teises priimti joms privalomus teisės aktus ir kartu apribojo savo suverenias teises tam tikrose srityse. Antra, valstybės narės sutiko, kad ES teisės aktai taikomi tiesiogiai ir turi viršenybę prieš nacionalinę teisę, todėl valstybės narės privalo suderinti (harmonizuoti) nacionalinę teisę su ES teisės nuostatomis. Trečia, ES teisės subjektai yra ne tik valstybės narės, bet jų fiziniai ir juridiniai asmenys [1, p. 179, 180; 2, p. 36–40]. Nors baudžiamoji teisė nėra ta teisės šaka, kurios atžvilgiu ES institucijų kompetencijos ribos labai plačios, tačiau ES teisės aktų pasiūlymai, susiję būtent su baudžiamosios teisės priemonių įgyvendinimu, gana dažnai sulaukia valstybių narių negatyvios reakcijos. Pažymėtina, kad tarptautinės baudžiamosios teisės teorijoje pabrėžiama, jog nacionalinė baudžiamoji teisė yra tarsi valstybės suvereniteto išraiška. Kita vertus, tam tikri bendri ES tikslai negali būti pasiekti be baudžiamosios teisės pagalbos, todėl tam tikras šios teisės šakos derinimas valstybėse narėse tiesiog neišvengiamas. Tokia situacija reikalauja analizuoti ne tik atskirus ES teisės aktus baudžiamosios teisės klausimais, bet ir visos šakos vystymosi tendencijas bei perspektyvas.

Atkreiptinas dėmesys, kad Lietuvos teisės doktrinoje daugiau dėmesio skiriama bendriems ES įtakos nacionalinei teisei aspektams [1, p. 179–184; 3, p. 22–38; ir t. t.], atskiriems ES teisės principams, pavyzdžiui, teisės tiesioginio taikymo [2, p. 35–43] arba atskiriems ES teisės aktams [4, p. 152–162] ir pan. Išimtinai baudžiamosios teisės klausimams skirti teoriniai darbai [5, p. 80–99; 6, p. 35–200], labiau orientuoti į tai, kaip Lietuva įgyvendino (ir (arba) taiko) ES teisės aktų reikalavimus (neanalizuojant ir nevertinant pačių ES teisės aktų).

Šiame straipsnyje daugiausia dėmesio skirta ES institucijų kompetencijai baudžiamosios teisės klausimais, ES baudžiamosios teisės sampratai ir turiniui, jos tendencijoms ir perspektyvoms, taip pat tiems materialiosios ES baudžiamosios teisės aspektams, kurie ateityje gali kelti gana rimtų problemų nacionalinei baudžiamajai teisei.

1. Europos Sąjungos institucijų kompetencija baudžiamosios teisės srityje

ES teisės aktai Lietuvos Respublikos ir kitų valstybių narių nacionalinei baudžiamajai teisei, lyginant su kitomis teisės šakomis, pavyzdžiui, civiline, įmonių, vartotojų apsaugos ir pan., didelės įtakos nedaro, nes Europos Komisijos, Europos Parlamento, Tarybos ir t. t. kompetencija šioje teisės šakoje yra ribota. Kita vertus, bendri ES interesai reikalauja, kad bendros visoms valstybėms narėms vertybės, pavyzdžiui, apsauga nuo organizuoto nusikalstamumo ir šio reiškinio kontrolė, ES finansinė gerovė ir t. t., būtų ginamos ir pasitelkus baudžiamąją teisę. Konsoliduotos ES sutarties 29 str. nustatyta, kad Europos Sąjungos tikslas „plėtojant bendrą valstybių narių veiklą policijos ir teisminio bendradarbiavimo baudžiamosiose bylose srityse, užkertant kelią rasizmui bei ksenofobijai ir kovojant su jais, laisvės, saugumo ir teisingumo erdvėje suteikti piliečiams aukšto lygio saugumą. To tikslo siekiama užkardant organizuotą ir kitokį nusikalstamumą, ypač terorizmą, prekybą žmonėmis ir nusikaltimus prieš vaikus, neteisėtą prekybą narkotikais bei ginklais, korupciją bei sukčiavimą ir kovojant su jais šiais būdais: [...] jei reikia, derinant valstybių narių baudžiamosios teisės normas pagal 31 straipsnio e punkto nuostatas“ [7]. Tuo tarpu minėtos Sutarties 31 str. (e) punkte nustatyta, kad bendrą veiklą, susi-

jusią su teisminiu bendradarbiavimu baudžiamosiose bylose, sudaro: „e) laipsniškas ėmimasis priemonių, nustatančių būtiniausias taisykles, susijusias su nusikaltimo sudėties požymiais ir bausmėmis organizuoto nusikalstamumo, terorizmo ir neteisėtos prekybos narkotikais srityse“ [7].

Pasakytina, kad ir nedidelės ES kompetencijos derinti nacionalinę baudžiamąją (ir baudžiamojo proceso) teisę realizavimas yra ne tik kompleksiškas, bet ir itin opus klausimas valstybėms narėms. Kai kurių autorių nuomone, valstybės narės baudžiamąją teisę suvokia esant išimtinai nacionalinės kompetencijos, o Europos Komisijos bandymai (net ir jų kompetencijos ribose) įgyvendinti bendrą ES politiką baudžiamosios teisės priemonėmis visada sulaukia ES Tarybos pritarimo tik „pareigą taikyti kriminalinę bausmę pakeičiant pareiga taikyti sankciją“ [8, p. 87, 88]. ES baudžiamosios teisės teoretikai išskiria tris ES Tarybos „pasipriešinimo“ Europos Komisijos pasiūlymams baudžiamosios teisės derinimo pirmojo ramsčio ribose būdus: a) visiškas pasiūlymo atmetimas; b) pasiūlymo, pateikto direktyvos arba reglamento forma, pertvarkymas į pagrindų sprendimą; ir c) pritarimas pasiūlymui, jei jis pateiktas „dvigubu paketu“, kurio baudžiamosios teisės klausimai numatyti pagrindų sprendime [8, p. 88].

Kita vertus, stebima EB kompetencijos ribų plėtimo tendencija. Tai rodo ir keli paskutiniai Teisingumo Teismo sprendimai, pavyzdžiui, bylų dėl Pagrindų sprendimo dėl aplinkos apsaugos baudžiamosios teisės priemonėmis (2003/80/TVR) ir Pagrindų sprendimo dėl baudžiamosios teisės stiprinimo, įgyvendinant teršimui iš laivų taikomą teisę (2005/667/TVR). Teisingumo Teismas, įvertinęs ES Tarybos priimtų pagrindų sprendimų teisėtumą kompetencijos aspektu, juos panaikino pripažinęs, jog Taryba, veikdama remdamasi ES sutartimi, peržengė savo kompetencijos ribas. Pažymėtina ir tai, kad Teisingumo Teismas 2005 m. rugsėjo 13 d. bylos C-176/03 ir 2007 m. spalio 23 d. bylos C-440/05 sprendimuose pabrėžė: „[...] iš esmės baudžiamieji įstatymai, kaip ir baudžiamojo proceso normos, nepatenka į Bendrijos kompetenciją [...], vis dėlto Bendrijos teisės aktų leidėjas, jei nacionalinių valdžios institucijų taikomos veiksmingos, proporcingos ir atgrasančios baudžiamosios sankcijos yra būtinos kovos su sunkiais nusikaltimais aplinkai, gali įpareigoti valstybes nares nustatyti tokias sankcijas, kad užtikrintų visišką jo priimamų teisės normų šioje srityje

veiksmingumą“. Kita vertus, Teisingumo Teismas bylos C-440/05 sprendime atkreipė dėmesį ir į tai, kad „[...] kalbant apie taikytinų baudžiamųjų sankcijų rūšį ir dydį, reikia konstatuoti, kad, atvirkščiai nei teigia Komisija, jų nustatymas nepriskirtinas Bendrijos kompetencijai“.

Pastebėtina, kad kai kurie autoriai (pvz., J. Vervaele) atkreipė dėmesį į silpnąsias minėtų Teisingumo Teismo sprendimų puses, ypač pabrėždami tai, kad Teismas „[...] aiškiai neapibrėžė savo sprendimo dalykinės apimties. Neabejotina, kad Europos Komisija turi pateikti argumentus, kodėl tam tikras aspektas yra esminis Europos integracijai ir kad baudžiamosios teisės harmonizavimas yra būtina ir efektyvi priemonė kovojant, pavyzdžiui, prieš sukčiavimą ES lėšomis, saugant eurą ar garantuojant maisto saugumą“ [8, p. 91]. Kiti autoriai (pvz., S. White, L. Kuhl, B.-R. Killmann), pritardami Europos Komisijos nuomonei (COM, (2005) 583: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Courts judgment of 13 September 2005), nurodo, jog EB institucijų kompetencijai priskirtini tokie klausimai, kuriuos sprendžiant galimas baudžiamosios teisės derinimas, pavyzdžiui, aplinkos apsauga, Europos Bendrijų finansinių interesų apsauga, finansiniai nusikaltimai (pinigų plovimas, korupcija ir pan.), intelektinės nuosavybės apsauga, informacinių sistemų apsauga ir imigracija [10, p. 95; 11, p. 100, 101]. Tiesa, baudžiamosios teisės teorijoje teikiamas ir kitoks požiūris į EB kompetenciją baudžiamosios teisės srityje, pavyzdžiui, A. Dawes ir O. Lynskey, nors ir pritardami, kad intelektinės nuosavybės apsauga, konkurencijos teisė bei imigracija gali būti sprendžiami EB baudžiamosios teisės priemonėmis, pateikia ir teisinių, ir praktinių argumentų prieš minėtų klausimų sprendimą EB baudžiamosios teisės priemonėmis [12, p. 147, 148–150, 152–154].

Valstybės narės yra vieningos ta prasme, kad ES Tarybos ES baudžiamosios teisės vizija yra kitokia negu Europos Komisijos. Iškilęs rimtas teisinis konfliktas, ką daryti su minėtais Teisingumo Teismo sprendimais (2005 m. rugsėjo 13 d. ir 2007 m. spalio 23 d. Teisingumo Teismo bylų C-176/03 ir C-440/05), sukėlė įdomių diskusijų bent ta prasme, kad Europos Komisija laikosi nuomonės, kad remiantis minėtais Teisingumo Teismo sprendimais reikia pakeisti kai kuriuos kitus pagrindų sprendimus, kuriuose yra baudžiamosios teisės

normų. Svarstant šią Europos Komisijos nuomonę, ES Taryba išreiškė nuostatą, kad skubėti neverta, ir kol kas nereikia keisti kitų pagrindų sprendimų, kuriuos valstybės narės jau yra įgyvendinusios. Pastebėtina, kad tokiai ES Tarybos nuostatai galima pritarti ir dėl tos priežasties, jog kai kurių pagrindų sprendimų, kuriuos valstybės narės jau yra įgyvendinusios nacionalinėje teisėje, panaikinimas ir kitų teisės aktų priėmimas sukels tam tikrų teisinių abejonių ir dėl nacionalinės teisės aktų, kuriais buvo įgyvendinti naikinamų pagrindų sprendimų reikalavimai.

2. Europos Sąjungos baudžiamosios teisės turinys

Atsakyti į iš pirmo žvilgsnio paprastą klausimą tampa gana sunku, jei atsakymas apie ES baudžiamosios teisės turinį grindžiamas nacionaline teise. Pažymėtina, kad dar ir šiandien baudžiamosios teisės doktrinoje nėra tiksliai apibrėžtas nei ES baudžiamosios teisės, nei tarptautinės baudžiamosios teisės turinys. Tuo tarpu analizuojant ES galiojančius teisės aktus matyti, kad tam tikrais atvejais vienu teisės aktu reglamentuojamų santykių sritys persipina, todėl, bent praktiniu požiūriu, nėra svarbu, prie kokios konkrečiai teisės šakos priskirtinas tam tikro pobūdžio teisinis santykis pagal nacionalinę teisę. Antai 2004 m. balandžio 29 d. Tarybos direktyva dėl kompensacijos nusikaltimų aukoms (2004/80/EB) ir ją įgyvendinantis 2005 m. birželio 30 d. Lietuvos Respublikos smurtiniais nusikaltimais padarytos žalos atlyginimo įstatymas (Valstybės žinios, 2005, Nr. 85-3140) reguliuoja ir civilinius, ir baudžiamuosius, ir administracinius santykius, tačiau vyrauja nuostata šią direktyvą laikyti ES baudžiamosios teisės dalimi, nors Lietuvos teisės požiūriu minėtas įstatymas laikytinas kompleksiniu.

Šiuo metu tam tikro ES teisės akto priskyrimas baudžiamajai teisei galimas remiantis keliais kriterijais: a) teisės akto turiniu (pvz., įvardina nusikaltimo, už kurį būtina numatyti baudžiamąją atsakomybę, požymius; nustato valstybių baudžiamosios jurisdikcijos taisykles ir pan.); b) subjektu, kuris priėmė ES teisės aktą (paprastai tai yra ES Taryba). Atsižvelgiant į ES teisės aktus, ES baudžiamąją teisę galima skirti į tris dalis. Pirma dalis – natūralioji (tikroji) baudžiamoji teisė, kurią galima būtų įvardinti kaip materialiąją teisę, pavyzdžiui, Pagrindų

sprendimas dėl kovos su terorizmu (2002/475/TVR), Pagrindų sprendimas dėl kovos su prekyba žmonėmis (2002/629/TVR) ir pan. Antrą dalį sudaro baudžiamasis procesas, pavyzdžiui, Pagrindų sprendimas dėl nukentėjusiųjų padėties baudžiamajame procese (2001/220/TVR). Pažymėtina, kad Vakarų Europos mokslininkai (pvz., C. Wyngaert, J. Vervaele, V. Mitselegas ir pan.) net nediskutuoja, kad baudžiamasis procesas yra baudžiamosios teisės dalis. Trečia dalis – tai tarptautinė teisinė pagalba baudžiamosiose bylose, pavyzdžiui, Pagrindų sprendimas dėl Europos arešto orderio ir valstybių narių tarpusavio perdavimo procedūrų (2003/577/TVR) ir pan.

Šiuo metu ES lygiu sudarytos tarptautinės sutartys ir antrinės teisės aktai reglamentuoja ir sektoriniu aspektu derina tokių nusikaltimų sudėtis kaip: korupcijos (taip pat ir privačiame sektoriuje), sukčiavimo, susijusio su ES finansiniais interesais, pinigų plovimo, euro padirbimo, sukčiavimo negrynosiomis mokėjimo priemonėmis ir jų klastojimo, neteisėtos migracijos, prekybos žmonėmis, seksualinio vaikų išnaudojimo ir vaikų pornografijos, nusikalstamos organizacijos, terorizmo, neteisėtos narkotikų apyvartos. ES teisės aktai taip pat įtvirtina jurisdikcijos taisykles, numato atsakomybę už pasikėsinimą bei bendrininkavimą darant minėtus nusikaltimus, numato juridinių asmenų atsakomybę už minėtus nusikaltimus, tam tikru laipsniu derina sankcijas fiziniams ir juridiniams asmenims už minėtus nusikaltimus.

ES lygiu sudarytų tarptautinių sutarčių ir antrinės teisės aktų baudžiamosios teisės klausimais bendra analizė leidžia daryti kelias svarbias išvadas. Pirma, ES teisės aktai baudžiamosios teisės klausimais dažniausiai nėra tiesioginio taikymo aktai ir turi būti įgyvendinti nacionalinėje teisėje priimant, pakeičiant arba papildant baudžiamąjį įstatymą ir (arba) kitus teisės aktus. Antra, baudžiamosios teisės derinimas ES pažengęs labai netoli, nes liečia tik nedidelį nusikaltimų sudėčių ratą. Be to, šie nusikaltimai ES teisės aktuose dažnai apibūdinami minimalistiniais terminais arba suteikiant valstybėms narėms išlygų (pareiškimų) teisę. Trečia, ne visos nusikalstamo elgesio formos yra tiksliai apibrėžtos ES teisės aktuose, o jų turinys valstybėse narėse interpretuojamas skirtingai (pvz., pasikėsinimas, bendrininkavimas ir pan.). Ketvirta, dar mažiau suderintos bausmės už ES teisės aktuose numatytus nusikaltimus ir jų skyrimo taisyklės – iš esmės apsiribota bendriausio pobūdžio reikalavimais.

3. Europos Sąjungos baudžiamosios teisės vystymosi tendencijos

Per paskutiniuosius penkiolika metų priimtų ES teisės aktų analizė leidžia išskirti kelias ES baudžiamosios teisės vystymosi tendencijas. Pirmas aspektas yra ES teisės akto baudžiamosios teisės klausimais rūšis. Pirmieji ES teisės aktai baudžiamosios teisės klausimais buvo tradicinės tarptautinės sutartys, pavyzdžiui, Konvencija dėl Europos Bendrijų finansinių interesų apsaugos, Konvencija dėl kovos su korupcija, susijusia su Europos Bendrijų pareigūnais ar Europos Sąjungos valstybių narių pareigūnais, Konvencija dėl Europos Sąjungos valstybių narių savitarpio pagalbos baudžiamosiose bylose ir t. t. O štai paskutiniaisiais metais baudžiamosios teisės klausimai sprendžiami iš esmės antrinės teisės aktais (pvz., direktyvomis, pagrindų sprendimais). Autoriaus nuomone, viena iš šią tendenciją lėmusių priežasčių yra tai, kad kai kurios ES valstybės narės (dėl įvairių priežasčių) neratifikuodavo ES lygiu sudarytų tarptautinių sutarčių ir taip neprisiimdavo įsipareigojimų suderinti nacionalinę baudžiamąją teisę su ES teisės aktų reikalavimais. Tuo tarpu ES antrinės teisės aktas, kuris ES Taryboje gali būti priimtas tik vienbalsiai, turi būti įgyvendintas nacionalinėje teisėje be jokių papildomų nacionalinių procedūrų.

Antras aspektas yra ES teisės akto baudžiamosios teisės klausimais turinys. Šiame straipsnyje bus paminėti tik tie materialiosios ES baudžiamosios teisės aspektai, kurie ateityje gali kelti gana rimtų problemų nacionalinei baudžiamajai teisei. Pirma, gali kilti diskusijų dėl nusikaltimų požymių, kuriuos apibrėžia ES baudžiamoji teisė ir kuriuos visos valstybės narės turi perkelti į savo nacionalinę teisę, kadangi kai kurie pagrindų sprendimuose pateikti nusikaltimų (jų sudėčių) apibrėžimai neatitinka nacionalinių baudžiamosios teisės reikalavimų, kurie keliami nusikaltimo sudėties ir jos požymių apibūdinimui. Antai 2002 m. liepos 19 d. Tarybos pagrindų sprendime dėl kovos su prekyba žmonėmis (2002/629/TVR) prekybos žmonėmis nusikaltimo sudėtis apibūdinama ne tik itin sudėtingai, bet ir paliekant kai kuriuos veiksmus (kurie pagal Lietuvos baudžiamuosius įstatymus sudarė šio nusikaltimo sudėtį) už nusikaltimo sudėties ribų. Tuo tarpu analizuojant 2002 m. birželio 13 d. Tarybos Pagrindų sprendimą dėl kovos su

terorizmu (2002/475/TVR) matyti, kad pagal jame pateiktą terorizmo apibrėžimą labai daug veiksmų arba neveikimo nepagrįstai būtų galima pripažinti teroristiniais aktais.

Pabrėžtina, kad šiuo metu nėra aiškus Europos Komisijos požiūris į tai, kaip valstybės narės privalo įgyvendinti pagrindų sprendimus (t. y. kaip „transplantuoti" ES antrinę teisę į nacionalinę teisę). Baudžiamoji teisė pasižymi ta ypatybe, kad nusikaltimo požymių apibrėžimas, nenustatant sankcijos už tokį nusikaltimą, netenka prasmės. Tai reiškia, kad Europos Komisija šiuo atžvilgiu gali tik kontroliuoti, kaip pagrindų sprendimų reikalavimai įgyvendinami nacionaliniuose įstatymuose ir pan. Kita vertus, Europos Komisija tik dabar sprendžia klausimą, kokia vertinimo metodika turėtų būti taikoma: ar pagrindų sprendimai turi būti įgyvendinami kaip direktyvos, kurių teisės normos nacionaliniuose įstatymuose turi būti įgyvendinamos tiksliai ir preciziškai, ar vis dėlto laikytina, kad nacionalinių nuostatų formuluotės gali skirtis nuo pagrindų sprendimo, bet nacionalinės teisės nuostatose turi atsispindėti jo tikslas ir esmė. Pasakytina, kad kai kurie autoriai (pvz., L. Kuhl, B.-R. Killmann), siekdami išspręsti šią probleminę situaciją, netgi teigia, kad „nusikaltimas turi būti apibrėžtas tiksliai ir aiškiai [...], draudžiant analogijos taikymą, todėl Bendrijos teisės akto turinys turi būti kuo išsamesnis, [...] paliekantis nacionaliniam įstatymų leidėjui tik vienintelį pasirinkimą – priimti nacionalinį teisės aktą, identišką Bendrijos teisės akto turiniui" [11, p. 101].

Antra, ES teisės aktai dar mažiau „kišasi" į bausmių reguliavimą. Pirmuosiuose pagrindų sprendimuose buvo formuluojamas bendro pobūdžio reikalavimas, kad bausmės privalo būti „efektyvios, proporcingos, atgrasinančios". Šiais atvejais ES valstybės narės turi pareigą (ir teisę) nustatyti bausmes ir jų dydžius pagal nacionalinėje teisėje nustatytą bausmių sistemą ir atskiras bausmių rūšis, taip pat sankcijų konstravimo principus ir logiką. Tačiau naujesniuose ES teisės aktuose jau nustatyta daugiau reikalavimų, pavyzdžiui, nurodoma bausmės rūšis – laisvės atėmimas ir jo minimalaus dydžio ribos, o tai jau gali sukelti tam tikrų problemų. Antai 2003 m. gruodžio 22 d. Pagrindų sprendimas dėl kovos su seksualiniu vaikų išnaudojimu ir vaikų pornografija (2004/68/TVR) už nustatytą vaikų pornografiją nacionalinio baudžiamojo įstatymo straipsnio sankcijoje reikalauja numatyti 10 metų laisvės atėmimo bausmę, o Lietuvos baudžiamieji įstatymai numato

laisvės atėmimą iki 7 metų už „paprastą“ iššaginimą. Neabejotina, kad tokio pagrindų sprendimo reikalavimų pažodinis įgyvendinimas iškreiptų visą nacionalinę sistemą, kadangi Lietuvos Respublikos baudžiamajame kodekse (toliau – BK) (Valstybės žinios, 2000, Nr. 89-2741) visi nusikaltimai ir bausmės už juos yra išdėstyti taip, kad atitiktų ginamų interesų vertingumą, nusikaltimo pavojingumą bei kita ir taip sudarytų nuoseklią sistemą.

Pažymėtina, kad tik keliuose pagrindų sprendimuose reikalauta nustatyti griežtas bausmes už nusikaltimus, susijusius su neteisėta narkotinių ir psichotropinių medžiagų apyvarta, euro padirbimu bei terorizmu. Tačiau šiuo atveju diskusijų nekyla, nes terorizmas ir kiti minėti nusikaltimai yra labai pavojingos veikos, už kuriuos turi būti numatytos itin griežtos sankcijos. Be to, ankstesniuose pagrindų sprendimuose taip pat buvo įtvirtinta, kad minimalios laisvės atėmimo bausmės riba gali būti nuo 1 metų iki 3 metų. Pastebėtina, kad BK įtvirtinta bausmių ir sankcijų sistema visais minėtais atvejais atitiko šiuos reikalavimus. Tačiau šiuo metu ES teisės aktuose reikalaujama laisvės atėmimo bausmės minimali riba nuolat didinama, o tai jau gali kelti tam tikrų problemų nacionalinei baudžiamajai teisei. Antai, jeigu nustatoma minimali riba – ne mažiau kaip 3 metai laisvės atėmimo, tai maksimali jos riba jau nebegali būti 4 metai, nes tokia sankcijoje numatyta minimali ir maksimali laisvės atėmimo bausmės riba nebeatitiks bausmės individualizavimo principo. Tai reiškia, kad ES teisės aktuose numatyta minimali laisvės atėmimo bausmės riba tuo pačiu „augina“ ir maksimalią jos ribą nacionaliniame baudžiamajame įstatyme. Pabrėžtina, kad, vadovaujantis Lietuvos BK nustatyta nusikaltimų klasifikavimo sistema, nuo to, koks laisvės atėmimo metų skaičius įrašytas sankcijoje, priklauso ne tik nusikaltimo sunkumo vertinimas. Jeigu už tyčinį nusikaltimą numatyta maksimali laisvės atėmimo bausmė yra didesnė negu 6 metai, tai toks nusikaltimas jau laikomas sunkiu, už kurį gali būti paskirta tik reali laisvės atėmimo bausmė.

Trečias aspektas susijęs su viena teisinės pagalbos baudžiamosiose bylose nuostata. Neabejotina, jog teisinės pagalbos baudžiamųjų bylų srityje visų valstybių narių interesas yra bendras ir aiškus – teisinės pagalbos teikimas tarp 27 ES valstybių turi būti ir paprastesnis, ir spartesnis. Pažymėtina, kad pagal tarptautinės teisės normas teisinė pagalba tradiciškai gali būti teikiama tik remiantis tarptautinėmis sutarti-

mis. Tuo tarpu ES jau yra priimti antrinės teisės aktai dėl teisinės pagalbos teikimo, todėl teikiant tarptautinę teisinę pagalbą vadovaujamasi nacionaliniais įstatymais, kuriais įgyvendinta ES teisė, pavyzdžiui, dėl Europos arešto orderio arba turto, arba įrodymų arešto akto. Tačiau teisinės pagalbos reglamentavimas turi trūkumų (arba bent abejotinų aspektų), apie kuriuos nėra plačiai kalbama. Autoriaus nuomone, vienas iš tokių aspektų yra (laipsniškas) dvigubo baudžiamumo taisyklės atsisakymas. Antai asmens perdavimas pagal Europos arešto orderį negalimas tais atvejais, kai veika, dėl kurios išduotas Europos arešto orderis, pagal Lietuvos Respublikos BK nelaikoma nusikalstama. Europos arešto orderis gali būti vykdomas tik dėl veikos, kuria pažeistas Lietuvos Respublikos baudžiamasis įstatymas arba kuri būtų laikoma nusikalstama pagal Lietuvos Respublikos BK, jei ji būtų padaryta Lietuvos Respublikos jurisdikcijoje. Ši taisyklė turi išimtį: asmenys turi būti perduoti pagal Europos arešto orderį dėl veikų, kurios, nors ir nelaikomos nusikalstamomis pagal Lietuvos Respublikos BK, tačiau yra numatytos baigtiniame veikų sąraše, kuris nustatytas 2002 m. birželio 13 d. Tarybos pagrindų sprendime dėl Europos arešto orderio ir valstybių narių tarpusavio perdavimo procedūrų (2002/584/TVR). Šiame sąraše nurodytos tokios veikos: 1) dalyvavimas nusikalstamame organizuotame susivienijime; 2) terorizmas; 3) prekyba žmonėmis; 4) seksualinis vaikų išnaudojimas ir vaikų pornografija; 5) neteisėta prekyba narkotikais ir psichotropinėmis medžiagomis; 6) neteisėta prekyba ginklais, šaudmenimis ir sprogmenimis; 7) korupcija; 8) klastotės, įskaitant klastotes, kurios daro poveikį Europos Bendrijų finansiniams interesams, kaip apibrėžta 1995 m. liepos 26 d. Konvencijoje dėl Europos Bendrijų finansinių interesų apsaugos; 9) nusikalstamu būdu įgytų pinigų plovimas; 10) valiutos, įskaitant eurą, padirbinėjimas; 11) nusikaltimai informatikai; 12) ekologiniai nusikaltimai, įskaitant neteisėtą prekybą nykstančiomis gyvūnų ir augalų rūšimis bei veislėmis; 13) pagalba neteisėtai patekti į šalį ir apsigyventi joje; 14) žmogžudystė, rimtas kūno sužalojimas; 15) neteisėta prekyba žmogaus organais ir audiniais; 16) žmonių grobimas, neteisėtas laisvės atėmimas ir įkaitų ėmimas; 17) rasizmas ir ksenofobija; 18) organizuotas arba ginkluotas apiplėšimas; 19) neteisėta prekyba kultūros vertybėmis, įskaitant antikvarines vertybes ir meno kūrinius; 20) sukčiavimas; 21) reketavimas ir turto prievartavimas; 22) gaminių klastojimas ir pi-

ratavimas; 23) administracinių dokumentų padirbinėjimas ir prekyba jais; 24) mokėjimo priemonių padirbinėjimas; 25) neteisėta prekyba hormoninėmis medžiagomis ir kitomis augimo skatinimo medžiagomis; 26) neteisėta prekyba branduolinėmis ir radioaktyviomis medžiagomis; 27) prekyba vogtais automobiliais; 28) iššaginimas; 29) padegimas; 30) Tarptautiniam baudžiamajam teismui teismingi nusikaltimai; 31) neteisėtas orlaivių ar laivų užgrobimas ir 32) sabotažas. Šių nusikalstamų veikų atveju pakanka, kad prašančioji valstybė įrodytų, jog veika, dėl kurios prašoma perduoti asmenį, atitinka vieną iš sąraše nurodytų veikų. Klausimas, ar pagal Lietuvos Respublikos baudžiamuosius įstatymus veika, dėl kurios prašoma perduoti asmenį, atitinka sąraše nurodytą veiką, nesprendžiamas [5, p. 94]. Be to, ši nuostata reikalauja, kad prašančiosios valstybės įstatymai už veiką, jei ji patenka į šį sąrašą, numatytų ne mažesnę negu trejų metų su laisvės atėmimu susijusią bausmę. Analogiškos nuostatos ir nusikaltimų sąrašas įtvirtintas ir 2003 m. liepos 22 d. Tarybos pagrindų sprendime dėl turto arba įrodymų arešto aktų vykdymo Europos Sąjungoje (2003/577/TVR) ir Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso 77(2) str., taip pat siūloma įtvirtinti Pagrindų sprendimo dėl Europos įrodymų orderio bei Pagrindų sprendimo dėl nuteistųjų laisvės atėmimu perdavimo projektuose.

Šiuo atveju Lietuvoje galimos dvi situacijos, kurių sprendimas pagal minėtą išimties taisyklę, autoriaus nuomone, teoriškai prieštarautų konstituciniams asmenų lygybės prieš įstatymą ir teisėtų lūkesčių principams, – tai kitos valstybės išduoto Europos arešto orderio ir turto arba įrodymų arešto akto vykdymas Lietuvos Respublikoje dėl: 1) rasizmo ir ksenofobijos; gaminių klastojimo ir piratavimo; neteisėtos prekybos hormoninėmis medžiagomis ir kitomis augimo skatinimo medžiagomis, kurios pagal Lietuvos Respublikos BK visai arba iš dalies neuždraustos; 2) bet kurios kitos sąraše numatytos nusikalstamos veikos, kurios požymiai pagal prašančiosios valstybės įstatymus kriminalizuoja platesnį veikų ratą negu Lietuvos Respublikos BK. Šio teorinio prieštaravimo esmę sudaro tai, kad Lietuvos Respublika, vykdydama kitos valstybės išduotą Europos arešto orderį arba turto, arba įrodymų arešto aktą, taikytų baudžiamajame procese numatytas prievartos priemones (pvz., suėmimą arba kitas kardomąsias priemones ir pan.) už veiką, kuri Lietuvos Respublikoje nėra uždrausta, t. y. tokią veiką

Lietuvoje padariusiam asmeniui nebūtų galima taikyti baudžiamajame procese numatytų prievartos priemonių. Taigi, siekiant tinkamai įgyvendinti ES teisės aktų reikalavimus ir taip pat nepažeisti Konstitucijos nuostatų, šiuo metu Lietuvos Respublika privalo numatyti baudžiamąją atsakomybę bent jau už tas veikas, kurios šiuo metu neuždraustos Lietuvoje, tačiau yra numatytos Pagrindų sprendime dėl Europos arešto orderio ir valstybių narių tarpusavio perdavimo procedūrų (2002/584/TVR) ir Pagrindų sprendime dėl turto arba įrodymų arešto aktų vykdymo Europos Sąjungoje (2003/577/TVR), pavyzdžiui, už ksenofobiją, neteisėtą prekybą hormoninėmis medžiagomis ir kitomis augimą skatinančiomis medžiagomis ir pan.

4. Europos Sąjungos baudžiamosios teisės perspektyvos

Kalbant apie ES baudžiamosios teisės perspektyvas paminėtina, kad Europos Parlamento ir Europos Komisijos iniciatyva Vakarų Europos valstybių (Vokietijos, Ispanijos, Olandijos, Belgijos, Prancūzijos ir t. t.) mokslininkai 2000 m. parengė vadinamąjį Europos baudžiamojo kodekso – *Corpus Juris* – projektą [6, p. 373–405]. Šis projektas nėra tradicinis baudžiamųjų įstatymų pavyzdys, nes, be baudžiamosios teisės institutų (tam tikrų nusikaltimų sudėčių, bausmių ir pan.), jis reglamentuoja ir baudžiamojo proceso aspektus (įrodymus, tarptautinį teisinį bendradarbiavimą – Europos arešto orderį, jungtines tyrimo grupes ir pan.). Kita vertus, ir baudžiamosios teisės aspektai skirti tik ES finansiniams interesams saugoti, todėl projekte numatytos tik tokios nusikaltimų sudėtys kaip: sukčiavimas, nukreiptas prieš ES finansinius interesus, pinigų plovimas, ES piniginių lėšų pasisavinimas, pasyvi ir aktyvi korupcija, piktnaudžiavimas tarnyba, tarnybos paslapčių atskleidimas, nusikalstamas susivienijimas ir neteisėtas konkurencijos ribojimas. Tiesa, kitaip negu ES teisės aktuose, šiame projekte reglamentuojami ir kai kurie bendrieji baudžiamosios teisės institutai, pavyzdžiui, kaltė, klaida, individuali baudžiamoji atsakomybė, pasikėsinimas, juridinių asmenų vadovų baudžiamoji atsakomybė, bausmės bei baudžiamojo poveikio priemonės bei jų skyrimo taisyklės ir pan.

Europos Parlamentui prašant Europos Komisija atliko *Corpus Juris* studiją, kurioje buvo įvertintas šio projekto atitikimas visų valsty-

bių narių nacionalinei konstitucinei, baudžiamajai ir baudžiamojo proceso teisei. Pažymėtina, kad ši studija atskleidė ir valstybių narių, ir tuo metu buvusių valstybių kandidačių baudžiamųjų įstatymų panašumus ir skirtumus, teisines (net konstitucines) bei politines problemas, su kuriomis galėtų susidurti valstybės, siekdamos įgyvendinti *Corpus Juris* nacionalinėje teisėje. Kita vertus, ši studija parodė ir nemažos valstybių dalies gana skeptišką požiūrį į baudžiamosios teisės derinimo (o ypač unifikavimo) galimybes ES, taip pat ES institucijų kompetencijos išplėtimą baudžiamosios teisės srityje. Nors *Corpus Juris* buvo ir yra tik mokslininkų vizija apie Europos baudžiamosios teisės perspektyvas bei suderinimo galimybes valstybėse narėse, tačiau kai kurie jo aspektai jau yra įgyvendinti ES teisės aktuose, pavyzdžiui, Europos arešto orderis įteisintas 2002 m. birželio 13 d. Tarybos pagrindų sprendime dėl Europos arešto orderio ir valstybių narių tarpusavio perdavimo procedūrų (2002/584/TVR), jungtinės tyrimo grupės – 2002 m. birželio 13 d. Tarybos pagrindų sprendime dėl jungtinių tyrimo grupių (2002/465/TVR) ir pan.

Šiuo metu galima prognozuoti tik principines ES baudžiamosios teisės vystymosi perspektyvas, nes nėra aiškus valstybių narių, ES Tarybos ir Europos Komisijos požiūris į Teisingumo Teismo 2005 m. rugsėjo 13 d. ir 2007 m. spalio 23 d. Teisingumo Teismo sprendimų bylose (C-176/03 ir C-440/05) dalykinę apimtį, taip pat jų įgyvendinimo būdus ir priemones. Neabejotina ir tai, kad ES baudžiamosios teisės raidą paveiks ir naujoji ES sutartis, kurios ratifikavimo valstybėse narėse procedūra jau prasidėjo. Kita vertus, Europos integracijos modelis, kuris grindžiamas suvereniteto (kompetencijos) pasidalinimu, reikalauja, jog valstybės narės bendradarbiautų kurdamos bendrą teisinę erdvę, kurios sudėtinė dalis būtų ir baudžiamoji teisė. Autoriaus nuomone, reikia pritarti minčiai, kad „šiuo metu diskusijų objektas yra ne tai, ar mes norime ES baudžiamosios teisės, bet koks turėtų būti jos turinys“ [8, p. 91].

Straipsnio pabaigoje norėčiau dar kartą pakartoti kelias idėjas, susijusias su atstovavimu Lietuvos interesams teisingumo srityje įvairiose ES institucijose. Pirma, kol Lietuva siekė narystės ES, jos tikslai, siekiai ir prioritetai buvo labai aiškūs. Šiuo metu Lietuva yra valstybė narė, tačiau Lietuvos tikslai, siekiai ir prioritetai, susiję su teisingumo sritimi, nėra aiškūs. Pabrėžtina, kad valstybės prioritetus, siekius ir tikslus

teisingumo srityje privalo aiškiai ir nedviprasmiškai suformuluoti politinė valdžia (t. y. Vyriausybė ir Seimas). Tik aiškūs valstybės prioritetai, siekiai ir tikslai teisingumo srityje leistų valstybės atstovams tinkamai atstovauti Lietuvos interesams darbo grupėse ir kitose ES struktūrose. Antra, formaliai Lietuvoje yra darbo grupių, kurių veikla susijusi su ES, tačiau tokių struktūrų, kurios būtų tam tikrų sričių (pvz., baudžiamosios teisės, civilinės teisės, vartotojų teisės, sveikatos apsaugos ir t. t.) „smegenų centrai" ir patartų valstybės institucijoms bei tarnautojams, Seimui, Vyriausybei, savivaldybėms, Lietuvoje nėra. Autoriaus nuomone, būtina skubiai sukurti tokius „smegenų centrus", kurie analizuotų ES teisės vystymosi tendencijas, vertintų ES teisės aktų projektus ir padėtų suformuluoti su tuo susijusias Lietuvos nuostatas, padėtų rengti nacionalinių teisės aktų, kuriais įgyvendinami ES teisės aktai, projektus ir t. t. Šių grupių veikloje turėtų dalyvauti mokslininkai, prokurorai, teisėjai (kurie paprastai nedalyvauja veikiančių struktūrų veikloje), verslo interesams atstovaujantys asmenys ir pan.

Išvados

Apibendrinant straipsnį galima padaryti tokias esmines išvadas:

1. ES baudžiamosios teisės turinį sudaro trys dalys: a) materialioji (tikroji) baudžiamoji teisė; b) baudžiamasis procesas; c) tarptautinė teisinė pagalba baudžiamosiose bylose.

2. ES teisės aktai baudžiamosios teisės klausimais paprastai nėra tiesioginio taikymo aktai ir turi būti įgyvendinti nacionalinėje teisėje priimant, pakeičiant arba papildant baudžiamąjį įstatymą ir (arba) kitus teisės aktus. Baudžiamosios teisės derinimas ES pažengęs labai nedaug ir apima tik nedidelį nusikaltimų, kurie ES teisės aktuose dažnai apibūdinami minimalistiniais terminais arba suteikiant valstybėms narėms išlygų (pareiškimų) teisę, ratą. Dar mažiau suderintos bausmės už ES teisės aktuose numatytus nusikaltimus ir jų skyrimo taisyklės – iš esmės apsiribota bendriausio pobūdžio reikalavimais.

3. ES ir EB kompetencija derinti nacionalinę baudžiamąją teisę yra ribota, tačiau ribos plečiamos. Kita vertus, Europos integracijos modelis, kuris grindžiamas suvereniteto (kompetencijos) pasidalini-

mu, reikalauja, kad valstybės narės bendradarbiautų kurdamos bendrą teisinę erdvę, kurios sudėtinė dalis būtų ir baudžiamoji teisė.

4. Lietuvos nacionalinės baudžiamosios ir baudžiamojo proceso teisės specialistams didžiausią rūpestį kelia ES teisės aktuose teikiami kai kurių nusikaltimų požymiai, minimalūs laisvės atėmimo bausmės dydžiai už kai kuriuos nusikaltimus, taip pat dvigubo baudžiamumo taisyklės atsisakymas tarptautinės teisinės pagalbos srities baudžiamosiose bylose.

Literatūra

1. Vadapalas V. Tarptautinės sutartys Lietuvos teisės sistemoje / Konstitucija, žmogus, teisinė valstybė: konferencijos medžiaga. – Vilnius, 1998.
2. Soloveičikas D. Europos Sąjungos teisės tiesioginis veikimas ir jos taikymas – dvi skirtingos tapačios doktrinos dalys? // Jurisprudencija, 2007, Nr. 4(94).
3. Jarukaitis I. Adoption of the third Constitutional Act and its impact on national constitutional system // Teisė, 2006, Nr. 60.
4. Talutis T. Draudimo tarpininkų pareiga informuoti klientus: Europos Sąjungos direktyva dėl draudimo tarpininkavimo ir jos įgyvendinimas Lietuvos teisėje // Teisė, Nr. 60.
5. Čepas A., Švedas G. Tarptautinė teisinė pagalba baudžiamosiose bylose. Asmenų, įtariamų padarius nusikalstamą veiką, išdavimas baudžiamajam persekiojimui (ekstradicija, perdavimas Tarptautiniam baudžiamajam teismui arba pagal Europos arešto orderį). – Vilnius, 2008.
6. Abramavičius A., Mickevičius D., Švedas G. Europos Sąjungos teisės aktų įgyvendinimas Lietuvos baudžiamojoje teisėje. – Vilnius, 2005.
7. Konsoliduota Europos Sąjungos sutartis // Valstybės žinios, 2004, Nr. 2-2.
8. Vervaele J. The European Community and harmonization of the criminal law enforcement of community policy // Eucrim, 2006, No. 3-4.
9. Vervaele J. European criminal law and general principles of Union law. Current issues in european criminal law and the protection of EU financial interests. – Zagreb, 2006.
10. White S. Case C-176/03 and options for the development of a community criminal law // Eucrim, 2006, No. 3-4.
11. Kuhl L., Killmann B.-R. The community competence for a directive in criminal law protection of the financial interests // Eucrim, 2006, No. 3-4.

12. Dawes A., Lynskey O. The ever-longer arm of EC law: the extension of Community competence into the field of criminal law // Common Market Law Review, 2008, No. 45.

TENDENCIES AND PERSPECTIVES IN EU CRIMINAL LAW

Gintaras Švedas

Summary

This article deals with the competence of EU institutions in the field of criminal law, the definition and content of EU criminal law, tendencies and perspectives of EU criminal law, as well as certain aspects of EU criminal law that may create problems for the national criminal law.

According to the legal acts of the EU, its criminal law may be classified into three groups. The first is natural criminal law, which may be defined as material law, for example, Framework Decision on combating terrorism (2002/475/JHA), Framework Decision on combating trafficking in human beings (2002/629/JHA), etc. The second group consists of criminal procedure, for example, Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA). The third is mutual assistance in criminal matters, for example, Framework Decision on the execution in the European Union of the orders of freezing property or evidence (2003/577/JHA), etc.

In the meantime, EU international treaties and secondary legislation regulate and harmonise at the sectorial level the features of such a crimes as corruption (as well in the private sector), fraud affecting EU financial interests, money laundering, counterfeiting of the euro, fraud in non-cash payment instruments and their forgery, illegal migration, trafficking in human beings, sexual exploitation of children and child pornography, criminal organization, terrorism, unlawful possession of narcotic or psychotropic substances. EU legal acts also establish the rules of jurisdiction, provide for responsibility for attempt and complicity in above-mentioned crimes, provide for responsibility of legal persons, and, to a certain degree, harmonize criminal sanctions for natural persons and legal persons for committing the aforementioned crimes.

The overall analysis of the EU international treaties and secondary legislation enables to draw several important conclusions. Firstly, as a rule, EU legislation is not directly applicable in criminal law and should be imple-

mented in the national law by enacting, changing or amending criminal statutes and/or other legal acts. Secondly, the harmonization of criminal law of the EU has made little progress as it covers only a narrow range of crime elements. Besides, crimes in EU legal acts are defined in minimalist terms or by granting the right to member states to make reservations (declarations). Thirdly, not all forms of criminal behaviour are precisely defined in the legal acts of the EU and the contents thereof is subject to varying interpretations (for example, attempt, complicity, etc.). Fourthly, the harmonisation of the rules relating to punishments for crimes provided for in EU legislation and the imposition thereof is even less advanced and limited, in principle, to the requirements of the most general nature.

The competence of EU institutions to harmonise the national criminal law is limited, however, its scope is being extended. On the other hand, the model of the European integration, based on the sharing of sovereignty (competence), logically requires the EU member states to co-operate in forming common legal space, with criminal law as its constituent part.

The biggest concern for the Lithuanian national criminal and criminal procedure law is the definition of features of certain crimes and minimal terms of imprisonment for certain crimes in EU legislation, as well as withdrawal of the rule of dual criminality in international legal assistance in criminal matters.

© MRU

MRU © MRU © MRU

WHAT HAS MADE EUROPEAN LAW SO IMPORTANT?

Christiaan Timmermans

Some time ago I had the occasion to ask an incoming president of the European Commission whether he intended to retain direct responsibility for the Commission's Legal Service as had always been the case in the history of that institution. The answer I got was an immediate and unqualified "yes". "The law", so the president said, "is too important for the functioning of the European Union to renounce that responsibility."

How to explain this importance of the law in the integration process? I remember a dinner speech by a former Member of the European Commission, who said how amazed he had been in discovering to what extent his life as a commissioner was dominated by legal questions: inter-service battles within the Commission, frictions between the Institutions and inter-institutional haggling very quickly were transformed into legal disputes. And he was right; institutional processes within the EU are very much legalized. However, the importance of the role of the law largely goes beyond the institutional scene. The law itself has appeared to be, in the past fifty years, an important tool of integration. I recall a research project carried out in the 1980's comparing the evolution of European integration with the process of federalisation in the United States of America, published under the telling title: Integration through law.[1]

[1] This research project was centered in the Law Department of the European University Institute at Florence and produced a series of publications under the General Editorship of Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler.

How could this happen? The mere existence of treaty rules, of powers to enact secondary legislation or the existence of a Court of Justice do not, in themselves, provide an adequate explanation for this phenomenon of integration through law. You may have perfectly drafted legislation but that does not by itself guarantee that that legislation is applied and respected in practice. Law in the books does not equate to law in practice. For those familiar with the findings of sociologists of law, this is a trite statement.

What made European Community law from law in the books to law in practice? The first stepping stones on this path were laid by the early case law of the European Court of Justice on direct effect and the supremacy of Community law over national law.[2] This case law created the conditions for Community law to be internalized into the national legal systems, to become the law of the land in all Member States. Thus the scene was set, important but not sufficient. For EC law to become an effective tool of integration, actors were needed. And they quickly appeared on stage: individuals and companies within the Member States with an immediate interest in seeing EC rules respected both by the Member States, their administration and other individuals; and then, subsequently, the other main actors appeared as well: national courts willing to apply and enforce these rules.

Alexis de Tocqueville wrote in 1835 in his analysis of the American constitutional system "De la démocratie en Amérique" the following passage which I would like to quote:

'(...), la constitution des États-Unis fit en sorte (et ce fut là son chef-d'oeuvre) que les cours fédérales, n'eussent jamais affaire qu'à des individus. (...) La constitution reconnaît aux États le pouvoir de faire des lois. Ces lois peuvent violer les droits de l'Union. Ici, nécessairement, on se trouve en lutte avec la souveraineté de l'État qui a fait la loi. Il ne reste plus qu'à choisir parmi les moyens d'action, le moins dangereux (...). On conçoit que, dans le cas que je viens de supposer, l'Union aurait pu citer l'État devant un tribunal fédéral, qui eût déclaré la loi nulle; c'eût été suivre la marche la plus naturelle des idées. Mais, de cette manière, la

[2] Case 26/62, Van Gend en Loos, [1963] ECR 3; Case 6/64, Costa/Enel [1964] ECR 1203.

justice fédérale se serait trouvée directement en face d'un État, ce qu'on voulait, autant que possible, éviter.

Les Américains ont pensé qu'il était presque impossible qu'une loi nouvelle ne lésât pas dans son exécution quelque intérêt particulier.

C'est sur cet intérêt particulier que les auteurs de la constitution fédérale se reposent pour attaquer la mesure législative dont l'Union peut avoir à se plaindre. C'est à lui qu'ils offrent un abri.

Un État vend des terres à une compagnie; un an après, une nouvelle loi dispose autrement des mêmes terres, et viole ainsi cette partie de la constitution qui défend de changer les droits acquis par un contrat. Lorsque celui qui a acheté en vertu de la nouvelle loi se présente pour entrer en possession, le possesseur, qui tient ses droits de l'ancienne, l'actionne devant les tribunaux de l'Union et fait déclarer son titre nul. Ainsi, en réalité, la justice fédérale se trouve aux prises avec la souveraineté de l'État; mais elle ne l'attaque qu'indirectement et sur une application de détail. Elle frappe ainsi la loi dans ses conséquences, non dans son principe; elle ne la détruit pas, elle l'énerve."[3]

I note in passing that under the American Constitution there exists no such thing as an infringement procedure allowing the Federation to bring a State before a federal Court because of a violation of federal rules. As to the importance of the role of the individual in the enforcement of EU rules the European Court expressed much the same idea in its judgment in the Van Gend & Loos case. The Netherlands had argued in that case that there was no need to recognize a direct effect of the EC rules in question because the European Commission had, if need be, the possibility to take the Netherlands to Court for infringing those rules. The Court rejected that argument and said, I quote, *"the vigilance of individuals concerned to protect their rights amounts to an effective supervision in addition to the supervision entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and of the Member States."*[4] In the past fifty years individuals have played this role remarkably well. So did the national courts.

---

[3] Alexis de Tocqueville, Œuvres Complètes, Tome I, De la Démocratie en Amérique, Édition Gallimard 1961, p.150-152.

[4] Case 26/62, Van gend en Loos, [1963] ECR 3. The former Articles 169 and 170 of the EEC Treaty were replaced by Articles 226 and 227 EC.

That EC law has been able to play such an important role in the process of European integration is due to a very large extent to the national courts. They are the heroes in the play. The success of the preliminary procedure of Article 234 EC is above all a success of national courts. There is, of course, supremacy of EC law over national law; preliminary rulings are according to the ECJ's case law binding upon the referring national court[5]; there is the obligation for national courts deciding in last instance to refer under Article 234, paragraph 3 a question of interpretation of EU rules to the ECJ whenever the national court needs an answer to that question in order to be able to solve the case; moreover, a national court cannot itself establish the invalidity of EC legislation, only the ECJ being competent to do so[6]; there is the Köbler jurisprudence as to state liability for damages caused by manifest violations of EU law by national courts deciding in last instance.[7] All that is true, but in the end enforcement of EU law through the national courts is based on a system of cooperation, on the willingness of the national courts, particularly the national supreme courts to be instrumental in that enforcement. The system is one of cooperation, not of coercion. The ECJ is not hierarchally superior to the national courts.

This system of loyal cooperation between courts is not self evident, it is never entirely "acquis". It must be nurtured and protected. As is well-known, supreme courts and constitutional courts in some Member States have had difficulties in accepting the superior status of EC law. Sometimes they have only been willing to do so on a conditional basis, the most striking example in that regard being the decision of the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) relating to the Treaty of Maastricht.[8] In other cases supreme courts at first were reluctant to accept the special status of EU law but have given up their reservations over time.[9] However, all in all, the evolution

[5] Case 29/68, Eierkontor, [1969] ECR 165.

[6] Case 314/85, Fotofrost, [1987] ECR 4199.

[7] Case 224/01, Köbler, [2003] ECR I-10239.

[8] Bundesverfassungsgericht, decision of 12 October 1993, Treaty of Maastricht, 89 BVERFGE 155; 1994 Common Market Law Review 57.

[9] See The European Courts and National Courts, Directive and Jurisprudence, Edited by Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H.H. Weiler, Oxford 1998;

in this respect has been positive. I may refer to a decision of February 2007 in case Société Arcelor of the French Conseil d'État.[10] This evolution has not been a one way process. The European Court itself has fostered this process by trying to accommodate legitimate concerns of national supreme courts. The best example in this regard has been, of course, the early case law of the European Court of Justice on the protection of fundamental rights.[11] That case-law largely originated, one might guess, in legitimate concerns expressed by German courts as to whether the Community legal order offered sufficient guarantees for the protection of fundamental rights by the Community legislator.

The European Court, for a long time already, refers in its case law to this cooperation, this dialogue with the national courts as being one of the characteristics of the preliminary reference procedure.[12] Before becoming a member of the Court, I was inclined to read such references as a friendly gesture, as a *coup de chapeau* to the referring national court in order to facilitate their acceptation of EC law. Since then, I have discovered this cooperation to be real and substantial. A good example is given by the highly dynamic case law of the last seven to eight years on Union citizenship, a case law which carved out the contours of a new, a fifth fundamental freedom, that of free movement of the Union citizen. This evolution was hardly to be expected when the Treaty articles on citizenship were adopted at a late stage of the negotiations on the Treaty of Maastricht. Joseph Weiler wrote at the time that in a benign view the concept of citizenship had to be regarded as the result of muddled and hasty drafting. But in the end he favoured the hypothesis, and I quote *"that the citizenship clause (...) is little more than a cynical exercise in public relations on the part of the high contracting parties noteworthy more by what it does not do than what it does*

Monica Claes, The National Courts' Mandate in the European Constitution, Oxford 2005.

[10] Decision of 8 February 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, N° 287110.

[11] Cases 29/69, Stauder, [1969] ECR 419, 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, [1970] ECR 1125.

[12] Case 16/65, Schwarze, [1965] ECR 1103.

and which probably has backfired even as an exercise in public relations."[13] The reality of the case law has proven to be quite different.[14]

The main source for this new case law have been preliminary questions of national courts who were confronted with trans-border situations in which the consequences of applying national rules seemed to be unduly burdensome for the persons concerned, consequences, moreover, which fitted uneasily with the new language of the Treaty on Union citizen's rights, particularly that of free movement. In phrasing their questions these courts submitted at the same time concrete suggestions on how to read the Treaty clauses in order to solve the case in hand. Sometimes the European Court elaborates upon these suggestions in giving its interpretation of the Treaty in view of the circumstances of the case. This might be an interesting subject for research: to what extent have national courts by the way in which they have drafted their preliminary questions and motivated their referral decisions been able to influence the answers of the European Court?

This dialogue with national courts as a direct source of inspiration for the development of EC law is not a recent phenomenon. It exists already for a very long time. One could quote as an early example the Van Gend en Loos case itself[15], also but from a more recent date, the case-law on State liability for manifest violation of EC law, Factortame and Brasserie du pêcheur[16] or the Köbler case already mentioned.[17]

In reflecting on these issues I am getting more and more convinced that it is indeed this cooperation between national courts and the

---

[13] J.H.H. Weiler, European Citizenship and Human Rights in T.M.C. Asser Instituut, Reforming the Treaty on European Union – The Legal Debate – Eds. Jan. A. Winter a.o., The Hague 1996, p. 57 at 68.

[14] See e.g. Cases C-413/99, Baumbast, [2002] ECR I-7091, C-406/04, De Cuyper [2006] ECR I-6947, C-192/05, Tas-Hagen [2006] ECR I-10451, C-76/05, Schwarz, Judgment of 11 September 2007, not yet published in the ECR. Further on this case law: Christiaan Timmermans, Martinez Salà and Baumbast revisited, in The Past and Future of EU law: The Classics of EU Law revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Miguel Poiares Maduro and Loïe Azoulai (Eds), 2008 forthcoming.

[15] Case 26/62, Van Gend en Loos, [1963] ECR 3.

[16] Cases C-46/93, Brasserie du Pêcheur and C-48/93, Factortame III, [1996] ECR I-1029.

[17] Case C-224/01, Köbler, [2003] ECR I-10239.

European Court which gives the main explanation for the phenomenon of integration through law. But, as I said, this cooperation is not self evident, it must be cared for. It is a delicate balance. In that respect one can only salute the wisdom of the European Commission over the past fifty years never to have brought a case against a Member State before the European Court holding that Member State responsible for an infringement of EC law by a supreme court.

Such an action would entail obvious risks of antagonizing the relationship between a national Supreme Court and the European Court. This is not to say that such an action would have to be entirely excluded, but it should remain an instrument of the very last resort, only to be justified in extreme circumstances.

One may only wish that wisdom to prevail. What the Commission has done, is to ask the Court to condemn a Member State under the infringement procedure because national legislation as interpreted by the national courts, and that up to the level of a Supreme Court, appeared to be incompatible with EC law.[18] This approach avoids a direct attack on national judicial decisions. In the end it is the national legislation which is held to be incompatible with Community law and it is the national legislature who must intervene to redress the infringement.[19]

Of course, the infringement procedure under Articles 226 and 228 EC also constitutes an important instrument at the disposal of the European Commission to contribute to the process of integration through law. The Commission, as the Court has always recognized, has full discretion in using this instrument. In that regard the Commission is in a privileged position. The Court has no possibility whatsoever to select or to filter the cases brought before it. Once a case is brought, it has to be dealt with. The Commission, however, in deciding whether or not to start an infringement procedure can reserve the use of its scarce resources so as to concentrate on those cases which are really important for the development of EC law. Indeed, se-

[18] Case C-129/00, Commission v. Italy [2003], ECR I-14637.

[19] Cp. Christiaan Timmermans, Use of the Infringement Procedure in Cases of Judicial Errors, in T.M.C. Asser Instituut, The European Union An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum Alfred E. Kellermann, Jaap W. de Zwaan, Jan H. Jans, Frans A. Nelissen (Eds), The Hague 2004, p. 155.

lective use of the infringement procedure may allow the Court to decide important issues of EC law, helping forward the integration process whatever the outcome of the case will be. A good example of such a use of the infringement procedure might have been the Open Sky cases brought by the Commission at the end of 1998.[20] Or the case brought against Ireland about waste deposits seeking and obtaining a condemnation for a general failure of implementation of the EC directive in question based on a large number of individual cases.[21]

However, the Commission's policy in using its powers under the infringement procedure does not always demonstrate such a selective approach. Indeed, in the past and until today the Commission also brings individual cases to Court under the infringement procedure where a Member State is not reproached to have badly transposed EU rules, directives particularly, but where it is the application of national rules, themselves considered to be in conformity with EU rules, in an individual case which, according to the Commission, infringes those rules. Examples of this can easily be found in environmental law or in the case-law on public tenders. If such a case is used as a test case, in view of the special nature or the importance as such of the infringement, this may, of course, be fully justified. But one does not always have the impression that such justification could be given for bringing an individual case.[22] However that may be, it is interesting to note that the Commission in a recent communication on its policy on handling its powers under the infringement procedure, is announcing a more selective approach.[23]

---

[20] Cases C-466/98, Commission v. United Kingdom, [2002] ECR I-9427, C-467/98, Commission v. Denmark [2002] ECR I-9519, C-468/98, Commission v. Sweden [2002] ECR I-9575, C-469/98, Commission v. Finland, [2002] ECR I-9627, C-471/98, Commission v. Belgium, [2002] ECR I-9681, C-472/98, Commission v. Luxembourg, [2002] ECR I-9741, C-475/98, Commission v. Austria, [2002] ECR I-9797, C-476/98, Commission v. Germany, [2002] ECR I-9855.

[21] Case C-494/01, Commission v. Ireland, [2005] ECR I-3331.

[22] See also Jean-Pierre Puissochet, L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus? In Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguéz Iglesias, Ninon Colneric, David Edward, Jean-Pierre Puissochet, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (Hrsg), Berlin 2003, p. 569.

[23] Communication from the Commission. A Europe of Results – Applying Community Law, COM(2007) 502 final.

This short contribution to the Liber Amicorum intended to honour my colleague and friend Pranas Kūris addresses the question: What has made European Community Law so important? You will have understood my answer by now: it is because of the cooperation between courts. Integration through law? Yes, but first of all integration through courts. The Europe of the citizen, *l'Europe des citoyens*, may still be running for take off. *L'Europe des juges* is a reality.

Pranas Kūris who is a long-serving judge with a wealth of experience as President of the Lithuanian Supreme Court, judge of the European Human Rights Court of Strasbourg, and now, since four years, judge of the Court of Justice of European Communities, may, I think, share this conclusion.

MRU © MRU

MRU © MRU © MRU

LES RAPPORTS ENTRE LA COUR COMMUNAUTAIRE ET LES COURS CONSTITUTIONNELLES DES ÉTATS MEMBRES[1]

Antonio Tizzano

1. Les rapports entre la Cour de Luxembourg et les Cours constitutionnelles des États membres constituent, comme tout le monde le sait, un des sujets les plus actuels, et en tous cas l'un des plus débattus à l'heure actuelle.

L'enrichissement des instruments de protection des droits fondamentaux par les institutions européennes, en particulier à la suite de l'adoption de la «Charte de Nice», bien qu'il ait été en général accueilli favorablement, à suscité de nouvelles questions et à notamment renforcé les craintes de possibles difficultés dans les rapports entre les diverses institutions compétentes pour garantir cette protection (Cour de Strasbourg, Cour de Justice, Cours constitutionnelles, Cours suprêmes). On pourrait même dire, si l'on examine la fréquence et l'intensité des débats qui se tiennent de diverses manières sur ce point à travers tout le continent, que la problématique posée est, avec les analyses (qui sont cependant connexes) d'abord de la Constitution européenne et ensuite du Traité de Lisbonne, le thème aujourd'hui le plus récurrent parmi les acteurs et les spécialistes de la matière.

Dans le cadre de cette intervention nous examinerons cette problématique sous l'angle qui, pour maintes et évidentes raisons,

[1] Le présent article reprend et développe, en les systématisant, une série de réflexions que nous avons eu l'occasion d'exposer dernièrement dans le cadre de diverses contributions orales et écrites.

présente le plus d'intérêt, à savoir comment s'articule la protection des droits fondamentaux assurée dans le cadre communautaire avec celle qu'offrent d'autres juridictions compétentes en la matière (en particulier, les Cours constitutionnelles) ou, si l'on préfère, quels problèmes découlent d'un système, pour reprendre une expression qui fait florès aujourd'hui, de «multilevel protection».

2. Il convient par ailleurs de souligner dès maintenant que si l'intérêt pour le sujet en examen est tout à fait justifié, moins compréhensible nous paraît une certaine tendance à charger le débat d'accents alarmistes, pour ne pas dire «catastrophistes», jusqu'à évoquer des scénarios préoccupants ou carrément «un état de confusion institutionnalisé». Loin de nous, bien entendu, l'idée de nier les difficultés et les risques de conflits entre lesdites Cours. Mais il nous semble que la dramatisation du sujet accentue de façon excessive ces risques au détriment des aspects positifs qui sont inhérents à cette pluralité de juridictions suprêmes et qui, à notre avis, dépassent largement les aspects négatifs.

Cela avant tout pour des raisons d'ordre général et systématique, car on ne peut pas sérieusement imaginer que cette pluralité de juridictions soit le fruit du hasard ou d'une distraction. Si elle à donc été sciemment instituée, il faut en déduire qu'on à voulu poursuivre par son biais des objectifs bien précis. Et, comme on le verra par la suite, ces objectifs sont, de tout évidence, ceux d'enrichir la protection des droits fondamentaux et de l'assurer à plusieurs niveaux, de se prévaloir à ces fins des apports des différentes instances judiciaires et des systèmes juridiques en cause, et de favoriser de cette manière le développement d'un corpus européen de principes et de valeurs, ainsi que d'un «réseau» juridictionnel européen, qui encourage une participation plus élargie, plus active et plus attentive aux questions européennes de la part des diverses juridictions, de même que des confrontations et des réflexions communes sur les problèmes, au fond assez similaires, qu'elles rencontrent.

Or, face à ces objectifs, c'est plutôt dans une logique opposée à celle de la dramatisation qu'on devrait s'inscrire. Il convient, en d'autres termes, de mettre en exergue la rationalité d'un tel système bien plus que ses contradictions, et encore moins son anarchie. Ce qui

implique, en particulier, pour l'ensemble des organes en cause une impulsion, voire un véritable devoir de dialogue et de collaboration, en vue d'opérer en conformité avec cette exigence de rationalité et de cohérence inhérente au système.

Si donc on s'inscrit dans cette optique, on pourra constater que probablement les risques de conflits ou de collisions sont quelque peu exagérés.

3. Cela est certainement vrai en ce qui concerne les rapports entre la Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg.

Sans nous attarder sur ces rapports, ce qui dépasserait le sujet du présent article, nous nous bornons à souligner qu'ils ne devraient pas soulever de difficultés majeures, et pas seulement en raison du climat optimal de collaboration qui existe entre les deux juridictions, alimenté par des rencontres périodiques fructueuses. En effet, si la Cour de Strasbourg a, pour sa part, eu plusieurs fois l'occasion de relever et même d'apprécier le rôle que joue la Cour de justice communautaire dans les domaines qui relèvent de sa compétence[2]; cette dernière a, quant à elle, toujours respecté, dans les faits comme dans les principes, le rôle spécifique de son homologue de Strasbourg, étant donné que dès ses premiers arrêts en matière de protection des droits fondamentaux, puis à travers des développements toujours plus amples et précis, elle s'est référée et s'est conformée à la jurisprudence de cette Cour, en tant qu'expression de l'organe institutionnellement chargé d'interpréter la Convention de Rome.

On rappellera du reste que c'est précisément sur le fondement de telles références, et en en reprenant même à la lettre la formulation, que l'article F (devenu l'article 6) du Traité sur l'Union Européenne, ajouté par le Traité de Maastricht, à introduit la formule célèbre sur le respect des droits fondamentaux «lesquels sont garantis» au moyen de la Convention précitée, «en tant que principes généraux du droit communautaire», formule reprise par la suite dans tous les textes successifs.

[2] Il suffit de rappeler le célèbre arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Sirketi v Ireland*, n. 45036/98, (2006) 42 EHRR 1.

Les rapports entre la CJCE et la Cour de Strasbourg ne devraient donc pas poser de problèmes particuliers, dans la mesure où, déjà aujourd'hui, la seconde représente pour son homologue communautaire le juge des droits fondamentaux en Europe, reconnu comme tel par l'Union, par ses institutions et par tous ses États membres. Le fait que l'Union en tant que telle ne soit pas membre de la Convention de Rome peut avoir conduit à parler de celle-ci, plus qu'en termes de suprématie formelle, comme d'une source d'inspiration des principes communautaires en la matière. Toutefois, pour ce qui nous intéresse ici, cela n'affecte pas la substance de la question dans la mesure où la Cour de Luxembourg se considère de toute façon liée par ladite Convention et par la jurisprudence de la CEDH. Si et lorsque l'adhésion à la Convention sera réalisée, la situation ne pourra être qu'encore plus évidente d'un point de vue formel.

Evoquer alors, comme on se plaît parfois à le faire, une résistance plus ou moins subreptice de la Cour de Luxembourg à l'égard de la jurisprudence de la CEDH ou pire, une volonté de sa part de supplanter ou d'entrer en concurrence avec la Cour de Strasbourg, est totalement étranger à la réalité de la jurisprudence communautaire.

4. L'analyse paraît plus complexe en revanche en ce qui concerne les rapports entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales.

Certes, si l'on voulait poser le problème en termes rigoureusement formels, il faudrait dire que, à l'égard des juridictions constitutionnelles, la solution devrait être en principe inversée par rapport à celle indiquée à propos de la CEDH, étant donnée la primauté reconnue du droit communautaire. En réalité, les choses ne sont pas aussi simples.

Demeure en effet avant tout la question non encore pleinement résolue de la clarification formelle des rapports entre le droit communautaire et les ordres juridiques nationaux. Sans nous étendre ici sur un thème qui appellerait bien d'autres développements, qu'il suffise d'observer que, dans de nombreux États membres ces rapports donnent lieu, en particulier en ce qui concerne le niveau constitutionnel, à une situation d'ambiguïté formelle, chaque ordre juridique revendiquant – plus ou moins ouvertement et clairement – le droit de consti-

tuer lui-même le fondement ultime de la valeur obligatoire du droit communautaire à l'intérieur de l'État.

De plus, avec le temps, ces rapports se sont tellement imbriqués sur le plan structurel qu'on ne peut plus penser de les appréhender de manière verticale. Pour plusieurs aspects, il convient plutôt de les concevoir comme des relations à caractère, pour ainsi dire, circulaire.

En tout cas, dans presque tous les États membres un certain équilibre à finalement été atteint en la matière, du fait surtout de la jurisprudence des Cours constitutionnelles. Comme on le sait, en effet, celles-ci se sont alignées (bien que sur des fondements théoriques parfois différents) sur les positions de la Cour de Luxembourg en reconnaissant, en principe, la primauté du droit communautaire et donc également des arrêts et principes élaborés par cette Cour.

Nous avons dit «en principe», car en effet, il est bien connu que certaines de ces Cours maintiennent néanmoins une importante réserve, sur laquelle nous reviendrons plus amplement par la suite.

À ce stade, il convient de souligner que l'aménagement en cause à abouti à ce que, concrètement, et malgré les incertitudes théoriques à peine signalées, les relations entre la Cour de justice communautaire et les Cours constitutionnelles se sont jusqu'à présent déroulées dans l'ensemble d'une manière très positive, et cela même indépendamment de l'excellente qualité des rapports directs, constitués notamment de rencontres et visites réciproques non purement protocolaires.

S'il est vrai en effet que toutes ces juridictions ont développé, comme il à été dit, un «double monologue» jurisprudentiel, cela n'a cependant pas entraîné, jusqu'à présent, de difficultés significatives. Au contraire, au fil du temps, la situation s'est de plus en plus améliorée.

Cela avant tout car l'expérience de ces décennies à dissipé les inquiétudes relatives aux supposés risques de «subordination» des juges constitutionnels vis-à-vis de la Cour de justice. On discerne mal, à vrai dire, d'où provenaient ces inquiétudes, étant donné qu'il n'y à aucune trace d'un rapport de ce type ni dans les traités ou dans quelque autre texte normatif que ce soit, ni surtout dans la pratique de la Cour de justice, et ce, non seulement dans ses rapports avec les juridictions constitutionnelles, mais encore dans ceux qu'elle peut avoir avec le plus modeste et le plus périphérique des juges nationaux. Depuis tou-

jours au contraire, et avec une insistance voulue, la CJCE n'a jamais manqué une occasion de souligner que les rapports qu'elle entretient avec les juges nationaux, en particulier dans l'exercice de sa compétence préjudicielle, ne se définissent pas en termes de «suprématie» mais de «collaboration», une collaboration à laquelle elle se prête comme une sorte d'auxiliaire de justice au service des juges nationaux confrontés à un système normatif très complexe, articulé autour d'une panoplie touffue de textes, qui de plus font foi dans un grand nombre de langues, et qui doivent s'imposer et produire leurs effets de manière uniforme dans différents États et systèmes juridiques.

D'autre part, le succès extraordinaire que rencontre la procédure de renvoi préjudiciel confirme que les juges nationaux ont bien compris que le fait de soumettre à la Cour de justice une question préjudicielle n'entraîne aucune remise en cause de leur rôle et aucune diminution de leur prestige. Et cela explique aussi pourquoi, après quelques hésitations initiales, les renvois préjudiciels sont aujourd'hui une pratique parfaitement normale et très courante (parfois trop peut-être...) pour toutes les juridictions nationales, qu'elle qu'en soit le degré ou l'État d'appartenance; une pratique qui, faut-il ajouter, malgré les problèmes que son propre succès à accentué, se déroule à la pleine satisfaction de chacune des parties.

5. Malgré ce contexte positif, cependant, une bonne partie de la doctrine, et non seulement celle qui à été qualifiée plus haut de «catastrophiste», reste focalisée sur les risques, que certains arrivent à estimer quasiment inévitables, de conflits entre la Cour communautaire et les juridictions constitutionnelles des États membres.

Initialement, cette prévision découlait d'une sorte d'axiome, en vertu duquel la Cour de Luxembourg ne serait pas en mesure de garantir la même protection que les juridictions constitutionnelles. En effet, en raison de son rôle et de sa position organique et institutionnelle, elle se préoccuperait par définition davantage des aspects économiques et mercantiles du processus d'intégration, en y subordonnant la protection des droits fondamentaux, et ce avec le risque inévitable d'une diminution de la protection des droits garantis par les constitutions nationales. D'où la distinction opérée par certains entre

les «juges des libertés» (juridictions constitutionnelles et CEDH) et les «juges de l'intégration» (Cour de Justice).

La Charte des droits fondamentaux, approuvée à Nice en décembre 2000, reprise intégralement et formalisée par le Traité constitutionnel (et par la suite par le Traité de Lisbonne) est venue raviver les préoccupations de nombreux observateurs. Cette Charte, comme on le sait, énonce une série de droits, qui correspondent largement à ceux énoncés par la Convention de Rome et/ou les constitutions nationales et dont la protection, dans l'hypothèse où le Traité constitutionnel serait entré en vigueur (et même dans l'hypothèse inverse, étant donné qu'il s'agit en grande partie de dispositions reproduisant des principes que l'on peut déduire du système communautaire), serait demeurée réservée à la Cour de justice en cas de violation de ces droits par des mesures d'origine communautaire ou par des mesures adoptées par les États membres dans le cadre de la mise en œuvre d'obligations communautaires. Le même rôle reviendrait à la Cour si le Traité de Lisbonne entrait en vigueur. Or, une telle perspective, combinée avec une rédaction non particulièrement heureuse de la Charte, et par conséquent susceptible d'accroître la marge du pouvoir discrétionnaire de l'interprète, à aggravé les craintes d'une partie de la doctrine quant aux risques évoqués ci-dessus.

Il faut toutefois remarquer que si de telles préoccupations pouvaient apparaître encore compréhensibles dans les années 1970, lorsque l'horizon de la Communauté était surtout la création d'un marché commun et que l'attention portée à la thématique des droits fondamentaux semblait secondaire, la situation est aujourd'hui totalement différente, ainsi qu'en témoignent la jurisprudence de la Cour et les références toujours plus nombreuses en la matière[3], de même que le reconnaissent des plus en plus également et ouvertement les cours suprêmes nationales et la Cour de Strasbourg[4].

---

[3] V., par exemple, les arrêts du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. I-5659; du 23 octobre 2003, *RTL*, C-245/01, id. I-12489; du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, id. I-9609, et, tout dernièrement, du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, non encore publié au Recueil.

[4] V., par exemple, Conseil constitutionnel français 19 novembre 2004, n. 2004-505, in Journal officiel de la République française du 24 novembre 2004, p. 19885; Tribunal constitucional español 13 décembre 2004, n. 1/2004 DTC, in Boletín Oficial del

Par ailleurs, on ne comprend pas bien en vérité si les préoccupations dont on fait parfois état expriment des craintes à l'égard d'une sorte de «mise à l'écart» du juge naturel des droits constitutionnels (c'est-à-dire des juridictions constitutionnelles) au profit de la Cour de justice et/ou d'un affaiblissement de la protection de ces droits. En effet, les deux aspects ne vont pas nécessairement de pair. Il est assez singulier que ceux qui, y compris parmi les européanistes les plus convaincus et les plus éminents, ont reconnu (et dans d'autres circonstances, exalté) la primauté du droit communautaire et se sont ensuite battus pour une Charte européenne des droits, perçoivent aujourd'hui comme une «menace» le fait que, dans les domaines où ces droits se chevauchent, cette Charte et l'interprétation qu'en fait son juge tout aussi «naturel» prévalent, en présentant comme quasiment certain que cela entraînera, outre des conflits de compétence, un affaiblissement des protections constitutionnelles.

Ces inquiétudes pour la sauvegarde des prérogatives des juridictions constitutionnelles sont bien compréhensibles, mais l'on ne voit pas pourquoi il faudrait agiter comme un épouvantail la possibilité que la Cour de Luxembourg interfère avec lesdites juridictions pour en déduire une dégradation automatique de la protection qu'elles garantissent, et, sur cette base, s'inscrire dans une logique de compétition et de conflit au lieu d'une logique de coopération et de coordination reposant sur un système intégré et renforcé de protection des droits fondamentaux.

6. De fait, cependant, ces préoccupations ont inévitablement fini par pousser une partie de la doctrine à rechercher des instruments appropriés pour sauvegarder la spécificité et le champ d'intervention des juridictions constitutionnelles en vue de la protection des valeurs suprêmes contenues dans les chartes fondamentales nationales, ravivant notamment l'intérêt pour la théorie dite des «contre-limites» comme instrument privilégié pour atteindre un tel résultat.

Estado n. 3 du 4 janvier 2005, p.5; Cour constitutionnelle de la République tchèque n. 50/2004 du 8 mars 2006, in Journal officiel de la République tchèque sous n. 154/2006 Sb; Conseil d'État français 26 janvier 2007, *Société Arcelor*, non encore publiée au Recueil Lebon. Dans la jurisprudence de Strasbourg, v. l'arrêt *Bosphorus*, déjà mentionné.

Comme on le sait, cette doctrine consiste à restreindre la porté des limitations de souveraineté imposées par le processus communautaire, en fixant des limites... à ces limitations (justement des «contre-limites»), et en reconnaissant aux juridictions constitutionnelles nationales pour ainsi dire le dernier mot sur le contrôle du respect de ceux-ci.

Ainsi, une grande partie de ces juridictions s'est précisément réservée le droit de déclarer l'inconstitutionnalité des lois de ratification des textes communautaires dans l'hypothèse où ceux-ci, ou bien des actes fondés sur eux, devaient porter atteinte à la protection des droits fondamentaux proclamés par les constitutions nationales, ainsi qu'à ce qu'elles appellent, selon les cas, les «principes fondamentaux», le «noyau dur», «l'identité constitutionnelle», le «caractère démocratique», etc. de leur propre État. Et ce, même en prenant en compte le risque qu'une telle réaction puisse mettre en cause la participation de l'État au processus d'intégration en le poussant à le retraite de l'Union[5].

Il n'est pas nécessaire de s'arrêter longuement sur ces réactions, qui par ailleurs ont déjà été dans le passé l'objet dans le passé de nombreuses critiques de la part de la doctrine. Nous nous bornons ici à rappeler qu'elles avaient été jugées, d'une part, incompatibles avec les obligations internationales et communautaires des États membres et, d'autre part, peu crédibles en raison du caractère disproportionnées de la réaction envisagée. Et au fond, à bien lire entre les lignes, les mises en garde qui récemment encore ont été réitérées sur ce point semblent plutôt destinées, malgré les accents résolus avec laquelle elles sont faites, à réaffirmer une attention vigilante et rassurante que constituer une réelle menace de mesures radicales. On dirait même qu'une telle mise en garde est reprise avec d'autant moins de conviction qu'est vive la conscience d'une sorte de «condamnation» à devoir vivre et se

[5] Nous nous référons en particulier aux orientations bien connues des Cours constitutionnelles allemande (v. Bundesverfassungsgericht 22 octobre 1986, *Solange II*, in BVerfGE 73, 339 et 12 octobre 1993, *Mastricht*, in BVerfGE 89, 155) et italienne (v. Corte Costituzionale 27 décembre 1973, n. 183, *Frontini*, in *Foro italiano*, 1974, I, 314 et 8 juin 1984, n. 170, *Granital, id.*, 1984, I, 2062, mais également d'autres juridictions nationales, telles que (tout dernièrement) celles évoquées à la note précédente.

coordonner avec la jurisprudence communautaire dans une situation qui non seulement offre peu d'alternatives réellement praticables, mais en plus, vu les précédents, déconseille de pousser les divergences jusqu'à leurs conséquences extrêmes.

En tout état de cause, il est certain que ladite réserve apparaît encore moins justifiée aujourd'hui; et ce, non seulement en raison de ce qu'on vient de dire de l'attention toujours plus marquée et évidente que la Cour communautaire porte à la protection des droits fondamentaux, mais aussi en raison des garanties croissantes que le système communautaire présente dans son ensemble sur ce point, et dont témoignent les derniers développements en la matière.

7. Il faut toutefois bien reconnaître que – même indépendamment des positions de leur Cours suprêmes - les États membres ne pourraient (ou auraient du mal à) accepter une décision communautaires bouleversante pour les principes fondamentaux de leur système constitutionnel. C'est justement là, en effet, que se situe le fondement politique et juridico-institutionnel des «contre-limites» constitutionnels.

Mais il faut souligner à cet égard un aspect que d'habitude on ne considère pas ou pas assez, à savoir qu'une sorte d'erreur de perspective se cache derrière ces prises de position. Et cela consiste dans le fait que des véritables et équivalentes «contre limites» existent tout d'abord au niveau communautaire.

Il faut en effet partir de l'idée que le principe du respect de l'identité des États membres et donc de leurs principes fondamentaux, de leur noyau dur, est inscrit tout d'abord dans – et est inhérent à – la «Constitution» communautaire. Et il convient de préciser qu'on ne se réfère pas ici au Traité constitutionnel (ou à présent au Traité de Lisbonne, qui à repris à cet égard, les mêmes dispositions), mais bien à la constitution matérielle, aux principes structurels de l'Union, qui sont tout à fait indépendants du destin du Traité constitutionnel (ou à présent du Traité de Lisbonne), celui-ci n'ayant fait qu'inscrire ces principes dans un texte de rang primaire.

Or, quand dans ce Traité (et ensuite dans celui de Lisbonne) on déclare que l'Union respecte «l'identité nationale [des États membres] inhérente à leur structure fondamentale, politique et constitu-

tionnelle» (art. I-5 du Traité constitutionnel, et art. 4 du Traité de l'Union européen, tel que modifié par le Traité de Lisbonne), quand il est imposé d'interpréter les droits fondamentaux en conformité avec les traditions constitutionnelles nationales (art. 52.4 de la Charte de droit fondamentaux), et quand il est imposé de ne pas affaiblir le niveau de protection assuré par les constitutions nationales (art. 53 de la Charte des droits fondamentaux), on ne fait, en réalité, qu'inscrire dans les textes ce qui résulte dès à présent des principes structurels de l'Union (et même de la jurisprudence de la Cour!).

En fait, il serait inconcevable que les institutions communautaires puissent dans leur action porter atteinte à ladite identité ou même rester insensibles aux exigences fondamentales d'un État membre, sans mettre en cause ce qu'on pourrait appeler le pacte constitutionnel qui lie l'Union à ses États membres et qui est le fondement même du processus d'intégration européen.

S'agissant donc des aspects qui préoccupent les Cours suprêmes, il ne faut pas perde de vue que des obligations et des contrôles existent tout d'abord au niveau communautaire et font déjà partie du «bagage» des institutions ou, pour le moins, des juges communautaires.

Cette réalité – et cela pourrait être une première conclusion – devrait déjà apaiser les soucis des Cours suprêmes.

8. Passons à présent du coté des États membres.

On peut bien comprendre – nous le répétons - que les États membres et leurs Cours proclament la nécessité de défendre leurs valeurs fondamentales. Mais il faut en même temps souligner qu'ils sont également insérés (certains depuis 50 ans!) dans le système juridique communautaire, à savoir dans un système qui, à son tour, élabore dans le temps ses propres valeurs. Ils ne peuvent alors pas se considérer comme des monades, totalement enfermées et isolées, dont les valeurs, même constitutionnelles, seraient intangibles, immutables et imperméables. Tout au contraire, du fait de leur appartenance à l'Union européenne et des obligations internationales en découlant, ainsi que de l'intégration des ordres juridiques respectifs, ils se doivent de tenir compte des exigences et des développements du processus communautaire, ainsi que de la dynamique que ce processus à déclanchée et con-

tinue à déclancher au niveau également de la formation de valeurs communes.

Ces valeurs doivent donc être pleinement intégrées dans les systèmes de tous les États membres et devenir également, voire nécessairement, des valeurs nationales. En d'autres termes, tenir dûment compte de ces valeurs et s'efforcer d'y adapter les leurs devrait être, en principe, pour ces États un processus parfaitement naturel.

Cela d'autant plus que les valeurs communautaires sont normalement des valeurs de dérivation nationale, dans le sens qu'afin de les dégager la Cour de justice s'inspire, en principe, précisément, des systèmes juridiques des États membres. Et cela conformément, du reste, à la pratique qu'elle à toujours suivi pour expliquer son rôle décisif dans la construction de l'ordre juridique communautaire[6].

Comme tout le monde le sait, en effet, l'expérience juridique des États membres à été, et demeure l'horizon naturel auquel la Cour s'est rapporté et se rapporte pour définir les normes et les principes d'un ordre qui n'en avait pas (ou pas assez), et qu'inévitablement il était demandé à la Cour de dégager ou, comme on le dit de manière un peu impropre, de «créer». Cela vaut naturellement également pour les principes et les règles relatives à la protection des droits fondamentaux, pour lesquels la Cour, en plus de se référer à la CEDH, s'est également tournée vers les droits nationaux. D'autre part, s'il n'en avait été ainsi, où aurait t-elle dû puiser sa source d'inspiration, sinon dans des ordres juridiques qui présentent une évidente homogénéité par rapport à l'ordre communautaire et qui constituent l'humus, l'environnement juridique «naturel» de l'Union et de son juge? Ce qu'elle à pu faire de manière d'autant plus efficace et utile que tous les ordres en question se situent dans le contexte d'une civilisation juridique commune, fondée sur des systèmes désormais fondamentalement homogènes et des principes communs ou en tout cas compatibles.

On peut encore ajouter, en termes plus généraux, que l'action que la Cour mène à cette fin depuis des décennies, à constitué et constitue

[6] Voir à cet égard V. SKOURIS, *L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des États membres sur l'interprétation du droit communautaire*, in *Festscrhift für Günther Hirsch*, München 2008, p. 175ss.

également sur ce plan un authentique facteur d'intégration. Elle à en effet permis que le rapport entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux ne prenne pas un caractère alternatif et encore moins d'opposition, mais qu'il évolue dans le sens de la recherche de la compatibilité et de l'osmose entre les valeurs de l'un et des autres, dans une dialectique qui – d'une manière pas toujours linéaire, il est vrai – à vu, et voit ces systèmes s'adapter, s'intégrer et se conditionner les uns les autres dans un échange réciproque. Et ce précisément grâce à cette sorte de «création» et de diffusion «spontanée» de principes, de méthodes et de pratiques juridiques qui se réalise dans le cadre communautaire du fait du processus «naturel» de rapprochement, d'harmonisation et parfois même d'uniformisation des règles juridiques. Un processus que le développement même du chemin de l'intégration favorise au plus haut degré, en mettant en rapport et en obligeant à la coexistence et à la recherche de la plus grande compatibilité réciproque les droits nationaux entre eux et ceux-ci avec le droit communautaire.

Et l'on en perçoit les reflets, non seulement dans les réactions des juristes, qui raisonnent toujours davantage dans le cadre de cette communauté de valeurs et de principes, mais également en ce qui concerne les structures et les pratiques constitutionnelles des États membres lesquels, sous la pression du processus d'intégration, évoluent et se transforment afin de se conformer aux exigences de ce processus.

9. Quand elles s'interrogent alors sur la lésion éventuelle d'une valeur fondamentale de leur propre État et sont confrontées donc à un problème de compatibilité entre principes fondamentaux communautaires et nationaux, les juridictions des États membres ne pourront pas s'en tenir à leurs seuls principes constitutionnels, en se bornant à une analyse traditionnelle et unilatérale, toute tournée vers l'intérieur du système nationale en cause. Il faudra, au contraire, prendre en compte le système global des valeurs de l'Union, avec ses évolutions, les influences réciproques et les rapprochements que tout cela implique. Et c'est justement dans cette optique, nous croyons, que ces juridictions devront dans chaque cas évaluer s'il y à vraiment une menace ou une violation des principes fondamentaux de leurs propres ordres juridiques et donc si une véritable incompatibilité existe.

Tout cela entraîne évidemment que l'application éventuelle de la doctrine dite des «contre-limites» ne peut pas être le fruit d'une décision unilatérale. Elle doit passer non seulement par ladite évaluation du droit communautaire, mais, le cas échéant, également par l'implication de la Cour de Luxembourg. Pour les raisons évoquées, en effet, c'est à cette Cour que revient la tâche de dégager et faire évoluer les valeurs et les principes communs, étant donné son rôle et sa position institutionnelle et fonctionnelle.

Il est en effet évident qu'à ces fins le rôle des juges communautaires et des juges nationaux ne peut pas être considéré comme équivalent. Comme on le sait, la Cour communautaire peut être saisie par l'ensemble des juridictions nationales et ses arrêts ont la même valeur dans tous les États membres. Son horizon n'est donc ni celui d'un seul ordre juridique, ni celui d'une seule constitution, mais l'ensemble des valeurs et des traditions constitutionnelles des États membres. D'autre part, ces valeurs et traditions sont introduites dans le système juridique communautaire non tant en ce qu'elles seraient communes aux États membres mais si – selon l'appréciation de la Cour de justice – elles apparaissent cohérentes, compatibles et conformes avec ce système.

Si donc l'application de la doctrine des «contre-limites» devait être envisagée par une juridiction nationale, on ne pourrait faire l'économie d'une implication préalable de la Cour communautaire afin de vérifier précisément la portée exacte des principes communautaires en cause, les marges disponibles pour une éventuelle «adaptation» de ces principes aux principes constitutionnels pertinents (et/ou vice-versa, si on se place dans le contexte d'un dialogue avec les Cours nationales) et, en fin de compte, le véritable degré d'incompatibilité entre les uns et les autres.

Cela d'autant plus que cette incompatibilité ne ressort pas toujours clairement et directement des textes. En effet, les principes dont on parle sont des principes de portée très générale, leur formulation étant parfois même assez générique et devant, le plus souvent, être précisée par la voie jurisprudentielle.

De larges marges d'appréciation existent donc pour les juridictions en cause. Dans ces conditions, on n'émet pas une hypothèse hasardée en prévoyant que si les rôles respectifs de chacune d'elles seront

respectés, les possibilités d'une atteinte aux valeurs fondamentales des constitutions nationales, et surtout la persistance d'une telle atteinte, seront réduites véritablement au minimum.

10. Tout ce qui précède devrait également, comme pour les autres aspects examinés plus haut, apaiser les préoccupations des Cours suprêmes, car il en résulte que les risques d'affaiblissement de la protection constitutionnelle interne apparaissent encore une fois beaucoup moins consistants et dramatiques qu'on le prétend parfois. Et cela surtout si, comme le montre la Cour de Strasbourg, on porte son attention, non pas sur l'identité de la protection, mais sur l'équivalence et la comparabilité des garanties.

En affirmant cela, on ne veut pas dire, bien entendu, que de tels risques soient totalement exclus, même s'ils constituent en vérité une donnée quasiment physiologique dans les systèmes structurés de juridiction. Ce que par contre nous voulons souligner c'est que tout le système tend à la recherche de points de convergence – et parfois même de compromis – entre les diverses instances juridictionnelles, comme le démontrent précisément les positions, passées mais surtout plus récentes, qu'elles ont adoptées dans la pratique. Il est en fait vrai que chacune d'elles est liée à un principe identitaire ainsi qu'à une cohérence intrinsèque qui lui est propre; mais il est tout aussi vrai que jusqu'à présent, elles ont toutes fait preuve d'une grande sensibilité aux exigences globales du système et à son harmonie.

Plutôt donc que d'insister sur une logique de conflit et d'antinomie, il faut compter – répétons-le – sur la capacité des systèmes juridiques à s'organiser et à réagir de manière rationnelle à leurs inévitables difficultés de fonctionnement et, surtout, aux implications, particulièrement complexes que comporte leur développement.

Ceci, d'autant plus qu'alors que le tableau que dressent les dénonciateurs de ces risques est plutôt chargé, bien plus pauvres apparaissent les propositions de solution avancées. Il est vrai d'autre part qu'en l'état il n'est nullement facile d'envisager de solutions concrètes à ce problème et encore moins d'en trouver qui puissent être en même temps partagées par tous et véritablement efficaces et praticables.

En effet, on ne peut pas sérieusement songer à des réponses de caractère organisationnel ou structurel, telle que la création d'un or-

gane ad hoc, une sorte d'«agent de la circulation» européen chargé de réguler le trafic entre les différentes institutions juridictionnelles impliquées, tranchant les éventuels conflits de compétence entre ces dernières. Le caractère irréaliste d'une telle réponse, qui n'apporterait très probablement aucune solution et ne ferait qu'allonger inutilement les délais et complexifier les procédures et les appareils bureaucratiques est évident.

11. A la lumière de tout ce qui précède, il apparaît de toute évidence que pour aider chacune des juridictions en cause dans leurs tâches respectives qu'on vient d'évoquer et surtout pour faire face à d'éventuelles difficultés, il n'y à qu'un seul moyen utile et cohérent avec la logique et la rationalité du système. Et ce moyen est le dialogue et la coopération entre les juridictions en cause, en conformité avec les critères et les orientations décrits auparavant.

Or, comme on l'a déjà rappelé, la Cour de Luxembourg entretient depuis longtemps un tel dialogue avec les différentes Cours nationales, et cela à donné jusqu'à présent des résultats très positifs. Il demeure néanmoins que ce dialogue s'est déroulé surtout au niveau informel, alors que pour répondre aux exigences susmentionnées, ainsi que pour éviter tout risque de difficultés et de malentendus, il pourrait donner bien davantage de résultats s'il était institutionnalisé et structuré.

Malheureusement, ce type de dialogue se trouve, pour l'heure, peu développé en partie pour des raisons formelles (comme par exemple dans les relations entre la Cour de Strasbourg et la Cour de justice communautaire, tout au moins jusqu'à l'éventuelle adhésion de l'Union à la Convention de Rome) et en partie du fait des réticences de certaines Cours constitutionnelles à se servir des instruments à leur disposition, et notamment du mécanisme du renvoi préjudiciel visé à l'article 234 CE. À cette fin, comme on le sait, on invoque diverses motivations formelles, mais en particulier la nature «non juridictionnelle» desdites Cours, ainsi que le caractère non contradictoire de la procédure qui se déroule devant elles. Ce qui impliquerait la non applicabilité en l'espèce de la disposition du Traité en cause.

Après tous les débats qui se sont déroulés à ce sujet, il n'est pas nécessaire de revenir ici sur ces questions, sinon pour remarquer que la notion de «juridiction» au titre de l'art. 234 est elle aussi une notion

de droit communautaire, qu'en tant que telle son interprétation rentre dans la compétence exclusive de la Cour, et que celle-ci en à précisé la porté dans des termes qui ne permettent pas d'en soustraire les Cours en question.

En tout le cas, il ne s'agit pas de demander à ces juridictions de renoncer à mettre en avant leurs propres spécificités. Il s'agit au contraire seulement de vérifier s'il est possible de saisir pleinement les occasions qu'offre le mécanisme des renvois préjudiciels.

En effet, comme on l'a vu, le refus de procéder à des tels renvois à la Cour de justice, d'une part, affaiblit l'importance de ce mécanisme de collaboration que par ailleurs lesdites Cours ne manquent pas de promouvoir à l'égard des autres juridictions nationales; d'autre part, il exclut toute possibilité de profiter utilement des renvois dans les cas qui posent problème.

En particulier, pour ce qui nous intéresse ici, dans les cas (aujourd'hui rares, mais peut-être plus fréquents à l'avenir) où serait en cause une disposition du droit communautaire incompatible avec les principes fondamentaux d'une Constitution nationale, le refus du renvoi empêcherait une confrontation directe avec la Cour de justice afin de vérifier si la règle communautaire doit effectivement être interprétée dans un sens contraire à ces principes. Une Cour constitutionnelle se priverait ainsi de la possibilité de saisir la Cour de justice d'une question motivée, lui soumettant les appréciations qu'elle pourrait formuler elle-même, avec toute son autorité, sur le problème.

On pourrait encore ajouter, sur un plan plus général, qu'une telle attitude risque de mettre les Cours constitutionnelles qui la pratiquent aux marges du processus de constitutionnalisation en cours dans l'Union. Cela parce que le dialogue avec la Cour communautaire visant à vérifier l'existence et la portée des principes fondamentaux dans le contexte européen serait restreint aux Cours qui utilisent la procédure préjudicielle. Les autres risqueraient, par contre, de rester à l'écart de cette sorte de réseau judiciaire en formation qui est destiné à favoriser la confrontation, l'approfondissement et l'influence réciproque entre valeurs nationales et valeurs communes, et donc le développement d'un patrimoine partagé de droits et de principes.

12. Par ailleurs, comme on l'a déjà remarqué, si certaines parmi elles excluent l'idée de procéder de façon autonome à un renvoi préjudiciel, toutes les Cours constitutionnelles nationales ont cependant toujours assuré, bien que de manière indirecte, une collaboration satisfaisante avec la Cour communautaire.

Ce qui en soi témoigne d'une forte sensibilité desdites Cours pour les exigences du droit communautaire. Il n'est donc pas surprenant qu'au fil du temps cette sensibilité, ainsi que les analyses de plus en plus développés de la doctrine, ont exercé une influence croissante sur l'attitude des Cours nationales. Celle-ci à en effet fortement évoluée dans les derniers temps, si bien que le nombre de juridictions suprêmes nationales qui partagent une perspective de dialogue institutionnalisé s'est élargi de plus en plus.

C'est le cas, en particulier, des Cours constitutionnelles autrichienne, belge et lituanienne[7]. Mais c'est également le cas de la Cour constitutionnelle italienne, un cas qu'il convient de souligner de manière particulière s'agissant d'une juridiction qui avait toujours pris ouvertement une position contraire à l'utilisation du recours préjudiciel et qui s'est finalement «convertie» à l'idée d'opérer de tels renvois. En opérant, en effet, un véritable revirement de sa propre jurisprudence, la Cour constitutionnelle italienne à décidé tout récemment de saisir la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel[8]. Ce qui n'est pas resté naturellement sans écho dans la doctrine, d'autant plus que la jurisprudence de la Cour italienne, à l'instar de celle du Bundesverfassungsgericht allemand, à souvent constitué un point de repère pour les juridictions constitutionnelles d'autres États membres dans le cadre de

[7] V. pour l'Autriche, Verfassungsgerichtshof, 10 mars 1999, (arrêt de la Cour de justice du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer*, C-143/99, Rec. p. I-8365); pour la Belgique, Cour d'arbitrage 10 mai 2006 (arrêt de la Cour de justice du 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, C-212/06, non encore publié au Recueil), et pour la Lituanie, Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas 8 mai 2007, Byla Nr. 47/04 (aff. *Sabatauskas*, C-239/07, pendante devant la Cour de justice).

[8] Communiqué de presse de la Corte Costituzionale du 13 février 2008. Dans un sens contraire au renvoi préjudiciel, v. Corte Costituzionale 29 décembre 1995, n. 536, in *Foro italiano*, 1996, I, 783.

la définition des rapports entre droit communautaire et droits nationaux.

On peux donc bien espérer que cette décision puisse encourager un ...esprit d'imitation, et en tout cas démentir, une fois pour toutes, les arguments tirés, à l'encontre du recours à l'article 234 CE, de la nature des fonctions attribuées aux Cours constitutionnelles à l'intérieur du système juridique national.

13. À la lumière de l'ensemble de ces réflexions, il paraît donc bien regrettable que la tendance à mettre l'accent sur les risques que comporterait la pluralité des instances judiciaires compétentes en matière de droits fondamentaux ait fait passer au second plan les opportunités que cette situation présente. On peut en effet se demander, certes de manière rhétorique après l'analyse qui précède, si cette pluralité doit être considérée seulement comme une source potentielle de difficultés et de conflits, ou si au contraire elle ne se prête pas, dans un système aussi diversifié de traditions et de sensibilités que celui de l'Europe, à enrichir le débat sur les valeurs constitutionnelles du continent.

S'il est vrai, en effet, que doive être sauvegardée l'identité nationale et constitutionnelle des États membres, spécialement au niveau des valeurs supérieures, il est tout aussi vrai que le processus communautaire pousse vers la formation d'un socle commun de principes et de valeurs partagés au sein de l'Union par toutes les institutions et à tous les niveaux.

Il faudrait donc mettre surtout l'accent sur les perspectives positives liées à cet espèce de réseau judiciaire destiné à garantir une justice constitutionnelle européenne plus ample et plus étoffée, au service du projet d'intégration ainsi que du développement d'un corpus de droits et de principes communs, enrichi par les apports réciproques des systèmes concernés. C'est précisément le concours des diverses juridictions qui peut en effet favoriser l'influence réciproque et l'échange entre les valeurs nationales et les valeurs communes susceptible d'alimenter et de renforcer ce «patrimoine constitutionnel européen», appelé à former le cadre et le creuset de l'identité européenne.

La pluralité des institutions juridictionnelles ne doit donc pas être considérée seulement comme une source de situations conflictuel-

les, dans lesquelles en dernière analyse ne valent que les appartenances. Certes, si au bout d'un certain temps les risques redoutés devaient effectivement se confirmer, on pourra alors apprécier, à la lumière de l'expérience et des problèmes réels qui, éventuellement, apparaîtront, si, comment, et dans quelle direction il faudra (si possible) intervenir.

Pour le moment, cependant, il convient de rester confiant dans le fait qu'encore une fois, comme par le passé, la force et la dynamique du processus d'intégration européenne, la volonté éprouvée de collaborer et la confiance réciproque entre les juridictions concernées, permettrons de faire évoluer de façon positive les situations qui aujourd'hui sont présentées comme sources éventuelles de difficultés et de dangers.

MRU © MRU

NOTARŲ IR ADVOKATŲ TEISĖS LAIKINAI IR NUOLAT TEIKTI PASLAUGAS KITOJE NEI KILMĖS VALSTYBĖJE PAGAL EUROPOS BENDRIJOS TEISĘ

Ignas Vėgėlė

Įžanga

Šiame straipsnyje analizuojama asmenų, užsiimančių notaro ir advokato praktika, bei jų ekonominės veiklos rezultatų judėjimo laisvė Europos Bendrijoje (toliau – EB). Straipsnyje nenagrinėjamos bendrosios Europos Sąjungos (toliau – ES) piliečių ir jų šeimos narių teisės, kylančios išimtinai dėl jų pilietybės arba ryšio su ES piliečiu, tačiau nagrinėjamos konkrečiomis profesijomis užsiimančių asmenų teisės dirbti kitoje EB valstybėje narėje, nuolat arba laikinai teikti paslaugas[1].

Laisvo asmenų judėjimo taisyklių taikymas teisės krypties profesijoms nėra vienareikšmiškai reguliuojamas Bendrijos teisėje. Visų pirma skiriasi teisės krypties profesijos sąvoka, pavyzdžiui, Lietuvoje teisinėmis pareigybėmis pripažįstamos ne tik tradiciškai prie jų priskiriamos pareigybės ir profesijos (teisėjas, prokuroras, antstolis, advokatas, teisininkas), bet ir Seimo nario, mero, ambasadoriaus ir kai kurios kitos pareigybės [1]. Be to, valstybės skirtingai reguliuoja konkrečiai profesijai teikiamų teisių ir pareigų apimtį, pareigybės arba profesijos

[1] Toliau straipsnyje laisvas minėtų profesionalų judėjimas suprantamas būtent šia prasme. Pažymėtina, kad Lietuvos teisės aktuose profesionalų steigimosi laisvės sąvoka neretai verčiama kaip teisė teikti nuolatines paslaugas. Nuolatinių paslaugų kitoje EB valstybėje narėje teikimo ir steigimosi laisvės sąvokos šiame straipsnyje vartojamos kaip sinonimai.

funkcijas, reikalavimus asmeniui, siekiančiam užsiimti profesine veikla arba užimti tam tikras pareigas, skirtingi yra profesinės etikos reikalavimai, drausminė atsakomybė ir pan.

Dar ankstyvojoje jurisprudencijoje Europos Bendrijų Teisingumo Teismas (toliau – ir Teismas) advokato veiklai pritaikė Sutartyje įtvirtintų pagrindinių laisvių reikalavimus ir pabrėžė, kad tipiškos advokato veiklos, pavyzdžiui, teisinių konsultacijų ir teisinės pagalbos teikimo, taip pat atstovavimo šalims ir jų gynimo teisme, negalima laikyti veikla, susijusia su viešosios valdžios funkcijų vykdymu [2, p. **51–53**]. Vėliau Teismas nagrinėjo grupę bylų, susijusių su advokatų teise verstis nuolatine praktika ir paslaugų teikimu laikinai, o Taryba, siekdama bent iš dalies suderinti advokatų paslaugų teikimą, priėmė Tarybos direktyvą 77/249/EEB, skirtą padėti teisininkams veiksmingai naudotis laisve teikti paslaugas [3]. Ši direktyva buvo nukreipta išimtinai reguliuoti teisinių paslaugų laikiną teikimą kitoje valstybėje narėje, todėl joje nebuvo reguliuojamas advokato kvalifikacijos pripažinimas. Advokatai, kurie siekė tapti kitos EB valstybės narės advokatūros nariais ir įgyti kitos valstybės narės profesinį vardą, turėjo vadovautis vėliau priimtos bendrosios pripažinimo sistemos direktyva 89/48/EEB dėl aukštojo išsilavinimo diplomų pripažinimo bendros sistemos [4]. Šioje direktyvoje buvo numatytas advokato profesinis pripažinimas, tačiau tokiam pripažinimui valstybės narės galėjo nustatyti arba adaptacijos laikotarpį (kvalifikacijos kėlimo mokymus), arba kvalifikacijos patikrinimo testą (egzaminą). Pasakytina, kad visos valstybės narės, išskyrus Daniją, kuri reikalavo tik kvalifikacijos kėlimo mokymų [5, p. 61], nustatė kvalifikacijos patikrinimo testą, o kai kurios, pavyzdžiui, Vokietija, šį reikalavimą suskaidė net į du rašytinius egzaminus, kiekvieną po penkias valandas, ir vieną vienos valandos egzaminą žodžiu [6, p. 363]. Vėliau buvo priimta Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/5/EB, skirta padėti advokatams verstis nuolatine advokato praktika ne toje valstybėje narėje, kurioje buvo įgyta kvalifikacija [7]. Ši direktyva įgalino advokatą įsisteigti kitoje valstybėje narėje, be to, nelaikant kvalifikacijos egzamino įgyti kitos valstybės narės profesinį advokato vardą.

Naujoji kvalifikacijos pripažinimo direktyva – Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2005/36/EB dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo [8], pakeitusi, *inter alia,* direktyvą 89/48/EEB dėl aukš-

tojo išsilavinimo diplomų pripažinimo bendros sistemos [4], taikoma advokatų profesiniam pripažinimui, kai advokatas siekia nedelsdamas įsisteigti kitoje valstybėje narėje priimančios valstybės narės profesiniu vardu [8, preambulės 42 p.; 9].

Įgyvendinant šias direktyvas buvo priimti atitinkami Advokatūros įstatymo pakeitimai ir papildymai, be to, tam tikri reikalavimai įtvirtinti įstatymų įgyvendinamuosiuose teisės aktuose, kurie taip pat yra šio straipsnio tyrimo objektas. Straipsnyje taip pat analizuojama advokatų padėjėjų teisinė padėtis.

Pažymėtina, kad teisėjų judėjimo laisvei Europos Bendrija neskyrė tokio dėmesio, nes pripažino, kad jų darbas patenka į valstybės tarnybos išimtį, įtvirtintą Europos Bendrijos Sutarties 39 str. 4 dalyje. Lietuvos Respublikos Konstitucijoje nustatyta, kad teisėju Lietuvoje gali būti tik Lietuvos Respublikos pilietis [10, 112 str. 1 d.; 11, 51 str. 1 d.]. Prokurorams [12, 25 str. 1 d.] ir antstoliams [13, 4 str. 1 dalis] Lietuvoje taip pat taikomas Lietuvos pilietybės reikalavimas. Nors laisvas antstolių arba panašias funkcijas vykdančių asmenų judėjimas nėra šio straipsnio nagrinėjimo objektas, vis dėlto Lietuvoje nustatytas pilietybės reikalavimas antstoliams gali pažeisti Europos Bendrijos teisę.

Notarų profesijai iki tam tikro laiko neskirta dėmesio, tačiau pastaruoju metu Komisija ginčija, ar notarams tikrai taikytina viešosios valdžios funkcijų vykdymo išimtis. Atsižvelgiant į tai, kad kai kurioms teisinėms profesijoms valstybės narės siekia taikyti valstybės tarnybos išimtį, straipsnyje trumpai nagrinėjami šios išimties taikymo problemiai aspektai.

1. Viešosios valdžios funkcijų vykdymo sąlyga[2]

Kaip jau buvo minėta, grupei teisės krypties profesijų valstybės narės siekė taikyti viešosios valdžios funkcijų vykdymo sąlygą. Net advokato profesijos atžvilgiu Belgijos institucijos įrodinėjo būtinumą

[2] Šiame straipsnyje laikoma, kad EB sutarties 39 str. 4 d. įtvirtintai „darbo valstybės tarnyboje“ ir EB sutarties 45 str. 1 d. įtvirtintai „viešosios valdžios funkcijų vykdymo“ išlygoms taikyti numatomi tokie patys reikalavimai.

taikyti viešosios valdžios funkcijų vykdymo sąlygą, tačiau Teismas tokį požiūrį nedviprasmiškai atmetė [2, p. **51–53**].

Viešosios valdžios funkcijų vykdymo, taip pat kaip ir valstybės tarnybos, išimtys iš esmės yra ribojimo pagrįstumo sąlygos, t. y. valstybės narės turi teisę pateisinti jų nacionaline teise ribojamą Europos Bendrijos laisvą asmenų judėjimą. Viešosios valdžios funkcijų vykdymo ribojimo pagrįstumo sąlyga galima riboti priėmimą į darbą laisvo darbuotojų judėjimo atveju bei teisės laikinai bei nuolat teikti paslaugas suteikimą. Jei užsienietis yra priimamas į darbą, nepaisant to, kad jo pareigos galėtų atitikti valstybės tarnybos sąvoką, draudžiama taikyti jam apribojimus darbo sąlygų atžvilgiu remiantis šia sąlyga [14, p. 4, 6]. Vis dėlto yra leidžiama nesuteikti teisės į pareigų paaukštinimą, jeigu pareigos po paaukštinimo įgytų Sutarties 39 str. 4 d. nurodytą apsaugą [15, p. 10].

Teismas visų pirma pabrėžė, kad valstybės tarnybos sąvokos turinys negali būti aiškinamas remiantis vien tik nacionaline teise ir taip kliudyti taikyti Bendrijos taisykles [16, p. 18, 19]. Kadangi valstybės tarnybos išlyga įgalina riboti vieną iš pagrindinių Europos Bendrijoje garantuojamų laisvių, Teismas buvo linkęs ją aiškinti siaurai, atsižvelgdamas į funkcinį aspektą: valstybės tarnybos išlygą galima taikyti tik konkrečioms pareigybėms, kurių funkcijos atitinka nustatytus reikalavimus. Ne pareigybės pavadinimas arba institucija, kurioje asmuo dirba, sudaro pagrindą taikyti išlygą (institucinis aiškinimo metodas), o konkretaus darbuotojo atliekamos funkcijos (funkcinis aiškinimo metodas). Taigi būtina atsižvelgti į darbuotojo atliekamas funkcijas, o vien tai, kad konkrečios pareigos konkrečioje valstybėje narėje vadinamos valstybės tarnyba, nesuteikia teisės valstybei narei taikyti valstybės tarnybos išimtį [17, p. 11; 18, p. 26]. Todėl ši išlyga netaikoma visoms valstybės tarnybos pareigybėms, o tik toms, kurios atitinka bent tris sąlygas (minėtos sąlygos turi būti taikomos kartu [18, p. 27]):

1. Asmuo tiesiogiai arba netiesiogiai vykdo viešąsias funkcijas.
2. Viešosios funkcijos apima atsakomybę už bendrųjų valstybės (arba valdžios institucijų) interesų apsaugą.
3. Pareigos suponuoja specialų ištikimybės/lojalumo santykį tarp asmens ir valstybės, taip pat abipuses teises ir pareigas, kurios sudaro pilietybės pagrindą, todėl viešosios funkcijos turi būti atliekamos reguliariai: neturi būti atsitiktinės, atliekamos ret-

karčiais arba tesudaryti tik labai nedidelę pareigų dalį (plačiau apie darbo valstybės tarnyboje kriterijus žr.: 19, p. 174–194).

Veikla, kuri yra vien pagalbinė arba parengiamoji, taip pat nepripažintina valstybės tarnyba [2; 20; 21]. Tai, kad pareigos sudaro prielaidą kilti karjeros laiptais, pretenduojant į darbą, kuris patektų į Sutarties 39 str. 4 d. nurodytą valstybės tarnybos išlygą, nesuteikia teisės valstybei taikyti valstybės tarnybos išlygos pirmosioms pareigoms [15, p. 10].

Europos Komisijos nuomone, viešosios tarnybos sąvoka turi būti aiškinama siaurai, remiantis funkciniu požiūriu [22, 23]. Komisija pabrėžė, kad viešosios tarnybos išimtis taikytina tik tokiam darbui, kuris susijęs su viešosios valdžios įgyvendinimu ir atsakomybe už bendrųjų valstybės interesų apsaugą. Jos nuomone, valstybės tarnybos išimtis netaikytina arba taikytina tik išimtiniais atvejais šiose srityse: sveikatos apsaugos, mokymo valstybės švietimo institucijose, tyrimų ne kariniais tikslais, kurie atliekami dirbant viešuosiuose subjektuose, už atlyginimą teikiamų viešųjų paslaugų, darbo valstybiniuose bankuose (išskyrus centrinį banką) ir kt. Tuo tarpu viešosios tarnybos išimtis taikoma ginkluotosioms pajėgoms, policijai ir kitoms teisėsaugos institucijoms, teismams, mokesčius administruojančioms institucijoms ir diplomatinei tarnybai. Be to, ši išimtis taikoma ir darbui valstybės ministerijose, regioninėse valdžios įstaigose, vietos valdžios įstaigose, centriniuose bankuose ir kt., tačiau tik tuo atveju, jei darbo funkcijos atitinka aukščiau minėtus reikalavimus [23, 5.2. dalis].

Teismas nagrinėjo įvairias pareigybes, iš kurių tik nedaugeliui leisdavo taikyti valstybės tarnybos išimtį. Vietos savivaldos įstaigose dirbančių vadovų, prižiūrėtojų, kontrolierių, rajono architektų pareigos, Teismo nuomone, buvo tos, kurioms galima taikyti minėtą išimtį [24; 16]. Tačiau savivaldos įstaigose dirbančių darbininkų, techninio personalo darbas [24; 16], taip pat darbas sveikatos apsaugos tarnyboje [pvz., medicinos seserų, 17], dėstymas ir mokymas (mokytojo praktikanto darbas) [18]; užsienio kalbų lektoriaus darbas [25]; mokytojo darbas valstybinėje mokykloje [26], prekybinio arba žvejybinio laivo kapitono pareigos [27; 28][3] nebuvo pripažintos valstybės tarnyba Su-

[3] Vis dėlto šiose bylose Teismas pažymėjo, kad valstybės tarnybos išimtį galima taikyti tais atvejais, kai laivo kapitonas viešąsias funkcijas atlieka reguliariai.

tarties 39 str. 4 d. prasme. Steigimosi laisvės prasme Teismas analizavo teisininkų profesinę veiklą [2], automobilių įvykių ekspertų veiklą [21], saugos įmonių veiklą [29], kurių veiklai Teismas nesuteikė teisės taikyti viešosios valdžios funkcijų vykdymo išlygos (Sutarties 45 str.).

2. Notarų teisės laikinai ir nuolat teikti paslaugas kitoje valstybėje narėje

Atsižvelgiant į reikalavimus, keliamus notarui, notarinių veiksmų rinkos reguliavimą bei notaro atlikto veiksmo teisinę galią išskirtinos lotyniškoji ir anglų bei amerikiečių, arba bendrosios teisės, notariato sistemos. Be šių dviejų pagrindinių notariato rūšių kai kurių autorių išskiriama ir trečioji, vadinamoji valstybinio notariato sistema, kuri buvo primesta Lietuvai sovietiniu laikotarpiu ir galiojo iki Lietuvos Nepriklausomybės atkūrimo. Vienas iš svarbiausių Valstybinio notariato sistemos skirtumų nuo lotyniškojo notariato sistemos – notaras nėra laisvosios profesijos atstovas, o tiesiog „eilinis valstybės tarnautojas“ [30, p. 29–31].

Lotyniškojo notariato sistemai, kurioje jungiamas notaro profesinis nepriklausomumas kartu su jam valstybės suteiktais įgaliojimais atlikti tam tikras viešąsias funkcijas, o veiklos vykdymas itin griežtai reguliuojamas ir neretai prižiūrimas, būdingas pilietybės reikalavimas. Lotyniškajam notariatui būdingi šie požymiai: notarai atlieka įstatymu pavestas viešąsias funkcijas, o jų patvirtinti dokumentai pripažįstami viešu dokumentu, juose įtvirtinti faktai laikomi nustatytais ir neįrodinėjami, notarai skiriami valstybės institucijų, ribojant notarų skaičių, reguliuojant veiklos vietą, teisės aktai nustato notarinių veiksmų atlyginimo dydį, ribojama profesinės veiklos reklama, nustatomas pilietybės reikalavimas. Panašiai kaip ir kitose lotyniškosios sistemos valstybėse, Lietuvos notarams suteiktos išimtinės teisės teikti įstatyme nustatytas paslaugas, griežtai reguliuojamas jų atlyginimo dydis, taip pat itin ribojamas notarų skaičius. Kitaip tariant, notarai teikia paslaugas rinkoje, kurios neveikia kainų konkurencija, be to, pačios paslaugos pasiūla dėl griežtai ribojamo notarų skaičiaus visada yra ribota. Lotyniškojo notariato sistemoje visiškai natūraliai pažymimas notaro „svarbus vaidmuo, užtikrinant civilinių teisinių santykių subjektų tei-

sinį saugumą, garantuojant teisėtą civilinę apyvartą bei galimų civilinių ginčų prevenciją“ [30, p. 14], todėl neretai pabrėžiama, kad laisvosios profesijos asmenys atlieka viešąsias valdžios funkcijas [30, p. 16].

Visiškai kitokia sistema susiformavo bendrosios teisės sistemos valstybėse ir Skandinavijoje. Danijoje, Norvegijoje ir Švedijoje notarams niekada nebuvo pavestos svarbios teisinės funkcijos, Anglijoje notarų profesija iš esmės tapusi nereikalinga, nes dauguma funkcijų yra suteiktos advokatams (angl. – *solicitors*) bei giminingų profesijų atstovams [31, p. 39, 40]. Anglijoje notarų atlikti veiksmai neturi viešojo akto reikšmės, notarai skiriami Kanterburio arkivyskupo, atlyginimas už paslaugas nėra reguliuojamas, notarai turi teisę reklamuoti savo paslaugas, be to, jie nebūtinai turi būti Jungtinės Karalystės piliečiai [31, p. 40, 41].

Šiuo metu Europos Sąjungoje laisvo notarų judėjimo nereguliuoja joks antrinis teisės aktas – notarams netaikomos Advokatų paslaugų ir vertimosi nuolatine praktika direktyvos, jiems netaikoma profesinių kvalifikacijų pripažinimo direktyva bei paslaugų direktyva. Taip atsitiko dėl to, kad nemaža dalis valstybių narių notaro veiklai taiko valstybės tarnybos išimtį, nustatydamos pilietybės reikalavimą. Laisvam notarų judėjimui Europos Komisija ilgą laiką neskyrė dėmesio. Vis dėlto, Europos Bendrijos teisės požiūriu, lotyniškojo notariato sistema gali būti pažeidžiama dėl dviejų priežasčių: pirma, tokia sistema gali prieštarauti Europos Bendrijos konkurencijos teisei (notarų skaičiaus, veiklos vietos ir atlyginimo dydžio ribojimas), antra, pilietybės reikalavimas gali pažeisti Europos Bendrijos sutartyje įtvirtintas steigimosi ir paslaugų teikimo laisves. Į pastarąjį aspektą atkreipė dėmesį Europos Komisija, kuri dar 2000 m. išsiuntė pagrįstą nuomonę septynioms valstybėms, o vėliau kreipėsi į Teismą, siekdama užtikrinti nediskriminavimo principą [32]. Po Europos Sąjungos plėtros Komisija inicijavo pažeidimo procedūrą ir naujosiose valstybėse narėse: pagrįstoji nuomonė buvo išsiųsta ir Lietuvai [33].

Lotyniškojo notariato sistemą taikančiose valstybėse narėse šiuo metu keliamas klausimas, ar tikrai visi notaro atliekami veiksmai priskirtini prie viešosios valdžios veiksmų. Pavyzdžiui, Lietuvoje tik notarams suteiktos funkcijos liudyti dokumentų nuorašų ir jų išrašų tikrumą, dokumentų vertimo iš vienos kalbos į kitą tikrumą arba perduoti vienų fizinių ir juridinių asmenų pareiškimus kitiems fiziniams ir ju-

ridiniams asmenims, remiantis Teisingumo Teismo praktika, ko gero, nepriskirtinos prie viešosios valdžios funkcijų. Vadinasi, bent tos apimties notaro funkcijos galėtų būti suteiktos taip pat ir kitiems asmenims, pavyzdžiui, advokatams, taip užtikrinant steigimosi ir paslaugų teikimo laisvę bent šių funkcijų atžvilgiu. Štai Vokietijoje notaro pareigos gali būti derinamos su advokato pareigomis [30, p. 32]. Tuomet neaišku, ar Teisingumo Teismas, kilus klausimui dėl pilietybės reikalavimo lotyniškajame notariate, turi reikalauti atskirti viešąsias funkcijas nuo privačių konkrečioje profesijoje. Tokiais atvejais Teismas paprastai nereikšdavo savo nuomonės apie būtinumą skirti vienas funkcijas nuo kitų, o tiesiog pabrėždavo, kad viešosios funkcijos tam tikroje profesinėje veikloje atliekamos reguliariai arba nereguliariai. Pastaruoju atveju Teismas neleisdavo taikyti viešosios tarnybos išimties. Vadinasi, kiekvienos profesijos funkcijų apimtis ir atskyrimas Teismui steigimosi ir paslaugų teikimo laisvės požiūriu reikšmingas tiek, kiek apima reguliarų viešųjų funkcijų vykdymą. Šiuo požiūriu Teismui vis dėlto būtų svarbu nustatyti, ar yra ir kokia dalis lotyniškojo notariato sistemoje notaro atliekamų funkcijų viešosios, t. y. tokios, kurios suponuoja specialų ištikimybės/lojalumo santykį tarp asmens ir valstybės, nes tokiam asmeniui patikėta atsakomybė už bendrųjų valstybės (arba valdžios institucijų) interesų apsaugą. Manytina, kad jei bus pripažinta, kad lotyniškojo notariato sistemoje notarai reguliariai atlieka viešąsias funkcijas, lotyniškąją notariato sistemą taikančios valstybės galės ir toliau riboti kitų valstybių narių piliečių patekimą į šią profesiją, o pats notaro funkcijų skaidymas ir suteikimas teisės kitiems laisvųjų profesijų atstovams teikti neviešąsias funkcijas galėtų būti tiriamas Europos Bendrijos konkurencijos teisės požiūriu.

3. Advokatų judėjimo laisvė

3.1. Advokatų teisės laikinai teikti paslaugas kitoje EB valstybėje narėje

Kaip jau minėta, Tarybos direktyva 77/249/EB, skirta padėti teisininkams veiksmingai naudotis laisve teikti paslaugas (toliau – Advokatų paslaugų direktyva arba Direktyva) [3], reglamentuoja teisinių

paslaugų kitoje valstybėje narėje teikimą. Dar *Van Binsbergen* byloje Teismas konstatavo, kad reikalavimas, kad teikiantis paslaugas asmuo reziduotų valstybėje narėje, kurioje teikiamos paslaugos, iš principo pažeidžia paslaugų teikimo laisvę, išskyrus tuos atvejus, kai paslaugų teikimui taikomos profesinės taisyklės, kurios gali būti pateisintos bendraisiais interesais [34, p. 12]. Direktyvoje iš esmės nustatytas abipusis advokatų, teikiančių laikinas paslaugas kitoje EB valstybėje narėje, profesinės kvalifikacijos pripažinimas, taip pat advokatų paslaugų teikimo kitoje valstybėje narėje sąlygos. Taip Advokatų paslaugų direktyva užkirto kelią vienašaliams paslaugų teikimo apribojimams, tuo pačiu iš esmės suderindama su advokatų paslaugų teikimu susijusias profesines taisykles.

Direktyvoje nustatyta, kad valstybių narių advokatai gali teikti teisines paslaugas kitoje valstybėje narėje vadindamiesi tuo profesiniu vardu, kurį jiems suteikė jų kilmės valstybė, o toks profesinis vardas turi būti išreikštas suteikusios vardą valstybės kalba. Atstovavimas klientams teisminiuose procesuose arba valstybinės valdžios institucijose turi būti vykdomas toje valstybėje įsisteigusiems teisininkams nustatytomis sąlygomis, išskyrus reikalavimą užsiregistruoti profesinėje organizacijoje arba gyventi toje valstybėje narėje, be to, kitų valstybių advokatai turi laikytis priimančios valstybės narės profesinio elgesio taisyklių, nepažeisdami įsipareigojimų valstybei narei, iš kurios atvykę (4 str. 1, 2 dalys). Jei advokatas vykdo kitą, o ne aukščiau nurodytą, atstovavimo veiklą, jis ir toliau turi laikytis valstybės narės, iš kurios jis atvykęs, profesinio elgesio taisyklių (4 str. 4 d.).

Direktyvoje nustatyti tam tikri teisinių paslaugų teikimo ribojimai. Valstybės narės gali išlaikyti įstatymų numatytoms teisininkų grupėms teisę rengti oficialius dokumentus, įgyti teisę tvarkyti mirusių asmenų turtą ir rengti dokumentus nuosavybės teisei į žemę įgyti arba perleisti (1 str. 1 d.). Šis reikalavimas yra visiškai suprantamas, atsižvelgiant į tai, kad dalyje valstybių narių ši funkcija yra pavesta specialiai teisininkų grupei – notarams. Advokatas, ketinantis pradėti veiklą, susijusią su atstovavimu klientui teisminiuose procesuose, gali būti įpareigojamas dirbti kartu su advokatu, kuris praktikuoja toje valstybėje narėje, taip pat gali būti reikalaujama būti pristatytam pirmininkaujančiam teisėjui arba, jei reikia, atitinkamos advokatūros pirmininkui (5 str.). „Dirbti kartu“ sąvoka buvo aiškinama byloje *Komisija*

prieš Vokietiją, kurioje Teismas pabrėžė, kad ši sąvoka negali būti aiškinama, *inter alia,* kaip įpareigojanti užsienio advokatą atstovauti šaliai byloje kartu su vietos advokatu tokiose teismo procedūrose, kuriose advokato atstovavimas nėra privalomas [35, p. 19–31], taip pat be jokių išlygų draudžianti lankyti ir bendrauti su sulaikytu asmeniu užsienio advokatui atskirai nuo advokato, veikiančio toje valstybėje narėje [35, p. 32]. Be to, geografiniai teisinių paslaugų teikimo ribojimai, pavyzdžiui, teritorinis advokatų, galinčių atstovauti konkrečiuose teismuose, paskirstymas, kitiems advokatams draudžiant tuose teismuose atstovauti klientams, negali būti taikomi paslaugas teikiantiems kitų EB valstybių narių advokatams [35, p. 34–45].

3.2. Advokatų teisė verstis nuolatine advokato praktika kitoje EB valstybėje narėje

Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/5/EB, skirta padėti teisininkams verstis nuolatine advokato praktika ne toje valstybėje narėje, kurioje buvo įgyta kvalifikacija (toliau – Advokatų vertimosi nuolatine praktika direktyva arba Direktyva) [7], reglamentuoja advokatų teisę verstis nuolatine advokato praktika kitoje valstybėje narėje negu valstybė, kuri suteikė tokiam asmeniui advokato vardą.

Iš esmės direktyvoje nustatyti du kiti EB valstybės narės advokato teisės verstis nuolatine advokato praktika būdai: vartojant buveinės šalyje suteiktą ir tos valstybės narės kalba išreikštą profesinį vardą ir vartojant priimančios valstybės narės profesinį vardą. Priimančios valstybės narės profesinį vardą asmuo gali įgyti arba laikydamas kvalifikacijos patikrinimo egzaminą, arba po to, kai ne trumpiau kaip 3 metus efektyviai ir reguliariai priimančioje valstybėje narėje praktikuoja tos valstybės narės teisę, įskaitant Europos Bendrijos teisę.

Kaip ir Advokatų paslaugų direktyvoje, Advokatų vertimosi nuolatine praktika direktyvoje nustatytas ir dar vienas vertimosi advokato praktika kitoje valstybėje narėje būdas – advokatui veikti kaip pastovų atlyginimą gaunančiam darbuotojui, tačiau toks vertimosi advokato praktika būdas yra galimas tik tuo atveju, jei tokia teisė suteikta priimančios valstybės narės advokatams (Advokatų vertimosi nuolatine praktika direktyva 1 str. 3 d. ir 8 str.; Advokatų paslaugų direktyva 6

str.). Primintina, kad Lietuva, kaip ir kai kurios kitos Europos valstybės, pavyzdžiui, Belgija, Prancūzija, Italija, Liuksemburgas, draudžia tokį vertimosi advokato profesija būdą [36, p. 231]. Atkreiptinas dėmesys, kad šio ribojimo apimtis skiriasi priklausomai nuo to, ar teikiamos paslaugos, ar įsisteigiama: paslaugų teikimo atveju galima riboti tik teisę atstovauti įmonei, kurioje dirba teisininkas, teisiniuose procesuose ir tik tiek, kiek priimančios valstybės teisininkams neleidžiama užsiimti tokia veikla.

Direktyvoje suteikta galimybė užsiimti bendrąja praktika: jeigu priimančioji valstybė narė leidžia savo advokatams pasirinkti iš kelių bendrosios praktikos formų, aukščiau minėtiems advokatams taip pat turi būti suteikta teisė rinktis iš tų pačių formų, o bendrosios praktikos vykdymą priimančiojoje valstybėje narėje reglamentuos tos valstybės įstatymai ir kiti teisės aktai (11 str. 2 d.). Vis dėlto direktyvoje leidžiama riboti bendrąją praktiką, kuria kartu užsiima teisininkai ir ne teisininkai (pvz,, auditoriai ir pan.), jei asmenys, neturintys advokato statuso, visiškai arba iš dalies valdo grupės kapitalą, *de facto* arba *de jure* įgyvendina tos grupės sprendimų priėmimo galią arba tokių asmenų vardas vartojamas užsiimant teisine praktika (11 str. 5 d.). Nagrinėdamas bylą, kurioje buvo ginčijamas draudimas advokatams dirbti kartu su apskaitos specialistais, Teismas pabrėžė, kad toks advokatūros savivaldos institucijos nustatytas ribojimas nepažeidžia nei Europos Bendrijos konkurencijos teisės, nei įsisteigimo arba paslaugų teikimo laisvių [37]. Teismas pabrėžė, kad nors advokatūros savivaldos institucijos sprendimui taikytinas Sutarties 43 str. įtvirtintas draudimas riboti steigimosi laisvę ir Sutarties 49 str. įtvirtintas draudimas riboti paslaugų teikimo laisvę [37, p. 120], tačiau bet koks bendros multidisciplininės praktikos tarp advokatūros nario ir apskaitos specialisto draudimas yra pateisinamas, nes toks ribojimas gali būti, remiantis protingumo kriterijumi, laikomas būtinu tinkamai atlikti teisės krypties profesinę veiklą [37, p. 122, 123]. Šioje byloje Teismas atskleidė ypatingą teisės krypties profesijos prigimtį [36, p. 25].

Atsisakymas kvalifikacijos egzamino reikalavimo, siekiant įgyti valstybės narės, kurioje advokatas siekia nuolat verstis advokato praktika, profesinį vardą, ir galimybė praktikuoti kitoje valstybėje narėje be atitinkamo pasirengimo ir praktikos buvo aštriausiai diskutuojami dalykai dar direktyvos projekto stadijoje. Pavyzdžiui, Ekonomikos ir so-

cialinių reikalų komitetas abejojo, ar turėtų būti suteikta teisė nuo pirmosios atvykimo į kitą valstybę dienos praktikuoti toje valstybėje, neatlikus atitinkamos praktikos toje valstybėje, kursų arba žinių patikrinimo, nes tai galėtų pažeisti vartotojų interesus [38, p. 3.5] Liuksemburgo, siekusio panaikinti direktyvą, nuomone, suteikimas teisės kitų valstybių narių advokatams praktikuoti neįgijus atitinkamos praktikos toje valstybėje narėje pažeidžia, *inter alia,* vartotojų interesus ir tinkamo teisingumo įgyvendinimo apsaugos principą, tačiau Teismas šias prielaidas atmetė [39, p. 20, 30]. Direktyvos šalininkų argumentas, kad profesinės taisyklės užkirs kelią nekvalifikuotiems teisininkams praktikuoti kitose valstybėse narėse, oponentų buvo vadinamos „optimistine kvailyste" [5, p. 68].

Vertimuisi praktika pagal buveinės šalyje vartojamą ir tos valstybės narės kalba išreikštą profesinį vardą iš esmės nekeliami jokie papildomi išsilavinimo arba patirties įgijimo reikalavimai. Vis dėlto toks advokatas turi pateikti jį priimančios valstybės narės kompetentingai institucijai pažymėjimą apie jo registraciją buveinės valstybėje, ši institucija gali reikalauti, kad pažymėjimas būtų išduotas ne vėliau kaip prieš tris mėnesius. Priimančios valstybės narės kompetentinga institucija, remdamasi šiuo dokumentu, registruoja tokius advokatus (3 str.). Europos advokatūros ir teisininkų draugijų taryba yra patvirtinusi Advokatų vertimosi nuolatine praktika direktyvos įgyvendinimo gaires, kuriose įtvirtino rekomenduojamą registracijos mokesčio dydžio skaičiavimą, registracijos formą, pažymėjimo formą ir pan. [40].

Advokatas, kuris verčiasi praktika pagal buveinės valstybėje suteiktą profesinį vardą, turi teisę vykdyti iš esmės tas pačias profesinės veiklos rūšis kaip ir advokatas, kuriam suteiktas priimančios valstybės narės profesinis vardas. Jis gali, *inter alia,* teikti konsultacijas savo buveinės valstybės narės teisės, Bendrijos teisės, tarptautinės teisės ir priimančiosios valstybės narės teisės klausimais. Vis dėlto direktyvoje numatytos tam tikros išimtys iš šio principo: panašiai kaip advokatų paslaugų direktyvoje, valstybės narės tokiems teisininkams gali nesuteikti teisės rengti dokumentų dėl teisės valdyti mirusių asmenų turtą suteikimo bei teisės į žemę suteikimo arba perdavimo (5 str. 2 d.), tam tikrais atvejais gali būti reikalaujama, kad atstovaujant klientui arba ginant teisme būtų dirbama kartu su advokatu, kuris verčiasi advokato praktika atitinkamoje teisminėje institucijoje (5 str. 3 d.), nepažei-

džiant Teismo sprendimo, priimto byloje *Komisija prieš Vokietiją* [35] (preambulės 10 d.). Be to, valstybės narės gali nustatyti konkrečias kreipimosi į aukščiausiuosius teismus taisykles (5 str. 3 d. 2 p.) [35, p. 44].

Kritikuotina, kaip Advokato paslaugų ir vertimosi nuolatine praktika direktyvose reguliuojamas profesinio elgesio taisyklių taikymas advokatui, kuris verčiasi advokato praktika arba teikia paslaugas kitoje valstybėje narėje buveinės valstybės suteiktu profesiniu vardu. Tokiems asmenims bus taikomos tiek buveinės valstybės narės profesinio elgesio taisyklės, tiek ir priimančios valstybės narės profesinio elgesio taisyklės (žr. Advokatų paslaugų direktyvos 4 str., 7 str. 2 d.; Advokatų vertimosi nuolatine praktika direktyvos 6, 7 str.). Direktyvose nesprendžiama, kas atsitiktų kilus konfliktui tarp tokių taisyklių (šie atvejai kartais dar vadinami „dvejopos etikos standartais“), o profesinių taisyklių pažeidimo atvejais akivaizdžiai kiltų „dvigubos“ atsakomybės (buveinės valstybės ir valstybės, kurioje įsisteigiama) problema [40]. Suprantama, šios problemos iš dalies išspręstos Europos advokatų ir teisininkų draugijų tarybos plenarinėje sesijoje patvirtintame Europos teisininkų elgesio kodekse [41], kuriuo pabrėžiama profesinio elgesio taisyklių vienodos vertybės ir dažniausiai vienoda prigimtis, ir kuris siūlo pripažinti kodekse įtvirtintas taisykles kaip privalomas Europos ekonominės erdvės valstybėse tarpvalstybinėje advokatų veikloje [41, 1.2–1.6 dalys].

Kaip jau buvo minėta, priimančios valstybės narės profesinį vardą advokatas gali įgyti arba laikydamas kvalifikacijos patikrinimo egzaminą arba po to, kai priimančioje valstybėje narėje ne trumpiau kaip 3 metus efektyviai ir reguliariai praktikuoja tos valstybės narės teisę, įskaitant Europos Bendrijos teisę. Kaip nustatyta Advokatų vertimosi nuolatine praktika direktyvos 10 str. 1 d., efektyvus ir reguliarus praktikavimas – tai faktinis veiklos vykdymas be pertrūkių, išskyrus tuos, kurie susiję su kasdienio gyvenimo įvykiais. Kasdienio gyvenimo įvykių sąvoka galėtų būti aiškinama kaip apimanti trumpą ligą arba įprastos trukmės normalias atostogas [42, p. 19]. Pabrėžtina, kad asmenims, kurie atitinka direktyvoje nustatytus reikalavimus, valstybė narė privalo suteikti teisę įgyti priimančios valstybės narės profesinį vardą ir tais atvejais, kai advokatas priimančioje valstybėje narėje reguliariai

vertėsi praktika ne trumpiau kaip trejus metus, tačiau trumpesnį laikotarpį praktikavo tos valstybės narės teisę (10 str. 3 d.).

3.3. Advokatų padėjėjų vertimosi nuolatine praktika ir paslaugų teikimo laisvių apimtis

Daugumoje valstybių, siekiant įgyti advokato vardą, reikia įvykdyti specialius reikalavimus – išlaikyti kvalifikacinį egzaminą ir/arba atlikti praktiką. Praktikos metu asmenys paprastai dirba advokatų padėjėjais, tačiau jiems direktyva 98/5 netaikoma [43, p. 45]. Iš principo advokato padėjėjo veikla, kol jis neišlaikė advokatūros egzaminų, nelaikytina reguliuojama profesija Bendrijos kvalifikacijos pripažinimo teisės aktų prasme [43, p. 48–52]. Kadangi advokato padėjėjo veikla yra ekonominė veikla ir jai taikytini Sutarties 43 ar 39 straipsniai [43, p. 60], Teismas advokato padėjėjo praktikai įregistruoti, siekiant įgyti teisę būti advokatu, taikė iš esmės tokius pačius reikalavimus, kaip ir advokatų, siekiančių kitoje valstybėje narėje įgyto teisinio išsilavinimo ir praktikos pripažinimo profesiniais tikslais[4]. Kitaip tariant, priimančioji valstybė narė, remdamasi objektyviais pagrindais, turi palyginti žinias, patvirtinamas kitoje valstybėje narėje išduotais diplomais, su žiniomis, reikalaujamomis pagal nacionalinės teisės normas ir, jei tokių žinių trūksta, įvertinti, ar priimančiojoje valstybėje narėje studijuojant arba praktiškai įgytų žinių pakanka, kad būtų įrodyta, jog trūkstamos žinios yra įgytos [43, p. 67–71; 44, p. 16, 17, 20].

Pasakytina, kad Lietuvoje Europos Sąjungos (toliau – ES) valstybės narės pilietis turi teisę būti įrašytas į Lietuvos padėjėjų sąrašą, jei jis turi teisės bakalauro arba magistro, arba teisininko profesinį kvalifikacinį laipsnį (vienpakopį teisinį universitetinį išsilavinimą) bei atitinka kitus reikalavimus [45, 35 str.].

[4] Palyginkite sprendimą byloje C-340/89 *Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz* [1990] ECR 2357 ir sprendimą byloje C-313/01 Christine Morgenbesser v. Consiglio dell-'Ordine degli avvocati di Genova, 2003 ECR I-13467.

3.4. Advokatų teisės laikinai teikti paslaugas ir teisės verstis nuolatine advokato praktika įgyvendinimas Lietuvoje

2004 m. kovo 18 d. priėmus naują Lietuvos Respublikos advokatūros įstatymą [45], buvo įgyvendintos advokatų vertimosi nuolatine praktika ir paslaugų teikimo direktyvos, taip pat Tarybos direktyva 89/48/EEB dėl bendrosios aukštojo mokslo diplomų pripažinimo [4]. Pastebėtina, kad dar 2001 m. gruodžio 6 d. buvo priimti Lietuvos Respublikos advokatūros įstatymo pakeitimai [46], iš kurių svarbiausi buvo susiję su įstatymo papildymu nauju dešimtuoju skirsniu dėl Europos Sąjungos valstybių teisininkų teisės verstis advokato praktika, tačiau dėl daugelio trūkumų, o ypač dėl to, kad nebuvo įgyvendinta advokatų paslaugų direktyva, šis įstatymas buvo itin greitai pakeistas.

Advokatūros įstatymo 12 skirsnis reguliuoja ES valstybių narių teisininkų teisę laikinai teikti paslaugas Lietuvos Respublikoje, o 13 skirsnis ES valstybių narių teisininkų teisę verstis nuolatine advokato praktika Lietuvos Respublikoje. Atsižvelgiant į nacionalinius teisės aktus, kuriais buvo įgyvendintos advokatams skirtos direktyvos, Europos Sąjungos valstybių narių advokatai turi teisę laikinai teikti paslaugas ir nuolat verstis advokato praktika Lietuvoje pagal savo kilmės valstybės narės profesinį vardą, taip pat turi teisę įgyti Lietuvos advokato profesinį vardą po trejų metų profesinės praktikos Lietuvoje arba išlaikę tinkamumo testą.

Teisę laikinai teikti teisines paslaugas ir teisę teikti nuolatines teisines paslaugas Lietuvos Respublikoje turi ES valstybių narių teisininkai, turintys savo valstybės narės kompetentingos institucijos suteiktą teisininko profesinį vardą, nurodytą LR Vyriausybės nutarimu patvirtintame ES valstybių narių teisininkų profesinių vardų sąraše [47].

Advokatūros įstatyme tik pakartotos esminės direktyvos nuostatos dėl ES advokatų paslaugų teikimo teisės, pabrėžta, kad užsienio advokatui, laikinai teikiančiam paslaugas Lietuvoje, netaikomi reikalavimai dėl advokato darbo vietos arba narystės Lietuvos advokatūroje (63 str. 3 d. 1 p.). Jis privalo tik pateikti Lietuvos advokatūrai ES valstybės narės kompetentingos institucijos išduotą dokumentą, patvirtinantį jo, kaip teisininko, kvalifikaciją (63 str. 7 d.). Atlikdami advokato funkcijas, užsienio advokatai turi laikytis Lietuvos Respublikos įstatymų ir Lietuvos advokatų etikos kodekso reikalavimų (63 str. 4 d., 5

d.), Lietuvoje jiems gali būti taikoma drausminė atsakomybė (63 str. 6 d.).

Užsienio advokatui, siekiančiam verstis nuolatine praktika Lietuvoje pagal savo kilmės valstybės narės profesinį vardą, įstatyme numatyta privaloma užsienio advokatų registracija Lietuvos advokatūroje (64 str. 2 d.), dokumentai, kuriuos užsienio advokatas turi pateikti, sprendimo įregistruoti bei išregistruoti priėmimo bei apskundimo tvarka, tokių advokatų profesinės civilinės atsakomybės, profesinio elgesio taisyklių bei drausminės atsakomybės klausimai, pareiga mokėti Lietuvos advokatūros visuotinio advokatų susirinkimo nustatytas privalomas įmokas, taip pat nustatytos kitos pareigos, taikomos ir Lietuvos advokatams, išskyrus pareigą laikytis duotos advokato priesaikos.

Kadangi įstatyme reguliuojamas teisinių paslaugų teikimas (įsisteigimo aspektu – „teisė teikti nuolatines teisines paslaugas“, paslaugų teikimo aspektu – „teisė laikinai teikti paslaugas“), trumpai aptarsime Lietuvos advokatų teikiamų teisinių paslaugų apimtis ir išimtis, susijusias su užsienio teisininkų teise teikti minėtas paslaugas.

Advokatūros įstatyme nustatyta, kad advokatas teikia teisės konsultacijas (patarimus teisės klausimais), rengia teisinę reikšmę turinčius dokumentus, atstovauja teisės klausimais, gina bei atstovauja bylų procese [45, 2 str. 1 d.]. Išskirtinė advokato padėtis nustatyta ginant bei atstovaujant asmenims teisme: civilinėse bylose atstovauti teisme gali ir kai kurie kiti asmenys [48, 55, 56, 354 str.], o baudžiamajame procese įtvirtinama advokato ir advokato padėjėjo išskirtinė teisė būti įgaliotuoju atstovu [49, 55 str.] ir išimtinė teisė būti gynėju [49, 17, 47 str.].

Užsienio advokatams, ir teikiantiems laikinas paslaugas, ir įsisteigusiems Lietuvoje, tais atvejais, kai įstatymuose nustatytas privalomas advokato dalyvavimas, suteikiama teisė paslaugas bylų procese teikti tik kartu su advokatu, įrašytu į Lietuvoje praktikuojančių advokatų sąrašą [45, 63 str. 3 d. 2 p., 65 str. 1 d. 2 p.]. Kaip matyti, įstatymų leidėjas pasinaudojo Advokatų paslaugų direktyvos 5 str. suteikta teise nustatyti specialius reikalavimus, susijusius su atstovavimu teisminiuose procesuose, be to, buvo atsižvelgta į tai, kad įpareigojimas užsienio teisininkui dirbti kartu su vietos advokatu net ir tais atvejais, kai pagal nacionalinę teisę advokato dalyvavimas teisme nėra privalomas, prieštarautų ES teisei [35].

Steigimosi laisvės požiūriu Lietuvos advokatūros įstatymas riboja ES valstybių narių teisininkų teisę atstovauti klientams Lietuvos Aukščiausiajame Teisme nagrinėjamose bylose [25, 65 str. 1 punktas]. Nors, kaip jau buvo minėta, specialių taisyklių taikymą atstovaujant aukščiausiuose teismuose pripažino ir Teismas [35], tačiau šioje byloje buvo nagrinėjama teisė atstovauti Vokietijos Federacijos Aukščiausiajame Teisme, kuriame teisę dirbti ir atlikti kitus procesinius veiksmus turi tik ribota advokatų, kurių specializacija yra apeliacinis procesas, grupė: jie turi būti ne jaunesni kaip 35 metų, turėti 5 metų advokato stažą, renkami rinkimuose specialios rinkimų komisijos, kuri uždarame posėdyje nusprendžia, kurie advokatai gali atstovauti Federacijos Aukščiausiajame Teisme [50]. Vadinasi, Vokietijoje teisė atstovauti Aukščiausiajame Teisme buvo pavesta specialiai advokatų grupei, o Lietuvoje Aukščiausiajame Teisme gali atstovauti bet kuris į praktikuojančių advokatų sąrašą įrašytas advokatas, todėl toks ribojimas galėtų pažeisti Bendrijos teisę.

Kaip jau buvo minėta, Europos Sąjungos valstybės narės teisininkas, kuris trejus metus Lietuvos Respublikoje teikė reguliarias ir veiksmingas nuolatines teisines paslaugas pagal Lietuvos nacionalinę teisę, įskaitant Europos Sąjungos teisę, turi teisę prašyti pripažinti jį Lietuvos advokatu ir įrašyti į Lietuvos praktikuojančių advokatų sąrašą. Reguliarus ir veiksmingas nuolatinių paslaugų teikimas reiškia faktinę advokato veiklą be pertraukų, išskyrus su kasdienio gyvenimo įvykiais susijusias pertraukas [45, 68 str. 1 d.]. Lietuvos advokatu gali būti pripažintas ir tas ES teisininkas, kuris praktikavo Lietuvoje trejus metus, tačiau paslaugas pagal Lietuvos nacionalinę teisę teikė trumpesnį kaip trejų metų laikotarpį ir įgijo pakankamai reikiamų Lietuvos nacionalinės teisės žinių [45, 69 str.]. Tokiems Europos Sąjungos valstybės narės teisininkams netaikomas reikalavimas turėti penkerių metų teisinio darbo stažą arba būti atlikus ne trumpesnę kaip dvejų metų advokato padėjėjo praktiką, taip pat reikalavimas mokėti valstybinę kalbą.

Advokatūros įstatyme vis dėlto nepanaikintas reikalavimas tokiam asmeniui turėti teisės bakalauro arba teisės magistro išsilavinimą arba teisininko profesinį kvalifikacinį laipsnį, taip pat reikalavimas, kad toks asmuo būtų išlaikęs advokato kvalifikacinį egzaminą. Manytina, kad užsienio advokatų atitikimą šiems arba panašiems reikalavi-

mams turi tikrinti jų advokatų savivaldos institucijos prieš suteikdamos jiems atitinkamą profesinį vardą, todėl abejotina, kad Lietuvos advokatūra galėtų reikalauti tai įrodančių dokumentų (beje, jų pateikimas nenustatytas ir pačiame įstatyme).

Primintina, kad Advokatūros įstatyme numatytos trys užsienio advokato pripažinimo Lietuvos advokatu procedūros: po trejų metų profesinės praktikos pagal Lietuvos nacionalinę teisę, po trumpesnės negu trejų metų profesinės praktikos pagal Lietuvos nacionalinę teisę ir pripažįstant profesinę kvalifikaciją. Pabrėžtina, kad tik profesinės kvalifikacijos pripažinimo atvejais užsienio advokatui gali būti taikomas profesinės kvalifikacijos egzaminas. Lietuvos Respublikos Vyriausybė nustatė, kad tinkamumo testas taikomas tokiai kvalifikacijai pripažinti, jei dirbant tą darbą reikia labai gerai išmanyti Lietuvos Respublikos teisės sistemą, kai konsultavimas ir (arba) pagalbos Lietuvos Respublikos teisės klausimais teikimas yra svarbus ir nuolatinis profesinės veiklos ypatumas [51, III dalies 6.3. punktas]. Advokatų bei advokatų padėjėjų profesinės kvalifikacijos vertinimą ir pripažinimą yra įgaliota vykdyti Teisingumo ministerija [52]. Jei užsienio advokatas pripažįstamas Lietuvos advokatu po trumpesnės negu trejų metų profesinės praktikos pagal Lietuvos nacionalinę teisę, Lietuvos advokatūra turi teisę pokalbio metu įsitikinti, ar teikiamos paslaugos buvo reguliarios ir veiksmingos, kokios Lietuvos teisės žinios bei profesinė patirtis įgyta (tame tarpe seminarų ir paskaitų metu) bei reikalauti pateikti tai liudijančius dokumentus.

Išvados

Europos Bendrija pasiekė tikrai didelės pažangos derindama teisę laikinai ir nuolat teikti paslaugas kitoje valstybėje narėje. Nepaisant Bendrijoje įsivyravusio horizontalaus teisės derinimo tiek kvalifikacijų pripažinimo, tiek steigimosi ir paslaugų teikimo laisvės srityse, vis dėlto teisinių paslaugų požiūriu bent iš dalies tebegalioja vertikalusis derinimo būdas, t. y. toks teisės derinimas, kai konkrečiai profesinei veiklai arba net jos daliai yra priimamas Europos Bendrijos antrinės teisės aktas. Po to, kai Europos Bendrijų Teisingumo Teismas konstatavo, kad tipiškos advokato veiklos negalima laikyti veikla, susijusia su

viešosios valdžios funkcijų vykdymu, laikiną ir nuolatinį advokatų paslaugų teikimą kitoje valstybėje imta reguliuoti direktyvomis: Tarybos direktyva 77/249/EEB, kuri siekė padėti teisininkams veiksmingai naudotis laisve teikti paslaugas, ir Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/5/EB, skirta padėti teisininkams verstis nuolatine advokato praktika ne toje valstybėje narėje, kurioje buvo įgyta kvalifikacija. Be to, teisininkai, kurie siekia nedelsdami įsisteigti kitoje valstybėje narėje pagal priimančios valstybės narės profesinį vardą, gali pasinaudoti naująja kvalifikacijos pripažinimo direktyva – Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2005/36/EB dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo.

Advokatų padėjėjų veiklai, kuri nors ir nėra reguliuojama profesija, kaip ji suprantama pagal Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2005/36/EB dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo, vis dėlto taikomos bendrosios laisvo asmenų judėjimo ir paslaugų teikimo taisyklės. Šios veiklos požiūriu ypač svarbūs Teismo sprendimai, įpareigojantys valstybes nares remiantis objektyviais pagrindais palyginti kitoje valstybėje narėje įgytas žinias su reikalaujamomis toje valstybėje narėje ir įvertinti, ar priimančiojoje valstybėje narėje studijuojant arba praktiškai įgytų žinių pakanka, kad būtų įrodyta, jog trūkstamos žinios yra įgytos.

Ši Europos Bendrijos teisės aktų ir Teismo jurisprudencijos sistema įtvirtina laisvą advokatų ir jų paslaugų judėjimą, užtikrina advokatų padėjėjų žinių ir kvalifikacijos objektyvų palyginimą. Pastebėtina, kad Jungtinių Valstijų mokslininkai pabrėžia Europos Sąjungos gebėjimą atsisakyti protekcionistinio požiūrio į teisinių paslaugų teikimą ir teisininkų teisę verstis nuolatine praktika kitoje valstybėje, kuris toks būdingas Amerikos teisei: tokios paprastos ir bendros procedūros užsiimti teisininko praktika kitoje valstijoje Jungtinėse Valstijose nėra [36, p. 241–243; 53, p. 442]. Be to, kai kurie teisės mokslininkai mano, kad ES turi unikalią galimybę rodyti teisininko profesijos globalizacijos pavyzdį pasauliui, todėl turėtų siūlyti Europos Sąjungoje taikomą modelį Pasaulio prekybos organizacijai [6, p. 375–378].

Vis dėlto tenka pripažinti, kad Europos Bendrijos taikomame modelyje yra ir kai kurių trūkumų reguliuojant advokato veiklą: kol kas nėra privalomų bendrų profesinės etikos taisyklių, drausminė atsakomybė už tokių taisyklių pažeidimus gali kilti keliose valstybėse narė-

se, be to, ne visos valstybės narės tiksliai ir tinkamai perkėlė į nacionalinius teisės aktus direktyvų reikalavimus, tai iš dalies parodo Lietuvos Respublikos advokatūros įstatymo analizė.

Visoms kitoms teisės krypties profesijoms Europos Bendrijos teisės aktų leidėjai neskyrė reikiamo dėmesio. Sutariama, kad teisėjo ir prokuroro veikla patenka į viešosios valdžios išlygą, todėl šiai veiklai valstybės narės turi teisę taikyti pilietybės reikalavimą, o notaro veiklos atžvilgiu Komisija laikosi nuomonės, kad pilietybės reikalavimas pažeidžia Europos Bendrijos sutartį. Pilietybės reikalavimas būdingas lotyniškojo notariato sistemai, kurioje notaro profesinis nepriklausomumas derinamas su notarui valstybės suteiktais įgaliojimais atlikti tam tikras viešąsias funkcijas. Lotyniškojo notariato sistemoje notaro veikla itin griežtai reguliuojama ir neretai prižiūrima, notaro patvirtinti dokumentai pripažįstami viešu dokumentu, juose įtvirtinti faktai laikomi nustatytais ir neįrodinėjami, notarai skiriami valstybės institucijų, ribojamas notarų skaičius, reguliuojama veiklos vieta, teisės aktuose nustatytas notarinių veiksmų atlyginimo dydis, ribojama profesinės veiklos reklama.

Lotyniškojo notariato sistemą taikančiose valstybėse narėse šiuo metu keliamas klausimas, ar tikrai visi notaro atliekami veiksmai priskirtini prie viešosios valdžios veiksmų. Vis dėlto manytina, kad šis klausimas bent pagrindinių Europos Bendrijos laisvių požiūriu nėra toks reikšmingas, jei nustatoma, kad notaras viešąsias funkcijas atlieka reguliariai. Pats funkcijų priskyrimas tam tikrai profesijai svarbus nacionalinės teisės bei tam tikrais atvejais Europos Bendrijų konkurencijos teisės požiūriu.

Kitaip tariant, Europos Bendrijų pagrindinių laisvių požiūriu svarbu nustatyti, ar tam tikros profesijos asmenys viešąsias funkcijas atlieka reguliariai, ar nereguliariai. Suprantama, kad, siekiant nustatyti, ar viešosios funkcijos atliekamos reguliariai, svarbu apibrėžti, ar yra ir kokia dalis lotyniškojo notariato sistemoje notaro atliekamų funkcijų viešosios, t. y. tokios, kurios suponuoja specialų ištikimybės/lojalumo santykį tarp asmens ir valstybės, nes tokiam asmeniui patikėta atsakomybė už bendrųjų valstybės (arba valdžios institucijų) interesų apsaugą. Jei bus pripažinta, kad lotyniškojo notariato sistemoje notarai reguliariai atlieka viešąsias funkcijas, lotyniškąją notariato sistemą taikančios valstybės galės ir toliau riboti kitų valstybių narių piliečių ga-

limybes dirbti pagal šią profesiją, o notarams suteikiamos išimtinės teisės teikti tam tikras paslaugas galėtų būti nagrinėjamos nacionalinės arba Europos Bendrijos konkurencijos teisės požiūriu.

Literatūra

1. Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimas „Dėl teisinių pareigybių sąrašo patvirtinimo“ // Valstybės žinios, 1998, Nr. 62-1791; nauja nutarimo redakcija, 2002, Nr. 82-3524.
2. 1974 m. birželio 21 d. Sprendimas *Reyners prieš Belgiją*, 2/74, Rink. p. 631.
3. Tarybos direktyva 77/249/EEB, skirta padėti teisininkams veiksmingai naudotis laisve teikti paslaugas, OL 1977 L78/17.
4. Tarybos direktyva 89/48/EEB dėl aukštojo išsilavinimo diplomų pripažinimo bendros sistemos, OL 1989 L 19/16.
5. Podell M. S. When zeal for European unity overcomes common sense: the lawyers' directive // Boston College International and Comparative Law Review, Winter, 1999, Vol. 23.
6. Hill L. L. Services as Objects of International Trade: Bartering the Legal Profession // Vanderbilt Journal of Transnational Law, March 2006, Vol. 39.
7. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/5/EB, skirta padėti teisininkams verstis nuolatine advokato praktika ne toje valstybėje narėje, kurioje buvo įgyta kvalifikacija, OL 1998 L77/36.
8. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2005/36/EB dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo, OL 2005 L 255/22.
9. Plačiau apie kvalifikacijos pripažinimą žr. Vėgėlė I. Kvalifikacijos pripažinimas įgyvendinant asmenų judėjimo ir paslaugų teikimo laisves // Jurisprudencija, 2007, Nr. 9(99), p. 13–20.
10. Lietuvos Respublikos Konstitucija // Valstybės žinios, 1992, Nr. 33-1014.
11. Lietuvos Respublikos teismų įstatymas // Valstybės žinios, 1994, Nr. 46-851.
12. Lietuvos Respublikos prokuratūros įstatymas // Valstybės žinios, 2003, Nr. 42-1919.
13. Lietuvos Respublikos antstolių įstatymas // Valstybės žinios, 2002, Nr. 53-2042.
14. 1974 m. vasario 12 d. Sprendimas *Giovanni Maria Sotgiu prieš Deutsche Bundespost*, 152/73, Rink. p. 153.

15. 1987 m. birželio 16 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją*, 225/85, Rink. p. 2625.
16. 1980 m. gruodžio 17 d. Sprendimas *Komisija prieš Belgiją,* 149/79, Rink. p. 3881.
17. 1986 m. birželio 3 d. Sprendimas *Komisija prieš Prancūziją,* 307/84, Rink. p. 1725.
18. 1986 m. liepos 3 d. Sprendimas *Lawrie-Blum prieš Land Baden-Wurttenberg*, 66/85, Rink. p. 2121.
19. Daukšienė I. Laisvas darbuotojų judėjimas pagal Europos Bendrijos teisę. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01 S). Vilnius, 2007.
20. 1993 m. liepos 13 d. Sprendimas *Thijssen prieš Controledienst voor de Verzekeringen*, C-42/92, Rink. p. I-4047.
21. 1991 m. gruodžio 10 d. Sprendimas *Komisija prieš Graikiją*, C-306/89, Rink. p. I-5863.
22. Laisvas darbuotojų judėjimas ir darbas valstybės tarnyboje – Europos Komisijos komunikatas dėl EB sutarties 48 str. 4 d., 1988 OJ C 72/2.
23. Europos Komisijos pranešimas – laisvas darbuotojų judėjimas: visiškas pasinaudojimas pranašumais ir galimybėmis. / COM (2002) 0694 final
24. 1982 m. gegužės 26 d. Sprendimas *Komisija prieš Belgiją*,149/79, Rink. p. 1845.
25. 1989 m. gegužės 30 d. Sprendimas *Allué ir Coonan*, 33/88, Rink. p. 1591.
26. 1991 m. lapkričio 27 d. Sprendimas *Annegret Bleis prieš Ministère de l'Education Nationale*, C-4/91, Rink. p. I-5627.
27. 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendimas *Albert Anker, Klaas Ras, Albertus Snoek prieš Bundesrepublik Deutschland*, C-47/02, Rink. p. I-10447.
28. 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendimas *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española prieš Administración del Estado*, C-405/01, Rink. p. I-10391.
29. 1998 m. spalio 29 d. Sprendimas *Komisija prieš Ispaniją*, C-114/97, Rink. p. I-6717.
30. Nekrošius V. Notariato teisė. – Kaunas: Dangerta, 1997.
31. Shaw G. The German Notariat and the European Challenge // International Journal of the Leagal Profession, March 2003, Vol. 10, No. 1.
32. Pilietybės reikalavimas notarams: Komisija kreipėsi į Teisingumo Teismą dėl septynių valstybių, kad būtų užtikrintas nediskriminavimo principas. – Briuselis, 2007 m. birželio 27 d., IP/07/915.
33. Notarų pilietybės klausimas. Komisija imasi priemonių, kad aštuoniose valstybėse narėse būtų užtikrintas nediskriminavimo principas. – Briuselis, 2007 m. spalio 17 d., IP/07/1510

34. 1974 m. gruodžio 3 d. Sprendimas *Van Binsbergen*, **33/74,** Rink. p. 1299.
35. 1988 m. vasario 25 d. Sprendimas *Komisija prieš Vokietiją*, C-427/85, Rink. p. 1123.
36. Shine D. B. The European Union's Lack of Internal Borders in the Practice of Law: A Model for the United States // Syracuse Journal of International Law and Commerce, Spring 2002, Vol. 29.
37. 2002 m. vasario 19 d. Sprendimas *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV prieš Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, intervener: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, C-309/99, Rink. p. I-1577.
38. Opinion of the Economic and Social Committee on the proposal for a European Parliament and Council Directive to facilitate practice of the profession of lawyer on permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained. / OL C 256, 02/10/1995, p. 0014.
39. 2000 m. lapkričio 7 d. Sprendimas *Liuksemburgas prieš Europos Parlamentą ir Tarybą*, C–168/98, Rink. p. 245.
40. Guidelines On The Implementation Of The Establishment Directive (98/5/EC Of 16th February 1998) Issued by the CCBE for Bars and Law Societies in the European Union. Prieiga per internetą: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/guid_enpdf1_1181225044.pdf, žiūrėta 2007 08 31.
41. Code of Conduct for European Lawyers // http://www.ccbe.eu/ fileadmin/user_upload/NTCdocument/2006_code_enpdf1_1182240432.pdf; prisijungimo laikas: 2007.08.23.
42. 1989 m. rugsėjo 27 d. Sprendimas *CC. Van de Bijl prieš Staatssecretaris van Economische Zaken*, C-130/88, Rink. p. 3039.
43. 2003 m. lapkričio 13 d. Sprendimas *Christine Morgenbesser prieš Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genoka*, C-313/01, Rink. p. I-13467.
44. 7 May 1991 m. gegužės 7 d. Sprendimas *Vlassopoulou prieš Ministerium für Justiz*, C-340/89, Rink. p. 2357.
45. Lietuvos Respublikos advokatūros įstatymas // Valstybės žinios, 2004, Nr. 50-1632.
46. Lietuvos Respublikos advokatūros įstatymo 7 ir 18 straipsnių papildymo ir įstatymo papildymo nauju dešimtuoju skirsniu įstatymas // Valstybės žinios, 2001, Nr. 108-3903.
47. Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimas „Dėl Europos Sąjungos valstybių narių teisininkų profesinių vardų sąrašo patvirtinimo" // Valstybės žinios, 2003, Nr. 73-3381; 2007, Nr. 49-1899.

48. Civilinio proceso kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. Civilinio proceso kodeksas // Valstybės žinios, 2002, Nr. 36-1340, Valstybės žinios, 2002, Nr. 42 (*atitaisymas*).
49. Baudžiamojo proceso kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. Baudžiamojo proceso kodeksas // Valstybės žinios, 2002, Nr. 37-1341, Valstybės žinios, 2002, Nr. 46 (*atitaisymas*).
50. Rusinas E. Vokietijos advokatūros sistema – aiškumas ar labirintas? // Lietuvos advokatūra, 2002, Nr. 4 (6), p. 7.
51. Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimas Nr. 535 „Dėl aukštojo mokslo diplomų, diplomų, pažymėjimų ir kitų kvalifikaciją patvirtinančių dokumentų, išduotų Europos Sąjungos, Europos ekonominės erdvės valstybėse ar Šveicarijos konfederacijoje, pripažinimo norint dirbti pagal reglamentuojamą profesiją ar verstis reglamentuojama profesine veikla Lietuvos Respublikoje nuostatų ir tam tikros struktūros kursų sąrašo patvirtinimo“ // Valstybės žinios, 2004, Nr. 75-2581.
52. LR Vyriausybės nutarimas Nr. 624 „Dėl profesinės kvalifikacijos vertinimo ir pripažinimo nuostatų ir profesinės kvalifikacijos vertinimą ir pripažinimą vykdančių institucijų ir reglamentuojamų profesijų sąrašo patvirtinimo“ // Valstybės žinios, 2000, Nr. 46-1319; 2002, Nr. 93-3988.
53. Goebel R. J. Legal Practice Rights of Domestic and Foreign Lawyers in the United States // International & Comparative Law Quarterly, April 2000, Vol. 49.

FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND FREEDOM TO PROVIDE SERVICES BY NOTARIES AND ADVOCATES IN THE EUROPEAN COMMUNITY LAW

IGNAS VĖGĖLĖ

Summary

The European Community (hereinafter – EC) has made a remarkable progress towards harmonization of provision of legal services and freedom of establishment for lawyers in EC member states. After The Court of Justice of European Communities has ascertained that the most typical activities of the profession of "*avocat*" (lawyer) cannot be considered as connected with the exercise of official authority, the European Commission started the liberalizing activities within the field. Soon the Council Directive 77/249/EEC fa-

cilitating the effective exercise by lawyers of freedom to provide services and Directive 98/5/EC of the European Parliament and the Council facilitating practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained were adopted. In addition to that, lawyers wishing to immediately establish themselves under the professional title of the host member state, may rely upon Directive 2005/36/EC of the European Parliament and the Council on recognition of professional qualifications.

The persons that are not authorized lawyers but wish to be enrolled to the period of practice necessary for admission to the bar may not rely on any lawyers directive as well as on Directive 2005/36/EC of the European Parliament and the Council on recognition of professional qualifications, as the enrolment to the practice is not a regulated profession, as it is understood under that directive. However, Community law requires that the host member state assesses the whole of the training, academic and professional, which that person is able to demonstrate and examine whether, and to what extent, the knowledge certified by the diploma granted in another Member State and the qualifications or professional experience obtained there, together with the experience obtained in the Member State in which the candidate seeks enrolment, must be regarded as satisfying, even partially, the conditions required for access to the activity concerned.

After analyzing the above mentioned system of free movement of lawyers within the Community as well as recognition requirements for the persons willing to be enrolled to the period of practice necessary for admission to the bar in the host member state, the article highlights the success of the European Community in this field. However, there are still some drawbacks: there are no single compulsory ethical rules for lawyers, cases of professional misconduct, may lead to discipline in two members states in respect of the same misconduct, not all the member states have properly transferred the directive – the analysis of the Lithuanian Law on the Bar is shown as an example.

All other legal professions has not attracted proper approach by the Community legislature. It is commonly agreed that the activities of judges and prosecutors fall within the exception of employment in the public service or exercise of official authority (as provided in the EC Treaty Art. 39 par.4 and Art. 45 par. 1), therefore, EC member states may restrict those professions to nationals. However, as to the activities of notaries, the Commission stands against the nationality requirements for notaries, holding that this requirement infringes EC Treaty and the exception of exercise of official authority may not be applied.

Nationality requirement is common in several EC member states that apply Latin notary system, in which professional independence is combined with the mandate to provide certain public services awarded by the state. Under the Latin notary system, the activities of notaries are stringently regulated, notaries are appointed by state institutions strictly limiting their numbers, the state institutions determine their fees, strict advertising prohibitions apply, notaries' acts have the status of public acts and they are granted probative force.

While Latin notary system has come under Commission's attack, it is considered what part of notaries' functions may be attributed to activities connected with the exercise of official authority. At least from the EC common market freedoms perspective, this question is important only for determining, whether the official authority activities are provided on the regular basis. If the notaries in the Latin notary system provide official authority activities on a regular basis, then, in the opinion of the author of the current article, the Court should accept the application of the official authority exception. The attribution of other functions (falling outside the scope of definition of official authority) to the notaries would be important and might be disputed under the national law or EC competition law. In other words, following the Courts judgments in the application of official authority exception, from the perspective of the EC common market freedoms, the most important question is whether the activities connected with the exercise of official authority are exercised on a regular or irregular basis. Obviously, for establishing the regularity of official authority activities, it would be needed to determine which part of the activities of notaries fall under the definition of official authority, i.e. those that involve direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the state or of other public authorities and their exists special relationship of allegiance to the state and reciprocity of rights and duties which form the foundation of the bond of nationality between the state and person that exercises the functions.

NAUJAUSIOS ĮSISTEIGIMO LAISVĖS TENDENCIJOS EUROPOS SĄJUNGOJE

Skirgailė Žaltauskaitė-Žalimienė

Remiantis EB steigimo sutarties 43 straipsnio nuostatomis įsisteigimo teisės institutas Europos Sąjungos teisės prasme apima *savarankiškos veiklos pradėjimą ir vykdymą*: ES valstybių narių piliečiai gali įsisteigti ir vykdyti savo profesinę veiklą visoje Europos Sąjungos teritorijoje, lygiai tokios pačios teisės yra garantuojamos ir *bendrovėms* (EB steigimo sutarties 48 straipsnis). Moksle ir praktikoje diskutuojamas susijęs su įsisteigimo laisve ir kylantis iš Europos Bendrijų Teisingumo Teismo (toliau – ETT) praktikos EB steigimo sutarties 43 straipsnio teisinio turinio klausimas. Remiantis ETT praktika galima daryti išvadą, kad įsisteigimo laisvė reiškia ne tik diskriminavimo draudimą, bet ir daug platesnį apribojimų draudimą. Tačiau manytina, kad įsisteigimo laisvei iš esmės taikomas *priimančiosios valstybės* (priimančioji valstybė – tai valstybė, kurioje įsisteigiama ir vykdoma veikla) *jurisdikcijos* principas. Kita vertus, svarstytina, ar ETT savo naujausioje praktikoje nesiekia kompromiso tarp kilmės valstybės ir priimančiosios valstybės principo įsisteigimo laisvės srityje, juk priimančioji valstybė paprastai yra įpareigota pripažinti kitos valstybės narės teisės standartus lygiaverčiais.

Šiandien įsisteigimo laisvę reglamentuoja 2006 m. gruodžio 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2006/123/EB dėl paslaugų vidaus rinkoje, kuri siekia pašalinti kliūtis įsisteigimo laisvei ir paslaugų teikimo laisvei tarp valstybių narių bei užtikrinti paslaugų gavėjams ir teikėjams būtiną teisinį tikrumą, kad jie galėtų praktiškai naudotis šiomis dviem EB steigimo sutartyje įtvirtintomis pagrindinėmis lais-

vėmis. Šią direktyvą valstybės narės turi perkelti ne vėliau kaip iki 2009 m. gruodžio 28 d.

Taigi straipsnio tyrimo tikslas – nustatyti ir išnagrinėti ETT praktikos ir reguliavimo tendencijas įsisteigimo laisvės srityje.

Įsisteigimo laisvės teisinio turinio problematika

Įsisteigimo laisvė – viena iš keturių pagrindinių vidaus rinkos laisvių. Vidaus rinkos sukūrimas – tai viena iš svarbiausių priemonių EB steigimo sutarties tikslams pasiekti. Ši nuostata nepasikeitė nei įsigaliojus Mastrichto arba Amsterdamo sutartims, nei praėjus tam tikram laikotarpiui po šių sutarčių įsigaliojimo (1992 m. gruodžio 31 d. turėjo būti sukurta vidaus rinka). Šios sutarties nepakeitė ir 2001 m. vasario 26 d. pasirašyta Nicos sutartis. Pagal EB sutarties 14 straipsnio 2 dalį vidaus rinka yra suprantama kaip *vidaus sienų neturinti erdvė, kurioje pagal šios Sutarties nuostatas užtikrinamas laisvas prekių, asmenų, paslaugų ir kapitalo judėjimas*. Europos Sąjungos sutarties, pakeistos 2007 m. gruodžio 13 d. pasirašyta Lisabonos sutartimi, iš dalies keičiančia Europos Sąjungos sutartį ir Europos Bendrijos steigimo sutartį, 3 straipsnio 3 dalyje numatyta, kad Sąjunga sukuria vidaus rinką. Be to, ir pagal Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo[1] 26 straipsnio 2 dalį vidaus rinka suprantama taip pat, kaip šiuo metu nustatyta EB steigimo sutartyje.

Reikia pripažinti, kad sunku atsakyti į klausimą, ar jau sukurta ES vidaus rinka, taip pat sunku atsakyti ir į daugelį kitų susijusių su įsisteigimo laisve ir kylančių iš ETT praktikos klausimų: ar svarbu skirti diskriminacinius ir nediskriminacinius apribojimus, ar iš tiesų negalima pateisinti diskriminacinių apribojimų privalomais viešojo intereso pagrindais, ar šiuo metu ETT skiria paslėptąją diskriminaciją ir nediskriminacinius ribojimus, ar būtų galima tam tikromis aplinkybėmis taikyti atvirąją diskriminaciją? Kitas klausimas, kuris nagrinėjamas

[1] 2007 m. gruodžio 13 d. Lisabonos sutarties, iš dalies keičiančios Europos Sąjungos sutartį ir Europos Bendrijos steigimo sutartį, pasirašytos Lisabonoje, (OL C 306, p. 1) 2 straipsnio 1 punktu Europos Bendrijos steigimo sutarties pavadinimas buvo pakeistas į Sutartį dėl Europos Sąjungos veikimo.

moksle ir praktikoje, – ar įsisteigimo laisvei taikomas *priimančiosios valstybės jurisdikcijos principas* ir (ar) *kilmės valstybės jurisdikcijos principas*? Šie klausimai yra labai svarbūs. Jeigu priimančioji valstybė saistoma vien tik *draudimu diskriminuoti užsienio subjektus iš kitų ES valstybių narių*, tai toks valstybės suvaržymas reikštų tik tai, kad ES pilietis priimančiojoje valstybėje turėtų teisę į tokį patį elgesį su juo, kaip elgiamasi ir su priimančiosios valstybės piliečiais. Šią teoriją galėtume vadinti *priimančiosios valstybės jurisdikcijos principu*, nes šiuo atveju *kiekviena valstybė iš esmės taiko nacionalinės teisės nuostatas*. Teisinėje literatūroje dažnai sutariama, kad vidaus rinkos sąlygomis nepakanka vien tik reikalavimo elgtis su užsieniečiais taip pat, kaip ir su vidaus piliečiais. Subjektams iš kitų ES valstybių narių priimančioje valstybėje turėtų būti leidžiama remtis valstybės, iš kurios jie atvyko, nuostatomis, nes jos *vertintinos kaip lygiavertės buvimo (arba kitaip – priimančiosios) valstybės nuostatoms*. Tokio aiškinimo pagrįstumą ypač įrodo tie atvejai, kai ES valstybių narių piliečiai atitinka savo kilmės valstybėje keliamus reikalavimus. Tokią teoriją galime vadinti *kilmės valstybės jurisdikcijos* principu. Remiantis šiuo principu *kiekvienas (net ir nediskriminacinio pobūdžio) įsisteigimo laisvės apribojimas yra laikomas neteisėtu* – vadinamasis *apribojimų draudimas*. Tai reiškia, kad priimančioji valstybė negali trukdyti įsisteigti *vien dėl tos priežasties*, kad jie neatitinka nacionalinių priimančiosios valstybės teisės reikalavimų.

Šis įsisteigimo laisvės teisinio turinio apimties klausimas yra svarbus ne tik teoriniu, bet ir praktiniu požiūriu. Pagal EB steigimo sutarties 46 straipsnį diskriminacinės priemonės gali būti pateisinamos tik viešosios tvarkos, visuomenės saugumo ir sveikatos sumetimais. Taip pat reikia pažymėti: kadangi ši nuostata nustato išimtį iš pagrindinio Sutarties principo, jos numatomos išlygos turi būti aiškinamos siaurai ir, kaip konstatavo ETT, gali būti taikomos tik tuomet, kai vienam iš pagrindinių visuomenės interesų sukeliama *tikra ir pakankamai rimta grėsmė* [1]. Tuo tarpu tik nediskriminaciniai apribojimai gali būti pateisinti EB steigimo sutartyje nenumatytomis išimtimis – privalomais viešojo intereso pagrindais.

Pagal plačiai paplitusią nuostatą įsisteigimo laisvė suprantama kaip apribojimų draudimo išraiška. Daugelis tradicinio mokslo atstovų teigia, kad apribojimų draudimas EB sutarties 43 straipsnio požiūriu visų pirma grindžiamas panašia situacija paslaugų teikimo arba

prekių judėjimo atveju. Kita vertus, nagrinėjant pastarųjų metų ETT praktiką įsisteigimo laisvės srityje, galima susidaryti įspūdį, kad ETT siekia atsiriboti nuo diskriminacinių ir nediskriminacinių apribojimų skyrimo, nes savo sprendimuose dažnai pabrėžia, kad yra įsisteigimo laisvės ribojimas, bet neįvardija jo pobūdžio. Galbūt tokį pragmatinį ETT požiūrį lemia įsitikinimas, kad ES valstybės narės jau sukūrė vidaus rinką ir kad iš esmės šiose valstybėse nėra taikomi diskriminaciniai ribojimai, kurie ypač griežtai vertintini atitikties Europos Sąjungos teisei požiūriu. Galbūt ETT laiko nereikšmingu dikriminacinių ir nediskriminacinių priemonių skyrimą. Tačiau šiuo atveju lieka atviras klausimas dėl ribojimų pateisinimo pagrindų. Teisinėje literatūroje remiantis ETT jurisprudencija neretai išskiriami tokie *kriterijai, kurie būdingi įsisteigimo laisvės apribojimams:* įsisteigimo laisvės veikimo srities pažeidimas; diskriminuojamasis priemonių pobūdis (diskriminuojančios priemonės); problemos, kylančios iš valstybių teisės sistemų skirtumų (priemonės, kurias lemia valstybių narių teisės sistemų skirtumai); neutralios priemonės, bendrai trukdančios patekti į rinką.

Įsisteigimo laisvės teisinio turinio vystymasis pagal ETT jurisprudenciją

1. Nuo diskriminavimo draudimo iki apribojimų draudimo

Pagal EB sutarties 43 straipsnį draudžiami „įsisteigimo laisvės apribojimai pagal toliau išdėstytas nuostatas“. Antrojoje pastraipoje nustatomas pagrindas, kai taikomas šis draudimas, kad įsisteigimo laisvė „apima ir teisę imtis savarankiškai dirbančių asmenų veiklos bei ja verstis, taip pat steigti ir valdyti įmones [...] tomis pačiomis sąlygomis, kurios įsisteigimo šalies teisės aktuose yra nustatytos jos pačios subjektams [...]“. Tradicinė ETT praktika siekė įžvelgti nediskriminavimo principe pačią įsisteigimo laisvės esmę [2], iš esmės prilygindama apribojimų draudimui pagal EB sutarties 43 straipsnio pirmąją pastraipą ir (tiesioginės arba netiesioginės) diskriminacijos, susijusios su antroje dalyje numatytos veiklos pradėjimo bei vykdymo sąlygomis, draudimą. Tačiau EB steigimo sutartis savo taikymo srityje taip pat *draudžia* ir

kiekvieną paslėptojo diskriminavimo formą. Dar 1962 m. Bendrosios programos dėl įsisteigimo laisvės apribojimų panaikinimo III B skyriaus nuostatose numatyta, kad turi būti panaikintos tos nacionalinės nuostatos, nuo kurių priklauso savarankiškos veiklos pradėjimas ir jos tolesnis vykdymas, kurios galioja ir, atrodo, nepriklauso nuo pilietybės kriterijaus, bet iš tikrųjų *išimtinai* arba *daugiausiai* trukdo arba siekia trukdyti užsieniečių veiklą. Klasikiniai paslėptosios diskriminacijos pavyzdžiai yra nuolatinės gyvenamosios vietos reikalavimas, buveinės reikalavimas, reikalavimas nuolat gyventi tam tikroje valstybėje arba gerai mokėti tos valstybės kalbą.

Vienas iš ETT sprendimų, kuriame įsisteigimo laisvė buvo aiškinama platesne prasme (kad neutralaus pobūdžio nacionalinės priemonės[2] taip pat gali būti įsisteigimo laisvės apribojimas), yra *Thieffry* bylos sprendimas [3]. Prancūzijos priemonės, kai kompetentingos įstaigos neišdavė belgui Thieffry leidimo verstis advokato praktika, nes neatsižvelgė į tą aplinkybę, kad Prancūzijos aukštosios mokyklos administracija Belgijoje išduotą Thieffry daktaro diplomą prilygino prancūziškajai „*licence en droit*“, ir taip buvo patvirtintas Thieffry tinkamumas advokato profesijai (atitikimas priimančios valstybės reikalavimams, nustatytiems pradėti advokato veiklą), buvo pripažintos diskriminuojančiomis. Šios taisyklės sudarė prastesnes sąlygas asmeniui, kuris gavo aukštosios mokyklos diplomą užsienyje, ir labiau gynė prancūzų advokatų interesus. ETT konstatavo, kad minėtos Prancūzijos teisės nuostatos pažeidė įsisteigimo laisvę. Tiesa, šio sprendimo ar-

[2] Šiuo atveju turimos omeny neutralios priemonės, apskritai trukdančios patekti į rinką. Valstybės narės, siekdamos panaikinti tokias priemones, *turėtų apskritai supaprastinti reikalavimus atitinkamai veiklai pradėti*, *bet ne naikinti išskirtinai užsieniečiams galiojančius apribojimus*. Svarbu tai, kad šios neutralios nustatančios *tam tikras sąlygas profesinei veiklai vykdyti* priemonės, *nors ir* nekeldamos užsieniečiams iš kitų ES valstybių narių griežtesnių nei priimančiosios valstybės piliečiams reikalavimų, *trukdo asmenims patekti į rinką* – paprasčiausiai šių priemonių taikymas trukdo pradėti tam tikrą profesinę veiklą arba sumažina šios veiklos patrauklumą. Taigi aptariamos neutralios priemonės, apskritai trukdančios patekti į rinką, yra netiesiogiai susijusios su patekimo į rinką sritimi. Jos gali *taip pat ir tiesiogiai trukdyti įsisteigti*. ETT savo sprendimuose taip pat išreiškė savo principinę nuostatą, jog ir neutralios nacionalinės teisės nuostatos, bendrai trukdančios patekti į rinką, gali būti nesuderinamos su laisvu asmenų judėjimu, pavyzdžiui, tokia nuostata buvo išreikšta ETT *Kraus* sprendime (žr. toliau).

gumentacija nebūtų svarbi aptariant neutralias priemones, bendrai trukdančias patekti į rinką, jei Teismas nebūtų pasisakęs dėl *profesinių nuostatų, trukdančių užsienio subjektams pradėti profesinę veiklą priimančiojoje valstybėje, būtino pagrindimo bendruoju interesu* ir dėl to, kad šios nuostatos sudaro pasikėsinimą į įsisteigimo laisvę, reikalaujantį esminio pateisinimo bendrojo intereso pagrindais. Šiame ETT sprendime profesinių taisyklių ir bendrojo intereso sąsają galėtume laikyti nauju pagrindu plačiau suvokti įsisteigimo laisvės teisinį turinį.

Gullung sprendime [4] įsisteigimo laisvė taip pat buvo suprantama plačiau kaip apimanti ir neutralaus pobūdžio profesines taisykles. Šios bylos aplinkybės buvo susijusios su pono *Gullung* – advokato, dirbančio Vokietijoje, – siekiu dirbti advokato darbą ir Prancūzijoje. Nors jis turėjo reikalingus kvalifikacijos pažymėjimus, bet jo prašymas dirbti advokatu buvo atmestas atsižvelgiant į ankstesnius incidentus, kurių metu ponas *Gullung* buvo apibūdintas kaip asmeniškai nepatikimas. ETT nusprendė: *kai kurių valstybių narių reikalavimai gauti leidimą dirbti advokatu yra leidžiami pagal Europos Bendrijų teisę, jeigu tik toks leidimo suteikimas nediskriminuoja kitų valstybių narių piliečių. Šiais reikalavimais turi būti garantuojamas patikimumas ir pagrindinių teisės principų gerbtinumas.* Šį sprendimą kritikavo tradicinės nuomonės atstovai: mat prancūzų leidimo taisyklės nei atvirai, nei paslėptai nediskriminavo pono Gullung. ETT aptariamoms prancūzų nuostatoms pritaikė *bendrojo intereso pagrindą* ir nusprendė, kad Prancūzijos teisės nuostatos neprieštarauja Europos Bendrijų teisei.

Tačiau nuo *Kraus* bylos sprendimo [5] ETT nedviprasmiškai taiko griežtesnį nei nediskriminavimo kriterijų, iš esmės pripažindamas, kad *net ir nediskriminacinės priemonės gali apriboti įsisteigimo laisvę*. Šiame sprendime ETT aiškinosi, ar gali būti pripažintas Vokietijoje LLM (*master of law*) vardas, suteiktas Vokietijos piliečiui Didžiojoje Britanijoje. ETT nustatė, kad kiekviena nacionalinė nuostata, nustatanti papildomas sąlygas naudotis kitoje valstybėje įgytu akademiniu laipsniu, prieštarauja EB steigimo sutarties 39 ir 43 straipsniams. *Nesvarbu, ar ji yra ir nediskriminuojančio pobūdžio pilietybės pagrindas*, bet tokia nuostata *siekia apriboti* arba *padaryti mažiau patrauklias EB sutartimi garantuojamas laisves*. Šioje byloje Vokietijos teisės nuostatos daugiausia veikė kitų ES valstybių narių piliečių nenaudai, nors formaliai ir buvo vienodos vidaus piliečiams bei kitų ES valstybių na-

rių piliečiams. Dėl šios priežasties ETT, nagrinėdamas *Kraus* bylą, galėjo rinktis įprastą kelią ir vadovautis paslėptosios diskriminacijos ir vienodo elgesio su užsieniečiais ir vidaus piliečiais, kurių padėtis yra panaši, kaip ir tam tikrų užsieniečių, principais. Tačiau ETT šioje byloje aiškiai pasisakė už tai, kad EB sutarties 43 straipsnis turi būti aiškinamas kaip *apribojimų draudimo principas*, draudžiantis ne tik diskriminaciją, bet ir nediskriminacinio pobūdžio priemones. Apibendrinant galima teigti, kad savo praktikoje ETT nutolo nuo klasikinės įsisteigimo laisvės sampratos, nes jau nesiorientavo vien į diskriminavimą, bet kreipė dėmesį į tai, ar *įsisteigimo laisvė apskritai yra ribojama* arba *gali tapti mažiau patraukli,* ir laikėsi nuostatos, kad nacionalinės priemonės, trukdančios pasinaudoti įsisteigimo laisve, poveikis yra toks pats arba net svarbesnis už galimą diskriminaciją.

Pasakytina, kad šio sprendimo išvados kartais vertinamos kitaip. Pavyzdžiui, generalinis advokatas *Antonio Tizzano* bylos *CaixaBank France* išvadoje teigia, kad *Kraus* sprendimas gali būti aiškinamas ir kitaip, nes tai, kad buvo patvirtintas daug griežtesnis kriterijus, galėjo lemti konkrečios bylos aplinkybės, o ne bendro aiškinimo pasirinkimas [6]. Vadinasi, ETT požiūris *Kraus* bylos sprendime galėjo paprasčiausiai reikšti ETT reakciją į Vokietijos teisės aktų baudžiamąjį poveikį asmenims, įgijusiems universiteto diplomą užsienyje, nustatant tokio diplomo teisinio pripažinimo formalumus, kurie nebuvo taikomi Vokietijoje įgytų diplomų atžvilgiu.

ETT *Gebhard* bylos sprendimas [7] teisinėje literatūroje laikomas aiškiai rodančiu, kad EB sutarties 43 straipsnis traktuojamas ne kaip diskriminavimo draudimas, o kaip *apribojimų draudimas* [8]. Vokietis *Gebhard* daugiau kaip dešimt metų vertėsi advokato praktika Italijoje, kurioje gyveno su savo šeima. Advokatų kolegija Milane jam uždraudė teikiant teisines konsultacijas vartoti profesinį pavadinimą „*avvocato*" motyvuodama tuo, kad jis neatitinka Italijos teisės nuostatose įtvirtintų reikalavimų advokatams. Šioje byloje įsisteigimo laisvės ribojimais laikytos neutralios priemonės, trukdančios arba galinčios trukdyti patekti į rinką. Savo sprendime ETT konstatavo, kad *įsisteigimo teisės neriboja tų trukdančių įgyvendinti sutartimi garantuojamas laisves* arba *galinčių jas padaryti mažiau patrauklias nacionalinių priemonių, kurios atitinka keturias sąlygas: 1) jų taikymas turi būti nediskriminuojančio pobūdžio, 2) jos turi būti pateisinamos bendrojo intereso būtinaisiais pa-*

grindais, *3) būti tinkamos jomis nustatytam tikslui pasiekti, 4) neturi peržengti to*, *kas yra reikalinga šiam tikslui pasiekti*. *Gebhard* bylos sprendimas, turint omenyje nacionalinių priemonių pagrindimo testą, paremtą keturiais ETT jurisprudencijos paslaugų teikimo laisvės teikimo srityje žinomais kriterijais, buvo suprantamas kaip *ETT pripažinimas, jog EB sutarties 43 straipsnio nuostatos reiškia apribojimų draudimo principą*. Vadinamąja *Gebhard formule* ETT remiasi priimdamas daugelį sprendimų, susijusių su įsisteigimo laisvės ribojimais [9]. Pats *apribojimų draudimo* terminas ETT nebuvo *expressis verbis* vartotas, bet *Gebhard* bylos sprendimo aiškinimas ir išraiškos būdas atskleidžia tokią glaudžią sąsają su ETT jurisprudencija paslaugų teikimo laisvės srityje, kad, atrodo, kitokia išvada yra ir neįmanoma.

Spręsdamas *Pfeiffer* bylą [10] ETT taip pat rėmėsi *Gebhard* bylos sprendimo principinėmis nuostatomis. Šioje byloje ETT turėjo įvertinti, ar Austrijos teisės nuostatos dėl komercinių pavadinimų apsaugos nuo galimybės suklaidinti (draudimas dukterinei bendrovei naudoti komercinį pavadinimą, kurį jau naudojo Vokietijoje patronuojanti bendrovė ir kuris iš esmės sutapo su Austrijos konkurento komerciniu pavadinimu) atitinka EB steigimo sutartį. Ši nagrinėjama priemonė nebuvo susijusi su ekonominės veiklos pradėjimu, kurią galėjo vykdyti bet kuris nacionalinis arba užsienio subjektas. Be to, ji nei tiesiogiai, nei netiesiogiai nediskriminavo įsisteigimo laisve besinaudojančio asmens, tiesiog sudarydama jam mažiau palankias sąlygas negu toje valstybėje jau įsisteigusiems asmenims. Tačiau ETT nusprendė, kad Austrijos teisės aktai riboja įsisteigimo laisvę, ir šis ribojimas yra pateisinamas remiantis intelektinės nuosavybės apsaugos pagrindais (privalomas bendrojo intereso pagrindas).

Nagrinėjant *Gebhard bylos formulės*, kiek ji susijusi su tuo, kad įsisteigimo teisę riboja tos nacionalinės priemonės, kurios gali ją *padaryti mažiau patrauklią*, esmę ir taikymą ETT praktikoje, vis dėlto kyla klausimas, ar ji nėra per daug abstrakti ir pernelyg griežtai ribojanti ES valstybių narių ekonominės veiklos reglamentavimą. Juk nesant suderintų nacionalinių nuostatų dėl konkrečios ekonominės veiklos vykdymo būtų galima teigti, kad *Gebhard formulė*, pagal kurią draudžiamos nacionalinės priemonės, kurios gali sutartimi garantuojamas laisves padaryti mažiau patrauklias, draudžia valstybei taikyti griežtesnes teisės nuostatas šioje srityje.

Spręsdamas *Futura* bylą [11] ETT taip pat vadovavosi apribojimų draudimo principu. Ir šiuo atveju ETT buvo svarbu, kad nacionalinės priemonės *tiesiogiai trukdo vykdyti ekonominę veiklą*, o ne gali įsisteigimo laisvę padaryti mažiau patrauklią. Šios bylos aplinkybės buvo susijusios su prancūzų bendrovės filialu Liuksemburge, kuris norėjo pateikti Liuksemburgo finansų įstaigoms savo pagrindinės bendrovės mokestinių nuostolių skaičiavimus. Bylos nagrinėjimo metu iškilo keli klausimai: ar yra ekonominis ryšys tarp įplaukų ir nuostolių Liuksemburge, ar filialas Liuksemburge yra įpareigotas tvarkyti atskirą nuo pagrindinės bendrovės buhalteriją, ar pakanka to, kad buhalterija tvarkoma tik pagrindinės bendrovės buveinėje. Liuksemburgo pajamų mokesčio įstatymo 157 straipsnio 2 dalyje finansinių nuostolių apskaita siejama su būtinu atskiru buhalterijos tvarkymu valstybės viduje. ETT paaiškino, kad pareiga turėti atskirą buhalteriją *gali reikšti* norinčios įsteigti filialą kitoje valstybėje narėje *bendrovės įsisteigimo laisvės apribojimą*. Kartu ši sąlyga, specialiai skirta turinčioms buveinę kitoje valstybėje narėje bendrovėms, pažeidžia EB steigimo sutarties 43 straipsnio nuostatas. Žinoma, EB steigimo sutarties 43 straipsnio nuostatos nebūtų pažeistos, jeigu šia priemone valstybė siektų teisėto tikslo, *suderinamo su EB sutarties tikslais* ir pateisinamo *privalomais bendrojo intereso pagrindais*. Būtina, kad valstybės taikomos priemonės būtų *tinkamos siekiamam tikslui įgyvendinti* ir *neperžengtų to, kas yra reikalinga šiam tikslui pasiekti*. Tokie ETT svarstymai šioje byloje nėra visiškai aiškūs, nes ETT yra patvirtinęs, kad pareiga turėti atskirą buhalteriją yra specialiai skirta turinčioms buveinę kitoje ES valstybėje narėje bendrovėms. Tokia padėtis primena diskriminavimo aplinkybes, nes *priemonės arba nuostatos, skirtos užsienio bendrovėms arba užsieniečiams, iš tiesų sudaro diskriminuojantį poveikį*. Kita vertus, ETT vartoja tokius terminus kaip *apribojimai*, *privalomi bendrojo intereso pagrindai*, iš kurių galima suprasti, kad ETT įsisteigimo laisvę, nekreipiant dėmesio į priemonių diskriminacinį poveikį konkrečiu atveju, interpretuoja kaip *apribojimų draudimą*. Svarbu tai, kad šioje byloje ETT nustatė, kad nacionalinės priemonės *tiesiogiai trukdo* vykdyti ekonominę veiklą, o *ne gali* įsiteigimo laisvę padaryti *mažiau patrauklią*.

2. Paslaugų teikimo laisvės, prekių judėjimo laisvės ir įsisteigimo laisvės teisinio turinio santykis

Alpine Investments [12] bylos sprendime, susijusiame su paslaugų teikimo laisvės apribojimais, ETT, nagrinėdamas nediskriminacinio pobūdžio apribojimus, pabrėžė *tiesioginės kliūties pradėti veiklą* kriterijų [13]. Šioje byloje ETT sprendė klausimą, ar valstybės narės taisyklės, draudžiančios jos teritorijoje įsteigtai įmonei teikti pasiūlymus dėl tam tikrų finansinių paslaugų, naudojant „cold-calls" technologiją, sudaro EB sutarties 59 straipsnio apribojimą[3]. ETT šios bylos sprendime pažymėjo, kad toks draudimas užkerta kelią paslaugų teikėjams greitai ir tiesiogiai susisiekti su galimais klientais kitose valstybėse narėse ir kad jis gali reikšti paslaugų teikimo laisvės apribojimą (tiesioginė įtaka patekti į kitų valstybių narių paslaugų rinką). Dėl Nyderlandų ir Jungtinės Karalystės vyriausybių pateiktų argumentų, kad nagrinėjamas draudimas nepatenka į EB sutarties 49 straipsnio nuostatų apimtį, nes reiškia bendrai taikomą priemonę (yra nediskriminacinio pobūdžio), ir nei jo tikslai, nei padariniai nesuteikia nacionalinei rinkai pranašumo kitų rinkų atžvilgiu (pagal analogiją rėmėsi *Keck* formule, pagal kurią vienodai galiojančios *nuostatos, susijusios su prekyba*, patenka į EB sutarties 28 (buv. 30) straipsnio taikymo sritį tik tuomet, *jei joms būdingas rinkos suskaldymo poveikis,* ETT sprendimas *Keck* byloje Nr. C-267 ir C-268/91), ETT pasisakė, kad jie negali būti priimti. Nagrinėjamas draudimas nustatytas valstybės narės, kurioje paslaugos teikėjas yra įsisteigęs, ir turi įtakos ne tik jo pasiūlymams klientams, esantiems toje valstybėje, bet ir pasiūlymams galimiems klientams kitose valstybėse. Todėl, ETT teigimu, toks draudimas daro tiesioginę įtaką patekti į paslaugų rinką kitose valstybėse narėse ir gali riboti paslaugų teikimo laisvę Bendrijos viduje. Spręsdamas *Alpine Investments* bylą ETT laikėsi nagrinėjant *Säger/Dennemeyer* bylą [14] padarytų išvadų dėl to, kad paslaugų teikimo laisvę gali pažeisti ir nediskriminacinio pobūžio apribojimai, kuriuos išplečia ir paslaugų teikėjo įsisteigimo valstybės taisyklės su sąlyga, *jei jos daro tiesioginę įtaką patekimui į kitos*

[3] Pabrėžtina, kad pagal ETT praktiką paslaugų teikimo laisvės ir įsisteigimo laisvės teisinis turinys suprantamas labai panašiai, t. y. kad abi šias laisves gali pažeisti ir nediskriminacinio pobūdžio ribojimai.

valstybės narės paslaugų teikimo rinką. Manyčiau, kad remiantis sisteminiu požiūriu analogiškas principas, kai akcentuojama tiesioginė įtaka patekti į kitos valstybės narės rinką, taikytinas taip pat ir įsisteigimo laisvei[4].

Nesunku pastebėti, kad *Keck* bylos sprendimo prekių judėjimo atžvilgiu loginis pagrindas yra dvejopas *patekimo į rinką* ir *diskriminacijos* kriterijus: bet kuri nacionalinė priemonė, kliudanti kitų valstybių narių gaminiams patekti į rinką arba apsunkinanti jų patekimą labiau negu nacionalinių gaminių, laikytina laisvo prekių judėjimo apribojimu [15]. Tiesa, ETT taip pat laikosi nuostatos, kad asmenų judėjimo laisvės apribojimais apskritai laikomos visos priemonės, kurios draudžia, kliudo arba dėl kurių naudojimasis šia laisve *tampa mažiau patrauklus* [16]. Šis nuostatų skirtumas dėl pastarojo kriterijaus vartojimo asmenų judėjimo laisvės atžvilgiu kelia ETT praktikos darnos problemą [17]. Ši problema yra tuo svarbesnė, kuo daugiau yra nacionalinių priemonių, kurias ETT nagrinėja atsižvelgdamas į laisvą prekių judėjimą ir kurios taip pat gali būti laikomos kitų judėjimo laisvių apribojimais. Tačiau vis dėlto nesureikšminant šio ETT nuostatų skirtumo galima daryti išvadą, kad *Keck*, *Alpine Investments*, *Gebhard* ir kt. bylų sprendimuose nustatyti tokie patys arba labai panašūs apribojimų kriterijai. Tiek, kiek tai susiję su įsisteigimo laisve, valstybės narės nacionalinės nuostatos, reglamentuojančios ekonominės veiklos vykdymą, laikytinos Sutarčiai prieštaraujančiais apribojimais, jei dėl jų šia laisve besinaudojantis subjektas teisiškai arba faktiškai atsiduria mažiau palankiose sąlygose negu atitinkamoje valstybėje įsisteigęs subjektas, arba jei dėl jų tikslo arba pasekmių tiesiogiai daromas poveikis patekti į rinką [18].

[4] Kadangi šių dviejų laisvių taikymo sritys iš tiesų yra labai panašios (asmenų, erdvės ir dalyko atžvilgiu), tai atrodytų, kad būtų galima paslaugų teikimo laisvės atžvilgiu išplėtotą *apribojimų draudimo koncepciją taikyti* ir įsisteigimo laisvei. Šių dviejų pagrindinių laisvių sugretinimas yra naudingas, nes tuomet atsiranda galimybė remtis Europos Bendrijų teisėje įtvirtinta *bendra ir pagrindine laisvo asmenų judėjimo teise*. Prieštaraujantys įsisteigimo laisvės ir paslaugų teikimo laisvės gretinimui tradicinio mokslo atstovai teigia, kad apribojimų draudimas EB steigimo sutarties 49 straipsnio atžvilgiu pirmiausia gali būti pagrįstas panašia situacija prekių judėjimo laisvės atveju, o paslaugų teikimo laisvė, priešingai nei įsisteigimo laisvė, neišreiškia gamybos veiksnių mobilumo, o tik produktų judėjimą EB steigimo sutarties 28 straipsnio prasme, kurio atžvilgiu kaip tik ir galioja apribojimų draudimas.

3. Įsisteigimo laisvės ribojimai – naujausios praktikos tendencijos

Norėčiau panagrinėti kelis būdingus sprendimus įsisteigimo laisvės srityje, iš kurių galima spręsti apie naujausias ETT praktikos tendencijas.

Viking Line ABP bylos sprendimas [19]. *Profesinės sąjungos arba profesinių sąjungų asociacijos kolektyvinė priemonė – kaip įsisteigimo laisvės apribojimas*. Pagal Suomijos teisę įsteigta bendrovė „Viking", būdama svarbus pervežimo keltais ūkio subjektas, eksploatuoja septynis laivus, tarp kurių yra „Rosella", su Suomijos vėliava plaukiojantis maršrutu Talinas (Estija) – Helsinkis (Suomija). „Viking" siekė pakeisti jo vėliavą, perregistruodama jį Estijoje arba Norvegijoje, kad galėtų sudaryti naują kolektyvinę darbo sutartį su vienos iš šių šalių profesine sąjunga ir sumažinti išlaidas darbo užmokesčiui mokėti. Šioje byloje buvo nagrinėjamas įsisteigimo laisvės apribojimas – *profesinės sąjungos arba profesinių sąjungų asociacijos kolektyvinė priemonė privačios įmonės atžvilgiu*, kuria ši įmonė buvo verčiama sudaryti kolektyvinę sutartį (ji turėjo įsipareigoti, neatsižvelgiant į galimą „Rosella" vėliavos keitimą, toliau laikytis Suomijos teisės, taikytinos kolektyvinės darbo sutarties, bendrojo susitarimo bei sutarties dėl šio laivo įgulos narių ir užtikrinti, kad dėl galimo vėliavos keitimo darbuotojai nebus atleisti ir nebus pakeistos darbo sąlygos), o jos turinys galėjo ją atgrasinti pasinaudoti įsisteigimo laisve. Dėl šios kolektyvinės priemonės „Viking" tampa netikslinga keisti laivo vėliavą į kitos valstybės narės vėliavą (t. y. netikslinga pasinaudoti įsisteigimo teise), taip pat ši į EB steigimo sutarties 43 straipsnio taikymo sritį patenkanti priemonė *trukdo* „Viking" *pasinaudoti įsisteigimo laisve kitoje ES valstybėje narėje*. Pirmiausia ETT atkreipė dėmesį į tai, kad nuostatos dėl įsisteigimo laisvės draudžia kilmės valstybei narei riboti savo piliečio arba pagal jos teisės aktus įsteigtos ir, be kita ko, EB 48 straipsnio apibrėžimą atitinkančios bendrovės įsisteigimo laisvę kitoje valstybėje narėje [20]. Taip pat ETT remiasi 1991 m. liepos 25 d. *Factortame* bylos ir kt. sprendimais, pagal kuriuos įsisteigimo sąvoka apima konkrečios ekonominės veiklos vykdymą, įsisteigus kitoje valstybėje neribotam laikui, ir *laivo registracija negali būti atskirta nuo įsisteigimo laisvės įgyvendinimo*, kai šis laivas yra priemonė ekonominei veiklai, apimančiai įsisteigimą re-

gistracijos valstybėje narėje, vykdyti [21]. Dėl minėtos kolektyvinės priemonės „Viking“ *pasinaudojimas savo įsisteigimo teise tampa mažiau patrauklus* arba *net visai beprasmis*, nes ši priemonė jai ir jos dukterinei įmonei „Viking Eesti“ trukdo priimančiojoje valstybėje narėje pasinaudoti tokiomis pačiomis teisėmis, kaip ir šioje valstybėje įsisteigę kiti ūkio subjektai [22]. ETT patvirtino, kad nagrinėjama kolektyvinė priemonė sudaro įsisteigimo laisvės ribojimus EB steigimo sutarties 43 straipsnio prasme. Nors dėl priemonių pobūdžio Estijoje ETT atkreipė dėmesį į „Viking“, „Viking Eesti“ nevienodą padėtį priimančiojoje valstybėje narėje – Estijoje, palyginus su kitais šioje valstybėje įsisteigusiais ūkio subjektais, dėl priemonių pobūdžio Suomijoje – tai ETT laikėsi nuostatos, kad jos nebuvo diskriminacinio pobūdžio, o tai patvirtina faktas, kad ETT, remdamasis *Gebhard* formule, siekė kolektyvinę priemonę pateisinti privalomu bendro intereso pagrindu – *darbuotojų apsauga* [23]. Ši kolektyvinė priemonė yra *neutrali priemonė, trukdanti arba galinti trukdyti patekti į rinką*. Todėl ETT laikosi nuostatos, kad iš esmės *šie apribojimai gali būti pateisinti vieno iš privalomų bendrojo intereso pagrindu*, kaip antai darbuotojų apsauga, su sąlyga, kad bus įrodyta, jog jie gali užtikrinti teisėto tikslo įgyvendinimą ir neviršija to, kas būtina šiam tikslui pasiekti (t. y. *proporcingi siekiamam tikslui*).

Raffaele Talotta bylos sprendimas [24]. *Minimalių apmokestinamųjų pajamų dydžių taikymas tik ne rezidentams – kaip įsisteigimo laisvės apribojimas*. R. Talotta gyvena Liuksemburgo Didžiojoje Hercogystėje, o Belgijoje kaip fizinis asmuo turi restoraną. Kadangi R. Talotta Belgijoje neturi nuolatinės gyvenamosios vietos, tai jo šioje valstybėje narėje gautos pajamos yra apmokestinamos fizinių asmenų ne rezidentų pajamų mokesčiu ir jam yra taikomi minimalūs apmokestinamųjų pajamų dydžiai. Nors *tiesioginiai mokesčiai priklauso valstybių narių kompetencijai*, tačiau pastarosios vis dėlto turi ją įgyvendinti laikydamosi Bendrijos teisės [25]. ETT šiame sprendime teikia nuorodą į 1995 m. vasario 14 d. *Schumacker* bylos sprendimą, pagal kurį vienodo vertinimo taisyklės draudžia ne tik atvirą diskriminaciją dėl nacionalinės priklausomybės, bet ir bet kokias kitas paslėptas diskriminacijos formas, kuriomis, pritaikius kitus skirtumų kriterijus, pasiekiamas toks pats rezultatas [26]. Tuo tarpu *diskriminacija* gali atsirasti tik tuomet, kai *panašiomis aplinkybėmis taikomos skirtingos taisyklės arba*

kai ta pati taisyklė taikoma skirtingoms situacijoms. Mokesčių lengvatos taikymas tik rezidentams išreiškia *skirtingą šių dviejų mokesčių mokėtojų grupių vertinimą* ir gali būti kvalifikuojamas kaip diskriminacija Sutarties prasme, jeigu nėra jokių objektyvių situacijos skirtumų, kurie pateisintų skirtingą šių dviejų mokesčių mokėtojų grupių vertinimą tuo klausimu (minėto *Schumacker* bylos sprendimo 36–38 punktai). Belgijos vyriausybė įrodinėjo, kad šiuo atveju yra objektyvių skirtumų tarp rezidentų ir ne rezidentų situacijų. Tuo tarpu ETT ir generalinis advokatas byloje P. Mengozzi laikėsi nuostatos, kad mokesčių mokėtojai rezidentai ir mokesčių mokėtojai ne rezidentai yra objektyviai panašioje situacijoje pagrindine byloje nagrinėjamų nacionalinės teisės aktų prasme. ETT konstatavo, kad nacionalinės priemonės, kurios minimalius apmokestinamųjų pajamų dydžius numato tik mokesčių mokėtojams ne rezidentams, yra *netiesioginė diskriminacija*[5] *dėl nacionalinės priklausomybės* EB steigimo sutarties 43 straipsnio prasme. Belgijos vyriausybė siekė minimalių apmokestinamųjų pajamų dydžių nustatymą tik mokesčių mokėtojams ne rezidentams pateisinti būtinybe užtikrinti *veiksmingą mokesčių kontrolę* (privalomas viešojo intereso pagrindas). ETT nustatė, kad būtinybė užtikrinti mokesčių kontrolės veiksmingumą nepateisina skirtingo vertinimo ir kad mokesčių mokėtojams ne rezidentams reikia taikyti tas pačias taisykles kaip ir mokesčių mokėtojams rezidentams. Šiuo atveju susidaro toks įspūdis, kad ETT laikosi nuostatos, kad iš esmės byloje nustatytą netiesioginę diskriminaciją (kitaip – paslėptąją diskriminaciją) įmanoma pateisinti privalomu viešojo intereso pagrindu – būtinybe užtikrinti veiksmingą mokesčių kontrolę, nes sprendime nurodė, kad Belgijos vyriausybė neįtikino dėl šio pagrindo taikymo būtinumo ir dėl to šis pagrindas nebus taikomas. Šis pateisinimo pagrindas gali pasirodyti ir visiškai netinkamas bei sukelti tam tikrą painiavą pagrindų, pateisinančių nacionalines priemones, galinčias sudaryti kliūtis judėjimo laisvei, sistemoje, nes vadovaujantis EB steigimo sutartimi paslėptąją diskriminaciją, kaip ir atvirąją diskriminaciją, būtų galima pateisinti tik EB steigimo

[5] Netiesioginės diskriminacijos terminą ETT vartoja apibrėždamas ir paslėptąją diskriminaciją, ir nediskriminacinius ribojimus. Kadangi išeities taškas buvo *Schumacker* sprendimas, kuriame buvo sprendžiami paslėptosios diskriminacijos klausimai, tai tikėtina, kad ETT netiesioginės diskriminacijos terminą vartojo paslėptajai diskriminacijai apibrėžti.

sutarties nuostatose numatytomis išimtimis. Kita vertus, ETT, siekdamas priemones, sudarančias paslėptąją diskriminaciją, pateisinti privalomu viešojo intereso pagrindu, tiesiog lieka ištikimas savo praktikai, nusistovėjusiai mokesčių srityje [27]. Generalinis advokatas P. Léger yra pažymėjęs, kad mokesčių srityje ETT pripažįsta, jog *diskriminuojantys nacionalinės teisės aktai gali būti pateisinami privalomais pagrindais, išskyrus nurodytus Sutartyje, ypač mokesčių sistemos vientisumo sumetimais* [28]. Tačiau šie sprendimai prieštarauja bendresnio pobūdžio praktikos krypčiai, taip pat taikomai ir mokesčių srityje [29], kuri teigia, kad diskriminacinę priemonę galima pateisinti tik remiantis Sutartyje tiesiogiai numatytomis nukrypti leidžiančiomis nuostatomis [30]. Teisingumo Teismas turėtų panaikinti šiuos neaiškumus [31]. Grįžtant prie nagrinėjamos bylos paminėtina, kad iš ETT argumentų galima padaryti išvadą, kad nagrinėjamas ribojimas – minimalių apmokestinamųjų pajamų dydžių taikymas tik ne rezidentams – reiškia skirtingą mokesčių mokėtojų grupių vertinimą ir turi būti kvalifikuojamas kaip diskriminacija, tačiau iš pateisinimų pagrindų galima suprasti, kad šis ribojimas buvo vertinamas kaip nediskriminacinio pobūdžio.

N bylos sprendimas [32]. *Reikalavimas pateikti garantiją, taikomas mokesčių mokėtojui iš šios valstybės narės persikėlus gyventi kitur ir siekiant atidėti šio mokesčio mokėjimą, visiškas neatsižvelgimas į galimą persikėlus gyventi kitur pajamų sumažėjimą, į kurį nebuvo atsižvelgta priimančiojoje valstybėje narėje, – kaip įsisteigimo laisvės apribojimas*. N persikėlė gyventi į Jungtinę Karalystę, o išvykdamas iš Nyderlandų jis buvo vienintelis trijų pagal Nyderlandų teisę įkurtų uždarųjų akcinių bendrovių akcininkas. Vien todėl, kad išvyksta, šis mokesčių mokėtojas turėjo sumokėti pajamų mokestį už pajamas, kurių dar nebuvo gavęs ir kuriomis dar nedisponavo, nors, jeigu jis būtų ir toliau gyvenęs Nyderlanduose, pajamos būtų buvusios apmokestintos tik tuomet, jeigu jos faktiškai būtų gautos. Šis *skirtingas požiūris galėjo atgrasinti* suinteresuotą asmenį *nuo gyvenamosios vietos perkėlimo už Nyderlandų ribų*. N mokesčių mokėjimą Nyderlanduose atidėjo, o tokiam atidėjimui buvo taikomas *reikalavimas pateikti garantijas*. Pačios garantijos yra ribojančio poveikio, nes neleidžia mokesčių mokėtojui naudotis turtu, kuris suteiktas kaip garantija. Be to, *į pajamų sumažėjimą, atsiradusį jau perkėlus gyvenamąją vietą, nebuvo atsižvelgta* siekiant suma-

žinti mokėtinus mokesčius. Taip mokestis nuo negautų pajamų, kuris buvo nustatytas persikeliant į kitą gyvenamąją vietą, galėjo viršyti mokestį, kurį mokesčių mokėtojas būtų privalėjęs mokėti, jei perleidimas būtų vykdomas tuo pačiu metu, bet mokesčių mokėtojas nebūtų persikėlęs iš gyvenamosios vietos Nyderlanduose. ETT laikėsi nuostatos, kad tokia apmokestinimo tvarka *gali riboti galimybę pasinaudoti įsisteigimo laisve*. ETT šiame sprendime daro nuorodą į sprendimą *Lasteryrie du Saillant* byloje, pagal kurį nacionalinės priemonės, *galinčios apriboti galimybę pasinaudoti Sutarties garantuotomis pagrindinėmis laisvėmis* arba *naudojimąsi jomis padaryti mažiau patrauklų*, gali būti leistinos, jei jomis siekiama *bendro intereso tikslo*, jos yra *tinkamos šiam tikslui pasiekti* ir *neviršija* to, kas reikalinga siekiant minėto tikslo [33]. Nyderlandų vyriausybės teigimu, šia tvarka buvo siekiama *užtikrinti teritorialumo principu pagrįstą iš bendrovės akcijų perleidimo gaunamų pajamų apmokestinimo įgaliojimų paskirstymą tarp valstybių narių* ir *išvengti dvigubo apmokestinimo* (gali būti teisėti viešojo intereso pagrindai). Iš ETT ribojimų pateisinimo pagrindimo matyti, kad ETT šiuos ribojimus arba laikė nediskriminacinio pobūdžio ribojimais, arba laikė paslėptąja diskriminacija ir rėmėsi ta pačia nusistovėjusia ribojimų pateisinimo sistema kaip ir sprendžiant *Talotta* bylą. ETT nustatė, kad net jeigu įprastai mokėtino mokesčio mokėjimui atidėti reikalavimas pateikti garantijas neabejotinai palengvina šio mokesčio gavimą iš užsienio rezidento, *jis viršija tai, kas būtina užtikrinant tokios mokestinio teritorialumo principu pagrįstos mokesčių tvarkos veikimą ir veiksmingumą*. Taip pat neproporcinga laikytina tokia mokesčio nuo pajamų iš vertybinių popierių perleidimo išieškojimo sistema, pagal kurią neatsižvelgiama į pajamų sumažėjimą, galintį atsirasti atitinkamam mokesčių mokėtojui persikėlus gyventi kitur.

Oy AA bylos sprendimas [34]. *Dukterinės bendrovės teisė iš savo apmokestinamųjų pajamų atskaityti atliktą lėšų pervedimą grupės viduje tik toje pačioje valstybėje buveinę turinčiai patronuojančiai bendrovei – kaip įsisteigimo laisvės apribojimas*. Suomijoje galiojančia schema, pagal kurią dukterinė bendrovė, šios valstybės narės rezidentė, gali iš savo apmokestinamųjų pajamų atskaityti jos atliktą lėšų pervedimą grupės viduje patronuojančiai bendrovei, tik jei pastaroji bendrovė turi savo buveinę šioje valstybėje narėje, yra siekiama pašalinti nepalankią mokestinę padėtį, būdingą bendrovių grupės struktūrai, leidžiant

tolygų paskirstymą grupės, kurią sudaro pelningai veikiančios bendrovės ir bendrovės, patiriančios nuostolių, viduje. Šitaip lėšų pervedimas grupės viduje gina bendrovių grupės interesus. Kadangi tokie teisės aktai, kurie nagrinėjami pagrindinėje byloje, yra skirti tik bendrovių grupės vidaus santykiams, jie daro lemiamą įtaką įsisteigimo laisvei. Reikia pasakyti, kad pagal šią schemą galimybe atskaityti patronuojančiai bendrovei pervestas lėšas kaip išlaidas nustatytas *skirtingas Suomijoje reziduojančių dukterinių bendrovių vertinimas*, atsižvelgiant į tai, *ar* jų patronuojanti bendrovė *turi buveinę šioje valstybėje narėje*, *ar ne*. Dėl bendrovių reikia pažymėti, kad jų *buveinė* EB steigimo sutarties 48 straipsnio prasme, kaip ir fizinių asmenų pilietybė, *naudojama nustatant jų sąsają su valstybės narės teisės sistema*. Pripažinus, kad *įsisteigimo valstybė narė gali laisvai taikyti skirtingą vertinimą vien todėl, kad bendrovės buveinė yra kitoje valstybėje narėje, EB steigimo sutarties 43 straipsnis taptų beprasmis* [35]. Taigi įsisteigimo laisvė *draudžia bet kokią diskriminaciją dėl bendrovių buveinės vietos*. ETT pripažino, kad šioje byloje dukterinės bendrovės lėšų pervedimas patronuojančiai bendrovei, kurios buveinė yra ne Suomijoje, nebus laikomas lėšų pervedimu grupės viduje ir dėl to nebus atskaitytinas iš dukterinės bendrovės apmokestinamųjų pajamų, todėl *užsienio patronuojančių bendrovių dukterinėms bendrovėms taikoma mažiau palanki mokesčio schema* negu ta, kuria naudojasi Suomijos patronuojančių bendrovių dukterinės bendrovės. *Dukterinių bendrovių rezidenčių skirtingas vertinimas, atsižvelgiant į jų patronuojančios bendrovės buveinės vietą, riboja įsisteigimo laisvę*, nes naudojimasis šia laisve iš tikrųjų *tampa mažiau patrauklus* kitose valstybėse narėse įsteigtoms bendrovėms, kurios dėl to gali atsisakyti šią priemonę priimančioje valstybėje narėje įsigyti, įkurti dukterinę bendrovę arba pratęsti jos veiklą [36]. Nėra visiškai aišku, ar šioje byloje ETT šį skirtingą vertinimą laikė netiesiogine diskriminacija (kitaip – paslėptąja diskriminacija) arba nediskriminacinio pobūdžio ribojimais, nes, viena, ETT rėmėsi ankstesne praktika, susijusia su diskriminacija dėl bendrovių buveinės vietos, o, kita vertus, vartojamas terminas *laisvė tampa mažiau patrauklus*, daugiausia sietinas su nediskriminacinių ribojimų charakteristika. ETT šiame sprendime patvirtino, kad, atsižvelgiant į būtinybę apsaugoti apmokestinimo kompetencijos tarp valstybių narių subalansuotą pasidalijimą ir būtinybę užkirsti kelią vengti mokesčių (privalomi bendrojo in-

tereso pagrindai), nagrinėjama schema siekiama teisėtų tikslų, suderinamų su Sutartimi ir išplaukiančių iš privalomų bendrojo intereso pagrindų, ir ji yra tinkama užtikrinti šių tikslų įgyvendinimą. Buvo keliamas klausimas, ar tokia schema neviršija to, kas būtina visiems minėtiems tikslams pasiekti. Iš ETT ribojimų pateisinimo pagrindimo matyti, kad ETT šiuos ribojimus arba laikė nediskriminacinio pobūdžio ribojimais, arba laikė paslėptąja diskriminacija ir rėmėsi ta pačia nusistovėjusia ribojimų pateisinimo sistema kaip ir spręsdamas *N* bei *Talotta* bylas.

Komisija prieš Italiją bylos sprendimas [37]. *Žirgų lenktynių lažybų sumų administravimo ir rinkimo koncesijų pratęsimas be konkurso* – kaip įsisteigimo laisvės apribojimas. Komisija šioje byloje tvirtina, kad be konkurso pratęsusi 329 žirgų lenktynių lažybų administravimo koncesijas Italija neįvykdė įsipareigojimų pagal Sutartį ir, be kita ko, pažeidė bendrąjį skaidrumo principą bei viešumo pareigą, išplaukiančius iš EB steigimo sutarties 43 ir 49 straipsnių. ETT nurodė, kad *viešųjų paslaugų koncesijoms taikoma įsisteigimo laisvė* bei *draudimas diskriminuoti dėl pilietybės*. Šiuo atžvilgiu vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl pilietybės principai visų pirma reiškia skaidrumo pareigą, leidžiančią koncesiją suteikusiai viešosios valdžios institucijai užtikrinti, kad būtų laikomasi šių principų. ETT šioje byloje tikrino, ar kompetentingos nacionalinės valdžios institucijos įrodė, pirma, kad jų teisės aktai atitinka esminį interesą EB steigimo sutarties 45 ir 46 straipsnių prasme arba teismo praktikoje įtvirtintą privalomojo bendrojo intereso pagrindą, ir, antra, kad šie teisės aktai atitinka proporcingumo principą [38]. Kalbant apie Italijos vyriausybės nurodytas *ekonominio pobūdžio priežastis*, pavyzdžiui, užtikrinti koncesijų turėtojams jų tęstinumą, finansinį stabilumą ir tinkamą anksčiau padarytų investicijų rentabilumą, pakanka priminti, kad jų *negalima laikyti privalomaisiais bendrojo intereso pagrindais*, galinčiais pateisinti Sutartimi garantuojamos pagrindinės laisvės apribojimą [39]. ETT padarė išvadą, kad Italijos vyriausybė nenurodė tokių nukrypstančių priemonių, kokios aiškiai numatytos EB steigimo sutarties 45 ir 46 straipsniuose, ir nė vienas iš jos minėtų privalomųjų bendrojo intereso pagrindų negali būti priimtas. Apibendrinant pažymėtina, kad iš ETT ribojimų pateisinimo nagrinėjimo sistemos koncesijų pratęsimas be konkurso šioje byloje buvo laikomas nediskriminaciniu įsisteigimo apribojimu,

nors, Komisijos nuomone, šioje byloje galėjo būti taikomi tik EB steigimo sutarties 45 ir 46 straipsniuose leidžiantys nukrypti pagrindai (vadinasi, Komisija manė, kad ribojimai buvo diskriminaciniai), kurį sudarė neutralios priemonės, trukdančios patekti į rinką arba darančios patekimą į rinką neįmanomą.

Komisija prieš Graikiją bylos sprendimas [40]. *Draudimas optikui, fiziniam asmeniui, turėti daugiau negu vieną optikos parduotuvę – kaip įsisteigimo laisvės apribojimas*. ETT patvirtino, kad šis draudimas diplomuotiems optikams turėti daugiau negu vieną optikos parduotuvę sudaro fizinių asmenų įsisteigimo laisvės apribojimą EB steigimo sutarties 43 straipsnio prasme, nepaisant to, kad *šis reikalavimas nebuvo taikomas diskriminuojant dėl pilietybės*. Graikijos Respublika tvirtino, kad draudimas bet kuriam fiziniam asmeniui turėti daugiau negu vieną parduotuvę buvo priimtas remiantis su *visuomenės sveikatos apsauga* susijusiais privalomais bendrojo intereso pagrindais, buvo norėta išsaugoti asmeninį pasitikėjimą optikos parduotuve bei neribotą ir absoliučią optiko, valdančio parduotuvę arba esančio jos savininku, atsakomybę klaidos atveju. ETT rėmėsi *Kraus* bylos sprendimu, pagal kurį EB 43 straipsnis *neleidžia imtis tokių priemonių*, kurios, nors ir taikomos nediskriminuojant dėl pilietybės, *gali Bendrijos piliečiams sudaryti kliūčių pasinaudoti Sutarties garantuojama įsisteigimo laisve arba naudojimąsi ja padaryti mažiau patrauklų*, ir pripažino, kad visuomenės sveikatos apsaugos tikslas, kuriuo remiasi Graikijos Respublika, gali būti pasiektas mažiau fizinių asmenų įsisteigimo laisvę ribojančiomis priemonėmis, ir kad nagrinėjami apribojimai viršija tai, kas būtina norimam tikslui pasiekti. Vadinasi, jie yra neproporcingi ir nepateisinami. Apibendrinant pabrėžtina, kad ETT šiame sprendime aiškiai išreiškė savo nuostatą, kad apribojimai buvo nediskriminuojančio pobūdžio ir kad juos iš principo galima pateisinti privalomais bendrojo intereso pagrindais. Taigi draudimas optikui, fiziniam asmeniui, turėti daugiau negu vieną optikos parduotuvę patenka į *nediskriminuojančio pobūdžio ribojimus, pažeidžiančius pagrindinės laisvės veikimo sritį*.

Bylos *Komisija prieš Vokietiją* sprendimas [41]. Psichoterapeutams, kurie nurodytu laikotarpiu vertėsi medicinos praktika pagal Vokietijos privalomojo sveikatos draudimo sistemą, netaikomos nuostatos, įtvirtinančios kvotų sistemą, – *kaip įsisteigimo laisvės apribojimas*. Ši išimtis iš esmės *nepalanki asmenims, kurie pasinaudojo teise įsisteigti,*

ir, atvirkščiai, palankus tiems, kurie neperkėlė savo veiklos į kitą vietą. Iš to išplaukia, kad šio reikalavimo poveikis yra nepalankus, pirma, kitose valstybėse narėse, o ne Vokietijoje įsisteigusiems psichoterapeutams, kurie, nepaisant patirties, įgytos pagal jų kilmės valstybės narės sutarčių su ligonių kasomis sistemą, valandų skaičiumi ir trukme atitinkančios tą, kuri numatyta atitinkamose nuostatose, įsisteigė Vokietijoje 1997 m. sausio 1 d. – 1998 m. gruodžio 31 d. laikotarpiu, ir, antra, Vokietijoje įsisteigusiems psichoterapeutams, kurie medicinos praktika nurodytu laikotarpiu vertėsi kitoje valstybėje narėje, o laikotarpiu tarp šių dviejų datų iš naujo įsisteigė Vokietijoje. ETT daro nuorodą į bylos *Bickel ir Franz* sprendimą, kuriuo remiantis *net ir visiems taikomas įstatymas, pagal kurį teisės suteikimas susijęs su sąlygos gyventi valstybės narės regione įvykdymu ir kuris dėl to yra palankesnis tos valstybės narės piliečiams ir nepalankus kitų valstybių narių piliečiams, prieštarauja EB 12 straipsnyje įtvirtintam nediskriminavimo principui* [42]. ETT nuomone, sąlyga verstis psichoterapeuto medicinos praktika Vokietijos teritorijoje pagal Vokietijos sutarčių su ligonių kasomis sistemą, kuri reikalauja būti įsisteigus Vokietijos teritorijoje, apriboja kitoje valstybėje narėje įsisteigusių psichoterapeutų teisę laisvai įsisteigti. Šį ribojimą Vokietijos vyriausybė grindė *įgytos teisės apsauga*, t. y. per keletą medicinos praktikos metų atsiradusių klientų išsaugojimas (privalomas bendrojo intereso pagrindas). Tačiau ETT pripažimo šį ribojimą neproporcingu. Apibendrinant galima teigti, kad šiuo atveju ETT nagrinėjo nediskriminacinio pobūdžio priemones, palankesnes vidaus piliečiams, ir tik tiems, kurie nebuvo pasinaudoję įsisteigimo laisve, ir *pažeidžiančias pagrindinės laisvės veikimo sritį*.

Naujoji paslaugų direktyva

2006 m. gruodžio 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2006/123/EEB dėl paslaugų vidaus rinkoje [43], taip pat siekiančios pašalinti ir kliūtis įsisteigimo laisvei, 14 straipsnyje draudžiami diskriminaciniai arba kiti ypač ribojantys įsisteigimo laisvę reikalavimai. Daugeliu atvejų ETT jau yra pripažinęs tokių reikalavimų nesuderinamumą su EB sutarties 43 straipsniu. Tokie draudžiami reikalavimai yra diskriminaciniai reikalavimai, tiesiogiai arba netiesiogiai su-

siję su pilietybe arba įmonės registruotos buveinės vieta, draudimas būti įsisteigusiam daugiau negu vienoje valstybėje narėje arba būti įtrauktam į daugiau negu vienos valstybės narės registrus arba būti daugiau negu vienos valstybės narės profesinių įstaigų arba asociacijų nariu ir kt. Šios direktyvos 15 straipsnyje numatyti vertintini reikalavimai, kurie turi būti nediskriminaciniai, pateisinami svarbiais visuomenės interesais ir proporcingi. Pabrėžtina, kad ši direktyva buvo parengta remiantis išsamia ETT praktikos analize įsisteigimo ir paslaugų teikimo laisvės srityje.

Išvados

Pagal plačiai paplitusią nuostatą įsisteigimo laisvė suprantama kaip apribojimų draudimo išraiška. Apribojimų draudimas EB sutarties 43 straipsnio atžvilgiu visų pirma grindžiamas panašia situacija paslaugų teikimo arba prekių judėjimo atveju. Kita vertus, nagrinėjant pastarųjų metų ETT praktiką įsisteigimo laisvės srityje, galima susidaryti įspūdį, kad ETT siekia atsiriboti nuo diskriminacinių ir nediskriminacinių apribojimų skyrimo, nes dažnai savo sprendimuose tik pabrėžia, kad yra įsisteigimo laisvės apribojimas, bet jo neapibūdina.

Galbūt tokį pragmatinį ETT požiūrį lemia įsitikinimas, kad ES valstybės narės jau sukūrė vidaus rinką ir kad iš esmės nebetaiko diskriminacinių ribojimų, kurie ypač griežtai vertintini atitikties Europos Sąjungos teisei požiūriu. Tikėtina, kad ETT diskriminacinių ir nediskriminacinių priemonių skyrimą laiko nereikšmingu. Tačiau šiuo atveju lieka atviras klausimas dėl ribojimų pateisinimo pagrindų. Šis įsisteigimo laisvės teisinio turinio apimties klausimas yra svarbus ne tik teoriniu, bet ir praktiniu požiūriu. Pagal EB steigimo sutarties 46 straipsnį diskriminacinės priemonės gali būti pateisinamos tik viešosios tvarkos, visuomenės saugumo ir sveikatos sumetimais. Taip pat reikia pažymėti: kadangi ši nuostata nustato išimtį iš pagrindinio Sutarties principo, jos numatomos išlygos turi būti aiškinamos siaurai ir, kaip konstatavo ETT, gali būti taikomos tik tuomet, kai vienam iš pagrindinių visuomenės interesų kyla *tikra ir pakankamai rimta grėsmė*. Tuo tarpu tik nediskriminaciniai apribojimai gali būti pateisinti EB steigimo sutartyje nenumatytomis išimtimis – privalomais viešojo in-

tereso pagrindais. Teisinėje literatūroje neretai remiantis ETT jurisprudencija išskiriami tokie *kriterijai, būdingi įsisteigimo laisvės apribojimams:* įsisteigimo laisvės veikimo srities pažeidimas; diskriminuojamasis priemonių pobūdis (diskriminuojančios priemonės); problemos, kylančios iš valstybių teisės sistemų skirtumų (priemonės, kurias lemia valstybių narių teisės sistemų skirtumai); neutralios priemonės, bendrai trukdančios patekti į rinką.

Vienas iš ETT sprendimų, kuriame įsisteigimo laisvė buvo aiškinama platesne prasme (kad neutralaus pobūdžio nacionalinės priemonės taip pat gali būti įsisteigimo laisvės apribojimas), yra *Thieffry* bylos sprendimas, kuriame profesinių taisyklių ir bendrojo intereso sąsają galėtume laikyti nauju pagrindu plačiau suvokti įsisteigimo laisvės teisinį turinį. Tačiau nuo *Kraus* bylos sprendimo ETT nedviprasmiškai taiko griežtesnį negu nediskriminavimo kriterijų, iš esmės pripažindamas, kad *net ir nediskriminacinės priemonės gali apriboti įsisteigimo laisvę*. Žinoma, ETT požiūris sprendžiant *Kraus* bylą galėjo paprasčiausiai reikšti ETT reakciją į Vokietijos teisės aktų baudžiamąjį poveikį asmenims, įgijusiems universiteto diplomą užsienyje. *Gebhard* bylos sprendimas, turint omenyje nacionalinių priemonių pagrindimo testą, paremtą keturiais ETT jurisprudencijos paslaugų teikimo laisvės srityje žinomais kriterijais, suprantamas kaip *ETT pripažinimas, jog EB sutarties 43 straipsnio nuostatos reiškia apribojimų draudimo principą*. Šia vadinamąja *Gebhard formule* ETT remiasi priimdamas daugelį sprendimų, susijusių su įsisteigimo laisvės ribojimais.

Nagrinėjant *Gebhard formulės*, kiek ji susijusi su tuo, kad įsisteigimo teisę riboja tos nacionalinės priemonės, kurios gali ją *padaryti mažiau patrauklią*, esmę ir taikymą ETT praktikoje, vis dėlto kyla klausimas, ar ji nėra per daug abstrakti ir pernelyg griežtai ribojanti ES valstybių narių ekonominės veiklos reglamentavimą. Juk nesant suderintų nacionalinių nuostatų dėl konkrečios ekonominės veiklos vykdymo būtų galima teigti, kad *Gebhard formulė*, pagal kurią draudžiamos nacionalinės priemonės, kurios gali sutartimi garantuojamas laisves padaryti mažiau patrauklias, draudžia valstybei taikyti griežtesnes teisės nuostatas šioje srityje.

Pastebima, kad sprendimo *Keck* byloje loginis pagrindas yra dvejopas *patekimo į rinką* ir *diskriminacijos* kriterijus: bet kuri nacionalinė priemonė, kliudanti kitų valstybių narių gaminiams patekti į rinką ar-

ba apsunkinanti jų patekimą labiau negu nacionalinių gaminių, laikytina laisvo prekių judėjimo apribojimu. Tiesa, ETT taip pat laikosi nuostatos, kad asmenų laisvo judėjimo apribojimais apskritai laikomos visos priemonės, kurios draudžia, kliudo arba dėl kurių naudojimasis šia laisve *tampa mažiau patrauklus*. Šis nuostatos skirtumas kelia ETT praktikos darnos problemą. Ši problema yra tuo svarbesnė, kuo daugiau yra nacionalinių priemonių, kurias ETT nagrinėja atsižvelgdamas į laisvą prekių judėjimą ir kurios taip pat gali būti laikomos kitų judėjimo laisvių apribojimais. Tačiau vis dėlto nesureikšminant šio ETT pozicijų skirtumo galima daryti išvadą, kad *Keck*, *Alpine Investments*, *Gebhard* ir kt. bylų sprendimuose nustatyti tokie patys arba labai panašūs apribojimų kriterijai. Kiek tai susiję su įsisteigimo laisve, valstybės narės nacionalinės nuostatos, reglamentuojančios ekonominės veiklos vykdymą, laikytinos Sutarčiai prieštaraujančiais apribojimais, jei dėl jų šia laisve besinaudojantis subjektas teisiškai arba faktiškai atsiduria mažiau palankiose sąlygose negu atitinkamoje valstybėje įsisteigęs subjektas arba jei dėl jų tikslo arba pasekmių tiesiogiai daromas poveikis patekti į rinką.

Viking Line ABP, *Komisija prieš Vokietiją*, *Komisija prieš Graikiją* bylų sprendimuose priemonės buvo pripažintos ribojančiomis įsisteigimo laisvę, nes pasinaudojimą įsisteigimo teise daro mažiau patrauklią arba net visai beprasmišką arba sudaro mažiau palankias sąlygas subjektams iš kitų valstybių narių arba vidaus piliečiams, pasinaudojusiems įsisteigimo laisve. Kadangi šios priemonės nebuvo diskriminacinio pobūdžio, tai galima teigti, kad ETT šiose byloje laikėsi klasikinės ribojimų pateisinimo sistemos.

Mokestinėse bylose (*Futura*, *Talotta*, *N*, *Oy AA* ir kt. bylų sprendimai) ETT ir toliau laikosi nuostatos, kad diskriminuojantys nacionalinės teisės aktai gali būti pateisinami privalomais pagrindais, ypač siekiant mokesčių sistemos vientisumo. Šiais atvejais ETT prieštarauja bendresnio pobūdžio praktikos krypčiai, taip pat taikomai ir mokesčių srityje, kuri teigia, kad diskriminacinę priemonę galima pateisinti tik remiantis Sutartyje tiesiogiai numatytomis nukrypti leidžiančiomis nuostatomis. Taip pat ir kituose sprendimuose, nesusijusiuose su mokesčių sritimi, ETT diskriminacinio pobūdžio priemones kartais siekia pateisinti privalomais pagrindais. Pažymėtina, kad ETT praktika šiuo klausimu nėra visiškai aiški. Nagrinėjant istoriniu aspektu pasaky-

tina, kad ETT savo pirminėje praktikoje visus įsisteigimo laisvės ribojimus nagrinėjo kaip diskriminacinius, o šiuo metu galima patvirtinti tendenciją, kad daugelis apribojimų nagrinėjami kaip nediskriminacinio pobūdžio. Tikėtina, kad ETT, nustatydamas, ar priemonė yra diskriminacinė ar ne, naudoja papildomus kriterijus, leidžiančius tam tikras priemones laikyti nediskriminacinėmis. Tačiau šie kiti kriterijai, jei jie ir yra, sprendimuose aiškiai neatsispindi. Naujojoje Paslaugų direktyvoje išsamiai nustatytos įsisteigimo laisvės ribojimų rūšys, kai kurios iš jų (pavyzdžiui, diskriminacinės) uždraustos. Galima daryti išvadą, kad Paslaugų direktyvos rengėjai, grindę direktyvą ETT praktika, įsisteigimo laisvės ribojimų draudimo keliu nuėjo toliau negu ETT praktika, o gal net toliau negu EB steigimo sutartis.

Literatūra

1. 2005 m. gruodžio 13 d. sprendimas (C-413/03, Rink., p. I-10805, 57 punktas ir ten nurodyta teismų praktika).
2. Žr. 1977 m. balandžio 28 d. *Thieffry* bylos sprendimą (71/76, Rink., p. 765; 19 punktas); plačiau apie įsisteigimo laisvės ribojimus – Frenz W. Handbuch Europa-Recht. Band 1 Europäische Grundfreiheiten. – Berlin: Springer, 2004, p. 790–819; Craig P., de Burca G. EU LAW. Text, cases, and materials. – Oxford University press, 2008, p. 798, 799; Müller-Graff P. C. *Kommentar Art. 43* / Streinz R., *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV)*. – München: Verlag C. H. Beck, 2003, p. 635–693.
3. Minėtas *Thieffry* bylos sprendimas.
4. 1988 m. sausio 19 d. *Gullung* bylos sprendimas (292/86, Rink., p. 111).
5. 1993 m. kovo 31 d. *Kraus* bylos sprendimas (C-19/92, Rink., p. I-1663).
6. 2004 m. spalio 5 d. generalinio advokato išvada *CaixaBank France* byloje (C-442/02, Rink., p. I-8961).
7. 1995 m. lapkričio 30 d. *Gebhard* bylos sprendimas (C-55/94, Rink., p. I-4165).
8. Schön W. Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht / Schön W. Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk. – Köln, 1997, p. 743; Fischer H. G. Europarecht. – München: 1997, p. 325, 327, 2. Aufl.; Nettesheim M. Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftsrechtliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV) / Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 1996, p. 342; Brigola A. Das Sys-

tem der EG-Grundfreiheiten: vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot. – München: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 118–124; Weiss F., Wooldridge F. Free Movement of Persons Within the European Community. – The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, p. 103, 104.

9. 2002 m. spalio 17 d. *Payroll ir kt.* bylos sprendimas (C-79/01, Rink. p. I-8923, 26 ir 28 punktai), 2005 m. balandžio 21 d. bylos *Komisija prieš Graikiją* sprendimas (C-140/03, Rink., p. I-3177, 27 ir 34 punktai).
10. 1999 m. gegužės 11 d. bylos *Pfeiffer* sprendimas (C-255/97, Rink., p. I-2835).
11. 1997 m. gegužės 15 d. bylos *Futura Participations ir Singer* sprendimas (C-250/95, Rink., p. I-2471).
12. 1995 m. gegužės 10 d. bylos *Alpine Investments* sprendimas (C-384/93, Rink., p. I-1141).
13. Da Cruz Vilaça J. L. On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services / Services and Free Movement in EU Law. Ed. Andenas M. and Roth W. H. – Oxford: Oxford university Press, 2004, p. 23–30.
14. ETT *Säger/Dennemeyer* bylos sprendimas (C-76/90, Rink., 1991, p. I-4221).
15. Taip pat žr., *inter alia,* minėto sprendimo *Keck* 17 punktą ir 1993 m. gruodžio 15 d. bylos *Hünermund ir kt*. sprendimą (C-292/92, Rink., p. I-6787, 21 punktas); 1994 m. birželio 2 d. bylos *Boermans* sprendimą (C-401/92 ir C-402/92, Rink., p. I-2199, 12 punktas); 1995 m. vasario 9 d. bylos *Leclerc-Siplec* sprendimą (C-412/93, Rink., p. I-179, 21 punktas); 1995 m. birželio 29 d. bylos *Komisija prieš Graikiją* sprendimą (C-391/92. Rink., p. I-1621, 13 punktas), 2000 m. vasario 13 d. bylos *TK-Heimdienst* sprendimą (C-254/98, Rink., p. I-151, 26 punktas); 2001 m. kovo 8 d. bylos *Gourmet* sprendimą (C-405/98, Rink., p. I-1795, 18 punktas).
16. 2004 m. spalio 5 d. bylos *CaixaBank France* sprendimas (C-442/02, Rink., p. I-8961, 11 punktas), t. y. formuluotė, paremta *Gebhard* sprendimo 37 punkto formuluote, 2003 m. rugsėjo 23 d. bylos *Komisija prieš Daniją* sprendimas (C-192/01, Rink., p. I-9693, 39 punktas) ir 2005 m. lapkričio 24 d. bylos *Schwarz* sprendimas (C-366/04, Rink., p. I-10139, 28 punktas).
17. Žr. 1996 m. birželio 20 d. bylos *Semeraro Casa Uno ir kt.* sprendimą (C-418/93–C-421/93, C-460/93–C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 ir C-332/94, Rink., p. I-2975) ir 1998 m. balandžio 20 d. bylos *Decker* sprendimą (C-120/95,

Rink., p. I-1831) bei bylos *Kholl* sprendimą (C-158/96, Rink., p. I-1931), kuriuose buvo pateikta bendra generalinio advokato G. Tesauro išvada, 2006 m. rugsėjo 14 d. generalinio advokato išvada byloje *Alfa Vita Vassilopoulos and Carrefour Marinopoulos* (sujungtos bylos C-158/04 ir C-159/04).

18. Žr. plačiau 2004 m. spalio 5 d. generalinio advokato išvadą byloje *CaixaBank France* (C-442/02, Rink., p. I-8961).
19. 2007 m. gruodžio 11 d. *International Transport Workers' Federation ir Finnish Seamen's Union* bylos sprendimas (C-438/05, dar nepaskelbtas Rinkinyje).
20. Žr. 1988 m. rugsėjo 27 d. *Daily Mail and General Trust* bylos sprendimą (81/87, Rink., p. 5483, 16 punktą), minėto *International Transport Workers' Federation ir Finnish Seamen's Union* bylos sprendimo 69 punktą.
21. 1991 m. liepos 25 d. *Factortame ir kt.* bylos sprendimas (C-221/89, Rink., p. I-3905, 20–22 punktai).
22. 2007 m. gruodžio 11 d. bylos *International Transport Workers' Federation ir Finnish Seamen's Union* sprendimas (C-438/05, dar nepaskelbtas Rinkinyje, 72 punktas).
23. Darbuotojų apsauga patenka tarp Teisingumo Teismo jau pripažintų privalomų bendrojo intereso pagrindų (žr. 1999 m. lapkričio 23 d. bylos *Arblade ir kt.* sprendimo C-369/96 ir C-376/96, Rink., p. I-8453, 36 punktą; 2001 m. kovo 15 d. bylos *Mazzoleni ir ISA*, C-165/98, sprendimo, Rink., p. I-2189, 27 punktą ir 2001 m. spalio 25 d. bylos *Finalarte ir kt.* sprendimo C-49/98, C-50/98, nuo C-52/98 iki C-54/98 ir nuo C-68/98 iki C-71/98, Rink., p. I-7831, 33 punktą).
24. 2007 m. kovo 22 d. bylos *Talotta* sprendimas (C-383/05, Rink., p. I-2555).
25. 2004 m. rugsėjo 7 d. bylos *Manninen* sprendimas (C-319/02, Rink., p. I-7477, 19 punktas ir ten nurodoma teismo praktika).
26. 1995 m. vasario 14 d. bylos *Schumacker* sprendimas (C-279/93, Rink., p. I-225, 26 punktas ir ten nurodoma teismo praktika).
27. Bylos *Schumacker* sprendimo 21 ir 26 punktai, 1995 m. rugpjūčio 11 d. bylos *Wielockx* sprendimas (C-80/94, Rink., p. I-2493, 16 punktas); 1996 m. birželio 27 d. bylos *Asscher* sprendimas (C-107/94, Rink., p. I-3089, 36 punktas); 1997 m. gegužės 15 d. bylos *Futura Participations ir Singer* sprendimas (C-250/95, Rink., p. I-2471, 19 punktas); 1999 m. balandžio 29 d. bylos *Royal Bank of Scotland* sprendimas (C-311/97, Rink., p. I-2651, 19 punktas), 2004 m. rugsėjo 7 d. bylos *Manninen* sprendimas (C-319/02, Rink., p. I-7477, 19 punktas).

28. Generalinio advokato P. Léger išvados *Wielockx* byloje 17 punktas, generalinio advokato G. Tesauro išvados *Decker* byloje (1998 m. balandžio 28 d. sprendimas, C-120/95, Rink., p. I-1831) 49 punktas.
29. Žr. 1999 m. balandžio 29 d. sprendimą *Royal Bank of Scotland* byloje (C-311/97, Rink., p. I-2651, 32 punktas). Tačiau šioje byloje pateiktoje išvadoje generalinis advokatas S. Alber aiškina minėtą praktiką tuo, kad ginčijamos priemonės buvo netiesioginė diskriminacija, o iš principo tiesioginė diskriminacija negali būti pateisinama privalomo bendro intereso sumetimais (39 punktas).
30. Visų pirma laisvo prekių judėjimo srityje žr. 1981 m. birželio 17 d. sprendimą *Komisijos* byloje *prieš Airiją* (113/80, Rink., p. 1625, 11 punktas). Tačiau toje pačioje srityje ETT praktikoje yra nuo šio principo nukrypstančių sprendimų pavyzdžių: atliekų srityje žr. 1992 m. liepos 9 d. sprendimą *Komisija prieš Belgiją* (C-2/90, Rink., p. I-4431).
31. Šiuo klausimu žr. generalinio advokato F. Jacobs *Danner* bylos išvadoje (2002 m. spalio 3 d. sprendimas, C-136/00, Rink., p. I-8147) pateiktus pasiūlymus, generalinio advokato M. Poiares Maduro išvadą byloje *Marks & Spencer* (C-446/03, Rink., p. I-10837).
32. 2006 m. rugsėjo 7 d. sprendimas *N* (C-470/04, Rink., p. I-7409).
33. 2004 m. kovo 11 d. *Lasteyrie du Saillant* bylos sprendimas (C-9/02, Rink., p. I-2409).
34. 2007 m. liepos 18 d. bylos *Oy AA* sprendimas (C-231/05, dar nepaskelbtas Rinkinyje).
35. Žr. minėto sprendimo *Marks & Spencer* byloje 37 punktą.
36. Žr. 2002 m. gruodžio 12 d. bylos *Lankhorst-Hohorst* sprendimą (C-324/00, Rink., p. I-11779, 32 punktas).
37. 2007 m. rugsėjo 13 d. *Komisijos bylos prieš Italiją* sprendimas (C-260/04, dar nepaskelbtas Rinkinyje).
38. Žr. 2004 m. gruodžio 2 d. *Komisijos bylos prieš Nyderlandus* sprendimą (C-41/02, Rink., p. I-11375, 47 punktas), 2005 m. sausio 13 d. *Komisijos bylos prieš Belgiją* sprendimą (C-38/03, dar nepaskelbtas Rinkinyje, 20 punktas) ir 2006 m. birželio 15 d. *Komisijos* bylos *prieš Prancūziją* sprendimą (C-255/04, Rink., p. I-5251, 29 punktas).
39. 2003 m. sausio 16 d. *Komisijos bylos prieš Italiją* sprendimas (C-388/01, Rink., p. I-721, 22 punktas).
40. 2005 m. balandžio 21 d. *Komisijos bylos prieš Graikiją* sprendimas (C-140/03, Rink., p. I-3177).
41. 2007 m. gruodžio 6 d. *Komisijos bylos prieš Vokietiją* sprendimas (C-456/05, dar nepaskelbtas Rinkinyje).

42. 1998 m. lapkričio 24 d. bylos *Bickel ir Franz* sprendimas (C-274/96, Rink., p. I-7637, 26 punktas).
43. OL L 376, p. 36.

NEW TRENDS OF THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT IN THE EUROPEAN UNION

Skirgailė Žaltauskaitė-Žalimienė

Summary

The subject of this article is the freedom of establishment in the European Union and its new trends and perspectives of development as reflected in the recent case-law of the Court of Justice of the European Communities (the ECJ). It is difficult to answer whether the EU internal market has been already finalised. One can face the same difficulty when dealing with many other issues related with the freedom of establishment which arise out of the ECJ case-law, e.g. whether it is important to differentiate discriminatory and non-discriminatory restrictions, is it true that discriminatory restrictions cannot be justified by overriding reasons relating to the public interest, how the ECJ treats hidden discrimination, whether it is alowed and in which circumstances to apply open discrimination. One more important issue dealt with in doctrine and practice is whether *the principle of jurisdiction of a receiving state* or *the principle of jurisdiction of a state of origin* is to be applied to the freedom of establishment. If a receiving state is restricted only by prohibition to discriminate foreign nationals from other EU Member States then it will result in the right of the EU national to equal treatment with nationals of the receiving state. This is *the principle of jurisdiction of a receiving state* since in that case each state is applying provisions of its national law. It is often agreed in the legal literature that the requirement to treat foreigners equally with domestic nationals is not sufficient in the conditions of internal market. It should be allowed for nationals from other EU Member States in the receiving state to rely on legal provisions of the state they are from because these provisions should be treated as *equivalent to those of the receiving state*. This interpretation can be substantiated by the cases when nationals of the EU Member States comply with the requirements of their state of origin. This is *the principle of jurisdiction of a state of origin*, in accordance to which any restriction of the freedom of establishment, even that of non-discriminatory nature, should be regarded illegal, i.e. prohibition of restric-

tions. That means that a receiving state cannot impede establishment only because nationals from other EU Member States do not comply with the requirements of national law of the receiving state.

The issue regarding such a legal extent of the freedom of establishment is important both in doctrine and in practice. According to Art. 46 of the EC Treaty discriminatory measures can be justified only by grounds of public policy, public security or public health. It is worth to note that since this provision establishes an exception from the Treaty principle its clauses should be interpreted narrowly. As stated by the ECJ, they can be applied only when there is *a real and sufficiently serious threat* to any of the main public interests. Meanwhile only non-discriminatory restrictions can be justified by exceptions not provided by the EC Treaty, i.e. by obligatory grounds of public interest.

According to widely spread point of view, the freedom of establishment has to be undersood as expressing the prohibition of restrictions. Most of traditionalist scholars share the opinion that the prohibition of restrictions provided by Art. 43 of the EC Treaty first and foremost can be explained by similar situation with regard to freedom to provide services and free movement of goods. On the other hand, dealing with the last years ECJ case-law in the field of the freedom of establishment, one can have an impression that the ECJ is trying to abstain from differentiating discriminatory and non-discriminatory restrictions. In its judgments the ECJ often points out existence of restriction on the freedom of establishment without qualifying its nature. Most probably such a pragmatic ECJ position can be explained by conviction that the EU Member States have already created internal market and are not applying discriminatory restrictions that should be evaluated in a particularly strict manner with regard to their complience with the EU law. Probably the ECJ regards differentiation of discriminatory and non-discriminatory measures to be not important. However, in that case the issue regarding grounds to justify restrictions remains open. It should be noted that in the ECJ case-law there is no clear answer to this question. Looking to evolution of the case-law one can notice that in the beginning all the restrictions on the freedom of establishment were considered to be discriminatory by the ECJ. Now one can confirm that there is a trend to consider most of restrictions to be non-discriminatory. Meanwhile in the legal literature often relying on the ECJ case-law one can differ such *criteria characteristic to restrictions on the freedom of establishment* as a breach in the field of operation of the freedom of establishment (discriminatory measures), the problems arising out of differences between national legal systems (measures deter-

mined by differences of Member States legal systems), neutral measures preventing in general access to market.

Keeping in mind the test to justify national measures by four criteria known from the ECJ case-law in the field of freedom to provide services, the *Gebhard* judgment was interpreted as *acknowledgment by the ECJ that provisions of Art. 43 of the EC Treaty provide for the principle of prohibition of restrictions*. The ECJ was guided by this *Gebhard formula* in many judgments related to restrictions of the freedom of establishment. While dealing with the essence and application of the *Gebhard formula* in the ECJ case-law to the extent it is related to those restrictive measures which may *make it less attractive*, one can raise the question whether it is not too abstract or restricting too strictly regulation of economic activity in the EU Member States. After all, when there is a lack of harmonised national provisions regarding conduct of a given economic activity one can state that the *Gebhard formula*, which prohibits national measures acapable to make less attractive the freedoms guaranteed by the Treaty, also prevents a state from applying stricter legal provisions in this field.

It is not hard to note that the logical reason of the *Keck* judgment is twofold criterion of *access to market* and *discrimination*: any national measure preventing goods from other Member States from entering into market or impeding their access more than domestic goods has to be regarded as restriction on the free movement of goods. It is true that the ECJ also keeps the position that restrictions on the freedom of movement of persons include in general all measures prohibiting or impeding enjoyment of this freedom or making it *less attractive*. This difference in its position results in lack of consistency in the ECJ case-law. This problem becomes as much important as there are more national measures considered by the ECJ in the context of free movement of goods and regarded as restrictions of other freedoms of movement. However, without giving prominence to this difference in position of the ECJ one can draw the conclusion that in the *Keck*, *Alpine Investments*, *Gebhard* and other judgments the ECJ established the same or similar criteria of restrictions. To the extent they are related to the freedom of establishment, national provisions of the Member States governing conduct of economic activity have to be regarded as restrictions contrary to the Treaty if due to them a person enjoying this freedom finds himself in legally or factually less favourable conditions than the person who self-established in that state or if due to their purpose or consequences access to market is under direct influence.

In the judgments *Viking Line ABP*, *Commission vs Germany*, *Commission vs Greece* the measures applied were recognised as restrictions on the

freedom of establishment as they had made enjoyment of the freedom of establishment less attractive and even meaningless or they had resulted in less favourable conditions for nationals from other Member States or for domestic citizens who had enjoyed the freedom of establishment. Since these measures had not been of discriminatory nature, one can state that in those cases the ECJ was guided by classical system of justification of restrictive measures.

In tax cases (*Futura*, *Talotta*, *N*, *Oy AA* and other judgments) the ECJ is further guided by the principle that national legal acts of discriminative nature can be justified by obligatory grounds, in particular by considerations of integrity of the tax system. In such a way the ECJ is acting contrary to the general trend in practice also applied in the tax field, in accordance to which a discriminatory measure can be justified only by the provisions allowing derogations which are expressly provided by the Treaty. In other fields the ECJ is also seeking to justify measures of discriminative nature by obligatory grounds. With great probability the ECJ is also applying additional criteria to determine whether a given measure is discriminatory which are not reflected in judgments. The new Directive on Services expressly provides for types of restrictions on freedom of establishment prohibiting some of them (e.g., those of discriminative nature). One can conclude that although relying on the ECJ case-law the drafters of the Directive on Services have gone far more to prohibit restrictions than the ECJ itself.

MRU © MRU © MRU

1990-ŲJŲ METŲ KOVO 11-OSIOS LIETUVOS RESPUBLIKOS NEPRIKLAUSOMYBĖS ATKŪRIMO AKTO REIKŠMĖ TARPTAUTINEI TEISEI

Dainius Žalimas

Įžanga

Baltijos valstybių nepriklausomybės atkūrimas visuotinai vadinamas nuostabia tarptautinės teisės pergale ir unikaliu politiniu bei teisiniu reiškiniu, neturinčiu analogų tarptautinės teisės istorijoje [1, p. 7, 9; 2, p. 261; 3, p. 8; 4, p. 39, 331]. Pirmoji Baltijos valstybė, kuri atkūrė nepriklausomybę, buvo Lietuvos Respublika, 1990 m. kovo 11 d. priėmusi Aukščiausiosios Tarybos – Atkuriamojo Seimo Aktą „Dėl Lietuvos Nepriklausomos Valstybės atstatymo“ [5] (toliau – Kovo 11-osios Aktas). Kitos dvi Baltijos valstybės tai padarė praėjus kiek daugiau nei 17 mėnesių, 1991 m. rugpjūtį, besivadovaudamos tais pačiais tarptautiniais teisiniais pagrindais kaip ir Lietuva [4, p. 211–214]. Lietuvos Respublikai pirmajai iš Baltijos valstybių teko atremti Sovietų Sąjungos reikalavimus atsisakyti nepriklausomybės (atšaukti Kovo 11-osios Aktą) ir tokius reikalavimus lydėjusią sovietinę agresiją mėginant reokupuoti Lietuvą 1991 m. sausį; po to atkurtąją Lietuvos Respublikos nepriklausomybę pripažino pirmosios užsienio valstybės 1991 m. vasarį [6, p. 50, 51, 61, 62, 193, 205, 206]. Visa tai leidžia ne tik kalbėti apie Baltijos valstybių nepriklausomybės atkūrimo unikalumą apskritai, bet ir išskirti unikalų Kovo 11-osios Akto vaidmenį ir reikšmę tarptautinės teisės raidai, kurią atskleisti yra šio straipsnio tikslas. Nors apie Lietuvos Respublikos ir kitų Baltijos valstybių ne-

priklausomybės atkūrimą tarptautinės teisės literatūros yra nemažai (pakanka žvilgtelti vien į prof. D. A. Loeberio pateiktą bibliografiją [7, p. 101–107; 8, p. 153–166]) [4; 9; 10], vis dėlto joje neskiriama pakankamai dėmesio klausimui, kuo unikalus yra šių valstybių nepriklausomybės atkūrimas, kokia jo reikšmė tarptautinės teisės raidai. Todėl šiuo straipsniu siekiama parodyti, kokių tarptautinės teisės institutų ir normų raidai, aiškinimui bei taikymo praktikai turėjo reikšmės svarbiausios Kovo 11-osios Akto nuostatos ir jų tarptautinis pripažinimas.

Siekiant šio tikslo, straipsnyje analizuojama Kovo 11-osios Akto nuostatų įtaka šiems tarptautinės teisės institutams: agresijos draudimui, senačiai, valstybės tęstinumui, diplomatiniam atstovavimui, laisvam tautų apsisprendimui, pripažinimui, valstybių atsakomybei. Ši analizė atliekama taikant loginį, istorinį, teleologinį, lyginamąjį, sisteminį ir kitus mokslinio tyrimo metodus.

1. Agresijos samprata ir Niurnbergo principų universalumas

Kadangi Kovo 11-osios Aktas visų pirma yra Lietuvos valstybės nepriklausomybės atkūrimo aktas, kuriuo Lietuvos Respublika susigrąžino galėjimą vykdyti savo suverenias galias, jis neišvengiamai susijęs su praeities įvykiais, lėmusiais valstybės veiksnumo (galėjimo vykdyti šias suverenias galias) praradimą. Todėl Kovo 11-osios Akto pirmojoje dalyje yra paminėta tai, kad atkuriamas suverenių galių vykdymas, kuris buvo „1940 metais svetimos jėgos panaikintas“. Akivaizdu, kad toks suverenių galių vykdymo panaikinimas Kovo 11-osios Akte traktuojamas kaip neteisėtas, nes jis buvo SSRS įvykdytos agresijos pasekmė. Tai patvirtina kiti su Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimu susiję aktai, taip pat 1990 m. kovo 11 d. priimti Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos – Atkuriamojo Seimo: deklaracija „Dėl Lietuvos TSR Aukščiausiosios Tarybos deputatų įgaliojimų“ [11] (jos antroji pastraipa, kurioje aiškiai konstatuojama, kad Tautos suvereni galia buvo suvaržyta Sovietų Sąjungos smurtu ir agresija 1940 m. birželio 15 d.) ir Lietuvos Respublikos įstatymas „Dėl 1938 metų gegužės 12 dienos Lietuvos Konstitucijos galiojimo atstatymo“ [12],

kurio preambulėje taip pat konstatuojamas 1940 m. birželio 15 d. SSRS prieš Lietuvos valstybę įvykdytos agresijos faktas.

Taigi 1940 m. SSRS veiksmai prieš Lietuvą laikomi agresija, nes jie pažeidė agresyvaus karo draudimo principą, kuris buvo įtvirtintas 1928 m. Paryžiaus sutartyje dėl atsisakymo nuo karo kaip nacionalinės politikos priemonės [13, p. 668, 669; 14, p. 861], dažniau vadinamoje Briando ir Kelloggo arba Paryžiaus paktu. Šį principą konkretizavo agresijos apibrėžimas [4, p. 88, 89; 15, p. 43; 16, p. 75, 76, 103; 17, p. 17, 18], suformuluotas, *inter alia,* 1933 m. liepos 3 d. daugiašalėje Konvencijoje dėl agresijos apibrėžimo (Londono konvencijoje) [18, p. 175–178] ir 1933 m. liepos 5 d. dvišalėje Lietuvos ir SSRS sutartyje užpuolimo sąvokai apibrėžti (Konvencijoje agresijai apibrėžti) [19, p. 47–50]. 1940 m. birželio 15 d. sovietų veiksmai užimant Lietuvą kvalifikuojami kaip agresija būtent pagal pastarąją dvišalę sutartį, konkrečiai, šie veiksmai laikomi atitinkančiais vieną iš Konvencijos II straipsnio 2 punkte pateiktų užpuolimo apibrėžimų – „įsibrovimas ginkluotomis jėgomis, net ir karo nepaskelbus, į kitos valstybės teritoriją“ [20, p. 100].

Tačiau agresija prieš Lietuvos Respubliką nebuvo klasikinė, nes tuo metu Lietuvos Respublika jai iš esmės nepasipriešino, sutiko su sovietų kariuomenės įvedimu, tarp šalių nekilo karo veiksmų (tik 1944–1953 m. SSRS reokupuojant Lietuvos teritoriją, Lietuvos Respublika tam pasipriešino ginklu – kilo partizaninis karas prieš sovietinę okupaciją, kuris tarptautinės teisės požiūriu jau neabejotinai turėtų būti vertinamas kaip dviejų valstybių, Sovietų Sąjungos ir Lietuvos, karas [4, p. 189; 21, p. 9–62]). Tačiau iš esmės tai nieko nekeičia. Šiame straipsnyje atliekamo tyrimo tikslais pakanka prisiminti, kad Lietuvos Respublikos aneksijai identišką 1938 m. Austrijos aneksijos (anšliuso) atvejį Niurnbergo tarptautinis karinis tribunolas įvertino kaip agresijos aktą [22]. Verta pacituoti 1946 m. Tribunolo nuosprendį, kuriame buvo paneigti nacių nusikaltėlių gynybos argumentai dėl austrų valios prisijungti prie Vokietijos ir tariamo Austrijos sutikimo arba net troškimo susijungti su Vokietija. Toks Austrijos aneksijos pateisinimas laikytas „iš tikrųjų neesminiu, nes faktai aiškiai rodo, kad metodai, naudoti šiam tikslui pasiekti, buvo *agresoriaus metodai*. Pagrindiniu veiksniu buvo *karinė Vokietijos galia*, kuri būtų buvusi panaudota, jeigu susilauktų kokio nors pasipriešinimo“. Tokiu būdu Tribunolas vi-

siškai sugriovė argumentus apie tai, kad grasinant jėga išgautas nukentėjusios valstybės sutikimas galėtų legalizuoti prieš ją atliekamus agresoriaus veiksmus. Būtent remdamasi Austrijos anšliuso pavyzdžiu, JT Tarptautinės teisės komisija padarė išvadą, kad „sutikimas, gautas naudojant prievartą, nėra sutikimas, ir ši veika yra tarptautinės teisės pažeidimas“ [23] (tai matyti iš Tarptautinės teisės komisijos komentaro jos parengtam Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projektui [24], kodifikuojančiam paprotines tarptautinės teisės normas (žr. 20 straipsnio komentaro 4 punktą) [25]). 2001 m. JT Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projekto [24] 26 straipsnyje įtvirtinta taisyklė, kad nukentėjusios valstybės sutikimas nešalina prieš ją įvykdytos veikos neteisėtumo, jeigu ši veika prieštarauja imperatyvinei bendrosios tarptautinės teisės normai (*jus cogens*).

Vadinasi, galima teigti, kad Kovo 11-osios Akte (aiškinant jį kartu su kitais 1990 m. kovo 11 d. Lietuvos Respublikos aktais, susijusiais su jos nepriklausomybės atkūrimu) konstatuotas 1940 m. sovietinės agresijos neteisėtumas praturtina valstybių praktiką taikant paprotinę normą, pagal kurią valstybės sutikimas su prieš ją vykdoma agresija laikytinas niekiniu ir neturinčiu įtakos agresoriaus veiksmams teisiškai kvalifikuoti. Atitinkamai aiškintina ir agresijos sąvoka, kuri apima ginkluotos jėgos panaudojimo atvejus be karo paskelbimo ir nukentėjusiai šaliai nesipriešinant. Taigi kartu su nacistinės Vokietijos agresijos prieš Austriją, Čekoslovakiją arba kitas valstybes pavyzdžiais aiškinant agresijos sampratą taikytini ir Sovietų Sąjungos agresijos prieš Lietuvą bei kitas Baltijos valstybes pavyzdžiai.

Savo ruožtu taip patvirtinamas Niurnbergo principų, įtvirtintinų ir išplėtotų Niurnbergo tarptautinio karinio tribunolo statute bei jurisprudencijoje [26, p. 335–337], universalumas. Kitaip tariant, patvirtinamas objektyvus tarptautinės teisės pobūdis ir „dvigubų standartų“ joje neleistinumas [27, p. 110]: analogiški nacistinės Vokietijos ir Sovietų Sąjungos veiksmai prieš trečiąsias valstybes turi būti vertinami vienodai nepaisant to, kuri šalis laimėjo arba pralaimėjo Antrąjį pasaulinį karą ir kurios iš jų veiksmai buvo įvertinti tarptautiniame baudžiamajame tribunole. Niurnbergo principų universalumą iš esmės patvirtina Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija. 2006 m. sausio 17 d. sprendime dėl priimtinumo *Kolk ir Kislyiy byloje prieš Es-*

tiją [28] ir 2006 m. sausio 24 d. sprendime dėl priimtinumo *Penart byloje prieš Estiją* [29] Teismas pabrėžė universalų Niurnbergo principų pobūdį, konstatuodamas tai, kad „atsakomybė už nusikaltimus žmoniškumui negali būti apribota tik tam tikrų šalių piliečiais ar tam tikrais veiksmais, padarytais specifiniu Antrojo pasaulinio karo laikotarpiu“. Šiuose sprendimuose Teismas taip pat pažymėjo, kad „Sovietų Sąjunga buvo 1945 m. rugpjūčio 8 d. Londono susitarimo, kuriuo buvo patvirtintas Niurnbergo tribunolo statutas, šalis. Be to, 1946 m. gruodžio 11 d. Jungtinių Tautų Generalinė Asamblėja patvirtino Statute pripažintus tarptautinės teisės principus. Kadangi Sovietų Sąjunga buvo Jungtinių Tautų narė, negali būti teigiama, kad sovietų valdžiai šie principai buvo nežinomi“. Vadinasi, pati dalyvaudama Niurnbergo tribunolo veikloje ir smerkdama nacistinės Vokietijos agresijas prieš kitas valstybes, Sovietų Sąjunga turėjo puikiausiai žinoti, kaip vertintini jos pačios veiksmai prieš Baltijos valstybes, ir, kaip 2007 m. lapkričio 29 d. nutarime konstatavo Latvijos Respublikos Konstitucinis Teismas (žr. 25.5 ir 25.6 nutarimo punktus) [30], Niurnbergo tribunolo nuosprendis, kuriame vertinama nacistinės Vokietijos agresija prieš Austriją ir Čekoslovakiją, *mutatis mutandis* taikytinas vertinant Sovietų Sąjungos veiksmus prieš Baltijos valstybes.

Niurnbergo principų universalumą vertinant 1940 m. SSRS veiksmus prieš Baltijos valstybes kaip agresiją patvirtina kitos Europos Žmogaus Teisių Teismo bylos, susijusios su Baltijos šalių valstybingumo klausimais. 2006 m. kovo 16 d. Teismo Didžiosios kolegijos galutiniame sprendime *Ždanoka byloje prieš Latviją* (žr. sprendimo 13 ir 119 punktus) [31] ir 2008 m. vasario 19 d. Teismo kolegijos sprendime *Kuolelio, Bartoševičiaus ir Burokevičiaus byloje prieš Lietuvą* (žr. sprendimo 8–10, 102, 103 punktus) [32] yra konstatuota, kad Baltijos valstybių nepriklausomybės praradimas 1940 m. buvo Hitlerio Vokietijos ir Stalino Sovietų Sąjungos slaptais Molotovo – Ribentropo pakto protokolais įvykdyto Vidurio ir Rytų Europos pasidalijimo pasekmė, o šie protokolai buvo „*susitarimas, prieštaraujantis visuotinai pripažintiems tarptautinės teisės principams*“. Teismas taip pat pabrėžė, kad šio susitarimo pasekmė – Baltijos valstybių aneksija – buvo įvykdyta sovietų kariuomenei *įsiveržus* į Baltijos valstybes, Sovietų Sąjungos komunistų partijai (SSKP) vadovaujant ir panaudojant jos vieti-

nius padalinius (marionetines komunistų partijas) teisėtai valdžiai pakeisti.

2. Senaties netaikymo agresijai imperatyvumas

Nors Kovo 11-osios Akto pavadinimas gali klaidinti minėdamas Valstybės atkūrimą, iš jo pirmosios dalies aišku, kad atkuriama ne pati Lietuvos valstybė, o jos nepriklausomybė – suverenių galių vykdymas (pačios suverenios galios ir Lietuvos valstybė, kaip jų turėtoja, nebuvo išnykusi). Tuo patvirtinamas iš bendrojo teisės principo *ex injuria jus non oritur*, kuris neigia bet kokias agresoriaus teises į užimtą teritoriją, išplaukiantis Lietuvos valstybės tęstinumo principas [33, p. 414]. Valstybės tęstinumo principą sustiprina Kovo 11-osios Akto antroji dalis, skelbianti apie konstitucinį valstybės tęstinumą, – tai, kad „Lietuvos Tarybos 1918 m. vasario 16 d. Nepriklausomybės aktas ir 1920 m. gegužės 15 d. Steigiamojo Seimo rezoliucija dėl atstatytos Lietuvos demokratinės valstybės niekada nebuvo nustojęs teisinės galios“. Iš šių Kovo 11-osios Akto nuostatų taip pat aišku, kad Lietuvos valstybė, kaip tarptautinės teisės subjektas, neišnyko per visą 50 metų jos teritorijos okupacijos laikotarpį. Tai patvirtina Lietuvos Respublikos aneksijos nepripažinimo politika, kurios visus penkis Lietuvos okupacijos dešimtmečius nuosekliai laikėsi dauguma (daugiau nei 50) 1940 metais egzistavusių valstybių [33, p. 397–407; 34, p. 391–446; 35, p. 200–211, 269–276]. Unikalu tai, kad Lietuvos okupacijos laikotarpis truko gerokai ilgiau negu jos nepriklausomybės laikotarpis 1918–1940 m., tačiau dėl to Lietuvos valstybė neišnyko, jos aneksijos nepripažinimo politika nepakito. 50 metų trukęs Baltijos valstybių aneksijos nepripažinimas taip pat yra unikalus todėl, kad iki tol valstybių praktikoje neteisėtos aneksijos nepripažinimo politika trukdavo ne ilgiau kaip 8–9 metus [34, p. 466, 467] (tiek daugiausia truko Vokietijos ir Italijos dar iki Antrojo pasaulinio karo bei jo metu užgrobtų valstybių okupacija). Taigi Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių aneksijos nepripažinimo politika yra ryškiausias valstybių praktikoje Stimsono doktrinos, įpareigojusios nepripažinti jokių agresyvaus karo draudimą pažeidžiančių teritorijos užgrobimų, taikymo pavyzdys. Šio pavyzdžio, kitaip negu kitų, neįmanoma paaiškinti tik politinėmis priežastimis, to-

dėl jį veikiau lėmė teisinis nepripažinimo pareigos imperatyvumas [36, p. 75]: SSRS Antrojo pasaulinio karo metais buvo Vakarų valstybių sąjungininkė, o Šaltojo karo metais ne kartą mėginta gerinti Rytų ir Vakarų santykius, bet Baltijos valstybių aneksijos nepripažinimo politika nebuvo paaukota šių santykių labui. Vadinasi, darytina išvada, kad Lietuvos valstybingumas negalėjo būti pertrauktas ir jos aneksija negalėjo būti įteisinta jokiomis teisinėmis priemonėmis [33, p. 579]. Todėl faktiniam Sovietų Sąjungos valdymui Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių teritorijoje negalėjo būti pritaikyta įgyjamoji senatis [9, p. 108–165].

Įgyjamosios senaties institutas tarptautinės teisės doktrinoje grindžiamas principu *ex factis jus oritur*, pagal kurį lemiamas veiksnys neteisėtai situacijai legalizuoti yra laikas: „kuo daugiau laiko praeina, tuo svaresni yra argumentai esamai padėčiai pripažinti“ [37, p. 487]. Atitinkamai įgyjamoji senatis apibrėžiama kaip „suvereniteto tam tikrai teritorijai įgijimas nuolat ir netrukdomai įgyvendinant suverenitetą šiai teritorijai tokį laiko tarpą, kuris yra būtinas istorijos vystymosi sąlygomis sukurti bendrą įsitikinimą, kad esama padėtis atitinka tarptautinės sistemos interesus“ [38, p. 706]. Kaip matyti iš šio apibrėžimo, pakankamai ilgas teritorijos valdymo laikas nėra vienintelė įgyjamosios senaties sąlyga [39, p. 189]: teritorijos valdymas taip pat turi būti tęstinis, netrukdomas ir viešas. Tai, kad Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių aneksija niekada nebuvo pripažinta (pvz., 1998 m. sausio 16 d. JAV ir Baltijos valstybių partnerystės chartijoje [40, p. 197] konstatuota, kad JAV niekada nepripažino prievartinės Baltijos valstybių inkorporacijos į SSRS ir „laiko jų valstybingumą nepertrauktu nuo pat jų nepriklausomybės pradžios“), taip pat nuolatinis Lietuvos priešinimasis okupacijai rodo, jog Sovietų Sąjungos vykdytas Lietuvos teritorijos valdymas neatitiko pastarųjų senaties sąlygų; t. y. nebuvo nei tęstinis, nei netrukdomas [4, p. 142; 33, p. 416; 34, p. 577].

Tačiau Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių tęstinumo išsaugojimas bei jų aneksijos nepripažinimas visą 50 metų okupacijos laikotarpį taip pat leidžia apskritai abejoti įgyjamosios senaties instituto įsitvirtinimu tarptautinėje teisėje, taip pat be abejonių teigti, kad bet kuriuo atveju šis institutas negali būti taikomas agresijai legalizuoti, ir toks draudimas taikyti senatį yra imperatyvus ir besąlygiškas. Pirma, Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių tęstinumas bei jo tarptautinis pripažinimas pat-

virtino tarptautinę praktiką, kad senaties negalima laikyti paprotine tarptautinės teisės norma [41, p. 132, 133], nes nėra pakankamai aiškios valstybių *opinio juris* dėl tokios normos buvimo bei bendros senaties taikymo praktikos. Svarbiausia, kad „tarptautinė teisė nenustato jokio bendro senaties termino“ [20, p. 200], todėl senaties institutas bendrojoje tarptautinėje teisėje tampa praktiškai neįmanomas. Antai H. Grocijus manė, kad senačiai turėtų būti taikomas neatmenamo (100 metų ar daugiau) teritorijos valdymo kriterijus [42, p. 328]; 1899 m. nustatydamas Britų Gajanos ir Venesuelos sieną, arbitražas pagal specialų Jungtinės Karalystės bei Venesuelos susitarimą taikė 50 metų senaties terminą [43, p. 132], o kai kurie autoriai siūlė „tarptautiniams santykiams pritaikyti įprastąjį 30 metų civilinės teisės terminą“ [39, p. 189]. Tačiau Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių tęstinumas bei jų aneksijos nepripažinimas rodo, kad ir 50 metų terminas yra nepakankamas. Todėl bet kuriuo atveju vieninteliu praktiniu senaties termino nustatymo būdu pagal tarptautinę teisę galėtų būti laikoma tik speciali tarptautinė sutartis [44, p. 96], ir senatis galėtų būti tik sutartinio, o ne paprotinio pobūdžio tarptautinės teisės institutas.

Antra, jeigu senatis būtų laikoma visuotinai pripažintu teritorijos įgijimo būdu, ji negalėtų būti taikoma neteisėtos okupacijos bei aneksijos atveju, nes prieštarautų tarptautinės teisės prigimčiai [41, p. 132]: tarptautinės teisės normos apskritai yra skirtos valstybių teisėms ir interesams saugoti, o nustatydama kokį nors terminą pažeistoms okupuotos arba aneksuotos valstybės teisėms ginti, senatis kėsintųsi į teritorinį suverenitetą bei prieštarautų savanoriškumo principui [23]. Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių tęstinumas bei jų aneksijos nepripažinimas tik patvirtina, kad šiuo požiūriu senaties institutas būtų visiškai nepriimtinas [44, p. 96], todėl jokia tarptautinės teisės norma negali įtvirtinti senaties pagrindinėms valstybių teisėms ginti. Agresija laikytina tarptautiniu nusikaltimu (pvz., žr. 1974 m. gruodžio 14 d. JT Generalinės Asamblėjos patvirtinto agresijos apibrėžimo 5 straipsnį [45, p. 56]), o pagal bendrąją tarptautinę teisę senatis negali būti taikoma tarptautiniams nusikaltimams (sunkiems *jus cogens* normų pažeidimams). Tai patvirtino JT Tarptautinės teisės komisija, kuri, tirdama valstybių atsakomybės klausimą, konstatavo, kad tarptautinis nusikaltimas sukelia besąlyginę valstybių pareigą „nepripažinti šiuo nusikaltimu sukurtos situacijos teisėtumo“ [46, p. 315] (ši pareiga, *in-*

ter alia, įtvirtinta 2001 m. Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projekto 41 straipsnyje [24]).

Be to, senaties netaikymą agresijos būdu įvykdytam teritorijos užgrobimui netiesiogiai patvirtina 1968 m. Konvencija dėl senaties termino netaikymo už karo nusikaltimus ir nusikaltimus žmoniškumui [47]. Pagal jos 1 straipsnį jokie senaties terminai, nepaisant nusikaltimo įvykdymo laiko, be kita ko, netaikomi karo nusikaltimams ir nusikaltimams žmoniškumui, „kaip jie apibrėžiami 1945 m. rugpjūčio 8 d. Niurnbergo Tarptautinio karinio tribunolo įstatuose“, taip pat „ištrėmimams *ginkluotu užpuolimu arba okupacija* ir nežmoniškiems veiksmams, pagrįstiems apartheido politika“, bei genocido nusikaltimui. Logiška, kad jeigu senatis netaikoma agresijos arba okupacijos pasekmėms, ji neturėtų būti taikoma ir pačiai agresijai bei okupacijai. Nors tokia nuostata *expressis verbis* Konvencijoje nėra įtvirtinta, darytina išvada, kad joje esančios paprotinės nuostatos dėl senaties termino netaikymo karo nusikaltimams ir nusikaltimams žmoniškumui *mutatis mutandis* taikytinos ir agresijos nusikaltimui [4, p. 140, 141]. Akivaizdu, kad agresija, kaip ir karo nusikaltimai bei nusikaltimai žmoniškumui, reiškia kėsinimąsi į tarptautinės bendrijos egzistavimo pagrindus, todėl agresijos (įskaitant neteisėtą okupaciją ir aneksiją) nusikaltimui taip pat negali būti taikomi jokie senaties terminai, juo labiau, kad Niurnbergo tarptautinio karinio tribunolo nuosprendyje agresyvus karas buvo įvertintas kaip „pats sunkiausias tarptautinis nusikaltimas, kuris skiriasi nuo kitų karo nusikaltimų tik tuo, kad sukoncentruoja visą blogį, esantį kiekviename iš jų“ [22]. Vadinasi, jeigu senatis netaikoma lengvesniems tarptautiniams nusikaltimams (karo nusikaltimams ir nusikaltimams žmoniškumui), tai ji negali būti taikoma ir sunkiausiam iš jų. Galimybę *mutatis mutandis* pagrindu taikyti valstybių tarptautiniams nusikaltimams fizinių asmenų atsakomybę už tarptautinius nusikaltimus reglamentuojančias tarptautinės teisės normas neseniai patvirtino Latvijos Respublikos Konstitucinis Teismas (žr. 2007 m. lapkričio 29 d. nutarimo [30] 25.5 punktą), konstatavęs, kad fizinio asmens atsakomybės už agresiją būtinoji sąlyga yra valstybės įvykdyta agresija, todėl fizinio asmens įvykdytas agresijos nusikaltimas pagal apimtį gali būti tik tapatus arba siauresnis negu valstybės įvykdyta agresija.

3. Valstybės tęstinumo ir identiteto specifika

Minėta, kad Kovo 11-osios Akto pirmoji ir antroji dalis skelbia apie Lietuvos valstybės tęstinumą, kuris yra Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimo pagrindas. Iš šių nuostatų taip pat išplaukia Lietuvos valstybės identitetas – tapatumas 1918 m. vasario 16 d. Nepriklausomybės aktu paskelbtai Lietuvos valstybei. Dėl ilgo okupacijos laikotarpio toks Lietuvos valstybės tęstinumas ir identitetas turi unikalių bruožų, kurių nebuvo jokių kitų, išskyrus kitas dvi Baltijos valstybes, praktikoje. Šie bruožai susiję su Lietuvos diplomatinės tarnybos veikla užsienyje, marionetinės prigimties institucijų transformavimu į nepriklausomos Lietuvos valstybės institucijas, *restitutio ad integrum* principo taikymu.

3.1. Lietuvos diplomatinės tarnybos užsienyje specifika šalies okupacijos laikotarpiu

Specifinis Lietuvos valstybės tęstinumo jos okupacijos metais rodiklis buvo nenutrūkusi valstybės diplomatinės tarnybos užsienyje veikla [4, p. 181–188; 48; 49, p. 3–47; 50, p. 33]. Iki pat šalies nepriklausomybės atkūrimo funkcionavo Lietuvos Respublikos diplomatinės atstovybės JAV (Vašingtone) ir prie Šventojo Sosto [51, p. 38], taip pat Didžiojoje Britanijoje (Londone) [20, p. 223].

Lietuvos Respublikos diplomatinės atstovybės ir konsulinės įstaigos buvo vienintelės valstybės institucijos, išlikusios ir veikusios visą 50 metų šalies okupacijos laikotarpį. Tęsdamos diplomatinius ir konsulinius santykius su kitomis valstybėmis, jos geriausiai iliustravo Lietuvos valstybės egzistavimą: juk neįmanomi oficialūs santykiai su nesama valstybe, negali būti ir nesamos valstybės institucijų [33, p. 412]. Lietuvos diplomatiniai atstovai užsienyje nebuvo laikomi „šešėline“ emigracine Lietuvos Respublikos vyriausybe, o tik paskutinės teisėtos Lietuvos vyriausybės atstovais [20, p. 221] (pvz., 1979 m. JAV Valstybės departamento atstovas aiškiai pareiškė, kad Jungtinės Valstijos pripažįsta Baltijos valstybių pasiuntinius ne kaip vyriausybių vadovus, o būtent kaip šių šalių *chargés d'affaires* – diplomatinius pareigūnus,

paskirtus paskutinių nepriklausomų vyriausybių [34, p. 410]). Šie atstovai buvimo valstybėse naudojosi visais jiems priklausančias diplomatiniais imunitetais ir privilegijomis, buvo įtraukti į diplomatinio korpuso sąrašus ir akredituoti buvimo valstybėse nustatyta tvarka, jiems buvo išduotos diplomatinės akreditacijos kortelės.

Tai, kad Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių okupacija truko gerokai ilgiau negu tų valstybių, kurios buvo okupuotos fašistinės Italijos bei nacistinės Vokietijos ir taip pat išsaugojo užsienyje veikusią diplomatinę tarnybą, lėmė unikalų Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių diplomatinės tarnybos indėlį į tarptautinės teisės bei diplomatijos istoriją [33, p. 401, 402]. Kadangi visą okupacijos laikotarpį Lietuvos Respublika neturėjo vyriausybės ir užsienio reikalų ministro, kaip šalies diplomatijos vadovo, Lietuvos diplomatinei tarnybai vadovavo ir ją administravo vienas iš Lietuvos diplomatinių atstovų, turėjęs specifinius *diplomatijos šefo* įgaliojimus. Diplomatijos šefas buvo paskirtas 1940 m. birželio 2 d. paskutinės iki okupacijos Lietuvos vyriausybės užsienio reikalų ministro telegrama, tačiau ji nekonkretizavo diplomatijos šefo funkcijų [49, p. 3; 52, p. 249]. Jos išryškėjo praktikoje, tam pasitarnavo ir Latvijos pavyzdys, kurios vyriausybė konkrečiau apibrėžė šalies diplomatinio korpuso užsienyje vadovo funkcijas [53, p. 201, 202]. Atsižvelgiant į tai, galima išskirti šias Lietuvos diplomatijos šefo funkcijas [4, p. 184, 185; 49, p. 5]: valstybės ir jos piliečių interesų gynimas, informacijos apie Lietuvą sklaida, ryšių su Lietuvoje kovojančiomis prieš okupaciją ir išeivijos organizacijomis palaikymas, vadovavimas diplomatinei tarnybai, diplomatinių ir konsulinių įstaigų veiklos koordinavimas, jų steigimas ir likvidavimas bei turto valdymas, priėmimas į diplomatinę tarnybą, diplomatinių atstovų ir konsulinių pareigūnų, kito diplomatinių atstovybių bei konsulinių įstaigų personalo skyrimas į pareigas ir atleidimas iš jų, valstybės atstovų tarptautinėse konferencijose skyrimas. Taigi diplomatijos šefas vykdė įprastas diplomatiniam atstovui funkcijas ir kartu kai kurias vadovavimo diplomatinei tarnybai bei jos administravimo funkcijas, kurios būdingos valstybės užsienio reikalų ministrui. Tačiau, be abejo, diplomatijos šefas neturėjo visų užsienio reikalų ministrui būdingų įgaliojimų, todėl buvo *primus inter pares* pareigūnas tarp kitų diplomatinių atstovų, „užsienio reikalų kvaziministras“ [33, p. 401]. Tokia diplomatijos šefo pareigybė buvo unikali valstybių diplomatinėje praktikoje. Diplomatijos

šefo įgaliojimai buvo būtini susiklosčiusioje kritiškoje situacijoje užtikrinant diplomatinės tarnybos funkcionavimą, ir jie buvo pripažinti kitų valstybių, kaip buvo pripažinti ir diplomatijos šefo atlikti paskyrimai į diplomatinės tarnybos pareigas, įskaitant asmenų, kurie netarnavo Lietuvos diplomatinėje tarnyboje iki prasidedant okupacijai, paskyrimus į laisvus diplomatinės tarnybos postus, taip pat buvo pripažintas diplomatijos šefo įpėdinio paskyrimas. Pavyzdžiui, dr. S. Bačkis buvo pripažintas naujuoju diplomatijos vadovu 1983 m. mirus S. Lozoraičiui, kuris buvo įgaliotas būti diplomatijos šefu 1940 m. birželio 2 d. užsienio reikalų ministro telegrama, o 1983 m. buvo pripažintas S. Lozoraičio jaunesniojo priėmimas į diplomatinę tarnybą pasiuntinybės Vašingtone patarėju ir jo paskyrimas šios diplomatinės atstovybės vadovu 1987 m. [48, p. 266–271; 301, 302, 306–308].

Kadangi okupacijos metais Lietuva neturėjo valstybės vadovo, o diplomatijos šefas vykdė „užsienio reikalų kvaziministro" funkcijas, tai jis skyrė *chargé d'affaires* (reikalų patikėtinio) klasės diplomatinius atstovus, t. y. tokios klasės diplomatinių atstovybių vadovus, kokios gali skirti užsienio reikalų ministrai pagal 1961 m. Vienos konvencijos dėl diplomatinių santykių [54] 14 straipsnį. Tačiau unikalu yra tai, kad Baltijos valstybių diplomatiniai atstovai JAV diplomatiniame sąraše būdavo rašomi pirma kitų valstybių reikalų patikėtinių [49, p. 35].

Dar vienas unikalus Lietuvos diplomatinės tarnybos veiklos bruožas buvo jos finansavimas. Ji buvo finansuojama iš JAV bankuose saugotų Lietuvos valstybės ir lietuvių išeivijos renkamų lėšų, o kai šių lėšų nepakako, nuo 1981 m. Lietuvos Respublikos pasiuntinybė buvo finansuojama iš Latvijos Respublikos lėšų pagal susitarimą su jos reikalų patikėtiniu JAV [48, p. 262–265; 49, p. 40]. Po nepriklausomybės atkūrimo Lietuva pagal specialią tarptautinę sutartį grąžino skolą Latvijai už pasiuntinybės išlaikymą [55].

3.2. Marionetinės prigimties institucijų panaudojimas valstybės nepriklausomybei atkurti

Kovo 11-osios Akto pirmojoje dalyje pažymėta, kad jį priima Lietuvos Respublikos Aukščiausioji Taryba, reikšdama Tautos valią, o pagal penktąją dalį Aukščiausioji Taryba laikoma suverenių Tautos ir

valstybės galių reiškėja. Unikalu yra tai, kad Aukščiausioji Taryba – Atkuriamasis Seimas buvo marionetinės prigimties institucija, nes turėjo tęsti iki tol veikusios marionetinės Lietuvos SSR Aukščiausiosios Tarybos veiklą, buvo išrinkta pagal Lietuvos SSR įstatymus ir susirinko dar kaip Lietuvos SSR Aukščiausioji Taryba. Tai, kad okupuotos valstybės nepriklausomybei atkurti buvo pasinaudota marionetinės prigimties institucijomis, buvo analogų neturėjęs atvejis. Tačiau šis atvejis aiškintinas unikaliomis istorinėmis ir politinėmis aplinkybėmis, susiklosčiusiomis Sovietų Sąjungos okupuotose Baltijos valstybėse, kurios leido okupuotų šalių tautų valią išreikšti per joms kitos valstybės primestas institucijas, turėjusias atlikti marionetinį vaidmenį, taip pat leido suorganizuoti tikrus demokratinius rinkimus į tokias institucijas [4, p. 233, 331]. Todėl unikalu yra ir tai, kad Lietuvos SSR, kaip marionetinis darinys, 1990 m. vasario 7 d. pats pripažino savo neteisėtumą paskelbdamas Lietuvos aneksiją niekiniu aktu [6, p. 53, 54, 196, 197] (žr. 1990 m. vasario 7 d. Lietuvos SSR Aukščiausiosios Tarybos nutarimą „Dėl 1939 m. Vokietijos – SSRS sutarčių ir jų pasekmių Lietuvai likvidavimo“ [56]).

Tai, kad nepriklausomybei atkurti panaudota marionetinės prigimties institucija, nepažeidė Lietuvos valstybės tęstinumo, nes suvereni Tautos valia pavertė Lietuvos SSR Aukščiausiąją Tarybą aukščiausia Lietuvos valstybės institucija ir per ją transformavo visą marionetinės Lietuvos SSR aparatą į nepriklausomos Lietuvos Respublikos aparatą [4, p. 232]. Šiai išvadai pagrįsti pakanka to, kad per 1990 m. vasario 24 d. rinkimus į Lietuvos SSR Aukščiausiąją Tarybą Tauta masiškai palaikė Lietuvos Sąjūdžio programą, kurios pagrindinis tikslas buvo atkurti Lietuvos valstybės – Lietuvos Respublikos – nepriklausomybę [4, p. 200]. Vadinasi, nors ir paradoksalu, išrinkta pagal Lietuvos SSR įstatymus Aukščiausioji Taryba turėjo Tautos įgaliojimus veikti ne kaip Lietuvos SSR, o kaip Lietuvos Respublikos institucija. Todėl šios institucijos pavadinimas tebuvo sąlyginis, neatsitiktinai ji dabar vadinama Aukščiausiąja Taryba – Atkuriamuoju Seimu [57].

Tokius išrinktos Aukščiausiosios Tarybos įgaliojimus patvirtino jos 1990 m. kovo 11 d. priimta deklaracija „Dėl Lietuvos TSR Aukščiausiosios Tarybos deputatų įgaliojimų“ [11], kurioje aiškiai konstatuotas šios sąlyginį pavadinimą turėjusios institucijos rinkimų metu gautas Tautos mandatas atkurti Lietuvos valstybės nepriklausomybę,

įgyvendinti jos suverenitetą ir jai atstovauti. Todėl deklaracijoje taip pat buvo pabrėžta, kad pasinaudojimas Lietuvai primestomis marionetinės prigimties struktūromis negali būti aiškinamas kaip jas primetusios valstybės suvereniteto Lietuvai ir Lietuvos aneksijos pripažinimas, ir Aukščiausioji Taryba, remdamasi Tautos mandatu, nusprendė nebesivadinti ir nebūti Lietuvos SSR institucija. Pabrėžtina, kad Aukščiausioji Taryba kitų valstybių buvo pripažinta kaip aukščiausioji Lietuvos Respublikos institucija, o tai liudijo jos, kaip teisėtos Lietuvos valstybės atstovės, įgaliojimus (pvz., pagal 1991 m. liepos 29 d. Sutarties dėl tarpvalstybinių santykių pagrindų [58] 1 straipsnį Rusija pripažino Lietuvos valstybinį statusą pagal jos 1990 m. kovo 11 d. aktus, įskaitant deklaracijoje „Dėl Lietuvos TSR Aukščiausiosios Tarybos deputatų įgaliojimų“ konstatuotus Aukščiausiosios Tarybos įgaliojimus atkurti Lietuvos Respublikos nepriklausomybę ir jai atstovauti [59, p. 8, 9]). 1990–1991 m. atkuriant Latvijos ir Estijos nepriklausomybę, taip pat buvo pasinaudota buvusiomis marionetinėmis struktūromis, ir tarptautinė bendrija pripažino šių Baltijos valstybių tęstinumą bei identitetą. Vadinasi, tarptautinės teisės požiūriu svarbu tik tai, kad Aukščiausioji Taryba turėjo Tautos įgaliojimus veikti kaip suvereni Lietuvos valstybės institucija, o ne tai, kaip ji iš pradžių vadinosi ir pagal kokius įstatymus buvo išrinkta [4, p. 232, 233]. Pagal analogiją su Latvijos Respublikos Konstitucinio Teismo 2007 m. lapkričio 29 d. nutarimo [30] 61 punktu galima teigti, kad rinkimai į Aukščiausiąją Tarybą prilygo Tautos balsavimui už Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimą, todėl Aukščiausioji Taryba galėjo veikti Lietuvos Respublikos vardu ir jos interesams. Todėl darytina išvada, kad marionetinės prigimties institucija buvo transformuota į Lietuvos Respublikos instituciją remiantis laisvo tautų apsisprendimo normomis [4, p. 241], kurios valstybės nepriklausomybės atkūrimo atveju taikomos specifiškai – kaip normos, laiduojančios Tautos apsisprendimą patvirtinti anksčiau laisvai pasirinktą politinį statusą (būti nepriklausoma valstybe) atkuriant *de jure* egzistuojančios valstybės nepriklausomybę [4, p. 245, 246].

3.3. Restitutio ad integrum principo taikymo specifika

Okupuotos valstybės nepriklausomybės atkūrimas pagal tarptautinę teisę paprastai turėtų vykti pagal *restitutio ad integrum* principą, reikalaujantį atkurti padėtį, buvusią iki tarptautinės teisės pažeidimo [4, p. 228; 33, p. 582]. Tačiau šis principas negali būti absoliutinamas, nes visiška restitucija gali būti praktiškai neįmanoma (teisė negali reikalauti neįmanomų dalykų); pavyzdžiui, iš 2001 m. JT Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projekto [24] 35 ir 36 straipsnių aišku, kad restitucija ne visada gali būti įmanoma, todėl vietoj jos gali būti taikomos kitos reparacijos formos. Taigi restitucijos reikalavimas turi būti derinamas su sveiko proto ir teisės efektyvumo reikalavimais, t. y. būtina atsižvelgti į valstybės vidaus ir tarptautinių santykių raidą [1, p. 14]. Toks poreikis derinti restituciją su teisės efektyvumo reikalavimais akivaizdus ir iš JT Tarptautinio Teisingumo Teismo jurisprudencijos. Pavyzdžiui, Teismas 1971 m. birželio 21 d. konsultacinėje išvadoje *Besitęsiančio Pietų Afrikos buvimo Namibijoje byloje* (žr. 117–127 punktus) [60] konstatavo, kad turi būti laikomi neteisėtais ir negaliojančiais užgrobusios svetimą teritoriją valstybės teisės aktai, susiję su šios teritorijos ir jos gyventojų statusu, išskyrus tuos aktus, kurių negaliojimas būtų žalingas užgrobtos teritorijos gyventojams (pvz., civilinės būklės aktai), taip pat negali būti pripažįstami kiti šią teritoriją užgrobusios valstybės veiksmai ją administruojant ir veikiant šios teritorijos arba jos gyventojų vardu, bet toks nepripažinimas neturi atimti iš užgrobtos teritorijos gyventojų tos naudos, kurią jie galėtų gauti iš tarptautinio bendradarbiavimo. Iš šios Tarptautinio Teisingumo Teismo konsultacinės išvados išplaukia tai, kad šalinant okupacijos pasekmes būtina atsižvelgti į tokią valstybės vidaus ir tarptautinių santykių raidą, kuri būtų tikėtina ir tuo atveju, jei okupacijos nebūtų, ir kuri būtų naudinga okupuotai valstybei bei jos gyventojams.

Būtent tokia restitucijos principo samprata ir jo įgyvendinimo praktika patvirtinta Kovo 11-osios Akte. Viena vertus, Kovo 11-osios Aktas nereiškė grįžimo į 1940 m. situaciją valstybės vidaus teisės prasme [4, p. 231–236]: 1938 m. gegužės 12 d. Konstitucijos galiojimas buvo atkurtas ribota forma [12] ir iš karto suspenduotas priimant Laikinąjį Pagrindinį Įstatymą [61]; nebuvo atkurtas iki 1940 m. biržė-

lio 15 d. veikusių šalies įstatymų galiojimas. Kita vertus, Kovo 11-osios Aktas nesuponavo visų iki 1940 m. birželio 15 d. sudarytų Lietuvos Respublikos tarptautinių sutarčių veikimo atkūrimo, bet įpareigojo atsižvelgti į šalies okupacijos metais vykusią tarptautinės teisės raidą, laikytis 1975 m. Europos saugumo ir bendradarbiavimo pasitarimo Helsinkio baigiamojo akto, kitų visuotinai pripažintų tarptautinės teisės principų ir normų, kurias kuriant Lietuvos valstybė nedalyvavo [4, p. 237–240]. Tačiau tai tikrai nereiškia, kad nuo to nukenčia valstybės tęstinumas ir identitetas. Vadovaujantis restitucijos principu buvo atkurtos Lietuvos valstybės teisės, kurias pažeidė Sovietų Sąjunga, – suverenių galių vykdymas, todėl buvo išspręsta „globalinė" problema – atkurtas teisingumas plačiausia prasme [1, p. 14]. Sprendžiant konkretesnes su valstybės nepriklausomybės atkūrimu susijusias problemas reikėjo atsižvelgti į vidaus ir išorės santykių raidą, nes ir pats valstybės tęstinumas reiškia valstybės raidos dinamiką. Jis nėra statinė sąvoka [4, p. 170], neatmeta valstybės tarptautinių teisių ir įsipareigojimų kaitos, nes valstybė egzistuoja kaip tas pats tarptautinės teisės subjektas, nors jos teisės ir įsipareigojimai kinta. Kitaip tariant, akivaizdu, kad dalyvaudama tarptautiniuose santykiuose ta pati valstybė nuolat įgyja naujas teises ir prisiima naujus įsipareigojimus, taip pat praranda kai kurias teises ir įsipareigojimus. Nors kartais Lietuvos Respublikos tęstinumas ir identitetas vadinamas modifikuotu [1, p. 14; 4, p. 228–231], toks apibūdinimas neatrodo labai tinkamas. Atkūrusi nepriklausomybę valstybė pati sprendžia, kokiu mastu taikyti restituciją ir kiek atsižvelgti į jos okupacijos metais įvykusius vidaus bei išorės gyvenimo pokyčius, bet juk tai yra neginčytina jos suvereni teisė spręsti savo vidaus ir užsienio santykių klausimus.

Kovo 11-osios Aktas taip pat iliustruoja tai, kad atsakingai valstybei nevykdant savo pareigos nutraukti tarptautinės teisės pažeidimą, pati nukentėjusi valstybė gali taikyti restituciją, vienašaliu aktu atkurdama savo teises [6, p. 54, 197]. Tačiau tai nereiškia, kad atsakinga valstybė išvengė tolesnės atsakomybės. Ji turi įvykdyti visišką reparaciją, todėl Lietuvos Respublika yra pareiškusi Rusijos Federacijai, kaip valstybei – SSRS tęsėjai, reikalavimą atlyginti sovietinės okupacijos padarytą žalą – sumokėti atitinkamą kompensaciją [59]. Unikalu yra tai, kad šis reikalavimas yra dėl taip ilgai trukusio tarptautinės teisės

pažeidimo padarytos žalos atlyginimo. Tad jos atlyginimas taip pat taptų precedentu pasaulinėje praktikoje.

4. Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimo pripažinimo specifika

Kovo 11-osios Aktu remiantis atkurtos Lietuvos Respublikos nepriklausomybės pripažinimas reiškė ir šiame Akte įkūnyto valstybės tęstinumo bei identiteto principo tarptautinį pripažinimą. Todėl atkurtos nepriklausomybės pripažinimas negalėjo reikšti valstybės pripažinimo, turėjo būti suprantamas kaip naujos vyriausybės pripažinimas: okupacija nutraukė aukščiausių Lietuvos valstybės institucijų veiklą ir šalis neturėjo vyriausybės visus 50 metų, todėl buvo būtina pripažinti, kad 1990 m. išrinkta Aukščiausioji Taryba ir jos sudarytos valstybės institucijos yra tos pačios valstybės, Lietuvos Respublikos, institucijos ir gali jai atstovauti tarptautiniuose santykiuose [6, p. 62, 206]. Tokį Lietuvos Respublikos atkurtos nepriklausomybės pripažinimo pobūdį bene geriausiai patvirtina 1990 m. kovo 12 d. Prancūzijos užsienio reikalų ministro išsakyta nuostata, kad „Prancūzija niekada nepripažino 1940 metų Lietuvos aneksijos ir [...] 1922 metais Lietuvai suteiktas pripažinimas tebegalioja; nepaisant suvereniteto praradimo, Baltijos valstybės, kaip tarptautinės teisės subjektai, išgyveno aneksiją, todėl jokio papildomo pripažinimo akto joms nereikia“ [62, p. 116].

Tarptautinį atkurtos Lietuvos Respublikos nepriklausomybės pripažinimą ypač priartino tai, kad Lietuvos Respublikos statusą remiantis Kovo 11-osios Aktu 1991 m. liepos 29 d. Sutartimi dėl tarpvalstybinių santykių pagrindų [58] pripažino Rusija [4, p. 267–269; 6, p. 60, 61, 204, 205]. Rusija tuo metu pati dar buvo neįsitvirtinęs tarptautinės teisės subjektas, bet ji buvo didžiausia ir įtakingiausia iš yrančios SSRS respublikų. Todėl Rusijos nuostata darė didelę įtaką kitoms valstybėms apsisprendžiant nepaisyti SSRS prieštaravimų dėl Baltijos valstybių nepriklausomybės atkūrimo (t. y. naujų vyriausybių) pripažinimo. Todėl Rusijos, kaip subjekto, kuris tuo metu buvo valstybės dalis, pripažinimo aktas „suvaidino unikalų vaidmenį valstybių pripažinimo istorijoje“ [63, p. 121]. Be Rusijos, Lietuvos Respublikos ne-

priklausomybės atkūrimą dar iki išyrant SSRS pripažino ir kai kurios kitos sovietinės respublikos (Moldova, Ukraina ir Gruzija tai padarė iki 1991 m. rugsėjo 6 d., kai atkurtąją Lietuvos Respublikos nepriklausomybę pripažino pati SSRS) [64, p. 193–195].

Išvados

Kovo 11-osios Aktas yra pirmasis iš Baltijos valstybių nepriklausomybę atkuriančių aktų. Tai yra valstybės vienašalis aktas, kuriame įtvirtinti principai buvo paremti tarptautinės teisės principais ir normomis. Todėl Kovo 11-osios Akto principai turi reikšmės aiškinant ir taikant su jais susijusius tarptautinės teisės institutus bei normas. Tokią Kovo 11-osios Akto įtaką tarptautinės teisės raidai galima apibendrinti taip:

1. Kovo 11-osios Aktas grindžiamas Lietuvos valstybės tęstinumo principu, kuris savo ruožtu išplaukia iš Sovietų Sąjungos įvykdytos agresijos prieš Lietuvą neteisėtumo ir principo *ex injuria jus non oritur*, paneigiančio bet kokias SSRS teises į Lietuvą. Kovo 11-osios Akte konstatuojamas sovietų agresijos neteisėtumas pripažintas ir kitų pasaulio valstybių. Tai leidžia daryti išvadą, kad Kovo 11-osios Aktas prisidėjo prie agresijos sampratos raidos patvirtindamas valstybių ir Niurnbergo tribunolo praktiką priskirti prie agresijos tuos atvejus, kai nukentėjusi valstybė sutinka su agresija ir jai nesipriešina, taip pat laikyti niekiniu nukentėjusios valstybės sutikimą su agresija, o tokios agresijos būdu užgrobtą teritoriją laikyti neteisėtai okupuota teritorija, kuriai turi būti taikomas karinės okupacijos režimas. Taip buvo patvirtintas Niurnbergo principų universalumas ir jų taikymas Sovietų Sąjungos veiksmams.

2. Kovo 11-osios Aktas konstatuoja nepertraukiamą Lietuvos valstybės tęstinumą, toks Lietuvos valstybės tęstinumas yra pripažintas ir tarptautiniu mastu. Lietuvai ir kitoms Baltijos valstybėms pavyko išsaugoti savo tarptautinį teisinį subjektiškumą 50 jų okupacijos metų laikotarpį, kuris buvo net kelis kartus ilgesnis už šių valstybių nepriklausomybės laikotarpį (1918–1940 m.); visą šį laikotarpį tarptautinė bendrija nepripažino aneksijos. Tai yra precedento neturintis reiškinys tarptautinės teisės istorijoje. Todėl galima teigti, kad Lietuvos valsty-

bės tęstinumą įtvirtinančios Kovo 11-osios Akto nuostatos patvirtina, kad joks senaties terminas negali būti taikomas sunkiausiam iš tarptautinės teisės pažeidimų – agresijai, kaip ir visiems sunkiems imperatyvių tarptautinės teisės normų pažeidimams. Tai patvirtina pareigos nepripažinti tokiais pažeidimais sukurtų situacijų imperatyvumą ir leidžia apskritai abejoti senaties instituto egzistavimu bendrojoje tarptautinėje teisėje.

3. Vienas iš ryškiausių Kovo 11-osios Akte konstatuoto Lietuvos valstybės tęstinumo įrodymų buvo okupacijos metais nenutrūkusi Lietuvos diplomatinės tarnybos užsienyje veikla. Lietuvos Respublikos diplomatinės atstovybės ir konsulinės įstaigos buvo vienintelės okupacijos metais išlikusios Lietuvos valstybės institucijos. Lietuvos diplomatinė tarnyba pasaulinėje diplomatinėje praktikoje buvo unikali tuo, kad ji net 50 metų funkcionavo užsienyje, kai šalis buvo okupuota ir neturėjo vyriausybės, kuri vadovautų diplomatinei tarnybai. Diplomatinės teisės požiūriu buvo unikali Lietuvos diplomatijos šefo (vadinamojo „užsienio reikalų kvaziministro“) pareigybė, kuriai, viena, teko diplomatinio atstovo funkcijos, be to, ir kai kurios užsienio reikalų ministro funkcijos, susijusios su vadovavimu šalies diplomatinei tarnybai ir jos administravimu.

4. Kovo 11-osios Aktą priėmė marionetinės prigimties institucija, turėjusi Tautos įgaliojimus atkurti Lietuvos Respublikos nepriklausomybę ir atstovauti Lietuvos Respublikai. Tai taip pat buvo neturintis precedento faktas. Marionetinės prigimties institucijos buvo transformuotos į nepriklausomos Lietuvos valstybės aparatą demokratiniuose rinkimuose išreikštos Tautos valios dėka. Taip laisvo tautų apsisprendimo principas papildė valstybės tęstinumo principą. Iš Lietuvos ir kitų Baltijos valstybių nepriklausomybės atkūrimo praktikos taip pat galima daryti išvadą, kad pageidautina, jog valstybės nepriklausomybės atkūrimas remiantis jos tęstinumu kartu būtų ir tautos valios išraiška.

5. Kovo 11-osios Aktu atkurta Lietuvos Respublikos nepriklausomybė remiantis *restitutio ad integrum* principu. Tačiau Kovo 11-osios Aktas patvirtino ir tai, kad restitucijos principas nėra absoliutus tarptautinėje teisėje: jis sprendžia esminę teisėtos situacijos atkūrimo – valstybės išsivadavimo iš okupacijos – problemą. Sprendžiant kitas su valstybės nepriklausomybės atkūrimu susijusias problemas restituci-

ja derintina su teisės efektyvumo reikalavimais, todėl būtina atsižvelgti į valstybės vidaus ir tarptautinių santykių raidą, į tuos pokyčius, kurie būtų tikėtini ir tuo atveju, jei okupacijos nebūtų buvę, ir kurie būtų naudingi okupuotai valstybei bei jos gyventojams, t. y. į tuos veiksnius, kurie neprieštarauja dinaminei valstybės tęstinumo sampratai. Be to, nukentėjusi nuo okupacijos valstybė gali pareikšti reikalavimą atsakingai valstybei atlyginti kompensacijos forma tokią okupacijos padarytą žalą, kurios atžvilgiu restitucija yra neįmanoma.

6. Kadangi Lietuvos Respublikos nepriklausomybė atkurta remiantis Kovo 11-osios Aktu konstatuotu valstybės tęstinumu ir identitetu, tai Kovo 11-osios Akto pagrindu atkurtos nepriklausomybės tarptautinis pripažinimas reiškė ne naujos valstybės, o naujos vyriausybės pripažinimą. Didelę reikšmę spartinant šį pripažinimą turėjo tai, kad Lietuvos Respublikos statusą remiantis Kovo 11-osios Aktu 1991 m. liepos 29 d. pripažino Rusija, kuri tuo metu pati dar nebuvo įsitvirtinęs tarptautinės teisės subjektas, o priklausė yrančiai Sovietų Sąjungai. Tokio subjekto, kuris yra valstybės dalis, pripažinimo aktas ir jo pasekmės yra unikalios tarptautinėje praktikoje.

Visos šios išvados leidžia teigti, kad Kovo 11-osios Akto nuostatos, jų įgyvendinimas ir tarptautinis pripažinimas „dar kartą patvirtino teiginį, kad praktika yra visada turtingesnė už teoriją“, „šiuolaikinė tarptautinė teisė nėra pajėgi vienareikšmiškai ir aiškiai atsakyti į kai kuriuos per pusę amžiaus tarpvalstybinių santykių arenoje kilusius klausimus“, „nemažai iki tol atrodžiusių aiškių ir neginčijamų tarptautinės teisės postulatų įgavo naują interpretaciją“ [1, p. 14].

Literatūra

1. Kūris P. Lietuvos nepriklausomos valstybės atkūrimas ir tarptautinė teisė // Teisės problemos, 1998, Nr. 1.
2. Yakemtchouk R. Les republiques baltes en droit international: Echec d'une annexation operee en violation du droit des gens / The Baltic Path to Independence. – New York: William S. Hein & Co., 1994.
3. Vadapalas V. Pratarmė / Žalimas D. Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimas: pagrindiniai klausimai pagal tarptautinę teisę. – Vilnius: Rosma, 1997.

4. Žalimas D. Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimo 1990 m. kovo 11 d. tarptautiniai teisiniai pagrindai ir pasekmės. – Vilnius: Demokratinės politikos institutas, 2005.
5. 1990 m. kovo 11 d. Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos Aktas „Dėl Lietuvos Nepriklausomos Valstybės atstatymo“ // Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos ir Vyriausybės žinios, 1990, Nr. 9-222.
6. Žalimas D. SSRS agresija prieš Lietuvos Respubliką 1991 m. sausį: tarptautiniai teisiniai aspektai / The Soviet Aggression against Lithuania in January 1991: International Legal Aspects. / Vilniaus pedagoginio universiteto mokslinių straipsnių rinkinių serijos („MSR serija“) mokslinių straipsnių rinkinys „1991 metų Sausio 13-oji Lietuvoje naujausiųjų mokslinių tyrimų kontekste / Selection of scientific articles 13 January 1991 in Lithuania in the Context of the Newest Scientific Research“. – Vilnius: Vilniaus pedagoginis universitetas / Vilnius Pedagogical University, 2006.
7. Loeber D. A. Molotovo – Ribentropo pakto teisiniai padariniai Baltijos valstybėms: apie pareigą „įveikti paveldėtas iš praeities problemas“ // Teisė, 2002, t. 45.
8. Loeber D. A. Legal Consequences of the Molotov-Ribbentrop Pact for the Baltic States: on the Obligation „to Overcome the Problems Inherited from the Past“ // Baltic Yearbook of International Law, 2001, Vol. 1.
9. Mälksoo L. Illegal Annexation and State Continuity: the Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR. – Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
10. Мялксоо Л. Советская аннексия и государственный континуитет: международно-правовой статус Эстонии, Латвии и Литвы в 1940-1991 гг. и после 1991 г. – Tartu: Tartu University Press, 2005.
11. 1990 m. kovo 11 d. deklaracija „Dėl Lietuvos TSR Aukščiausiosios Tarybos deputatų įgaliojimų“ // Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos ir Vyriausybės žinios, 1990, Nr. 9-220.
12. 1990 m. kovo 11 d. įstatymas „Dėl 1938 metų gegužės 12 dienos Lietuvos Konstitucijos galiojimo atstatymo“ // Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos ir Vyriausybės žinios, 1990, Nr. 9-223.
13. Международное право в документах. – Москва: Юридическая литература, 1982.
14. Harris. Cases and Materials on International Law. – London: Sweet & Maxwell, 1991.
15. Kūris P. Atsakomybės tarptautinėje teisėje problemos. – Vilnius: Vilniaus valstybinis V. Kapsuko universitetas, 1970.

16. Brownlie I. International Law and the Use of Force by States. – Oxford: Clarendon Press, 1963.
17. Žalimas D. Sovietinė agresija prieš Lietuvą 1940 metais: nepagrįsti mėginimai ją pateisinti tarptautinės teisės požiūriu // Jurisprudencija, 2003, Nr. 46(38).
18. Latvian-Russian Relations: Documents. – Washington: the Latvian Legation, 1978.
19. Lietuvos okupacija ir aneksija, 1939–1940: dokumentų rinkinys. – Vilnius: Mintis, 1993.
20. Vadapalas V. Tarptautinė teisė: bendroji dalis. – Vilnius: Eugrimas, 1998.
21. Gailius B. Partizanai tada ir šiandien. – Vilnius: Versus Aureus, 2006.
22. 1946 m. rugsėjo 30 d. Niurnbergo tarptautinio karinio tribunolo nuosprendis / Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками. – Москва: Госюриздат, 1961. Т. 7; Avalon Project at Yale Law School: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judaus.htm>, prieiga 2008 m. kovo 10 d.
23. Vadapalas V., Žalys V. Ar galioja aneksijai senaties terminas // Atgimimas. 1989 m. rugpjūčio 18–25 d.
24. 2001 metų Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projektas // Official Records of the UN General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1. Žr.: Vadapalas V. Tarptautinė teisė: pagrindiniai dokumentai ir jurisprudencija. – Vilnius: Eugrimas, 2003; Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. – Cambridge: Cambridge University Press, 2002; Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos interneto svetainė: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/ instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>, prieiga 2008 m. kovo 8 d.
25. 2001 m. Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projekto komentaras // Official Records of the UN General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.2. Žr.: Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. – Cambridge: Cambridge University Press, 2002; Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos interneto svetainė: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/ commentaries/9_6_2001.pdf>, prieiga 2008 m. kovo 8 d.
26. Vadapalas V. Tarptautinė teisė. – Vilnius: Eugrimas, 2006.

27. Žalimas D. Legal and Political Issues on the Continuity of the Republic of Lithuania // Lithuanian Foreign Policy Review, 1999, No. 4.
28. 2006 m. sausio 17 d. Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas dėl priimtinumo *Kolk ir Kislyiy byloje prieš Estiją* Nr. 23052/04, 24018/04 // Europos Žmogaus Teisių Teismo interneto svetainė: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kolk%20%7C%20Estonia&sessionid=6562183&skin=hudoc-en>, prieiga 2008 m. kovo 19 d.
29. 2006 m. sausio 24 d. Europos Žmogaus Teisių Teismo sprendimas dėl priimtinumo *Penart byloje prieš Estiją* Nr. 14685/04 // Europos Žmogaus Teisių Teismo interneto svetainė: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Penart%20%7C%20Estonia&sessionid=6562183&skin=hudoc-en>, prieiga 2008 m. kovo 19 d.
30. 2007 m. lapkričio 29 d. Latvijos Respublikos konstitucinio teismo nutarimas byloje Nr. 2007-10-0102 // Latvijos Respublikos Konstitucinio Teismo interneto svetainė: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/judg_2007_10_0102.htm>, prieiga 2008 m. kovo 19 d.
31. 2006 m. kovo 16 d. Europos Žmogaus Teisių Teismo Didžiosios kolegijos sprendimas *Ždanoka byloje prieš Latviją* Nr. 58278/00 // Europos Žmogaus Teisių Teismo interneto svetainė: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=6271375&skin=hudoc-en>, prieiga 2008 m. kovo 19 d.
32. 2008 m. vasario 19 d. Europos Žmogaus Teisių Teismo kolegijos sprendimas *Kuolelio, Bartoševičiaus ir Burokevičiaus byloje prieš Lietuvą* Nr. 74357/01, 26764/02, 27434/02 // Europos Žmogaus Teisių Teismo interneto svetainė: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Kuolelis%20%7C%20Lithuania&sessionid=6562183&skin=hudoc-en>, prieiga 2008 m. kovo 19 d.
33. Marek K. Identity and Continuity of States in Public International Law. – Geneve: Librairie E. Droz, 1954.
34. Hough W. J. H., III. The Annexation of the Baltic States and Its Effect on the Development of Law Prohibiting Forcible Seizure of Territory // New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1985, Vol. 6, No. 2.
35. The Baltic Path to Independence. – New York: William S. Hein & Co., 1994.
36. Kunz J. L. Identity of States under International Law // American Journal of International Law, 1955, Vol. 49.

37. Mullerson R. The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia // International and Comparative Law Quarterly, 1993. Vol. 42. – London: the British Institute of International and Comparative Law.
38. Oppenheim's International Law. – New York: Longman, 1996.
39. Jaščenka A. Konstitucinė tarptautinė teisė. – Kaunas: Spindulys, 1931.
40. 1998 m. sausio 16 d. Jungtinių Amerikos Valstijų bei Estijos Respublikos, Latvijos Respublikos ir Lietuvos Respublikos partnerystės chartija // Lithuanian Foreign Policy Review, 1999, No. 3.
41. Vadapalas V., Žalys V. Secret Protocols to the Soviet-German Treaties of 1939 and the Problem of Prescription in International Law // Eesti Teaduste Akadeemia Toimetised, 1990, No. 39(2).
42. Fleischhauer C. A. Prescription // Encyclopedia of Public International Law, 1987, Vol. 10. – Amsterdam: Elsevier Science Publishers.
43. Hillier T. Public International Law. – London: Cavendish Publishing Ltd., 1994.
44. Vadapalas V. Aspects de processus de la responsabilité internationale // Polish Yearbook of International Law, 1994.
45. 1974 m. gruodžio 13 d. JT GA Rezoliucija Nr. 3314(XXIX) dėl agresijos apibrėžimo / Vadapalas V. Tarptautinė teisė: pagrindiniai dokumentai ir jurisprudencija. – Vilnius: Eugrimas, 2003.
46. Frowein J. A. Non-Recognition // Encyclopedia of Public International Law, 1987, Vol. 10. – Amsterdam: Elsevier Science Publishers.
47. 1968 m. Konvencija dėl senaties termino netaikymo už karo nusikaltimus ir nusikaltimus žmoniškumui // Valstybės žinios, 2002, Nr. 23-856.
48. Jonušauskas L. Likimo vedami: Lietuvos diplomatinės tarnybos egzilyje veikla (1940–1991). – Vilnius: Lietuvos gyventojų genocido ir rezistencijos tyrimo centras, 2003.
49. Bačkis S. A. Lietuvos diplomatinė tarnyba (1940 m. birželio 15 d. – 1990 m. kovo 11 d.) // Lietuvos aukštųjų mokyklų mokslo darbai. Istorija. 1997, T. 36. – Vilnius: Vilniaus pedagoginis universitetas.
50. Petrauskas Z., Žalimas D., Žaltauskaitė-Žalimienė S. Diplomatinė teisė. – Vilnius: TIC, 2003.
51. Šatas J. Lietuvos tarptautinis pripažinimas: praeitis ir dabartinės realijos. – Vilnius: Žinija, 1991.
52. Sidzikauskas V. Lietuvos diplomatijos paraštėje. – Vilnius: Vaga, 1994.
53. 1940 m. gegužės 18 d. Latvijos vyriausybės kanceliarijos raštas dėl nepaprastųjų valstybės valdžios įgaliojimų suteikimo / Latvian-Russian Relations: Documents. – Washington: the Latvian Legation, 1978.

54. 1961 m. Vienos konvencija dėl diplomatinių santykių // Valstybės žinios, 1999, Nr. 83-2455.
55. 2005 m. vasario 15 d. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Latvijos Respublikos Vyriausybės susitarimas dėl skolos Latvijos Respublikai už Lietuvos Respublikos ambasados Vašingtone išlaikymą grąžinimo // Valstybės žinios, 2005, Nr. 50-1647.
56. 1990 m. vasario 7 d. Lietuvos TSR Aukščiausiosios Tarybos nutarimas „Dėl 1939 metų Vokietijos – TSRS sutarčių ir jų pasekmių Lietuvai likvidavimo“ // Lietuvos TSR Aukščiausiosios Tarybos ir Vyriausybės žinios, 1990, Nr. 8-182.
57. 1996 m. lapkričio 28 d. Lietuvos Respublikos Seimo deklaracija „Dėl Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos – Atkuriamojo Seimo“ // Valstybės žinios, 1996, Nr. 116-2712.
58. 1991 m. Sutartis tarp Lietuvos Respublikos ir Rusijos Tarybų Federacinės Socialistinės Respublikos dėl tarpvalstybinių santykių pagrindų // Lietuvos aidas. 1991 m. liepos 30 d.
59. Žalimas D. SSRS okupacijos žalos atlyginimo įstatymas ir Rusijos Federacijos atsakomybės tarptautiniai teisiniai pagrindai // Politologija, 2006, Nr. 4(44).
60. 1971 m. birželio 21 d. JT Tarptautinio Teisingumo Teismo konsultacinė išvada Teisinių pasekmių valstybėms dėl besitęsiančio Pietų Afrikos buvimo Namibijoje (Pietvakarių Afrikoje) nepaisant Saugumo Tarybos rezoliucijos Nr. 276(1970) byloje // ICJ Reports, 1971; JT Tarptautinio Teisingumo Teismo svetainė internete: <http://www.icjcij.org/docket/files/53/5595.pdf>, prieiga 2008 m. kovo 20 d.
61. 1990 m. kovo 11 d. įstatymas „Dėl Lietuvos Respublikos Laikinojo Pagrindinio Įstatymo“ // Lietuvos Respublikos Aukščiausiosios Tarybos ir Vyriausybės žinios, 1990, Nr. 9-224.
62. Satkauskas R. The Practice of France with Respect to the Baltic States // Baltic Yearbook of International Law, 2001, Vol. 1.
63. Müllerson R. International Law, Rights and Politics: Developments in Eastern Europe and the CIS. – London: Routledge, 1994.
64. Žalimas D. Lietuvos Respublikos nepriklausomybės atkūrimas: pagrindiniai klausimai pagal tarptautinę teisę. – Vilnius: Rosma, 1997.

INTERNATIONAL LEGAL SIGNIFICANCE OF THE 11 MARCH 1990 ACT ON RESTORATION OF INDEPENDENCE OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA

Dainius Žalimas

Summary

This article provides an overview of the impact of the 11 March 1990 Act on Re-Establishment of the Independent State of Lithuania (hereinafter – the 11 March 1990 Act) on interpretation and development of international law. Restoration of the independence of the Republic of Lithuania and two other Baltic States is often referred as a wonderful victory of international law, unique political and legal phenomenon. Lithuania was the first Baltic country that restored its independence by the 11 March 1990 Act. Other two Baltic States followed Lithuania 17 months later. Therefore, one can distinguish unique role of the 11 March 1990 Act in the history of international law.

The 11 March 1990 Act is a unilateral act under international law. However, its provisions had been based on the principles and norms of general international law. On the other hand, they also play significant role in interpreting and applying such relevant institutes of international law as prohibition of aggression, prescription, state continuity, diplomatic representation, self-determination of peoples, recognition, state responsibility.

First, the 11 March 1990 Act is grounded on the principle of continuity of the State of Lithuania which follows from illegality of the 1940 Soviet aggression against Lithuania as well as from the general principle of law ex injuria jus non oritur, in accordance to which the Soviet Union had not acquired any rights to Lithuania. Other States have also recognised the illegality of the Soviet aggression which is implied in the provisions of the 11 March 1990 Act. That leads to the conclusion that the 11 March 1990 Act has contributed to development of the concept of aggression by confirming the practice of States and the Nuremberg Tribunal to treat as aggression also those cases where an injured State expresses its consent with aggression. It also confirmed that such a consent has to be regarded null and void, on the other hand, the territory seized by means of aggression of such character has to be regarded as illegally occupied territory to which the regime of military occupation should be applied. By the same token, one can also notice that the 11 March 1990 Act confirmed universality of the Nuremberg principles as well as their applicability in determining illegality of the acts committed

by the Soviet Union. In this regard it is worth to recall that in 2006 the European Court of Human Rights stated that "responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War" and that the Nuremberg principles and their universality were perfectly known to the Soviet Union (decisions on admissibility in the Kolk and Kislyiy v. Estonia case and the Penart v. Estonia case).

Secondly, the 11 March 1990 Act states about uninterrupted continuity of the State of Lithuania which has been also recognised on international scale. Lithuania and other two Baltic States have succeeded in preserving their statehood and international legal personality for the period of 50 years of their occupation which was more than twice longer than the period of their independence of 1918-1940. During such a long period of occupation international community had maintained the policy of non-recognition of the annexation of the Baltic States. That is unprecedented phenomenon in the history of international law and international relations. Therefore one can conclude that the provisions of the 11 March 1990 Act stating about uninterrupted state continuity by the same token confirm that prescription can not be applied to the gravest breach of international law, an aggression, as well as to other serious breaches of imperative norms of international law. This conclusion follows inter alia from the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity if applied mutatis mutandis to aggression. That also confirms imperative character of the duty not to recognise legality of the situations created by such serious breaches of international law as well as a doubtful nature of existence of prescription in general international law.

Third, one of the striking proves of uninterrupted continuity of the State of Lithuania proclaimed by the 11 March 1990 Act is uninterrupted activity of the Lithuanian diplomatic service abroad during the whole period of occupation. Diplomatic missions and consular establishments of the Republic of Lithuania had been the only functioning State organs during the occupation. Lithuanian diplomatic service of that time was unique because it had been functioning all the 50 years despite of the occupation of all the territory of the State and absence of the State government that would govern the diplomatic service. From the standpoint of diplomatic law, one can stress the uniqueness of the post of the chief of Lithuanian diplomacy of that time which might be also called the quasi-minister of foreign affairs. The chief of Lithuanian diplomacy, on the one hand, had pursued the functions of a diplomatic agent, on the other hand, he had also conducted some functions

characteristic to the minister of foreign affairs with regard to heading the diplomatic service and its administration.

Fourth, the 11 March 1990 Act was adopted by the organ of puppet nature, i. e. the Supreme Council that had been elected in accordance with legislation of the puppet Lithuanian SSR. However, by means of democratic elections this organ had been entrusted by the people of Lithuania with power to restore the independence of the Republic of Lithuania and to act on its behalf rather that to pursue the activities of the Supreme Soviet of the Lithuanian SSR. Thus by the will of the people resulting in such mandate of the Supreme Council all the organs of a puppet nature of the Lithuanian SSR had been transformed into the State organs of the independent State of Lithuania. That was unprecedented fact. In such a manner the principle of self-determination supplemented the principle of state continuity. From the practice of Lithuania and two other Baltic States one can also derive the conclusion that it is desirable that restoration of independence of a State on a basis of state continuity would be also a result of free will of people.

Fifth, the 11 March 1990 Act has restored the independence of the Republic of Lithuania relying on the principle restitutio ad integrum. However, by the same token, the 11 March 1990 Act has also confirmed that the principle of restitution is not absolute in international law. It resolves the essential problem of restoration of a legal situation, i.e. the liberation of a State from foreign occupation. However, while dealing with other problems related to the restoration of State independence the principle of restitution should be reconciled with the requirements of effectiveness of law. Therefore it is necessary for a State restoring its independence to consider the development of internal and international relations, in particular those developments which would have been likely even if the State would have not been a victim of occupation and which would have been advantageous to the State and its people, i.e. the factors which are compatible with a dynamic notion of state continuity must be taken into account. The necessity to take into account the dynamics of internal life of a State and international relations may be inter alia confirmed by the 1971 Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) case. In addition, the State injured from the occupation (the Republic of Lithuania) may claim to compensation from the respondent State (the Russian Federation that is the State continuator of the former USSR) for the damage with regard to which restitution is not possible. That was done by Lithuania claiming the compensation for the whole period of its occupation. As this claim is related with such a long

breach of international law, if resolved, it could become a precedent in international law.

Sixth, as the independence of the Republic of Lithuania was restored on the basis of the State continuity and identity proclaimed by the 11 March 1990 Act, international recognition of the restored independence should be treated as the recognition of a new government rather than of a State. A huge role in accelerating the process of recognition was played by Russia that on 29 July 1991 recognised the status of the Republic of Lithuania on a basis of the 11 March 1990 Act. At that time Russia itself had not been a fully-fledged subject of international law, it rather was a part of the Soviet Union which still existed despite of beginning of its breakdown. Such recognition by the entity that formed only a part of a State and the consequences thereof are unique in international practice.

To sum it up, the analysis provided in this article leads to the conclusion that, as it was rightly pointed out by prof. Pranas Kūris, the provisions of the 11 March 1990 Act, their implementation and international recognition "once more confirms that practice of international law is always richer than theory", "modern international law is not capable unambiguously answer to some issues arising out of 50 years of occupation", therefore the restoration of the independence of the State of Lithuania resulted in "reinterpretation of a lot of postulates of international law which previously seemed to be clear and undisputable".

Te24 Teisė besikeičiančioje Europoje. Liber Amicorum Pranas Kūris. Mokslo straipsnių rinkinys / Atsak. red. S. Katuoka. – Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2008. – 948 p.

Bibliogr.: p. 103–105, 147, 148, 238, 239, 278–280, 340–342, 435–437, 454, 455, 481–483, 597–600, 626, 628, 655–664, 741–746, 785, 786, 839–842, 868–872, 896–901.

ISBN 978-9955-19-089-9

Mykolo Romerio universiteto leidinys „Teisė besikeičiančioje Europoje. Liber Amicorum Pranas Kūris“ yra skirtas žymaus Lietuvos mokslininko, diplomato, Europos Teisingumo Teismo teisėjo Prano Kūrio septyniasdešimties metų jubiliejui pažymėti. Leidinio autoriai, garsiausi užsienio bei Lietuvos mokslininkai bei teisės praktikai, tiria tarptautinės teisės, Europos Sąjungos teisės ir žmogaus teisių apsaugos aktualijas.

Knyga sudaryta iš dviejų dalių. Įžanginiame straipsnyje apibūdinama profesoriaus Prano Kūrio mokslinė veikla, atskleidžiami svarbiausi profesinės bei diplomatinės karjeros vingiai. Pirmoji knygos dalis skirta nagrinėti žmogaus teisių apsaugos aktualijoms. Šios dalies autoriai, kurių dauguma yra Europos Žmogaus Teisių Teismo ir Europos Teisingumo Teismo teisėjai bei žymūs teisės mokslininkai, nagrinėja teoriniu ir praktiniu požiūriu svarbias žmogaus teisių apsaugos problemas, pateikia naujausias žmogaus teisių apsaugos reguliavimo tendencijas bei atskleidžia pažangią teismų praktiką. Šioje knygos dalyje publikuojama dvidešimt straipsnių prancūzų, anglų ir lietuvių kalbomis.

Antroji knygos dalis skirta tarptautinės ir Europos Sąjungos teisės aktualijoms: nagrinėjami Europos Sąjungos teisės standartai Lietuvos Respublikos baudžiamojoje teisėje, Europos Sąjungos teisė Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje, Europos Teisingumo Teismo ateities perspektyvos, nemažai svarbiausių Europos Teisingumo Teismo bylų, reikšmingų interpretuojant Europos Sąjungos teisę. Be to, nagrinėjama Lietuvos Nepriklausomybės atkūrimo Akto reikšmė tarptautinei teisei, atskleidžiamas profesoriaus Prano Kūrio teorinis indėlis į tarptautinės teisės mokslo raidą, perteikiamos tarptautinių arbitrų ir tarptautinių teismų teisėjų darbo ypatybės. Šioje knygos dalyje yra aštuoniolika įdomių ir aktualių straipsnių prancūzų, anglų, lietuvių kalbomis.

Ši knyga visų pirma skirta teisininkams: mokslininkams bei praktikams, besidomintiems tarptautinės teisės, Europos Sąjungos teisės, žmogaus teisių apsaugos problemomis. Ji bus įdomi ir reikalinga doktorantams bei studentams. Tikimės, kad ši knyga sulauks ir daug visuomenės dėmesio.

UDK 341(4)

TEISĖ BESIKEIČIANČIOJE EUROPOJE
Liber Amicorum Pranas Kūris
Mokslo straipsnių rinkinys

Redaktorė *Vesta Adomaitienė*
Maketuotoja *Regina Silkovienė*
Viršelio autorė *Stanislava Narkevičiūtė*

SL 585. 2008 07 21. 47,07 leidyb. apsk. l.
Tiražas 300 egz. Užsakymas .
Išleido Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius
Tinklalapis internete www.mruni.eu
Elektroninis paštas leidyba@mruni.eu
Spausdino UAB „Baltijos kopija“, Kareivių g. 13 b, LT-09109 Vilnius
Tinklalapis internete www.kopija.lt
El. paštas info@kopija.lt

MRU © MRU © MRU