

**CURRENT ISSUES OF THE INSOLVENCY LAW OF SERBIA AND THEIR
COMPATIBILITY WITH THE EUROPEAN UNION REGULATIONS**

by

Milena Jovanovic-Zattila, Ph.D.¹

Introduction

It seems that law science has not have the answer to the issues of the insolvency of economic subjects which have been the problems that the countries in transition have been dealing with, Serbia among them. These problems have been evident for a long time, especially since the break up of the former Socialistic Federative Republic of Yugoslavia after which they have deepened the crisis. Along with this goes the fact that the Law of forced settlement with the creditors in insolvency and liquidation, issued at the time of the Socialistic Federative Republic of Yugoslavia, has been in force until recently. In the meantime, Serbia has continued to exist in the federation with Montenegro, i.e. in a new state with the old legal regulations. The process of privatization of state property, which marked a new phase in economic development of the country as well as a new try to abuse legal vacuum for illegal enrichment, occurred parallel to state and territorial changes. Unfortunately, our legal system has not been ready to deal with these new forms of crime, especially with economic ones. Serbian legislation was left without an answer to the question – how to use the insolvency of companies for economic transformation. On the other hand, declaration of bankruptcy of those economic subjects that have had all the legal preconditions for it, have become a merely political question in which the state was assuming the role of a judge who is in the position to decide whether the company could be sold under prime conditions or its bankruptcy has to be declared. The epilogues of such activities of the state which have protected the debtor instead of creditor have put us into an unenviable position. Namely, according to the data obtained from the Ministry of Economy and Privatization, in Serbia today, there exist between 30,000 and 40,000 companies which have had the preconditions for the declaration of insolvency. This has been the direct consequence of an inadequate application of the previous Law of forced settlement with the creditors in insolvency and liquidation.

Namely, during the long years of practice, apart from fulfillment of the preconditions for the declaration of insolvency, it was necessary to obtain the agreement from certain political structures as well. The absence of this agreement has had, as its consequence, the increase of the number of creditors and debtors. Moreover, in time, these creditors have becoming the debtors of the third person, usually banks, due to the inability to collect their debts. This resulted in the occurrence of mass-illiquidity which the state has tried to decrease by placing credits that were, even then, suspected as unserviceable. Consequently, this caused a high-rate inflation and economic collapse. The economic subjects, that have mainly been both the creditors and debtors, have made the Gordian knot that has become impossible to solve successfully by the actions of market law.

¹ Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Nis, Serbia and Montenegro

1. The Attempts to Reform Serbian Insolvency Law

Overtaking the regulations of insolvency from the former SFRY, the courts of law used to make decisions about the declaration of insolvency extremely selectively. In addition, the period of time in which it has to be completed was not determined in advance. All this brought about prolonging in carrying out of the procedure which used to last between 5 and 10 years in average. In order to partly overcome these relicts of the past that had threatened to stop the process of transition with no let up, in 2002, the state made the first radical move by starting the insolvency procedure over the most numerous banks of debtors. In this way, the state overtook all the funds as well as active debts of these four banks, as well as their obligations towards their deponents, depositors and the investments that it guaranteed for. The absurdity of putting through of the insolvency procedure over these banks can be seen both in the fact that the biggest debtors of the banks in question were, in fact, public enterprises, i.e. enterprises owned by the state, and in the fact that the state had been giving special-purpose funds for financing business of these companies. By conducting the insolvency procedure, the state had transferred the responsibility for the investments in question to the banks which were not in position to declare the insolvency of public enterprises. Apart from the liquidation of banks, this also resulted in writing-off the demands towards the state-owned enterprises. Eventhough this solution is liable to different contra-arguments; we certainly consider it to be the least harmful one in that very moment, if not the only possible one. By overtaking the greatest part of the demands towards the enterprises, the state has made twofold actions. Firstly, the state facilitated their sale and secondly, it left an opportunity to partly write off the demand to one part of the company if it assesses that the company could thus avoid the insolvency and move towards privatization. The remaining companies that could not find an adequate buyer even after hypothetical writing off of the demands used to undergo the insolvency procedure as the only solution left.

By declaring the insolvency to these banks as well as by overtaking the largest part of the demands towards the companies, the state has completely assumed the role of a judge in this area. Furthermore, this opens the question of state monopoly (by which it gained the privilege to get the status of a preferential creditor *a priori*). Such behaviour of the state with a developed market economy could be absolutely unacceptable. In our case, this has been justified by putting through an accelerated privatization as a precondition for making a compatible market economy².

The second step in the reform of insolvency legislation followed recently by the issue of the long expected new Insolvency Procedure Law of the Republic of Serbia³.

² According to the Insolvency Procedure Law, the article No 6 provides for the fact that the insolvency is not being implemented towards the State Union of Serbia and Montenegro. While our country is dealing with the reform of the national insolvency legislation, the world trends are to deal mostly with the problems of the insolvency law for the states, (Germany, Italy, Estonia and Slovenia being the example for this). The famous chapter 9 of the American Insolvency Act deals with the insolvency of towns and districts, thus showing the fact that even state entities could become debtors in the insolvency procedure.

³ Although there had been the announcements that this law was to be issued in May, 2003, Public Assembly of the Republic of Serbia issued this law on its sitting on 23 July 2004, which stopped the insinuations that the issuing of this law had not only a reform but also a political connotation. (See Sluzbeni Glasnik Republike Srbije 84/2004).

This law has been promoted in a way that it primarily protects the interests of creditors, not the interests of the debtors, which has been the case so far. Even though, according to the definition, insolvency presupposes an institution in the function of creditors, it seems that the positions of these subjects has seriously been brought into question. This opens a series of other questions concerning justification of conducting the process of insolvency in the conditions where the very interest of the insolvency is being brought into question. Presupposing that debtors have the greatest benefits from the insolvency, we face the problem of an unknown creditor. Once again, theory and practice do not have the same stand point as well as goal. The existence of different groups of creditors, where the privileged creditors keep the right of the priority settlement in relation to the unprivileged ones (these creditors have been the reason for undertaking the whole process in the first place), makes it become even more complicated. Finally, in such a climate, the protection of the minor creditors, whose position is the most endangered in the whole procedure, is being brought into question.⁴

2. Creditors in the Procedure of Insolvency – the Central or the Marginalized figure

Usually, creditors themselves do not have enough information about and control over the process they are being involved with, which is paradoxical. This has a non-stimulating effect upon creditors which results in decreasing number of their suggestions for declaring the insolvency, which allows for an additional risk of abusing. Thus, the legislative bodies of certain countries are intent on the application of the methods of an efficient law implementation, i.e. agile application of judicial decisions which enforces the debtor, by the insolvency law, to settle the debt. If not, it makes a proposal to declare the insolvency of the debtor.⁵ Here we also have in mind the necessity to give more complete information about the debtor, including financial statements, business statistics as well as a detailed description of the inflow of money. In this way, the creditors could evaluate the credit risk and consider the financial situation of the debtor. A predictable as well as reliable legal frame and a prompt judicial process are the guarantee for securing of a righteous treatment of all the sides in the dispute, especially the creditors as a most endangered part.⁶

It is unquestionable that the creditors in the process of insolvency have to be allowed a significant participation in making decisions, which is being insisted upon in the Insolvency Procedure Law of Serbia. Likewise, it is undeniable that the creditors must have an influence upon the direction in which insolvency is intended to be taken. However, the way in which the rights of the creditors are structured, their assembly above other things, as well as its board, could not be of any help in accelerating the procedure, although this is what the Law insists upon. What one certainly has to have in mind is our current situation, the reality of life which creates the majority of the conditions for processing

⁴ More about the issue see Vasiljevic, M.: Business Law, Belgrade 2004, page 392

⁵ Efficiency in this case means seizure of movable and immovable property in order to settle the debt. Although, judging from the stand point of the debtor, this measure seems unnecessary; creditors consider it to be the last warning for the debtor to settle his debt. While declaring a standard insolvency procedure demands obtaining and attaching the proofs needed, which additionally postpones the procedure, the seizure of property has a much stronger effect on the debtor. He would more readily settle his debt than allow the seizure of his property. Judging from the creditors view point, this efficient system of the implementation of ones rights is a more attractive legal measure than the application for the declaration of insolvency which could result in a postponed settlement, if the debtor had insisted the likewise. Another bad aspect of this issue is subordination of the interests of the individual creditors to higher goals of the collective procedure.

⁶ See The World Bank: Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Right Systems, April 2001, p. 14

insolvency whether we approve of the fact or not. It is unnecessary to go further back into the past to realize that up till this moment insolvency has not only been affirmed as one of the necessary measures conducted according to the insolvent economic subjects, but it has also been declared quite selectively and as a last resort. Usually, in practice, there exist hundreds of the creditors whose credits are being brought into question. Their interests are certainly of different kinds, so whether they could agree upon and propose a good solution for the direction of the procedure becomes disputable.⁷ Along with this go the contradictions contained in certain provisions. According to The Insolvency Procedure Law, article No 22 provides for voting according to the rate of the claims. Here appears a dilemma as to which claims are in question? Whether voting depends on the amount of applied for claims, or on the approved ones? If voting depends on the amount of the proposed claims, than there appears the room for every kind of manipulation on the part of creditors. If the second is the case, than we have to face the fact that there are no unapproved of claims before the termination of the time for proposition as well as the termination of an objective time period allowed for the insolvency manager to decide upon the matter.

Contrary to the *bona fide* intention of the legislator to form the creditors' assembly, a body that would make decisions about numerous issues, as quickly as possible, there appears an objective impossibility to act on the spot, at least not before the creditors' appearance in court.⁸

Simply, the reality is that, for a certain period of time, insolvency is going to be declared over the companies that should have been declared insolvent 5 or 10 years ago. The declaration of insolvency is going to be taken over the subjects that have never taken records of their debts and creditors, when it will be very difficult for the insolvency manager to recognize or deny the claim in a short period of time. Almost everyday-practice shows that the creditors who do not have a valid and neatly taken records of their own debts and creditors (these are those companies that should have undergone insolvency long ago), propose exaggerated and unsupported claims, which are then rejected by the precautious insolvent managers. In this way, the managers avoid responsibility and hand the cases over to the court of law to decide upon them.

When speaking about a better protection of creditors, what could be found fault with the legislator is the fact that the creditor is still being forced upon an obligation to place a deposit necessary for the

⁷ Presuppose the following situation: the resolution from 25.06.2004 declared the insolvency over a XX company. The resolution determines the period of 60 days from the day of its publication in The Official Gazette for the application of claims. Until the termination of this period the potential creditors, the amount of their claims, as well as their foundations would be left unknown. What becomes noticeable even in this early stage of the procedure is the impossibility of forming The Assembly of creditors, no matter of our intentions to do so. The opposite could paralyze the procedure completely.

⁸ The Insolvency Procedure Law, the article No. 23, provides that creditors' assembly, as a body that represents the injured parties, quickly and efficiently decides upon the direction of the insolvency procedure – whether it would result in the bankruptcy of the insolvent debtor or it should undertake the measures to hand in a reorganization plan. Such a solution, contrary to the intention of the legislator could drastically slow down the insolvency procedure. Firstly, the assembly that would make valid decisions cannot be formed on such a short notice. This can be seen from numerous insolvency documents that show the number of creditors, the structure and the amount of the claims. The fate of the proposed and rejected claims is certain only in a later phase of the procedure, (when a real amount of the claims and their relation to the creditors can be stated with greater precision). This could be of the primary importance for legal functioning of the assembly of creditors. What also has to be taken into consideration is the, so called, property structure of the insolvency creditors. The existing dualism between public and private property cannot be neglected during the foundation of this body of insolvency procedure. In our opinion, in such circumstances, not even creditors could be allowed to decide upon the fate of the debtor solely on the bases of the amount of their claim, as well as the claims of other minor creditors.

declaration of insolvency, which would directly result in manifold decrease in the number of their own initiatives for insolvency as well as in forming of the class of the 'privileged' debtors, (usually with the property of an insignificant value), that no one would have the interest to declare insolvent. This is contributed by the fact received from the practice of commercial courts which say that, during 2002, there were received about 11,000 of such propositions and that neither have there been those interested in placing the deposits nor have the procedures been declared.⁹ An acceptable solution is offered by the Monte Negro Law of Insolvency of Public Estates¹⁰, according to which the court could demand from the party that proposes the insolvency to place the deposit for the needs of reimbursement of court expenses and indemnification of the debtor in case of rejection of the proposal. If the court of law decides upon accepting of the proposal, the deposit is being returned to the creditor in two days starting from the day of the resolution. Every other solution that would lead towards prolongation of the return of the deposit would be against the interests of the creditors.

3. Relations between Insolvency Legislation and Unification

Internationalization of company business has resulted in the fact that the insolvency, as the final phase in the existence of a company, has largely been acquiring international characteristics. The necessity to consider an international aspect of company law and to create an adequate legal framework has been influencing the field of insolvency, as well.¹¹ Market business on the territory of The European Union presupposes an undisturbed across-border business of all economic subjects. The increase in importance of international trade has brought about a few early attempts to internationally regulate insolvency out of the reason that the property of the insolvent debtor is situated on the territories of several countries or that the creditors come from different countries.

The international regulation of insolvency operates within two important principles of insolvency – the principle of universality and the principle of sovereignty of the territory. The first concept starts from the universality of insolvency in legislation as well as in implementation. According to this concept, the insolvency manager represents the whole of the property of the insolvent debtor, no matter of its whereabouts. The second conception deals with the principle of the sovereignty of territory according to which insolvency does not have an ex-territorial effect. Its application brings about a separate action of the creditors which basically puts the interests of the domestic creditors into a favourable position. Due to the dynamics of trade and the globalization of market, this principle is being slowly abandoned even by the countries that used to propose it.¹² Since the concept of the universality of insolvency has not yet come off in full, a combination of the two concepts is in practice, differing from country to country. In accordance with this choice, national systems propose an obligatory jurisdiction of its own judiciary for all the companies registered in their country¹³ as well as for the whole of their property, no matter of its whereabouts. On the other hand, a foreign insolvency is denied any action.

⁹ During the first quarter of 2003, the number of applications was significantly decreased, which was the result of the abolition of the Clearing House (ZOP), that used to apply the greatest number of the applications up till 2002.

¹⁰ The Official Gazette of Montenegro 6/2002

¹¹ Miller Le Roy Roger & Jentz A. Gaylord: Fundamentals of Business Law, 2002, West Legal, Studies in Business, United States, p. 417

¹² The United States, as a forefather of this principle, has significantly liberalized its viewpoint while some of the countries of the South America still insist upon the authenticity of this principle. See Sak, P.B-Schiffman, H.N: Bankruptcy Law Reform in Eastern Europe, The International Lawyer, 1994, vol. 28, No 4

¹³ An example for this is England with its Insolvency Act from 1986 (Chapter 45, p. 117)

The necessity of a country to regulate insolvency in its own way, even when a foreign element appears, shows different standpoints and interests of certain countries. The interest of the country where the debtor's property is situated is to keep the property in its possession in order to settle the claims of domestic creditors. Contrary to this view, the interest of the country of foreign creditors is to get hold of all the property no matter of its whereabouts. The creators of legal regulations on the national level have encountered complex situations which have been surpassing the existing legal framework. This problem will have become topical after our country's involving into the international circulation of capital.

In general, insolvency is dominantly regulated by domestic law regulations, even the one with a foreign element. The reason for this is the fact that the policy and the regime of insolvency significantly effect economic, social and political interests of the countries; thus it seems natural to put insolvency under one's own legislation sovereignty. Each country regulates insolvency in its own way and by its own rules even when a foreign element appears. Those are the component parts of the regulations for the foundation and the registration of companies or specific insolvency legislation.¹⁴

4. Insolvency and the Countries in Transition – Reorganization of Companies and Economic Efficiency

In the framework of economic trade, insolvency is just one of the mechanisms used for the transfer of governing authorizations from the bad owners to the more efficient ones. The other mechanisms include overtaking or selling of shares on the share market. However, the existence of a developed capital market is necessary for the efficiency of these mechanisms. The financial markets are still undeveloped enough for the countries in transition. Thus, planning and conducting of more efficient insolvency procedures presents a critical phase in the foundation of a modern company government in the post-communist economies. Economies of the countries in transition are inclining to emphasize the need for certain alternative procedures, reorganization among other things, which would internationalize the creditors' interests through united decision-making.¹⁵ Such an attitude is based on the standpoint according to which the value of a well-to-do company is greater than the value got by selling of an insolvent company, which would not settle all the claims of the creditors in the right order of settling the debt. Neither one of the creditors is not willing to accept writing off of the claims. By an individual accusation for damages, the creditor expects to settle his claims in full. Unless the deal about the writing off of the debt is reached, the maximum amount of the claim should be reversely proportional to the liquid value of the company.¹⁶

¹⁴ Rajak Harry, Harrocks Peter, Banister Joe: Corporate Insolvency Law in United Kingdom, European Corporate Insolvency, London 1995, p. 747; Divljak D: Unification of rules relating to bankruptcy with intertational element, Legal Life 11/2002, p. 199

¹⁵ Gilson, S. C: Troubled debt restructurings: An empirical study of private reorganization of firms in default, Journal of Financial Economics 1990/27, p. 329

¹⁶ Burniaux, Jean –Marc: Establishing financial discipline: Experience with Bankruptcy legislation in Central and Eastern European Countries, OECD Economic Studies, No 25, 1995/3, p. 113

However, the creditors are not a homogeneous group. Some of them have secured claims, while the others do not have such a privilege. That is why the secured creditors find themselves in a better position for settling of their claims. This inflicts a conclusion that it is least certain that a deal about reorganization of the debtor is going to be reached where there is a large percentage of the secured claims and where the rights of the creditors are adequately protected. During the recent years, there has been an increasing trend to support the rights of the secured creditors in the insolvency. The other trend in use has been to undermine the priorities among other classes of creditors.¹⁷ The reason for this is the fact that many priorities are connected to the interests of the state, thus the question of their justifiability is not raised at all. It can easily happen that the creditors write off the percentage of the debt which surpasses the liquid value of the company. This occurrence is especially characteristic for the countries in transition, when the insolvent companies have a support from political structures. Then, the decision of liquidation would have wider consequences for the society in general.¹⁸ The policy of rehabilitation emphasizes the maximizing the property value for all the creditors and the salvation of business wherever possible.

From the legal point of view, the basic purpose of insolvency laws is to codify the property rights of creditors. The laws of insolvency are to resolve the dilemma aroused due to the inability of the fulfillment of the financial obligations by issuing decreased expenses for the stipulation of credit.¹⁹ In numerous developing countries, it is difficult to receive liable data for a thorough estimation of the risk. To invest in such a market is both difficult and rare due to the lack of correctly defined and predictable regulations of the division of risk as well as the inconsistency in law implementation. Besides, in the time of a crisis of the system, the investors usually demand bonus for the uncertainty of the risk, which is unfavourable for the developing countries. Certain investors avoid such markets on purpose despite the expected profits that largely surpass familiar risks. During real crises or the crises of the system, creditors concentrate upon the decrease of the risk and the increase of the bonuses for them.²⁰ At the same time, the inability to predict the risk can completely paralyze the market.

The position of creditors could be improved by creating a legal framework which would allow for a full implementation of rights in the process of insolvency.²¹ There appears a question whether the creditors could implement their rights towards the company's shareholders, having in mind the fact that, as a rule, the shareholders are responsible only up to the amount of the shares invested. Few countries have developed the doctrines which allow the creditors to "pierce the corporate veil". The majority of countries confine this regulation only to the extreme cases of a deliberate abuse of the creditors' rights by the shareholders. Still, certain countries have made a collection of "the piercing- the- legal-

¹⁷ Longhofer D. Stanley & Peters R. Stephen: Protection for Whom? Creditor Conflicts in Bankruptcy, Wichita State University 1999, p. 9

¹⁸ See: Jensen, M. C: Corporate Control and the Politics of Finance, Journal of Applied Corporate Finance, 4/1991, p. 17

¹⁹ More about this: Burniaux, J. M., *ibid.* p.115

²⁰ Bigus, Jochen: Creditor Conflicts Prior to Bankruptcy and Credit Rationing, German Economic Association of Business, 2000, p.22; see: Gilson, S.C., *ibid.* p.331

²¹ In this way, MLST (Model Law of Secured Transaction) has developed a model law concerning the secured business with the aim to improve legal frameworks for the secured deposits in the transiting economies, which allows for an opportunity to use movable property as a guarantee. Numerous countries in transition have used this MLST model law in the reform, while others, like Poland, rather use the American law. The key element of this reform law was establishing of the secured deposits for movable property.

personality laws” for regulating the relationship between a mother company and a branch-office.²² The law should also impose upon the debtor the responsibility for the case of damaging the creditors due to the declaration of insolvency when there exist all the preconditions for it.²³

5. Unification of Serbian Insolvency Law – Necessities and Possibilities

Considering insolvency, previous legal solutions have not met the demands of the unified international substitution regulations. By concluding bilateral contracts, Serbia has started the process of unification. Such contract relationships are basically formed among economically connected countries, with a common interest for its improvement.²⁴ After bilateral contracts, the second step in the approximation of legal systems in the domain of insolvency was making multilateral contracts of different contents. At the beginning, they primarily have a specific regional character as being made by the countries that not only are geographic neighbours, but also have common legal tradition, cultural, language and political characteristics.²⁵ These contracts used to regulate only certain internal questions of the countries included in this contract.

In a real sense of a word, the process of unification started by establishing the international substitution regulations. This marked the transfer of the problem from the sphere of international private law to the sphere of international economic law. In this way, the countries demonstrated the need to face the long-term needs and the interests related to them with their particular interests.²⁶ The attempts to find certain models of international character, which would determine the common regulations on that level, resulted in the issue of The European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy in 1990.²⁷ Judging from the aspect of the matter it tends to regulate, the Convention has a particular character, which shows that it includes only certain aspects of the insolvency with an international character (the very title of the convention suggests this). This resulted in allowing for a wide space for the application of national regulations from this field.²⁸

When speaking about the influence of the declaring insolvency abroad on the declaring insolvency in Serbia, one should also mention The Council Regulation on Insolvency Proceedings.²⁹ The issue of the Regulation was preceded by a try to make and conclude a convention by the member countries on

²² Codification Piercing the Corporate Veil Provisions

²³ The majority of the member countries of the Organization for Economic Collaboration and Development provides for such a kind of sanctions.

²⁴ Fletcher, F. Ian: International Insolvency- A Case for Study and Treatment, *The International Lawyer*, 1993, vol. 27, No 2 p. 436

²⁵ Fletcher, F. I., *ibid.*, p. 437

²⁶ See: Divljak, D., *ibid.*, p.203

²⁷ It is interesting to mention that this convention, also known as The Istanbul Convention, was signed by eight countries. Up till this moment, only one country has ratified this document, so that it practically has not been put into practice.

²⁸ Also, one of the aims of the Convention was to allow the creditors the proposition of claims in the processes started abroad so as to avoid discrimination among them as well as putting domestic creditors in a privileged position. It proclaims the same treatment for all the creditors and their claims, no matter of the country they come from. Still, having in mind the existence of the creditors from different countries as well as multifold ness of insolvent estates, this principle is not easy to put into practice. Above all, The Convention has shown drawbacks in the domain of establishment of judicial jurisdiction and there was also a grey area in the domain of implementation of foreign judicial decisions.

²⁹ Council Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings, *Official Journal of the European Communities*

insolvency proceedings. It was not accepted by all the member countries, so The European Union Council of Ministers accepted the text of the prepared Convention as a by-law, a statute, which came into force on 31.05.2002 in all the member countries of the European Union. It is important to emphasize that this Convention has made a significant influence on insolvency legislation of the countries that had the status of a candidate for joining the European Union, as well as of those countries that should have received this status. However, the Regulation fails to mention the insolvency of credit institutions, insurance companies as well as investing companies that possess funds and securities of the third person. The reason is said to be the fact that it deals with the subjects that undergo a special procedure in which the controlling rights are, up to a certain point, in the domain of the national legislation. This supports the statement that, judging from the significant differences in legal content, it is unpractical to declare insolvency procedure with the unifying principle in all the member states of the European Union. Above other things, these are the differences in the legislation solutions considering the secure of claims, which bring about significantly different rights of the privileged creditors in insolvency procedure.

The Statute proposes the unifying regulations connected to the clash of interests whose implementation is being replaced by national regulations of the International Private Law. Unless otherwise is stated, the law of the country where the procedure was declared is being implemented (*lex concursus*). The decision which declares the insolvency in one of the countries is automatically being recognized in all the other member countries starting from the moment of its coming into force in the country where the procedure was started.³⁰ In order to secure an equal treatment of the creditors, the creditor which has partly settled his claims during the insolvency procedure, would have a right to participate in the division of the settled debts from other procedures only in the case if all the other creditors with the same rights have succeeded in settling the same percentage of their own claims.³¹

The new Insolvency Law of the Republic of Serbia³² allows that the insolvency procedure with an international element is implementing in the cases when: 1) a foreign court or a representative demands help in relation to the procedure that is being held in a foreign country; 2) a foreign country demands help in relation to the procedure that is being held in the Republic of Serbia according to this law; 3) a procedure in a foreign country is being simultaneously held both in Serbia and abroad; 4) the creditors or other persons from a foreign country with a legal interest demand the declaration of insolvency or participate in the procedure that is being held in accordance with this law. Unless the insolvency law, or certain regulations accepted by a multilateral international contract is opposite to the obligations of the Republic, the agreement is being implemented.³³ Related to this issue, the legislator demands an interpretation in accordance with international standards in order to secure its unified implementation.

³⁰ European Union Council :the Convention on Insolvency Proceedings, Article No. 16.

³¹ The Convention, *ibid.* Article No 20, point No 2. In the cases when the law of the member state where insolvency is proposed allows for the fact that the property of the debtor is enough to settle the debt in full, or in a greater percentage, the court of law could demand from the proposer to make a deposit settlement of the expenses or to provide for an adequate guarantee, after the reception of such a proposition.

³² Official Gazette of the Republic of Serbia 84/2004, Article No 146.

³³ Republic of Serbia, The Law on Insolvency Proceedings; Article No 149. The same solution is proposed by the Article No 103 of The Law of the Insolvency of Economic Enterprises of Montenegro.

When speaking of the status of creditors, foreign creditors are put in an equal position with the domestic ones considering the declaration of and participation in the procedure. The fact that these are foreign creditors would not affect determining of the priorities, except in the case when the claims of foreign creditors are not ordered below the unsecured claims.

Following the model of the unified international substitution regulations, the Insolvency Law of Serbia provides for the informing of the known creditors about the declaration of and participation in the procedure, a personal delivery of information included. If foreign creditors are delivered notices, they have to include: a reasonable deadline for the proposition of the application of claims with the place of application specified; the information whether the creditors with the secured claims have to apply for them, as well as other information prescribed by the law or a court warrant. The recognition of a foreign judicial decision is being implemented in the following way: all the started or continued individual legal actions are suspended; individual actions related to the property, rights, obligations or responsibilities of the debtor are suspended; the execution of debtor's property is suspended; the right of transfer, establishment of burden or managing the property of the insolvent debtor in other way is temporarily suspended. Although the suspension of individual legal actions is said to be a rule, there is an exception to this rule in the case of the protection of creditors' claims towards the debtor. In this case, there is a complaint available for the annulment of legal actions, which is harmless.

According to the law that deals with the insolvency in a foreign country, except the secured claims and the rights on things, the Law provides that the creditor which has received a part of the applied for claims cannot receive the settlement of the same claim in full from the same creditor in the procedure which is held in accordance with this law, until all the settlements of the other creditors of the same class are proportionally smaller than the amount of the claim the creditor has already received.

Conclusion

In the section dealing with the recognition and the implementation of judicial decisions as well as the protection of the creditors, the Insolvency Procedure Law of the Republic of Serbia overtakes the resolutions proposed by the International Insolvency Law which presents a good standpoint for the integration into European as well as world economic order. Simultaneously, the protection of personal interests must not be a troubling factor while joining the international circulation of capital, which would affect foreign investments and global scale integration.

In the light of the positive law, the legislator can propose and fulfill any political goal, although these cannot be reached by a law. However, during the issue of any law in a democratic legal system, the basic legal principles should be respected, which especially stands for the field of economy that is very sensitive to spontaneous and impetuous decisions of the legislator. Although the law regulates the question of international insolvency more thoroughly than ever before and allows for the inclinations to familiarize Serbian insolvency legislation with the current tendencies, the inconsistent decisions, terminological imprecision as well as the terminology that can cause doubts and difficulties in the work of the insolvent judges and managers, have compromised the first significant attempt to modernize the matter from this field.

Eastern European Community Law Journal
Volume 1. Issue 2 (January 2005)

It is certainly not realistic to expect that Council Regulation No 1346/2000 of The EU is fully implemented in the countries that are not members of the European Union up to the present day. Still, the process of the recognition of foreign insolvency decisions should be made less complicated, which the regulations of the new law certainly do. Thus, by issuing The Insolvency Proceedings Law of Serbia and by appreciating national identity and variety as much as possible, an attempt has been made to adjust our insolvency legislation to international regulations from this field. The practice will show whether it was successful or not.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

LE JUS GENTIUM

par

Louis-Philippe F. Rouillard

Le droit international public recèle de plusieurs notions et thèses controversées ou partiellement expliquées. Les débats qu'elles engagent sont évidemment la base du développement de ce droit, le faisant progresser pas à pas.

Parmi ces notions, le concept de *jus gentium* demeure l'un des plus difficile à circonscrire. Pourtant, la compréhension de sa place dans le domaine international, particulièrement au niveau des normes de protection des droits de la personne, pourrait se révéler un atout majeur. L'un des meilleurs exemples en serait la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*¹. En effet, celle-ci énonce à ses articles 60 et 61 la juridiction de la *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* de puiser dans la source la plus appropriée les sources de droit². Les principes généraux de droit reconnus et la coutume font donc partie intégrante de ces sources. Or, la question des sources pour former un *corpus* de droit international stable et défini implique de définir ces sources et leur portée. Ce *corpus* visé est aujourd'hui appelé *corpus juris gentium* ; soit le *corpus* juridique du droit des gens³. Toutefois, ce *corpus* juridique n'est pas aujourd'hui ce qu'il a été précédemment.

En effet, la multiplicité des acteurs internationaux et l'accélération des communications par le développement technologique ont fortement influencé son processus d'élaboration normative et d'implémentation⁴. D'une discipline historique descriptive, le *jus gentium* s'est développé en une discipline analytique de la pratique des États entre eux. Cette transformation est en fait celle du *jus gentium* en un *jus inter gentes*. Ce dernier retient malgré tout l'appellation initiale. Ceci porte à confusion dans la portée de son contenu et les sources de son développement historique et légal.

¹ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. (1982) 58 (Entré en vigueur le 21 octobre 1986).

² *Ibid.* article 60 : « La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. »; et article 61 : « La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine. ». [Nous soulignons.]

³ Conseil canadien de droit international, *Le droit international et le développement*, XV^e congrès annuel, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 16 au 18 octobre 1986 [non-publié].

⁴ Dont le rythme de développement; Voir *Plateau continental de la mer du nord (R.F.A. c. Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 3 et *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

C'est pourquoi la présente recherche vise à exposer le contenu de ce concept légal. Dans ce but, il sera d'abord examinée la notion en droit romain au travers de l'observation parallèle de la gloire et du déclin du monde romain. Cette portion vise à déterminer le contenu initial et la portée du concept de *jus gentium*. Ensuite, il sera analysé son développement au moyen-âge pour déterminer son influence dans le droit, européen surtout, mais aussi canonique pour comprendre son influence sur le développement de cette notion dans un *jus inter gentes*. Finalement, il sera étudié le développement de cette notion depuis la renaissance avec l'objectif de déterminer sa pertinence aujourd'hui.

Avant d'entreprendre le premier examen, soit celui de la notion romaine, il est important de mentionner les sources utilisées pour cette recherche. Dans l'ensemble, il n'existe qu'un nombre très limité de sources premières sur le *jus gentium* romain à proprement parler. Ces sources sont des fragments retrouvés au fil des siècles, consistant en des recueils regroupant les pensées de plusieurs jurisconsultes dans une suite qui devait se révéler continue. Or, ces sources sont plutôt déroutantes car elles exposent des interprétations diamétralement opposées comme si elles s'inscrivaient dans la même suite d'idées. Ces sources ayant été épuisées par plusieurs auteurs, cette recherche ne discutera donc de ces sources qu'au travers de sources secondaires. Ces dernières sont tout aussi déroutantes en ce qu'elles interprètent non seulement le concept original dans des manières aussi différentes qu'il y a de commentateurs, mais aussi parce qu'elles associent rapidement le concept de *jus gentium* à celui de justice ou de morale, en écartant passablement celle de droit. De plus, elles déterminent l'empire de ce concept d'une façon de plus en plus large, nécessitant un examen circonspect de chaque définition proposée. Ces sources sont disponibles en parties aux bibliothèques de l'Université d'Ottawa, mais d'autres plus anciennes ne le sont qu'à la bibliothèque nationale du Canada.

Pour ce qui est de la terminologie, l'auteur se doit d'avouer que son latin s'est grandement amélioré au long de la recherche et de la rédaction de cette recherche. Pour cette raison, le terme *ius* a été conservé pour tous les droits romains qui sont issus de son développement, à l'exception du *jus gentium*. Ce dernier étant l'objet des recherches présentées ici sous un angle évolutif et moderne, l'appellation *jus* a été choisie même si elle peut être présentée de l'une ou l'autre des façons.

Finalement, il se doit d'être mentionné que cette recherche sur un concept précis, mais dont la compréhension par les auteurs est pour sa part imprécise, s'inscrit dans le cadre plus large du programme de maîtrise de droit avec concentration en droit de la personne. C'est pourquoi il sera tenté, autant que faire se peut, de lier cette notion à celles de l'élargissement du droit de la personne.

LA NOTION EN DROIT ROMAIN SOUS LES DIFFÉRENTS RÉGIMES

Pour comprendre le contenu et la portée du *jus gentium*, il ne peut y avoir d'analyse juridique sans faire un lien avec l'évolution historique du monde romain. La dialectique première du monde romain est celle de liens étroits ou lointains entre différents peuples. Elle est le caractère premier qui influence le développement du *jus gentium* et doit se comprendre comme en étant le cœur. Il faut donc *a priori* comprendre ce qu'est Rome.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Les origines de Rome continuent de poser plusieurs problèmes. Néanmoins, faute d'autres sources, nous accepterons la version des historiens romains, selon qui le Latium était occupé au VIII^e et VII^e siècle avant Jésus-Christ par un ensemble de populations relativement unies par des langues et une organisation commune sur la base de groupes semi-autonome nommées *gentes* avec un roi comme pouvoir politique. Ce principat est la première forme de gouvernement que la région de Rome, soit une région de sept collines habitées au bord de la rivière Tibre et supposément fondée dans la légende par Rémus et Romulus. Certain fixe comme date exacte d'établissement 753 av. JC et considère que l'ensemble du monde romain poursuit son existence jusqu'en 565 ap. JC, mort de Justinien, puisque cet événement signale l'arrêt du développement du droit romain⁵. Cette organisation fédérative lâche mène à l'unité définitive sous la conquête étrusque que l'on situe à environs 575 av. JC. Le roi y est étrusque mais de toute évidence bien disposé face à la population locale, Rome prospérant dans une demi-sujétion⁶.

Ce régime prend fin en 509 av. JC., alors que l'Empire étrusque, affaibli de l'interne dès le VI^e siècle, libère de son emprise une multitude de cités du *Latium*, d'Étrurie et d'Ombrie. Le départ de la classe prédominante profite au *gentes* de Rome, qui deviennent ainsi les patriciens, soit les vieilles *gentes* responsables et bénéficiaires de l'organisation sociale nouvelle qui deviennent l'aristocratie romaine. Ceci laisse pour compte la classe artisanale étrangère immigrée à Rome du temps de sa première prospérité ainsi que les membres de *gentes* en voie d'extinction, les esclaves affranchis, bref les éléments disparates qui sont regroupés sous la dénomination de plèbe. Cette réorganisation sociale est la base de la République, où la plèbe se voit dès lors opposée au patriciat du fait de leurs intérêts différents. En fait, le vide étrusque provoque dès les environs de 480 av. JC un malaise économique qui se poursuit à divers degré tout au long du V^e siècle. Cette situation devient évidemment un terrain favorable au mécontentement⁷. La plèbe se voit donc grevée des charges du citoyen, et dispose en effet des droits de citoyenneté, mais son statut en fait des citoyens de deuxième classe. Alors que les *gentes* du patriciat partagent en commun avec la plèbe le *ius civitatis*, donc la personnalité juridique attaché au droit de citoyenneté le *civis Romanus*. Ce droit de citoyenneté résultait en plusieurs droit à l'accession au titre et à l'électorat (*ius suffragii*) ainsi que l'éligibilité (*ius honorum*). Par définition, les citoyens romain ont le droit d'épouser des personnes romaines (*conubium*), d'effectuer des actes juridiques (*commercium*) et d'introduire des actes d'instances juridiques selon la procédure de la *legis actio*⁸. Les patriciens profitaient aussi du culte de la cité, ce dont ne jouissait pas la plèbe. Ceci coupait l'accès de la plèbe à certains actes juridiques à fondement religieux⁹. Cette incapacité est fondamentale dans le statut juridique car le droit romain différencie le droit divin (*fas*) du droit humain (*ius*). Le seul progrès véritable pour la

⁵ J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 3^e édition, Paris, Montchrétien, 1991, 489 à la p. 115.

⁶ R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, Éd. Albin Michel, 1977, 633 à la p.18.

⁷ Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 138.

⁸ Villers, *supra* note 6 à la p. 33.

⁹ Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 139. Il est toutefois important de mentionner que la plèbe est un amalgame extrêmement difficile à cerner avec précision. Comme il le mentionne dans sa note de bas de page 4 à la p. 138, certains auteurs vont jusqu'à dire « La plèbe est introuvable et il serait vain d'en rechercher les origines. ». De même, leur droit de citoyenneté est aussi contesté et certains auteurs affirment que la plèbe a été incorporée dans l'armée sous l'Empire étrusque où ils forment la masse sans droit de citoyenneté, qu'ils soient de nature civile ou politique. Bien qu'ils acquièrent le *conubium* sous la loi Canuleia et le *commercium* sous l'empire de la loi des XII Tables, ils ne deviennent citoyens qu'en 367 av. JC.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

plèbe sont la divulgation des formules d'actions et peut-être du calendrier judiciaire en 504 av. JC. jusqu'alors jalousement gardé par les pontifes qui en avait le secret¹⁰.

Au sein de cette République, le patriciat laissait ouvert à la plèbe le droit de servir dans les centuries et de participer aux assemblées délibérantes, mais lui refusait les postes d'exécution et la magistrature. Cette situation ne pouvait évidemment pas durer longtemps et dès 494 av. JC. la plèbe obtint par une sécession sur le Mont Sacré une assemblée délibérante qui lui était propre, ainsi que ses magistrats, édiles et tribuns. Toutefois, cette réforme menait à une instabilité permanente puisque les tribuns pouvaient s'opposer à la décision des magistrats du fait de leur inviolabilité. Au travers de cette guerre froide, la progression de la plèbe comme force sociale demeure très lente. Même si la loi des XII Tables de 451 av. JC. tente de rétablir la paix sociale, elle légalise l'interdiction des mariages entre plébéiens et patriciens. Ce n'est qu'après une longue obstination d'un tribun de la plèbe, Canuleius, que la *lex Canuleia* accorde finalement en 445 av. JC. le mariage mixte. Ceci facilitera la fusion des deux entités et la conquête des droits politiques et religieux. Ainsi, la magistrature secondaire se voit ouverte aux plébéiens en 421 av. JC. L'opposition des patriciens demeure malgré tout et si des concessions sont faites, des mesures dilatoires sont employées fréquemment pour en retarder l'implémentation. Ce système devint encore plus difficile avec la participation des plébéiens au gouvernement en tant que magistrats de la cité du fait de la loi licinienne de 367 av. JC.¹¹. La voie du sénat se trace doucement. De ce fait, la plèbe perça progressivement au consulat, dernier bastion patricien, pour y accéder finalement en 337 av. JC. Seuls les pouvoirs liés aux sacerdoces demeuraient une chasse gardée patricienne et celle-ci concède finalement la majorité de ces pouvoirs en 300 av. JC., même si ce n'est qu'en 254 av. JC. que l'on voit apparaître un plébéien au grand pontificat. Parallèlement à cette conquête de l'intérieur social, la République part à la conquête de l'intérieur du *Latium*, de l'Italie et du bassin Méditerranéen. Il n'est pas nécessaire de reprendre chacune des campagnes et conquête et chaque traité fait par Rome. Il est par contre important de comprendre que ce développement débutant dès 496 av. JC. et qui prend fin, en ce qui concerne la République, en 31 av. JC avec la conquête de l'Égypte par la victoire d'Octave à Actium¹².

Pendant cette période de croissance, plusieurs régime juridique distinct sont créés sur une base territoriale, soit les *municipes*, les colonies latines, les colonies romaines et les préfetures. Ainsi, les *municipes* ont une administration autonome, incluant les magistrats locaux. La justice dépend du *Praetor Urbanus* ou *Urbis*, le préteur romain qui est représenté par des *praefecturi jure dicendo*. Les habitants ont le droit de cité romain complet (*civis optimo jure*) ou les droits civils latins seulement, ce qui dépend largement du statut de cette *municipe* par rapport à Rome, suivant que ce traité ai été fait entre égaux en temps de paix et témoigne de l'alliance et de l'amitié (*foedus aequum*) ou lorsque défaite par Rome, auquel cas il n'existe pas d'égalité (*foedus iniquum*). Dans ce dernier cas, les latins peuvent au mieux espérer inclure la reconnaissance du droit privé local, le *jus periginus*. Puisque la défaite inclut le *deditio in fidem*, le peuple latin conquis se soumet au bon vouloir du peuple romain. Il est donc entendu que ces droits sont *civitis sine sufragio*¹³. Quant aux colonies latines, elles servent de lieu de peuplement

¹⁰ Villers, *supra* note 6 à la p. 21. Prémumément par la prise de note du scribe Flavius qui les rendit publique.

¹¹ *Ibid.* à la p. 19.

¹² Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 143.

¹³ C. Belleau, *Rome et les étrangers*, travail universitaire, Faculté des Arts, Université d'Ottawa, 1992, 14 à la p. 3.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

d'environ 2500 âmes chacune et sont évidemment associées au même statut que les *municipes* latines¹⁴. Toutefois, il est possible pour ces Latins d'acquérir la citoyenneté romaine par le biais du *ius migrandi*, qui stipule que par le fait de porter son domicile à Rome, un citoyen latin devient romain, suivant les règles anciennes de la Ligue latine¹⁵. Quant aux colonies romaines, elles apparaissent vers 150 av. JC. et compte environ 300 habitants par commune qui disposent de tous les droits civils romains. Finalement, les préfectures sont des régions soumises à l'autorité d'un préfet qui réunit en une seule personne tous les droits civils, militaires et politiques. Aucun magistrat local ni droit d'aucune nature n'est accordé à ces habitants.

Il résulte donc de ces classements différents des statuts juridiques différents, auxquels il faut ajouter la concession individuelle de citoyenneté aux alliés (*socii*) pour services rendus comme auxiliaires de légion (*auxilia*), la collation du droit de cité qui accroît le bassin de citoyens latins ou romains ainsi que la question des étrangers. En effet, toute conquête devient peu à peu romanisée et gouvernée par un prêteur muni de l'imperium, le laissant tout puissant dans les limites de la *lex provinciae*, plus ou moins une charte provinciale accordée par le Sénat. De cette romanisation, le droit de citoyenneté est accordé à tous les italiens en 88 av. JC¹⁶.

Toutefois, du fait de l'agrandissement du territoire romain surgit l'expansion de la population et avec cette dernière l'expansion du commerce. De 337 av. JC. et pour un peu plus d'un siècle après, les litiges entre citoyens étaient réglés par le prêteur romain, qui avait une juridiction sur la province de la cité, la cité s'entendant comme le statut juridique de l'individu. Il s'agit donc d'un droit *intuitu personae*. Progressivement, il devient évident que le prêteur romain ne peut plus couvrir seul l'ensemble des litiges. De plus, il ne peut le faire que dans le cas de litiges concernant des citoyens romains ou latins ayant les *ius civitatis*. C'est pourquoi il est créé en 247 av. JC. la désignation d'un second prêteur : le prêteur pérégrin. Celui-ci avait la charge de régler les litiges entre les étrangers et les citoyens, puis entre les étrangers eux-mêmes¹⁷.

Le terme pérégrin vise le *jus perigrinus*, c'est-à-dire le droit applicable aux étrangers, dont le fond est le plus souvent les coutumes et les lois des peuplades vaincues¹⁸. Les pérégrins sont difficiles à définir. Il s'agit principalement des étrangers n'ayant pas de statut juridique reconnu du fait qu'ils sont ressortissants d'une puissance n'ayant pas conclu de traité avec Rome. Ils n'ont pas de personnalité juridique en soi et pour cette raison leur statut est celui de *res*, une chose, qui peut être acquise. Les premiers auxquels cette notion s'est appliquée sont les membres de la confédération latine avant sa subjection par Rome. De fait, dans cette confédération il faut d'abord différencier les *latini fundi*, soit les peuples libres mais qui n'ont pas ou ont dans une mesure restreinte le droit de cité. Ensuite, on doit

¹⁴ *Ibid.* à la p. 4. Entre 338 av. JC. et la 2^e guerre punique, 23 de ces colonies comptaient 80 000 habitants.

¹⁵ Villers, *supra* note 6 à la p. 34. Il est à noter que le *ius migrandi* sera révoqué en partie par la loi *Claudia* en 177 av. JC en obligeant de laisser un fils dans la ville d'origine, puis complètement en 95 av. JC par la loi *Licina Mucia*. Voir J. Gaudemet, *Le droit privé romain*, Paris, Librairie Armand Colin, 1974, 416 à la p. 55.

¹⁶ Belleau, *supra* note 13 à la p. 5.

¹⁷ W.A. Hunter, *Roman Law*, 4^{ème} éd., Holmes Beach (Fl.), W.M.W. Gaunt & Sons, 1992, 1122 à la p. 35.

¹⁸ J. Déclaireuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La Renaissance du Livre, 1924, 452 à la p. 62.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

considérer les *latini veteres*, ceux qui sont resté fidèles à Rome, qui possède le droit de citoyenneté. Il ne faut pas les associer aux Latins coloniaux, *latini colonarii*, qui eux sont parfois des romains d'origine, mais qui ne disposent pas de droits politiques. Finalement, y sont associé les *latini juniani*, soit les esclaves affranchis mais qui tombait sous le coup de la loi *Julia norbana*, qui stipulait que les affranchis n'acquerraient pas les pleins droits de citoyenneté romain, mais plutôt vivaient dans des conditions juridiques similaires aux *latini colonarii*¹⁹. Puisqu'ils n'ont pas la personnalité juridique, mais qu'il faut bien interagir avec eux pour le commerce, un système de droit parallèle au *ius civitatis* se crée : le *jus gentium*.

Alors que le *ius civitatis* permet l'usage du *ius honorarium*, comprenant le *ius praetorium* (le droit basé sur les édits des prêteurs autant *civile* (de la cité) que *gentile* (étranger)) et le *ius oedilicium* (le droit basé sur l'autorité de ceux disposant de postes de hauts honneurs, les magistrats), que comprend le *jus gentium* ? Hunter offre d'abord deux distinctions du *jus gentium*. D'abord, il s'agit des principes du bien et du mal contenus dans les lois de tous les peuples ou toutes sociétés politiquement constituées. Ensuite, il s'agit du résultat pratique d'une nécessité imposée par les circonstances pour régler les litiges entre citoyens et étrangers, puis entre étrangers. Pour cette raison, il affirme que le *jus gentium* est à l'origine non pas un droit naturel, mais bien un droit positif créé par les hommes dans le but de régler des litiges humains. En effet, il affirme :

« *Jus gentium, accordingly, is not a collection of rules common to the law of all political societies of men, but a collection of rules governing the intercourse of Roman citizens with members of all foreign nations reduced to subjection to Rome. Gradually precepts of the jus gentium were tranfered to regulate mutual intercourse of citizens by means of two agencies – the edicts of the praetor and the writing of jurists.* »²⁰.

Une troisième source possible qu'il énonce sont les instructions du *judex* qui se gouverne en utilisant les principes d'équité et de ce qui est bon (*oequum* et *bonum*). Malgré tout, il est clair qu'il considère que le *jus gentium* est en soi un système de droit positif, mais que ce sont les interprétations subséquentes qui brouilleront ces origines pour l'associer à un droit naturel²¹. Ces pratiques sont malgré tout une création romaine et ne valait que comme institution imposée ou tolérée par Rome²². De plus, le transfert de ces notions du droit *gentile* au droit *civile* s'est fait progressivement par l'incorporation des édits des prêteurs pérégrins dans le *ius honorarium* des prêteurs romains. Il appui son argumentation en affirmant que le *ius honorarium*, soit les édits des prêteurs, était l'organe par lequel le droit romain recevait ses principes et que la source principale de ces principes est en fait le *jus gentium*²³. Une fonte du *jus gentium* au sein même du droit romain a fait en sorte que les principes énumérés dans l'un et l'autre de ces droits deviennent les mêmes.

Si tel est le cas, comment expliquer que le *jus gentium* s'est vu scindé en un droit positif régissant l'interaction des individus à celui d'un droit naturel qui régit la conduite des États entre eux, plus apte à

¹⁹ C.H. Giraud, *Histoire de droit romain*, Paris, Videococq, 1841, 512 à la p. 98.

²⁰ Hunter, *supra* note 17 à la p. 36.

²¹ *Ibid.*

²² Déclareuil, *supra* note 18 à la p. 31.

²³ *Ibid.* à la p. 36.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

être nommé *jus inter gentes*, que l'on appelle respectivement *jus gentium primum* et *jus gentium secundarium* ? De l'opinion de toutes les sources, cette distinction entre un droit des gens primaire et un droit des gens secondaire existe dès l'antiquité, mais ne se réalise clairement qu'au XII^e siècle sous l'influence de deux sources de droit : d'un côté un groupe de textes romains et de l'autre d'un groupe correspondant de canons²⁴. Ce n'est donc pas la notion romaine qui est la source du droit international moderne que nous connaissons, mais bien les différentes médiations de son sens premier par les scolastiques qui ont abouti avec Hugo Grotius à une vision holistique des relations internationales inter-étatiques, plutôt qu'interpersonnelle, sous une ombrelle juridique. Ces médiations sont dues en grande partie à l'influence religieuse de la chrétienté dans l'Empire, mais aussi et surtout pas l'interprétation qu'en font des juristes romains dans les textes qui ont survécus. C'est que la transformation de cette notion est comparable en deux temps d'une symphonie discordante.

Dans un premier temps, les instruments romains sont sources de controverses. En effet, un an après son accession au trône d'Empereur, le 13 février 528, Justinien nomme une commission de dix membres en vue de mettre à jour les recueils de *leges*, extirpant les dispositions désuètes et ajoutant les nouvelles parues depuis le code théodosien. Publié le 7 avril 529, il n'a pas survécu jusqu'à nous²⁵.

L'année suivante, le 5 décembre 530, il trace dans la constitution *Deo auctore* le plan de sa nouvelle compilation : le *Digeste*, basé sur le plan des *Digesta* anciens aussi nommés *Pandectes*. Justinien crée seize commissions pour dépouiller 1625 livres d'approximativement 3000 lignes chacun et de les remanier à partir des fragments les plus intéressants²⁶. Or, c'est cette méthode qui, si justifiée vue l'immensité des textes sûrement contradictoires et répétitifs, porte à une première confusion avec deux définitions du *jus gentium* offertes à son titre initial. L'une provient de Gaius alors que l'autre vient d'Ulpien²⁷.

Gaius oppose deux catégories de normes, le *ius gentium* et le *ius civile*. Dès le départ, la définition de Gaius crée une perception : qu'il existe un droit propre à l'État et créé par lui, puis un autre commun à tous les humains qui est observé partout de manière égale par eux, malgré que ceux-ci soit étranger à sa formation. Il invoque donc l'idée que ces humains ne font que suivre les injonctions d'un principe supérieur, la *naturalis ratio*²⁸. De ce fait, il substitue au sens premier de la notion de *jus gentium* pour celle d'un droit qui se serait révélé de la raison naturelle²⁹. Ce faisant, il transfère la notion philosophique stoïciste d'une raison universelle dans le cadre de la jurisprudence romaine. Il résulte de cette compréhension une opposition du *jus gentium* au *ius civile*, alors qu'en réalité la véritable opposition à faire est celle de l'ancien droit de la cité du *ius civile* par rapport au droit nouveau du *ius honorarium*. En effet, ce dernier comprend le *ius pretorium* qui correspond en large partie au *jus gentium*, d'où la

²⁴ P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 682 à la p. 313. Il est à remarquer que cette œuvre est probablement l'étude la plus exhaustive qui soit sur le sujet.

²⁵ Villers, *supra* note 6 à la p. 130.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 314.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Déclareuil, *supra* note 18 à la p. 31.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

véritable opposition entre le droit véritablement romain du *ius civile* et le droit métissé du *ius honorarium*³⁰. Dans une interprétation stricte d'une telle définition, on peut dire que l'on retrouve le *ius civile* à Rome et nulle part ailleurs, alors que l'on retrouve le *jus gentium* à Rome et partout ailleurs. Pour Gaius, le *jus gentium* est à la fois un droit commun à l'humanité, non-écrit et naturel. Il prend l'idée de base de la conception d'Aristote de l'univers où il existe une optique dialectique physique et éthique de l'univers. Il poursuit donc dans la même lignée que Cicero avec cette vision d'une loi naturelle écrite des âges avant l'existence de toute loi écrite ou d'État. Ce droit découlant du droit naturel présenterait ainsi une force juridique qui donnerait un statut civil à tout individu en tant que membre de la communauté mondiale dans son ensemble. Évidemment, ceci ne semble pas s'être appliqué aux esclaves, mais ils n'en demeurent pas moins que les fondations d'un droit universel est reconnu³¹. Dans cette conception morale et juridique de l'univers, l'un se confondant dans l'autre, le *jus gentium* serait en fait le *ius naturale* mais exprimé dans un usage populaire et pseudo-philosophique qui a pu par la suite suggérer une validité issue d'un ordre supérieur. Ce droit serait pour Gaius immuable et reposerait en partie sur la raison et en partie sur l'étude de ce qui est observé du consentement de tous³².

À cette conception on doit ajouter celle d'Ulpian qui semble d'abord vouloir clarifier ce choix de terme *jus gentium* en le disant applicable aux humains seulement, mais à tous les humains sauf les esclaves, alors que le *ius naturale* s'appliquerait aux hommes comme aux bêtes³³. Or, le choix de sa description par la manumission, soit l'affranchissement est problématique car il repose d'après les juristes romains dans le domaine du *ius civile*. De plus, il indique qu'Ulpian ne voyait pas le *jus gentium* comme le fruit d'un principe supérieur, mais bien comme issu de la volonté humaine, ce qui en fait un droit positif³⁴. Cette intention semble ressortir du fragment suivant d'Hermogénien qui, au sein d'institution de droit privé de Ulpian, intercale des notions que nous associons aujourd'hui au droit international public, soit la guerre, la séparation des peuples et les fondation du pouvoir politique. Cette compilation fragmentaire est donc un des facteurs d'interprétation du *jus gentium* en *jus inter gentium*. Or, cette interprétation ne rencontre pas la discussion de Gaius et d'Ulpian qui visent de toute évidence les relations *inter homines* et non pas *inter gentes* ou *populi*. Le *jus gentium* de ces auteurs ont les hommes libres comme sujets de droit, alors que le *ius civile* a non seulement comme critère le besoin de qualification de *libertas*, mais aussi la disposition du *status civitatis*³⁵. Ceci est donc l'imbricatio qui résulte de la méthodologie du *Digeste* de Justinien lors de sa publication le 30 décembre 533³⁶.

Or, la question d'interprétation se poursuit avec une autre publication sous Justinien, soit les *Institutes* impériales. Titrées *De iure naturali et gentium et civili*, elles se composent de trois textes dont les deux premiers reprennent mots pour mots ceux de Gaius et d'Ulpian. Le troisième serait de Marcien.

³⁰ Hunter, *supra* note 17 à la p. 118.

³¹ P.G. Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998 398 à la p. 13.

³² G.F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, t. 1, Paris, Guallemin et Cie, 1858, 414 à la p. 31.

³³ Hunter, *supra* note 17 à la p. 119.

³⁴ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 316.

³⁵ *Ibid.* à la p. 317.

³⁶ Villers, *supra* note 6 à la p. 131.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Toutefois, on y garde seulement la définition du *ius naturale* d'Ulpien pour l'associer à celles de *jus gentium* et de *ius civile* de Gaius. Le résultat est discordant vu le raisonnement distinct de ces deux auteurs. Mais, alors que l'on croit résoudre le problème du naturalisme ou du positivisme du *jus gentium* en écartant le positivisme d'Ulpien, Marcien recrée le débat en associant la création du *jus gentium* au besoin spécifiques des humains résultants des contacts belliqueux ou commerciaux³⁷. Puisque le *jus gentium* serait né de la guerre et que celle-ci est la condition première responsable de l'inégalité entre les hommes, il assigne la guerre au *jus gentium*, puisque l'inégalité est incompatible avec le *ius naturale* où tous sont égaux à l'état naturel³⁸. On y voit donc les signes avant-coureurs du problème interprétatif du *jus gentium* en un droit bicéphale, comportant un droit *primarium* et un *secundarium*. Si cette vision présentée par les auteurs explorés semble difficilement attaquable, c'est qu'elle a certainement un excellent fondement juridique. Toutefois, il est intéressant de noter que l'ensemble de ces écrits suit un cheminement semblable du code aux *Institutions*, présentant auparavant la question pérégrine. Qui plus est, aucun de ces auteurs ne s'attarde au fait que l'ensemble des pérégrins se voit progressivement favorisés sous le Haut-Empire. Ses bases sont établies par Gaius Julius Caesar lorsqu'il est nommé dictateur à vie suite à sa victoire contre Pompéi en 48 av. JC. à la bataille de Pharsalus³⁹, préparant ainsi le chemin pour Octave qui fondera le pouvoir impérial à partir du 13 janvier 27 et qui le consolidera définitivement en 23⁴⁰.

En effet, dès son accession au pouvoir, Caesar opère des réformes majeures. Notamment, il accorde la citoyenneté à l'Espagne et la Gaule narbonnaise pour récompenser ses alliés et accélère la romanisation des villes pérégrines⁴¹. Ce mouvement d'émancipation se poursuit au travers du Haut-Empire jusqu'au II^e siècle dans le Bas-Empire lorsque l'Édit de Caracalla étend le droit de cité à tous les hommes libres de l'Empire. Puisque le Code, le *Digeste* et les *Institutions* sont publiés au VI^e siècle, à qui s'applique alors le *jus gentium*? Reste-t-il assez de pérégrins dans les quatre siècles suivants avec lesquels Rome interagit pour justifier l'existence d'un régime de droit *inter homines* alors que ces relations sont maintenant réglées par le *ius civile*? De fait, si l'ensemble de l'Empire est sujet au *ius civile*, seuls les barbares face auxquels Rome n'a comme interactions que le glaive et le *pilum* sont maintenant pérégrins. En toute logique, le droit n'aurait normalement pas besoin d'être constitué face à eux puisque la seule relation d'un à l'autre est la défense de l'Empire contre les poussées barbares. La question doit donc être examinée à savoir si la conception d'un *jus inter homines* n'a pas réellement évolué en un *jus inter gentes* durant cette période expliquant pourquoi notre compréhension des *Institutions*, notamment, est incomplète du fait d'un biais vers la conception initiale du *jus gentium*, mais l'ignorance de son évolution due à l'absence de sources primaires décrivant cette évolution. Dans le contexte des circonstances historiques cette question n'est pas seulement judiciaire, elle est primordiale. En effet, si le *jus gentium* ressort des conditions créées par la guerre comme l'avance Marcien à la suite d'Ulpien, complétant ainsi Gaius, et que la guerre était comprise comme l'exemple premier des relations internationales il n'est certainement

³⁷ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 319.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Pour une reconstitution de l'accession au pouvoir de César et sa victoire maîtresse contre Pompéi, voir J.W. Jordan, « Battle of Pharsalus », (2001) Feb Military History [à paraître en 2001].

⁴⁰ Gaudemet, *supra* note 5 à la p. 270.

⁴¹ Belleau, *supra* note 13 à la p. 7.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

pas fantaisiste de croire qu'une civilisation ayant un système politique aussi développé ait pensé à développer un corpus juridique pour régir ses relations avec d'autres peuples. Malheureusement, l'accès aux sources primaires existantes étant restreinte et les textes potentiellement explicatifs n'ayant pas survécus, il est impossible de confirmer ou d'infirmer ces dires. Néanmoins, cette question n'est ni posée, ni répondue par aucun auteur et laisse planer un vide historique de 400 ans. Sans avancer que la version de ces auteurs est erronée, elle est sujette à caution. Elle repose sur une interprétation qui évite convenablement cette question et méritera certainement une attention particulière dans les recherches plus poussées sur ce sujet⁴².

L'ÉVOLUTION AU MOYEN-ÂGE

Entre la chute de Rome en 476 et la mort de Justinien en 565, le système légal romain continue d'opérer, quoique dans une proportion plus disparate en occident. Quant à l'Empire d'Orient, il poursuit l'application du droit romain devenu byzantin jusqu'au onzième siècle, soit à la chute de Constantinople aux mains de l'Empire ottoman⁴³. Durant la période de 535 jusqu'au douzième siècle, le droit romain n'a pas complètement disparu. S'il est vrai que son système universel n'existe plus en occident, son influence sur les divers droits féodaux est évidente. Néanmoins, il est tout aussi évident que la noirceur qui suit la chute de Rome entraîne une baisse des relations commerciales entre peuples, les guerres privées et les épidémies à grande échelle, le tout s'inscrivant dans un vide institutionnel.

Progressivement, une organisation sociale cohérente ressurgit dans une échelle restreinte, permettant la remise en état du commerce et le développement de l'économie. Avec cet élargissement des transactions, le droit germanique et les notions de droit romain conservées ne satisfont plus aux besoins. La région de Bologne connaît ce développement et crée avec sa richesse une nouvelle école dont la réputation devient rapidement trans-alpine. Le droit romain redevient un droit important par ses principes pour la réglementation des affaires entre peuples.

Même en Angleterre, limite occidentale et boréale de l'Empire romain, le droit romain survit durant toute cette période. En effet, plusieurs recueils de lois démontrent clairement la connaissance du droit romain et son incorporation dans le droit anglo-saxon. La différence avec le droit continental est que cette connaissance est limitée principalement aux membres du clergé, ce qui résulte en une incorporation limitée dans le système légal anglo-saxon, d'où son évolution vers un droit coutumier plus fort que le droit écrit du continent. Sauf preuves contraires, il apparaît que seul le *Breviarium* était connu, le droit justinien

⁴² Par exemple, l'œuvre de Hagenmayer sur le sujet de la création du *jus inter gentes*. Il s'agit d'une thèse, dont le but est évidemment de prouver une proposition. Or, dans son chapitre sur le *jus gentium* (IX), il s'agit de prouver que Hugo Grotius est le véritable père du droit international, dans le contexte plus large de la relation de Grotius avec le concept de guerre juste qui, quant à lui existe au moins depuis l'Édit de Milan en 313 et qui est la base de cette doctrine justificatrice de la guerre sur une base religieuse (voir Gordon, *supra* note 31 à la p. 14). Hagenmayer démontre un acharnement à prouver qu'aucun auteur n'a pu avant lui déterminer le *jus gentium* comme un *jus inter gentium*. Or, ce chapitre saute de l'interprétation romaine de Cicéro à Gaius sans considérer les deux cent ans qui les séparent, puis de Gaius à Justinien de la même façon pour aboutir de là à l'interprétation canonique du *jus gentium*.

⁴³ M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 3, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839, 414 à la p. 5.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

n'ayant pas percé⁴⁴. Toutefois, s'il est connu du clergé, le droit romain n'est pas nécessairement favorisé par la papauté⁴⁵. Néanmoins, les travaux d'interprétation du *jus gentium* se poursuit par l'entremise de commentateurs canoniques.

À la base, on retrouve d'abord Isidore, évêque de Séville, qui offre une définition du *jus gentium* dans son *De legibus*. Il y reprend dans l'ensemble la division du *fas* et du *ius*, en associant la *lex divina* au premier et la *lex humana* au second. De cette distinction première, il reprend la division hellénique de Gaius en associant *ius naturale* et *ius civile* et en leur opposant le *jus gentium*. Toutefois, il limite la portée du *ius naturale* aux humains seulement. Le *jus gentium* semble devenir pour Isidore une notion plus restrictive, applicable à presque toutes les *gentes* à laquelle il offre une juridiction couverte sous une énumération précise, comprenant en particulier la guerre, la captivité, le droit des traités et des ambassades, puis finalement le mariage interdit entre étrangers⁴⁶. Comme le fait remarquer Haggenmacher, cette énumération cadre quasi-parfaitement avec la notion du droit international d'aujourd'hui. Toutefois, comme il est mentionné plus haut, il réfute une vision d'un *jus gentium* qui serait *inter gentes* sur la base que le dernier point de cette énumération, le mariage entre étrangers, fait « curieuse figure » dans cette énumération. Il poursuit néanmoins : « ...venant après les définitions du droit naturel et du droit civil, il précède celle du droit militaire : devant logiquement se distinguer des trois à la fois, le droit des gens ne pourrait se rapporter qu'aux relations inter gentes. »⁴⁷. Sitôt cette affirmation faite, il réfute cette hypothèse sur la base de l'état trop vague des sources utilisées par Isidore. Malgré cela, il termine sur Isidore en confirmant que le *jus gentium* qu'il présente comporte des institutions relatives aux rapports inter gentes, que ces institutions sont d'essence positive et que l'ensemble peut s'interpréter comme le droit international au sens qu'il a aujourd'hui, mais qu'il faudra malgré tout un millénaire avant que ceci soit interprété délibérément et consciemment par un auteur. En toute déférence, une telle argumentation est incohérente et néglige sciemment l'attribution d'une vision inter gentes exprimée ainsi alors que le texte original qu'il cite contient véritablement l'expression d'une telle vision⁴⁸.

Suit ensuite Gratien qui reprend dans son *Concordia* les termes d'Isidore, sauf pour sa division de la *lex humana*. Dans celle-ci, il sub-divise comme Isidore cette loi humaine en *constitutiones* et *consuetudo*. Dans cette dernière sub-division, il divise encore le droit entre les canons de l'Église et la loi des princes, puis fait primer les premiers sur les secondes⁴⁹. De ce point et contrairement au cas sous l'Empire romain, on se retrouve avec une définition du *jus gentium* bien définie mais dont le lien avec la notion de *jus naturale* devient encore plus ambiguë.

⁴⁴ M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 2, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839, 263 à la p.103.

⁴⁵ Savigny, *supra* note 43 à la p. 70.

⁴⁶ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 323.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Haggenmacher, *supra* note 23 à la p. 322 : « *ius gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, feodora pacis, indutiae, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Et inde ius gentium, quia eo iure omnes fere gentes utuntur.* » [Nous soulignons.]

⁴⁹ *Ibid.* à la page 324, note de bas de page 1546.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Il est certain que l'interprétation de Gratien résulte en grande partie des sources justiniennes de droit. En effet, dès le haut moyen-âge, au XII^e siècle, les *Digestes*, *Intitutions*, les neuf premiers livres du code⁵⁰, l'*Authenticum* et l'Épître⁵¹. Ce raisonnement de Gratien s'inscrit, il faut le préciser, dans une synthèse de l'ancien droit qui inaugure le droit classique, la réforme grégorienne en étant le schisme.

Saint-Thomas d'Aquin reprend la vision isidorienne, mais la dépasse dans son raisonnement. Il perçoit le *jus gentium* comme faisant partie de la loi humaine, soit, mais il poursuit en disant que l'ensemble de la loi humaine provient de la loi naturelle, elle-même étant le fruit de la loi divine. La portion de la loi humaine concernant le *jus gentium* comporte quant à elle une relation privilégiée avec ce droit naturel puisqu'il en découle par voie de conclusion, issue de la rationnelle naturelle⁵². Le droit des gens découle donc du droit naturel en tant que conclusion d'un principe par lequel les hommes ne peuvent vivre en société, en *convivere*, qu'à partir d'un discours rationnel et d'un accord sur les notions fondamentales. Celles-ci incluent évidemment les lois qui régissent leurs interactions⁵³.

Le raisonnement de Saint-Thomas d'Aquin se base principalement sur une conception de la vertu de justice, plus apte à être vue comme *iustum* que comme *ius* sous l'angle hellénique de *dikaion* d'Aristote. Dans ce concept, le droit naturel demeure propre à tous les être vivants, duquel il dissocie le droit des gens qu'il affirme être un produit de la raison et de l'utilité que l'homme en a. Une définition de ce qu'il percevait comme le *jus gentium* est présenté par Schall comme : « the philosophic discussion of those things to be learned by reason and experience that are not merely unique to each particular polity. »⁵⁴. Le *jus gentium* reposerait ainsi sur des principes intelligibles pour et compris par les sociétés civilisées qui reconnaissent sont discours universel et obligatoire pour tous⁵⁵. Saint-Thomas d'Aquin fait donc un lien entre le *naturalis ratio* de Gaïus au travers d'un concept plus large de *iustum naturale*. Il voit donc un droit commun à l'humanité, mais distinct du droit naturel en étant toutefois associé à un principe supérieur par l'entremise de la raison naturelle⁵⁶. Il est clair que ces interprétations des ecclésiastiques reposent en grande partie sur la volonté de l'Église de s'affirmer comme l'authentique successeur de Rome et tend à créer un *jus universum*, soit une universalité de droit canon applicable à toute la chrétienté sur la base de l'universalité des compilations justiniennes⁵⁷.

En fait, c'est au travers de l'utilisation du droit romain coutumier, puis de son incorporation progressive au droit canon entre le IX^e et le XII^e siècle, que l'Église assoit son pouvoir temporel avec une utilisation

⁵⁰ Savigny, *supra* note 44 à la p. 343. Les trois derniers livres, traitant du droit public, ne seront retrouvés que plus tard.

⁵¹ P. Legendre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1964 [non-publiée].

⁵² *Ibid.* à la p. 328.

⁵³ J.V. Schall (S.J.), « Natural Law and the Laws of Nations : Some Theoretical Considerations », (1992) 15 *Fordham International Law Journal*, 997 à la p. 998. Il est à noter que (S.J.) désigne l'appartenance de J.V. Schall à la Société des Jésuites, donc la doctrine de raisonnement logique tend évidemment à pénétrer l'ensemble de son texte.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 1004.

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 1005.

⁵⁶ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 330.

⁵⁷ Legendre, *supra* note 51 à la p. 50. Quant à l'affirmation de l'Église comme successeur : « *Ubi gentium principes habitant, illic ecclesiarum principes moratentor.* » à la p. 38.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

subsidaire du droit romain. Ce principe devient universellement reconnu au XIII^e siècle⁵⁸. Le lien d'Ulpien à Isidore, de ce dernier à Gratien puis à Saint-Thomas d'Aquin persiste dans la notion d'un droit des gens qui désigne des lois et des mœurs mais qui devrait de plus en plus inclure la notion de justice. Le résultat au XIII^e siècle est que l'on parle de l'autorité de l'Église sur la race humaine et du droit de l'alliance humaine⁵⁹.

Ces positions sur le *jus gentium* évoluent peu entre le XIII^e et le XVI^e siècle, le droit romain influençant le développement du droit canonique et le tout demeurant dans une interprétation somme toute conservatrice. Peu à peu, juristes et théologiens prennent compte des travaux de l'autre. Finalement, au XVI^e siècle, alors que la Renaissance prend à découvrir les *terra nullus* de l'Amérique, la question de principes de droit communs à tous les peuples prend une ampleur nouvelle au contact des (amér)indiens. Empreint d'une influence religieuse, mais dicté par une conscience juridique, le concept de *jus gentium* prend un nouveau tournant qui le mènera plus clairement au concept de *jus inter gentes*.

LA RENAISSANCE ET L'ÉVOLUTION SUBSÉQUENTE

Francisco de Vitoria est certainement la figure de proue de ce renouveau. Figure toutefois difficile à saisir du fait que sa propre pensée témoigne d'une évolution continue. En effet, au début de sa carrière d'enseignement il semble suivre le raisonnement de Saint-Thomas d'Aquin. Toutefois, il diverge de sa position de droit conventionnel positif entre les hommes car ce rapport de dérivation du droit naturel en un droit consensuel le rend modifiable comme n'importe quel autre droit. De quasi-conventionnel, il fait évoluer sa perspective dans un ordre quasi-légal. Ainsi, le *jus gentium* a force obligatoire tiré d'une convention, mais aussi une force de loi car il comporterait des normes de portée universelle, édictées par une sorte d'État supra-mondial et applicable en temps de paix comme en temps de guerre⁶⁰.

Ainsi, le *jus gentium* positif qu'il supporte au début se transforme progressivement en un *jus gentium* qui semble dériver en partie du droit naturel et qui d'un autre côté semble s'y confondre. Le *jus gentium* résulterait donc d'une convention entre les humains, d'où sa force obligatoire, faite par des peuples entiers et donnant ainsi naissance à des lois, d'où sa force de loi. Pour justifier cette position il adhère aux positions de Gaius et d'Ulpien, mais à une différence précise : il y substitue consciemment *gentes* à *homines*⁶¹. Ce faisant, il semble que Vitoria ait été clair sur la notion de normes s'appliquant non plus seulement aux individus, mais aux États. Une fois de plus, Haggemacher affirme qu'on ne saurait en conclure que Vitoria pourrait y établir des telles normes, car de telles substitutions ont été faites

⁵⁸ A. Gauthier (o.p.), *Le droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Ottawa, Faculté de droit canonique de l'Université Saint-Paul, 1996, 169 à la p.7.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 28.

⁶⁰ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 337.

⁶¹ F. de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Reflectiones, Reflectiones Theologicae XII*, collection The Classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1917, 476 à la p. 257 où il définit : «... quod naturalis ratio inter omnes gentes consuit, vocatur ius gentium ...».

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

auparavant par d'autres auteurs, sans en inférer un tel sens. Il maintient de plus que cet extrait en est un fait manifestement de mémoire, expliquant la substitution imparfaite⁶².

Une fois de plus, il apparaît plutôt pratique pour cet argument de passer sous silence les circonstances de la rédaction de cet ouvrage par Vitoria. Il est alors titulaire de la chaire de théologie de la faculté de théologie de l'Université de Salamanque depuis 1526 et vit le plein bat de l'ère exploratoire où de nouveaux mondes sont découverts. Il semble plutôt discutable, avec un écrit stipulant clairement une intention joint à une période aussi propice à l'épanouissement intellectuel, que l'on puisse refuser de considérer aussi arbitrairement cette compréhension. Particulièrement si l'on considère que, dans ce contexte, les mondes nouveaux comportent des « tribus barbares » auxquelles aucun Chrétiens ne sauraient s'associer (voire s'abaisser).

Dans cette mentalité « d'eux et nous » comparative, mais où l'on reconnaît malgré tout le caractère humain de ces peuplades, il est difficilement acceptable que l'on puisse aussi catégoriquement refuser une telle interprétation.

C'est certainement l'interprétation qu'en fait Truyol Serra lorsqu'il interprète les concepts et fondements du droit des gens de Vitoria. Il traduit d'abord le *jus gentium* de Vitoria comme étant : « ...ce que la raison a établi entre toutes les nations. »⁶³. Il l'interprète comme donnant au *jus gentium* : « le caractère d'un *jus inter gentes*, d'un ordre juridique qui s'applique aux groupes humains indépendants en tant que tels; il crée, en définitive, le concept moderne du droit international. La transition de ce droit moderne du droit des gens se trouve déjà dans la définition du *jus gentium* donné par SAINT ISIDORE DE SÉVILLE... »⁶⁴. [Nous soulignons.]

Truyol Serra fait même reculer l'historique de cette notion jusqu'à Saint-Augustin qui écrit que :

« ...ce serait un bonheur pour le monde si, au lieu d'un empire universel comme l'empire romain de son temps, il y avait de nombreux royaumes menant une vie pacifique dans les limites de leurs espaces naturels, tout comme au sein de la cité nous trouvons côte à côte beaucoup de maisons habitées par de nombreux citoyens. »⁶⁵.

Si l'on ne peut parler d'un concept juridique, il est néanmoins clair que la substitution au niveau philosophique compare effectivement les royaumes à autant d'êtres humains, d'où le lien de la substitution entre *homines* et *gentes*.

La controverse du caractère positif par opposition à un caractère universel issu du droit naturel se poursuit tout au long de ce siècle, mais ce n'est qu'avec Suarez que le débat entre le caractère *inter homines* et *inter gentes* du *jus gentium* réapparaît en 1612.

⁶² Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 339.

⁶³ A. Truyol Serra, *Les principes de droit public chez Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Culture Hispanica, 1946, 115 à la p. 47.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 48. Il cite ainsi le passage de la *Cité divine*, livre IV, chap. 15.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Il remarque que les institutions normalement attribuées au *jus gentium* ne tombe pas nécessairement toutes sous le même empire. Plutôt, certaines viseraient les relations entre les peuples alors que d'autres ne se préoccuperaient que des relations entre les individus. De deux types de d'institutions, il déduit deux types de *jus gentium*. D'abord un premier *jus gentium* apparenté au droit civil commun en ce qu'il concerne des relations inter-individuelles comme le commerce, les contrats, etc., et un second à saveur internationale, appelé droit des gens au sens propre⁶⁶.

Après maintes tergiversations par des interprétations différentes reprenant souvent les idées avancées auparavant et régressant parfois, la notion de *jus gentium* se pose à la lumière du droit de la guerre durant la Guerre de Trente ans, au cours de laquelle Hugo Grotius écrit son ouvrage *Le droit de la guerre et de la paix*⁶⁷.

Grotius reprend l'idée de deux *jus gentium* apparentés, mais distincts. Ainsi, il crée un premier *jus gentium primarium* basé sur un droit naturel secondaire propres aux êtres rationnels. Ce droit vise donc les relations *inter homines*. Toutefois, il ne se comprend qu'à la distinction du *jus gentium* secondaire qui se fonde sur le droit naturel commun au monde animal, résultat immédiat de la volonté divine.

Ce droit des gens secondaire est un droit composé du droit des gens et de droit civil. Il vise non pas à assurer le bien commun des citoyens d'un État, mais bien à assurer le bien commun de la société formée par l'État. Il dissocie donc du *jus gentium* initial un ensemble de règles qui demeure partie du droit civil commun, qualifié de coutume reçue plutôt que de droit et muable, et un véritable droit des gens secondaire qui obligerait les États à la manière d'un accord immuable. Ce droit des gens secondaire est donc international et positif en vertu du consentement tacite des États⁶⁸ et qui se développe pour ancrer fermement les bases du système juridique régissant les États-nations issus de la Paix de Westphalie de 1648.

De ce point, il ne s'agit plus de savoir s'il existe un *jus gentium inter gentes*, mais bien à le définir. Zouche propose une telle définition dès 1650. Ce serait un droit :

« ... which natural reason has established among all men is respected by all alike and is called the Law of Nations as being a law which all nation recognize as the jurist Gaius said. In the first place; it is the common element in the law which the people of a single nation use among themselves; inasmuch as of individual men some are free, others slaves (...) secondly, it is the law which is observed in commun between princes and peoples of different nations (...) laws of the latter I choose to describe as '*jus inter gentes*'. »⁶⁹.

⁶⁶ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 349.

⁶⁷ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1, trad. par J. Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, 518.

⁶⁸ Haggemacher, *supra* note 23 à la p. 359.

⁶⁹ R. Zouche, *Juris et Iudici Fecialis, sive, Juris Inter gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, collection The classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1911, 186 à la p. 1.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Textor complète aussi les propos de Grotius en affirmant que le droit des gens est ce qui a reçu une force obligatoire du consentement de toutes ou du plus grand nombre de toutes les nations et que ce consentement peu être express ou implicite⁷⁰.

Cette interprétation est reprise par de Vattel en 1758 lorsqu'il écrit :

« Les Nations, ou États sont des corps politiques, des sociétés d'hommes libres (...) Une pareille société a ses affaires et ses intérêts, elle délibère et prend des résolutions en commun; et par là elle devient une personne morale, qui a son entendement et sa volonté propre, et qui est capable d'obligations qui répondent à ce droit... »⁷¹.

Suivant notre conception contemporaine du droit international, les États sont donc les acteurs au sein de ce droit et y sont soumis. Évidemment, plusieurs autres définitions, explications, théories, etc., seront proposées par maints auteurs, que ce soit Wolff, Westlake, etc. Un auteur laissera un héritage particulier dans ses écrits quant à sa vision de l'évolution du droit des gens, mais surtout par la création d'une clause qui l'amène au-delà de ses principes premiers. Ainsi, G.F. de Martens publie dans son *Précis de droit des gens*⁷² que le droit des gens est divisé en des sources conventionnelles et coutumières, se basant largement sur les écrits de Klüber⁷³ et confirmant le développement du droit international public.

Néanmoins, c'est lors de sa participation à la rédaction des Conventions de la Haye de 1899 que Martens fait faire un pas en avant au jus gentium en proposant une clause maintenant connue sous l'appellation de clause Martens et aujourd'hui reprise dans les *Conventions de Genève* :

« La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante (sic). Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »⁷⁴

Ce faisant, Martens complète le cercle et remet les principes du jus gentium comme principes directeurs de l'agissement des États, même en temps de conflits armés.

CONCLUSIONS

La notion de jus gentium a été et demeure dans une certaine partie difficile à cerner historiquement. Toutefois, il est clair au vue des sources examinées ci-haut qu'il y a effectivement eu une évolution partant d'une notion historique descriptive vers un concept de norme générale de droit, celle-ci ayant comme objet les relations d'abord inter-individuelles, puis inter-étatiques.

⁷⁰ J.W. Textor, *Synopsis Juris Gentium*, tome 1, collection The Classics of International law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1916, 349 à la p. 2.

⁷¹ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, tome 1, Paris, Librairie de Gaulemin et Cie, 1863, 644 aux p. 71 à 75.

⁷² Martens, *supra* note 72 à la p. 43.

⁷³ J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2^{ème} édition, Paris, Gaulemin et Cie, 1874, 573 à la p. 7.

⁷⁴ *Conventions de Genève du 12 août 1949* aux articles communs 63 de la *Convention I*; 62 de la *Convention II*; 142 de la *Convention III* et 158 de la *Convention IV*.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Le but de la présente recherche était d'exposer le contenu de ce concept légal. L'examen de cette notion en droit romain a démontré qu'il s'agissait d'un concept plutôt vague, mais qui consistait à contourner l'absence de reconnaissance juridique des étrangers n'ayant pas de statut juridique face à Rome. Il ressort de cet examen qu'il s'agissait véritablement d'un droit positif inventé et/ou toléré par Rome pour faciliter les échanges et garder la paix sociale. Il appert aussi que cette notion a évolué lentement pour dépasser, consciemment ou inconsciemment le cadre de son sens premier, limité aux simples relations individuelles. Le *jus gentium* devient d'un droit des étrangers un droit qui pénètre le droit romain pour l'imprégner et évoluer avec lui. De même, il est évident que le vide historique séparant l'octroi de la citoyenneté aux pérégrins jusqu'à la rédaction des textes légaux sous Justinien mérite une attention plus poussée que ce qui est présentement disponible dans les sources secondaires.

Il ressort ensuite que l'évolution au moyen-âge s'est fait avec de petits sauts en avant souvent accompagné de reculs. Le développement du *jus gentium* est une des sources du développement au niveau du droit canonique, mais le droit canonique est aussi une source du développement du *jus gentium*. Il s'agit véritablement d'une relation symbiotique comme c'était le cas en droit romain. Ce qui apparaît clairement malgré les démentir de certains auteurs, c'est que la compréhension du concept de *jus gentium* comme notion évolutive vers le *jus inter gente* est mieux comprise qu'il est argumentée.

De plus, il apparaît clairement que les premiers balbutiements du droit international ressortent véritablement des idées proposées dès le haut moyen-âge, mais qu'elles sont simplement développées de façon plus détaillée à la Renaissance, particulièrement avec Vitoria.

De son évolution d'un concept limité au relation entre étrangers ou entre citoyens romains et étrangers, le *jus gentium* a évolué dans un concept de droit international qui fait des États ses sujets et qui a force obligatoire sur tous. Mais ce droit des gens secondaire n'a pas totalement éclipsé la notion primaire des relations inter-personnelles. Comme le signale la clause Martens qui demeure un instrument applicable du droit international, particulièrement au niveau du droit international humanitaire applicable en temps de conflits armés, mais aussi au droit de la Haye sur la réglementation des méthodes et moyens de combat. En effet, cette clause continue de soumettre le comportement individuel aux normes de la conscience publique.

Une telle clause a une importance particulière, particulièrement dans le cas du vide juridique entre l'applicabilité des normes de protection des droits de la personne et celle du droit des conflits armés. De telles normes obligatoires ayant force de loi sur une base coutumière permet d'empêcher les violeurs du droits des conflits armés et/ou du droit de la personne de se soustraire à la justice. C'est pourquoi il est important de continuer à étudier le concept primaire parallèlement à l'évolution du système général qu'est devenu le concept secondaire.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

Plateau continental de la mer du Nord (R.F.A. c. Pays-Bas), [1969] C.I.J. Rec. 3.

Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, [1984] 1 R.C.S. 86.

DOCTRINE

Monographies

C. Belleau, *Rome et les étrangers*, travail universitaire, Faculté des Arts, Université d'Ottawa, 1992.

Conseil canadien de droit international, *Le droit international et le développement*, XV^e congrès annuel, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 16 au 18 octobre 1986 [non-publié].

J. Déclareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris, La Renaissance du Livre, 1924.

J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, 3^e édition, Paris, Montchrétien, 1991.

A. Gauthier (o.p.), *Le droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Ottawa, Faculté de droit canonique de l'Université Saint-Paul, 1996.

C.H. Giraud, *Histoire de droit romain*, Paris, Videococq, 1841.

P.G. Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome 1, trad. par J. Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724.

P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983.

W.A. Hunter, *Roman Law*, 4^{ème} éd., Holmes Beach (Fl.), W.M.W. Gaunt & Sons, 1992.

J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2^{ème} édition, Paris, Guallemin et Cie, 1874.

P. Legendre, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1964 [non-publiée].

G.F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, t. 1, Paris, Guallemin et Cie, 1858.

M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 2, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839.

M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, tome 3, Paris, Charles Hingray Éditeur, 1839.

J.W. Textor, *Synopsis Juris Gentium*, tome 1, collection The Classics of International law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1916.

A. Truyol Serra, *Les principes de droit public chez Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Culture Hispanica, 1946.

E. de Vattel, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, tome 1, Paris, Librairie de Guallemin et Cie, 1863.

R. Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, Éd. Albin Michel, 1977.

F. de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Reflectiones*, *Reflectiones Theologicae XII*, collection The Classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1917.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

R. Zouche, *Iuris et Iudici Fecialis, sive, Iuris Inter gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, collection The classics of International Law, Washington (D.C.), The Carnegie Institution of Washington, 1911.

Articles

J.W. Jordan, « Battle of Pharsalus », (2001) Feb Military History [à paraître en 2001].

B. Harff, « Genocide and human rights : international legal and political issues », (1984) 55 (no 3-4) Nordisk Tidsskrift for International Ret og Jus Gentium, 89.

N. Kasai, « Some observation on the Grotian conception of Jus Gentium », (1984) 83 Journal of International Law and Diplomacy, 31.

J.V. Schall (S.J.), « Natural Law and the Laws of Nations : Some Theoretical Considerations », (1992) 15 Fordham International Law Journal, 997.

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Traités

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. (1982) 58 (Entré en vigueur le 21 octobre 1986).

LAW, WOMEN'S SUBORDINATION AND CHANGING FACE
OF THE TURKISH LEGAL SYSTEM IN THE EXAMPLE OF
ARTICLE 434 OF THE TURKISH CRIMINAL CODE

by

DR. GÜLRİZ UYGUR* & DR. TÜRKAN YALÇIN SANCAR*

INTRODUCTION

Women face discrimination arisen not only from custom and social morality, but also from law. One of the reasons for this is the relationship between law and patriarchy. Indeed, in the under-developed countries, one can easily see that the law reflects patriarchal social order and culture. As *Diane Polan* rightly stated, "...any legal system that developed in a patriarchal culture,... would be, by definition, a patriarchal institution"¹. With regard to the concept of patriarchy, we move on *Janet Rifkin*'s definition. By patriarchy, she means "any kind of group organization in which males hold dominant power and determine what part females shall and shall not play, and in which capabilities assigned to women are relegated generally to the mystical and aesthetic and excluded from the practical and political realms, these realms being regarded as separate and mutually exclusive"².

In respect of relationship between law and patriarchy, law is considered as a means, which reinforces male supremacy. This claim is supported by the views of *Nadine Taub* and *Elizabeth M. Schneider*, who examine the relationship between law and male dominance. They insist on two aspects of the law's role in relation to women's subordination. They say: "It first considers the way the law has furthered male dominance by explicitly excluding women from the public sphere and by refusing to regulate the domestic sphere to which they are thus confined. It then examines the way the law has legitimised sex discrimination through the articulation of an ideology that justifies differential treatment on the basis of perceived differences between men and women"³. It is true that legal means have been used to exclude women from the public sphere or to provide limited opportunities to them in this sphere. It is also true that law's absence from the private sphere furthers male dominance. These are the examples of direct role of law connected with the encouragement of male dominance. Further, law also indirectly encourages male dominance. According to *Polan*, "Over the past century, the legal system has rejected some of its most blatant sexist notions and expressions without ceasing to reinforce male power and female subordination

* Associate Professor in Philosophy of Law, University of Ankara, Faculty of Law.

* Associate Professor in Criminal Law, University of Ankara, Faculty of Law.

¹ Diane Polan, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", *Feminist Legal Theory Foundations*, Ed. D. Kelly Weisberg, Temple University Press, Philadelphia, 1993, pp.419-426, p.420.

² Janet Rifkin, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", *Feminist Legal Theory Foundations*, Ed. D. Kelly Weisberg, Temple University Press, Philadelphia, 1993, pp.412-418, p.412.

³ Nadine Taub-Elizabeth M. Schneider, "Women's Subordination and The Role of Law", *The Politics of Law A Progressive Critique*, Ed. David Kairys, Pantheon Books, New York, 1990, pp.151-176, p.151.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

For this reason, it is essential to examine and try to understand the less direct and instrumental ways in which the legal system operates to perpetuate male supremacy”⁴.

Since Turkish legal system gives place to sexist notions and expressions, we prefer to stress here the direct role of the law, which is related to the consolidation of male dominance through legal means. In this respect, legal rules clearly make discrimination between sexes by subordinating women on the one hand, and through judicial decisions, which are in favour of men, on the other. As an example of this role of the law, in this essay, we would like to examine Article 434 of Turkish Criminal Code.

Turkey has appropriate conditions in favour of men. It is a developing Islamic country with strong custom and traditions, which support male dominance. Nevertheless, despite these unfavourable circumstances, Turkey endeavours to strengthen the legal position of women. One of the reasons for this is Turkey’s aspirations for the European Union (EU) membership. Since Turkey is a candidate country for the EU membership, it has to meet certain criteria, including approximation to the EU standards in terms of gender equality, in the pre-accession process. Thus, during last years, Turkish Parliament has adopted several laws with a view to harmonising Turkish legislation with that of the EU. These legal changes help to dissolve male dominance in the Turkish legal system. We can see the influence of the EU accession process in the reasoning of the amendments made to constitution and statutes. For example, one of the underlying reasons for the constitutional amendment made in 2004 is to ensure harmonisation between the Turkish Constitution and the criteria set by the EU. Beside these, the rise of women’s movement begun in the last decades in Turkey has influenced the changes that have occurred in politics and law which had long reflected male dominance. In fact, today, because of the requirements of the EU, women’s movement has a stronger position to influence law and politics in Turkey than before.

In this article, first, we will present a summary of the Turkish legal system. Because, without knowing this system, it is difficult to understand the relationship between Article 434 and the other rules. Secondly, we will describe the rights and the status of the women in this system. Thirdly, connected with the other subjects, we will examine Article 434.

TURKISH LEGAL SYSTEM

Turkish legal system has followed the continental European pattern, prevalently based on written laws. As a result of this, legislation constitutes the most important and large part of the system. In the Turkish system, the Grand National Assembly has the sole authority to make statutes and codes⁵.

Turkish legal system is based upon the hierarchy of norms. This system is like Hans Kelsen’s hierarchy of norms. Accordingly, each norm takes its validity from the upper norm and thus, it could not be contrary to that upper norm. In the hierarchy of enacted laws, the Constitution occupies

⁴ See Polan p.421.

⁵ Adnan Güriz, “Sources of Turkish Law”, Introduction to Turkish Law, Ed.T.Ansay-D.Wallace, Kluwer Law International, The Hague, 1996, p.5.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

the first place in Turkey. In this system, supremacy of the Constitution is accepted; namely, the other rules shall not violate and conflict with it. For this purpose, the Turkish Constitution of 1961 introduced the judicial control of the constitutionality of laws and created a special court for this function: the Constitutional Court. The Constitution of 1982 maintains the same system. Codes, statutes, and international treaties to which Turkey is a party are subordinate to the Constitution. According to Article 90 of the Turkish Constitution, international treaties, which are approved by the Turkish Grand National Assembly and statutes are at the same level in the hierarchy of norms. When the conflict arises between these, the judges and other officials who take legal decisions should have recourse to general principles of law to solve this conflict. These general principles include *lex posterior*, *lex superior* and *lex specialis*⁶. Connected with the conflict between statutes and international treaties, these principles are *lex posterior* and *lex specialis*. While *lex posterior* requires the application of the statute enacted later, *lex specialis* prefers the more specific statute. But with the amendment of 2004, a clause is added to Article 90 of the Turkish Constitution. According to this amendment, international treaties concerned with the basic rights and freedoms have higher status *vis-à-vis* the statutes. Namely, a statute may not be contrary to international treaties containing basic rights and liberties.

This amendment has significant implications for the present essay. For example, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) has been a part of Turkish legal system since 1986. This international treaty conflicts with several provisions of the Turkish Criminal Code. Following the constitutional amendment mentioned above, the rules of the Criminal Code must be aligned with the CEDAW, since it contains basic rights and freedoms. Before the amendment, most of the appeals lodged to the Turkish Constitutional Court, which aimed at annulment of the rules discriminating against women, did not succeed. In these cases, the Constitutional Court did not take into account the CEDAW⁷. But after the constitutional amendment, judges and other officials who take legal decisions will have to take into account the CEDAW and other international treaties that include basic rights and liberties. In other words, since this amendment provides a higher hierarchical level for certain international treaties, judges and legislators must take decisions which are not contrary to these.

In the hierarchy of norms, regulations and by-laws take place under the statutes and codes. Customary rules play role only in a limited sphere of the Turkish legal system. For example, due to the principle of legality (there is neither crime nor punishment without law) in criminal law, customary rules do not come into existence. On the other hand, the Turkish Civil Code gives place to them. But in interpreting and applying the rules connected with the criminal law, one could not completely deny the influence of custom, morality and religion, as long as judges and other officials have discretion. Since the legal realists, it has not been possible to defend a legal system in which all the legal rules are determinate, and a formalist reasoning. Thus, it is natural to find legal

⁶ Güriz, p.7.

⁷ For example, the Constitutional Court rejected the claim that Article 438 of the Criminal Code is contrary to equality principle laid down in the Constitution. This Article provided reduced penalties for men convicted of rape and abduction, if the victim was proved to be a prostitute. The Court justified its decision by stating that harm of the dishonest women is not the same as the harm of honest women. It is obvious that the Court did not take into account the CEDAW in its decision. But this does not mean that the Constitutional Court has never done so. For example, in a case concerning the annulment of Article 441 of the Criminal Code that criminalized female adultery, the CEDAW was regarded relevant by the Constitutional Court.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

discretion in Turkish legal system. Accordingly, it is possible to coincide legal decisions reflecting judges' morals, religion, etc., when they use discretion.

WOMEN'S LEGAL STATUS

Turkey has a dominantly Muslim population. However, Turkish legal system is not based on Islam. Since 1937, secularism has been established as a constitutional principle. This principle prevents the effects of Islam on Turkish law. In other words, Turkey has a secular legal framework. As a result of this, women's legal status in Turkey should not be assessed in the context of religion. Further, Turkish basic codes/statutes were taken directly, of course with necessary adaptations, from the Western European countries. For example, Civil Code was taken from Switzerland, Criminal Code from Italy. Thus, the male dominance in Turkish legal system may not be considered in the context of religion. But there is always a possibility that interpretation and application of legal rules could be affected by religion. Moreover, the process of making statutes or codes could not be isolated completely from the influence of the religion⁸.

Turkish Constitution gives place to the principle of equality, which includes also the sex equality. According to the Article 10 of the Constitution "All individuals are equal before the law, irrespective of language, race, color, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such consideration". This Article has been interpreted generally as formal equality. As *Thomas W. Simon* rightly stated, "formal equality relies on thinking of equality in formal terms"⁹. Obviously, it is not enough to preclude male dominance in actual life and, thus, we need substantive equality.

In 2001, a clause was inserted to the Article 41 of the Constitution, which reads as follows: "The family is the foundation of Turkish society and it is based on the equality of spouses".

Further, in 2004, another amendment was made to the Article 10 of the Constitution, which introduced the following provision: "Women and men have equal rights. State is responsible to bring this equality into life". This provision may seem close to formal equality. But, if we examine the reasoning of the amendment, we can see it aims to provide substantive equality between men and women. This reasoning refers to the Article 23 of the EU Constitution which states: "Equality between men and women must be ensured in all areas, including employment, work and pay. The principle of equality shall not prevent the maintenance or adoption of measures providing for specific advantages in favour of the under-represented sex".

Together with this reasoning, we may claim that in the Turkish legal system statutes and other legal acts must not violate formal and substantive equality. But contrary views may also be put forward: Since the reasoning of a statute is not an integral part of it, it does not have a binding power for

⁸ For example, recent discussions on adultery (as to whether it should be criminalized or not) dominated the negotiations in the Turkish Grand National Assembly during the adoption of the new Criminal Code. As has been stated above, adultery has not been illegal in Turkey since 1996. The proposal given by the government to criminalize adultery after eight years, in the absence of any pressure from the public, is mostly explained with the Islamic-conservative structure of the ruling party.

⁹ Thomas W. Simon, *Law and Philosophy: An Introduction With Readings*, McGraw Hill, 2001, Boston, p.365.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

judges and legislators. Thus, they may not take into account of requirements of substantive equality between the sexes. On the other hand, the amendment made to the Article 90 of the Constitution accords constitutional value to international treaties connected with the basic rights and liberties. For example, since CEDAW requires substantive equality, we may say that in Turkey judges and legislators should take into account of it¹⁰.

Following the amendments to the Turkish Constitution, one may expect not to face legal rules, which discriminate clearly between the sexes. But, despite the formal sex equality enshrined in the Turkish Constitution since 1961, women's equality was disregarded by the statutes. It is possible to observe this in the example of two basic codes in Turkish legal system, namely the Criminal Code and Civil Code, previous to their amendment. This unconstitutional situation has changed in the last decade. More recently, on 22 November 2001, the Turkish Parliament passed a new Civil Code. This Code abolished several provisions of the former Code, which were clearly contrary to equality principle. For example, a provision of the former Civil Code reads as follows: "The husband is the head of the family". Thus, it was allowed to establish the male dominance in the family life. There are also changes regarding the position of women subsequent to the adoption of the new Turkish Criminal Code, which will be examined below.

ARTICLE 434 OF THE FORMER CRIMINAL CODE

A new Turkish Criminal Code was adopted by the Turkish Grand National Assembly on 26 September 2004. It is going to enter into force in April 2005. The current Criminal Code allows discrimination between the sexes and encourages male dominance. For example, it gives place sexual assaults against women under the heading of "Felonies Against Public Decency and Family Order". It reflects the State's viewpoint towards women, since the provisions under this heading do not protect physical integrity, freedom of sex, health etc. of the victim, but family order and public morality. It is possible to discern the reasoning underlying these provisions, which approach the women only in the context of the family and community. Thus, women is not considered as an individual, but part of the society. Moreover, provisions under this heading aim to protect women's honour, which is shaped by the custom and morality, and identified mostly with the women's virginity. Then, in the Turkish Criminal Code in force, sex crimes have been regarded as not harming women's physical integrity, but their honour. Article 434 is an example of this.

Article 434 of the Turkish Criminal Code states: "If the abducted or detained girl or woman and one of the accused or convicted get married, the public prosecution initiated against the husband or if the sentence has been pronounced, the punishment shall be suspended.

If, before the termination of the period prescribed by law, the couple get divorced on ground of a reason unjustly caused by husband, the prosecution shall be renewed. If a sentence was previously rendered, the punishment shall be executed.

¹⁰ Brad R. Roth says, "CEDAW seeks, through a wide range of affirmative measures, to effectuate a substantive equality of women in all realms of social life". See Brad R. Roth, "CEDAW as a Collective Approach to Women's Rights", Michigan Journal of International Law, Vol.24, 2002-2003, p.192. Then, we can say that Turkish legal rules should contain measures that make possible the substantive equality. For example, legal rules should prevent traditional social forms causing the subordination and oppression of women.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

Circumstances requiring the suspension of the public prosecution or punishment against the accused or convicted who got married, also require the suspension of the public prosecution or the punishment against participants”.

This Article can be summarized in the following way: If a woman is raped by more than one person, the marriage of one of the assailants with the victim prevents criminal liability. In the reasoning of this Article, it is stated that it aims to protect victim by obliging the rapist to marry her. Thus, the consequences of her loss of honour will be minimized and interests of the family will be protected. In other words, since the victims of rape have very little chance to marry in the traditional segments of the society, it is thought to be the best solution. In this way, she will have a family through the enforcement of the State and, as a result, the honour of the society and family will also be protected. According to this approach, women lose their honour when they are raped and the way to compensate this loss of honour for them is to marry their rapist or to die.

Article 434 protects patriarchal order and its concept of honour. Since woman is not regarded as an individual or an autonomous person, family and society determine her life. For example, marriage, particularly in Eastern Turkey, is decided by the family. No doubt, in a situation connected with Article 434, the family do not give her a say regarding the marriage decision, *i.e.* it compels her to marry. Societal pressure on women to obey family's decision is most powerful in this case. If she does not obey this decision, she is forced to die or killed by a member of the family. In this last case, we face an example of honour crimes. In these crimes, women are killed in the name of honour: “The killing of women and girls occurs when a woman allegedly steps outside her socially prescribed role, especially, but not only, with regard to her sexuality and to her interaction with men outside her family”¹¹. The main reasons for honour killings are: “the involvement of a girl in an affair with a man despite parental disapproval, bearing an illegitimate child, leaving her husband and escaping with another man, becoming pregnant outside marriage, being a prostitute, etc.”¹².

Honour crimes are a social issue in Turkey and reflect clearly male supremacy. The origins of these crimes lie down not only in the religion and custom; legal norms (like Article 434 of the Criminal Code) also encourage them. On the other hand, judges and other officials are influenced by custom, religion and morality. Thus, it may be expected that they reflect these in their decisions, in particular, when they use their discretion.

Shortly, Article 434 of the Turkish Criminal Code is an example of the law's direct role concerned with the subordination of women. This Article shows that woman is not regarded as an independent person, but conceived as man's property. It also encourages patriarchal relations and prevent women's gaining self-reliance, namely, it reinforces their dependence on men. Lastly, it is an example that male dominance in this country is supported by law, custom and morality.

However, the new Criminal Code, which will enter into force in April 2005, aims to change this face of law. To this end, the Code punishes sex discrimination. Previous to this Code, there is no legislation containing such a provision.

¹¹Violence Against Women: 10 Reports/Year 2003,
http://www.omct.org/pdf/vaw/publications/2003/eng_2003_09_turkey.pdf

¹² Turkey, http://www.ihf-hr.org/viewbinary/viewdocument.php?doc_id=2073

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

The new Criminal Code does not give place to Article 434 and other rules, which directly support male dominance. Further, sexual assaults against women are classified by the Code as “Felonies Against Individuals”. These changes mean that women will be regarded as individuals like men in the legal system and the direct role of law connected with the male dominance will begin to diminish in Turkey. Nevertheless, these changes reflect the formal equality. In terms of substantive equality, they can hardly be regarded as adequate to prevent the male dominance.

CONCLUSION

From the first years of the Turkish Republic, men and women have been conceived as equal beings in respect of having rights and duties. The equality principle in the Constitution reflects this approach. However, until recently, Turkish legislation has been discriminating between sexes and supporting male dominance in spite of this principle, which we tried to show by means of Article 434. This situation has begun to change with the rise of women’s movement in Turkey. Turkey’s prospect of membership to the European Union had also an accelerating effect on the adoption of legal rules in favour of women. These new rules improved and strengthened women’s position in Turkey. However, since these changes have been made as a result of the membership requirements of the European Union, people do not have any inherent meanings of these changes in their life, at least in the short period.

Shortly, the legal system in Turkey is begun to lost its direct role connected with the male supremacy. But, law will maintain its indirect role to support male supremacy, until the basic structure of the society lose its patriarchal order. For this reason, specific legal training for judges and other lawyers on gender issues should be given priority.

THE RULE OF LAW IN EU

by

Dragana Ćorić*

« *The rule of law is better than that of any individual.* » Aristotle

INTRODUCTION

The rule of law is an ancient ideal ,first posited by Aristotle ,as a system of rules inherent in the natural order. It continues to be important normative ideal , especially in these days,when crisis are dominant in most of the world.It refers to legal framework operating in modern societies.

The rule of law implies that government authority may only be exercised in accordance with written laws, which were adopted through an established procedure. The principle is intended to be a safeguard against arbitrary rulings in individual cases. Maybe the most famous definition of the concept of rule of law was laid down by Albert Venn Dicey¹ in his *Law of the Constitution* in 1895 :

« *When we say that the supremacy or the rule of law is a characteristic of the English constitution, we generally include under one expression at least three distinct though kindred conceptions. We mean, in the first place, that no man is punishable or can be made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land. ... every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen ... and all subordinates, though carrying out the commands of their official superiors, are as responsible for any act which the law does not authorise as is any private and unofficial person.*»²

Those who make and enforce the law are themselves bound to adhere to it. The supremacy of law means that all persons (individuals and government) are subjects to law and must uphold it. This concept includes some of the most important ideas, such as: a concept of justice which emphasises interpersonal adjudication, law based on standards and the importance of procedures, restrictions on the exercise of discretionary power, prospective and not retrospective legislation, an independent

* **Assistant at the Law Faculty of the University of Novi Sad, Serbia and Montenegro.**

¹The Australian Achievement: From Bondage to Freedom, Mark Cooray, <http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/index.htm>. For example, the saying "Maa on lailla rakennettava" (By law shall this country be built) represents one of the basic principles of Finnish history. According to that, "there shall be strict compliance with the law in all official functions." The Legacy - the Rule of Law , official site of Ministry of Justice, Finland

² Law of the Constitution (London: MacMillan, 9th ed., 1950), 194, and Wikipedia-free encyclopedia , see also: Ljubomir Tadić: *Metamorfoze pravne države*, Beograd,1991, ppg. 7-8.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

judiciary, the exercise by Parliament of the legislative power and restrictions on exercise of legislative power by the executive, an underlying moral basis for all law³ etc.

According to Dicey, rule or supremacy of law was firmly established in England before the end of the sixteenth century, when liberalism as a political and social philosophy had not even existed. As an opposite of government arbitrariness it might have provided a strong institutional and cultural support for the birth of liberalism in England, whose core teachings included the doctrine of limited government and the right of revolution⁴. The second meaning of rule of law, according to Dicey, is equality before law. Every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals. Nobody can escape thereby from the duties of an ordinary citizen. To Dicey, even in 1915 this principle of rule of law was not universally true among the liberal democratic countries of Europe. The third meaning of rule of law could be formal (that all rules, procedures and decisions can be deduced from the legal system itself) or procedural (as due process of law).⁵

But nothing special can be said of the "justness" of the laws themselves. The aim of this principle is to show how the legal system upholds the law. Sometimes it is better to have even unjust laws, than none. It is considered as a pre-requisite for democracy, and as such, has served as a common basis for human rights discourse. Rule of law refers to «an effective justice system that is accessible, transparent, impartial, independent, efficient and that is supportive of, and reinforced by, the democratic application and enforcement of the law and strengthens promotion and protection of gender equality»⁶. We may say that «there is no peace without justice, and there is no justice without the rule of law»⁷, because all other social values are united in this principle. So, if there is an erosion of rule of law, in any sense, there is also erosion of all social values.

The rule of law requires both citizens and governments to be subjects to known and standing laws. The request for «the good governance» first came from the microeconomic theory, which was stated from the World Bank in 1990⁸, and it was based on the rule of law. It is very clear that rule of law and economic stability and development depend on each other, but this conception makes it even clearer. The supremacy of law also requires generality in the law. This principle is a further development of the principle of equality before the law. Laws should not be made in respect of particular persons. As Dicey stated, the rule of law presupposes the absence of wide discretionary

³ Ibid, Leslie Friedman Goldstein, Judge Hugh M. Morris : The Rule of Law and federative Unions, Presented at the Center for the Study of Law and Society, Berkeley, CA, April 14, 2003

⁴ The right of revolution is considered one of most important rights in a federal state, which means possibility for all member states to depart from original federation. Furthermore, this right is used to determine the right of people to stand against any unfairness or unjust act or law of government. In both of cases it is a violent way for people to show their disagreement with official policy. R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović: Uvod u pravo, Beograd, 2001, pp.75-97.

⁵ According to Weber, only a formally rational legal system can achieve "legal domination" (rule of law) through consistent application of general rules, because only a formally rational legal system can maintain a "consistent system of abstract rules" that is necessary for rule of law.

⁶ Balkans Rule of Law Concept Paper, www.acdi-cida.gc.ca

⁷ Statement by H.E. MR. Dirk Jan Van Den Berg (Ambassador, permanent representative of The Netherlands to the United Nations, on behalf of EU): The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General (S/2004/616) at the Security Council (New York)

⁸ Promoting the Rule of Law-France in the World, a brochure of the French government.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

authority in the rulers, so that they cannot make their own laws but must govern according to the established laws. Those laws ought not to be changeable, at least not so easy. Stable laws are a prerequisite of the certainty and confidence which form an essential part of individual freedom and security. Therefore, laws ought to be rooted in moral principles, which cannot be achieved if they are framed in too detailed a manner.

The idea of the supremacy of law requires a definition of law (to which the above principles may go some way). This must include a distinction between law and executive administration and prerogative decree. A failure to maintain the formal differences between these things must lead to a conception of law as nothing more than authorisation for power, rather than the guarantee of liberty, equally to all.

On the other hand, as Hayek have put it⁹, rule of law means that a government in all its actions is bound by rules fixed and announced rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its powers in given circumstances, and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge. *Ratio* for this principle is that, first, the government should not be allowed to abuse its power by punishing individuals for political or other conveniences; second, it would be very unjust for the government to punish someone for behavior that was recognized as criminal at the time of commission (it would be *retro agere*); third, if we punish individuals in that way, it would result in so many uncertainties that it would create great inefficiencies.

There have been a few critics of the concept of rule of law. One is that by focusing on the procedures used to create the law, one loses sight of the content and consequences of those laws¹⁰. Another, which has been advised by critical theorists, is that the concept of rule of law is merely a method by which the ruling classes can justify their rule, because they are in charge of determining which laws get passed or not. In other words, they argue that the rule of law is in reality the rule of those people who have the power to make or change laws. Here we can recall on Lasky's statement, that nature of the state could be recognized by the values that are being protected by state laws.

Yet another criticism focuses on the emphasis that rule of law places on the prevention of arbitrary action, while giving legitimacy to all actions performed "according to the law", even when most people would oppose those actions¹¹. Some theorists think that rule of law, as an idea and as a kind of the state has a lot of lacks, and that only the idea of «the welfare state» could save the state¹². Still, principle exists and it is considered today as one of the most important principles and also a big political question.

⁹ Bo LI: What Is Rule of Law?, Perspectives, Vol.1 № 5. Hayek accepted the liberal view of rule of law, which was stated by Dacey, but claiming that it may consist of three principles: legal equality, legal security and generality of laws. L.R.Basta: Politika u granicama prava, Beograd, 1984, ppg. 93-95. Also: William P Baumgarth: Hayek and Political Order: The Rule of Law, Journal of Libertarian Studies, Vol.2, Nr.1, pp 11-28, Pergamon Press, Printed in Great Britain, 1978.

¹⁰ From Wikipedia, the free encyclopedia.

¹¹ Ibid.

¹² Nedović Slobodanka: Država blagostanja, Beograd, 1995., pp.11-15.

As evidence to support these objections, the following example is often given: if an authoritarian government commences legal action against a political dissident, that action may not be arbitrary, and it may be made exactly according to the law, but it may still be objectionable.¹³ In other words, that action can be legal, but not legitimate. The rule of law demands existence of both qualities: legality and legitimacy.

THE MINIMAL CONTENT OF THE RULE OF LAW

The keystone of the rule of law is the idea of the government of laws rather than the government of men¹⁴. It means that there is legal control over human discretion. The existence of widespread discretion is therefore directly opposite to the existence of a liberal order. Discretions need to be exercised on the basis of justice or some real justification or even of mere reason. Where there are fixed laws there is (more or less) certainty, there is certainly impartiality (equality before the law) and consistency. A person may stand upon his legal rights without fear or favour.

Discretion, on the other hand, undermines justice. It goes together with *maxima nulla poena, nullum crimen sine lege*, meaning that no man can be prosecuted for offence that is not determined in written law for such, as well that no man can be punished on the way that is not legally approved. Also, laws should apply *prospectively* and not *retroactively*. Retroactivity destroys the certainty of law. It is arbitrary and vindictive, and undermines all other characteristics of the rule of law. An independent judiciary is also required together with the principle of dividing government powers, as constitutive parts of this normative idea.¹⁵

The rule of law is possible only if a number of human and citizen's freedoms are guaranteed and the process of their realization goes without interruptions (for example: political pluralism, the freedom of speech, the freedom of movement inside country borders, etc). The executive must be capable of establishing the social and economic conditions necessary for the life in society¹⁶

Very important is the difference posited between "rule by law" and "rule of law". In the first case, under the rule "by" law, law is an instrument of the government (whether it is democratic or autocratic), and the government is above the law. On the other hand, under the rule "of" law, no one is above the law, not even the government. The authority of law here depends on its degree of autonomy.¹⁷ As an autonomous legal order, rule of law has at least three meanings. First, rule of

¹³ From Wikipedia, the free encyclopedia

¹⁴ R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović: *Uvod u pravo*, Beograd, 2001., ppg: 117-127.

¹⁵ The independence of justices and judiciary in whole is not only the legal question, and is not supposed to be resolved only in that way. It is also important cultural question, that implies to the whole community». See: Gustav Radbruch: *Filozofija prava*, Beograd, 1980, pg. 283.

¹⁶ Democratisation, the rule of law respect for the human rights and good governance: the challenges of the partnership between European Union and the ACP States, paper of European Commission № 146/98, pp. 7

¹⁷ Bo LI: *What Is Rule of Law?, Perspectives*, Vol.1 № 5. It is, the degree to which law is distinct and separate from other normative structures such as politics and religion. Also: *Justice and the Rule of Law: The United Nations Role*, Statement in the Security Council by H.E. Ms. Inga Eriksson Fogh, Ambassador and Chargée d' Affaires a.i. of Sweden, 30 September 2003.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

law is a regulator of government power. Second, rule of law means equality before law. Third, rule of law means procedural and formal justice.

THE RULE OF LAW AS PRINCIPLE IN EU DOCUMENTS

The European Court of Justice has stated once that the Community is based on the rule of law, which is subject to judicial supervision¹⁸. The Community is governed by the rule of law as much as member states, Community institutions and individuals are bound to the basic constitutional charter, the Treaty. «Conscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice»¹⁹. But it is obvious that European Court of Justice has developed a new way to handle with legal problems and legal system of EU itself. The theorists call it the «Community way», which means increased judicialisation and municipalisation of international law, in order to uphold rule of law as principle and as a pillar of EU legal system.²⁰

The institutions of the Union and Member States are subject to the Treaty and Union/Community law when fulfilling Union objectives. The draft Union constitution itself spelled out that the Union is subject to the powers conferred on it – it is a limited entity and one bounded by law. This remained the same in the Constitution of EU. The EU defines the rule of law as a constitutional system whereby the different organs of the state are aligned and limited in such a way that the state cannot illegally infringe on a citizen's rights. In this area EU law itself provides no specific parameters for the necessary reforms; in other words, with regard to the rule of law, *acquis communautaire* does not exist.

In the Preamble to the first European Treaty, the so-called Brussels Treaty of 17 March 1948, the signatory states “resolved to fortify and preserve the principles of ... *the rule of law* which are their common heritage”. Article 3 of the Council of Europe’s Statute signed on 5 May 1949 specifies that “Every Member of the Council of Europe must accept the principles of the *rule of law* ...”. The Preamble to the European Convention contains the following paragraph: “Being resolved as the Governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of

¹⁸ ‘Les Verts’ v Parliament [1986] ECR 1339; European Parliament v Council [1990] ECR I - 2041; Zwartveld [1990] ECR I- 3365. Also: Patrick Birkinshaw, Supranationalism, the rule of law and constitutionalism in the Draft Union Constitution, Queen's Papers on Europeanisation, pg 1-2, <http://www.qub.ac.uk/schools/SchoolofPoliticsInternationalStudies>, Because the running of the European Union (EU) is based on the rule of law there must be some way of making sure that the laws are enforced. also: Leslie Friedman Goldstein, Judge Hugh M. Morris : The Rule of Law and federative Unions, Presented at the Center for the Study of law and Society, Berkeley, CA, April 14, 2003.

¹⁹ From the Preamble to the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

²⁰ More about those arguments on http://www.icjci.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgement/icobe_ijudgement_toc.htm

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

political traditions, ideals, freedom and the *rule of law*...".²¹ EU support for human rights, democracy and the rule of law is established in the Treaties.

In the paper of European Commission № 146/98, which was named «Democratisation, the rule of law respect for the human rights and good governance: the challenges of the partnership between European Union and the ACP States», the Commission has stated that promoting and strengthening the rule of law is one of the top priorities, for a proactive, practical and constructive approach.²² The supremacy of this principle was claimed as fundamental for every democratic state, with regards to promoting and respecting civil, political and other human rights.

Article 6 of the Treaty on European Union (TEU) clearly states that the principles of liberty, democracy, respect for human rights, and the rule of law are fundamental European values. Regulations 975/99 and 976/99 of 29 th April 1999 provided the legal basis for Community activities with intention to consolidate democracy, the rule of law and respect for human rights. A complementary legal basis exists in the Lomé Convention. The EU expansion presents a unique opportunity to strengthen stability and the rule of law²³

The Feira European Council (2000) identified "strengthening the rule of law" as one of four priority areas in which the European Union decided to establish specific capabilities in civilian ESDP.

Furthermore, the draft Treaty establishing a constitution for Europe established in its part I, article 2 (The EU's values) that "the Union is founded on the values of respect for ... *the rule of law* and human rights". Title II, article 7 par. 3 of the Draft Treaty stipulates "Fundamental rights as guaranteed by the European Convention on Human Rights for the protection of human rights and fundamental Freedoms and ... shall constitute general principles of the Union's law". The draft Constitutional Treaty of the European Union refers to "Etat de droit", which is rule of law. Building up European legal culture starts with the principle of the rule of law²⁴. All other values are stated as an inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the and the rule of law."

Nevertheless, the accession criteria laid down at the Copenhagen European Council in 1993 included the following: "membership requires that the candidate country has achieved stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and the respect for and protection of minorities."²⁵ The European Commission's report of November 4, 1998, on the

²¹ The principle of the rule of law, Motion for a resolution presented by Mr Holovaty and others , Doc. 10180, 6 May 2004, Parliamentary Assembly

²² Page 4 of this paper.

²³ Antonio Maria Costa, Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), European Union Enlargement Expands Frontiers of Stability and Rule of Law", United Nations Drugs and Crime Chief Says, UNIS/CP/47929 April 2004.

²⁴ The preamble of European Union Constitution

²⁵ Stable institutions are ought to guarantee democracy, the rule of law, human rights and the protection of minorities (the political criterion); a functioning market economy and the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the EU (the economic criterion), and the ability to take on all the obligations of membership, i.e. the entire body of EU law (the so-called *acquis communautaire*), and adherence to the aims of political, economic and monetary union (the *acquis* criterion). More on : www.europa.eu.int

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

candidates' progress towards accession noted that "a common problem for all the candidate countries remains the inherent weakness of the judiciary, from the training of judges to procedural reform aimed at overcoming excessive delays in court cases." In its report of November 8, 2000, the Commission concluded that the candidates' overall record on respect for the rule of law had improved. It meant that more work had to be done in order to achieve EU standards.

The rule of law and the criminal justice system have been a focus of European Community (EC) assistance to Georgia since 2000 under the "Tacis" programme. Based on the EU-Georgia Partnership and Cooperation Agreement (PCA), it entered into force on 1 July 1999. The EU's cooperation objectives are to build a relationship with Georgia in which respect for democratic principles, the rule of law and human rights, as well as the consolidation of a market economy are fostered and supported.

But it is not enough for the state to claim its own legality or legitimacy. Those qualities must be exercised in the real life, in two possible ways: with common respect to all that counts on minimal content of the principle of rule of law, or punishing every individual who breaks any of mentioned conditions of existing rule of law.²⁶ Some may say that rule of law cannot exist without values such as fairness, justice, equality democracy, and other values that were defined in the natural law theory.

When it comes to explanation of realization of rule of law in European Union and its Member States, we must consider all possible theoretical claims about it. It is not only the recognition of any of those theoretical models of rule of law that may help the legal system of EU to become the most effective international legal system in the world.

THE RULE OF LAW- A WAY TO PROVOKE OR TO CONCILE MEMBER STATES IN EU ?

The rule of law implies that no person or body, however powerful, can break the law with impunity. Every citizen of EU is entitled to expect that not just other citizens, but also public bodies must obey the law. If a public body fails to act in accordance with a binding rule or principle, that is a threat both to individual rights and to the democratic principle that the holders of public office should be accountable to the citizens for their actions.²⁷ It is established to guarantee the rights of the citizens vis-à-vis the Member States²⁸.

Here we can recall on article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which guarantees every individual the right to respect for his or her private life, subject only to narrow

²⁶ Dr Dragan Ilić: Položaj suda i sudija kod nas, 1999, available on www.sirius.lex, from 16.12.2001

²⁷ The citizen, the rule of law and openness Speech by Jacob Söderman, European Ombudsman European Law Conference, Stockholm, 10 -12 June 2001 Session 8, 12 June 2001, 09.00-17.00, "The need for clarity and public access: bridging the gap between the Union and its citizens."

²⁸ Legal Opinion from the international law firm Covington and Burling which presents a devastating critique of plans by EU governments and the Council of the European Union to introduce the mandatory retention of communications data, www.statewatch.org

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

exceptions where government action is imperative. Any interference with the privacy rights, for example, of every user of European-based communications services, cannot be justified under the limited exceptions envisaged by Article 8 because it is neither consistent with the rule of law nor necessary in a democratic society. It is considered that » The indiscriminate collection of traffic data offends a core principle of the rule of law: that citizens should have notice of the circumstances in which the State may conduct surveillance, so that they can regulate their behaviour to avoid unwanted intrusions. Moreover, the data retention requirement would be so extensive as to be out of all proportion to the law enforcement objectives served. Under the case law of the European Court of Human Rights, such a disproportionate interference in the private lives of individuals cannot be said to be necessary in a democratic society»²⁹

In this kind of cases, the rule of law is primarily focused upon individual protection and legal authority for intrusion into an individual's space or affairs. Its primary objective is promoting and maintaining legal validity and certainty in the relationship between individuals and state or supra state structures.

This reference to the "Rechtsstaat/Rule of Law principle" was not expressly mentioned in any of the early relevant cases before The European Court of Justice did that. It actually took a rather long time, until the year 1986, where the court finally used the words Rule of Law in the famous "les Verts" case (C 294/83): "The European Economic Community is a Community based on the Rule of Law, inasmuch as neither its Member States, nor its institutions can avoid a review of the question whether the provisions adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter the treaty".³⁰

After the political changes of 1989 in Central and Eastern Europe, both the Council of Europe and the European Commission deployed important programmes in support of the efforts of numerous countries towards democracy, human rights and the rule of law. In the constitutional traditions common to the Member States, citizenship implies that the relationship between individuals and public authority is founded on the rule of law and the principle of democracy. The European Union is based on these principles, as is made clear by Article 6 of the Treaty on European Union and by the Charter of Fundamental Rights, which was proclaimed in Nice, on 7 December 2000, by the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission.

The efficiency of the rule of law gets wider with respecting of legal decisions, that are used to force national governments to uphold this unique legal system. The main mechanism for that is "the acceptance of the direct effect and supremacy of European law by national courts"³¹. For European citizens, community law is now a reality and the European Court of Justice has achieved this by establishing two essential principles that determine the European Community as a community governed by the rule of law of which there are two rules: 1. the direct effect of community law in the member states, and 2. the primacy of community law over national law. Important, from this

²⁹ Ibid.

³⁰ THE RULE OF LAW by Prof Dr Reinhard Rack, University of Graz, Austria, Member of the European Parliament International Law Conference on ASEAN Legal Systems and Regional Integration

³¹ Karen J. Alter: Establishing the Supremacy of European Law- The Making of an International Rule of Law in Europe, Oxford University Press, 2001, ppg.223-226.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

point of view is the role of EU ombudsman, who upholds the rule of law and promotes good administration; while addressing these legitimate concerns with respect to human rights. It is supposed that citizens cannot really trust the Union unless the Guardian of the Treaty acts fairly and properly.³²

CONCLUSION

The rule of law is kind of a powerful rhetorical weapon, both in legal and political argument. So its deployment must be rather careful.³³ The idea itself is central in the European Union's conception, and was as one of the most important political criteria of the enlargement process in 2004. Some clarification of this core concept is essential if it is to play a meaningful role in future enlargements and, if we are able to make a judgement about whether the criterion is substantive or merely rhetorical. In other words, what purpose must the rule of law serve within a state, beyond the rather trite beliefs that the law rather than individuals rule, and that no one is above the law, if a state is to be admitted to the European Union of states?³⁴

«Fundamentals of rules of law are flouted not only by individuals, armed groups and terrorists, but also by States themselves»³⁵. The European Union is committed to an international order based on the rule of law with the United Nations at its core. At the international level, all countries need a framework of fair rules and the confidence that others will obey them. It comes then to the maintenance and promotion of the rule of law as an imperative.

In the EU, as in the USA, a normative hierarchy was established: the rule became that the highest law governing member-state judges was the law of the EC treaties, next were the regulations and directives adopted by the EC's official policy-making bodies, and lowest in the hierarchy were the constitutions and laws of the member-nation-states.³⁶

As Raz has argued, the rule of law has an independent force³⁷. Lon Fuller wrote of the irreducible moral content of the rule of law as a counter to legal positivism and purely abstract accounts of the rule of law.³⁸ Today, democracy has moved from simple representative model to more transparent, fully developed participatory and inclusive model. The Convention constitution presented to the EU

³² There were some speculations about the existence of Art. 226 and the procedure that it explains. It is secretive and obscure. In his speech Jacob Söderman has argued that: «It is time to reform this antiquated system and demonstrate to citizens that the Union is indeed based on the rule of law».

³³ COURTS AND THE RULE OF LAW MURRAY GLEESON The Rule of Law Series Melbourne University, 7 November, 2001

³⁴ The Rule of Law in the Modern European State- Oakeshott and the Enlargement of Europe by David Boucher, European Journal of Political Theory, Vol. 4, No. 1, 89-107 (2005)© 2005 SAGE Publications

³⁵ October 6, 2004: Statement by H.E. MR. Dirk Jan Van Den Berg, ambassador, permanent representative of The Netherlands to The United Nations, on behalf of The European Union: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General (S/2004/616) at the Security Council (New York)

³⁶ The US/EC parallels are: US--national Constitution above national laws and Presidential orders above state laws and state constitutional provisions. EC treaties above EC regulations and directives and Commission rulings above member-state laws and constitutional provisions.

³⁷ T.Allan :Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law (2001).

³⁸ Lon Fuller: *Moralnost prava*, Podgorica, 2000, pg. 212.

Eastern European Community Law Journal

Volume 1, Issue 2 (January 2005)

summit on 20 June 2003 at Thessaloniki was seen at first as a statement of reinforcing present conception of the rule of law in EU by introducing greater legal certainty, transparency in law making, clearer relationships between the centre and Member States and a clearer division of powers. Between different legal traditions, EU has built its own meaning of rule of law, in whose promotion are equally important national and international aspirations. This kind of convergence can recognize the values of the *rule* of law in order to keep them and uphold them for the future generations.

BOOK REVIEW OF
THE ENFORCEMENT OF FRAMEWORK CONVENTION FOR THE
PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES IN ESTONIA

by

Viktors Urvačovs

Legal Information Centre for Human Rights, *The Enforcement of Framework Convention for the Protection of National Minorities in Estonia* (text in Russian), Legal Information Centre for Human Rights: Tallinn 2002, pp. 1-87
ISBN 9985-9410-0-4

In the preface we can read: 'The book is intended to provide the readers with the opinion of the high authorities of the Council of Europe on the enforcement of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (hereinafter Convention in Estonia' (p.7). The preface provides the reader with exhaustive outline of the book. The Convention became effective in Estonia on February 1 1998. On December 22 1999 Estonian government provided the first report on the enforcement of the Convention. The Advisory Committee of the Convention (hereinafter Committee) adopted an opinion on the report on September 14 2001 (it is considered in Chapter One). On February 26 2002 Estonian government provided its comments about the opinion of the Committee (it is considered in Chapter Two). On April 30 2002 Legal Information Centre for Human Rights published their reprimands regarding comments of the Estonian government about the opinion of the Committee (Chapter Three). On June 13 2002 the Resolution on the Enforcement of the Convention in Estonia was adopted by the Council of Ministers of the Council of Europe (Chapter Four).

From Chapter One we can discover that after considering the report of the Estonian government the Committee pointed out the achievements (positive elements) as well as concern (negative elements). The Committee praised: the improvement of relationship between different ethnic groups; the efforts made to integrate the members of national minorities. The Committee was concerned about the lack of consistent representation in legal framework and administrative practices of protection of national minorities. Especially with regard to laws on language requirement for the persons who run for the elections and laws which regulate the usage of public signs. The Committee also pointed out that some laws (e.g. Law on Cultural Autonomy of National Minorities of 1993) need to be replaced with more effective pieces of legislation. The Committee highlighted the negative impact on equality of high number of non-citizens. The implementation of reform of schools was mentioned as one of the crucial event in order for the Convention to become fully effective. In the end, the Committee underlines the role of recommendations and opinions of the Council of Ministers for the Convention to become fully effective; they also are of importance for the negotiations between the government and national minorities.

Chapter Two provides the insight into comments of Estonian government. It proposed, among other things, to consider the report in light of numerous positive changes, which had taken place. The government also dealt with the controversial question regarding the definition of national minorities in Estonian legislation. The steps taken to integrate non-citizens were discussed. The government also answered the concerns with regard to language requirements (on November 21 2001 the Law on Riigikogu elections and Law on Local Government Elections were amended). The government relied on existing legislation (Law on Language, Law on Citizenship, Law on Languages, and the

Constitution) in dealing with issues most of the issues discussed in the opinion of the Committee. The government also informed the Committee about the ongoing legislative process to protect national minorities.

In Chapter Three the comments of the Estonian government were considered in cold blood. Government adopted program “Integration in the Estonian society 2000-2007” was critically analyzed. The lack of cooperation from the government, lack of access of minority members to the main documents which define their rights and possibilities, lack of effectiveness of Ombudsman, insufficient legislation to protect minorities, lack of government funding of programs aimed to fasten integration in society, etc. – were of concern to the authors.

Chapter Four contains the Resolution, which consists of three parts. Estonian government was called to continue its dialogue with the Committee and to inform the Committee about the steps taken in response to conclusions and recommendations contained in first two parts of the Resolution.

This is a remarkable collection of documents regarding such an important topic as the enforcement of the Convention in Estonia. The reader can understand the origins of the Resolution on the Enforcement of the Convention in Estonia, which was adopted by the Council of Ministers of the Council of Europe. This book could be very useful to both lawyers who work in the area of human rights law and ordinary residents of Estonia who wish to know more about the protection of their rights.

**ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ В
МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА**

Наталия Осояну*

Abstract

LEGAL POSITION OF REAL PERSONS IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA

by

Natalia Osoianu

Lecturer, Master of International Law, Department of International Law of the Free International University of Moldova (ULIM), Republic of Moldova

The aim of this article was a comparative analysis between the norms of Moldavian legislation and the norms of foreign legislation (France, Austria, Germany, Hungary, Russian Federation, Romania). Moldavian legislation in this matter had been overviewed in complex, taking in consideration not only the provisions of Civil Code, but other laws as well.

The basic problem in this sphere is that every foreigner or a person without citizenship is subordinated at least to two legal systems: his national system of citizenship or domicile and the system of the state where he became a party to some legal relationships.

There are some general principles, specific to this sphere of relations – e.g., the principle of national regime, principle of permitted unknowing of foreign legislation and so on. These are those explored in this articles in relation to the legislation of the Republic of Moldova.

1. ПРАВОСПОСОБНОСТЬ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН И ПРИНЦИП НАЦИОНАЛЬНОГО РЕЖИМА

Физические лица, находящиеся в пределах конкретного государства, делятся, как правило, на три категории:

- 1) *собственные (отечественные) граждане*, на которых распространяется действие национального законодательства;
- 2) *иностранные граждане*, или лица, имеющие особую правовую связь с определенным государством, вследствие чего на них распространяются, по меньшей мере, два правопорядка: национальный и государства местонахождения;
- 3) *лица без гражданства*, которые, тем не менее, обладают *домицилем* – страной или территорией, которая рассматривается как место их оседлости, то есть постоянного проживания в течение неограниченного или достаточно длительного периода времени.

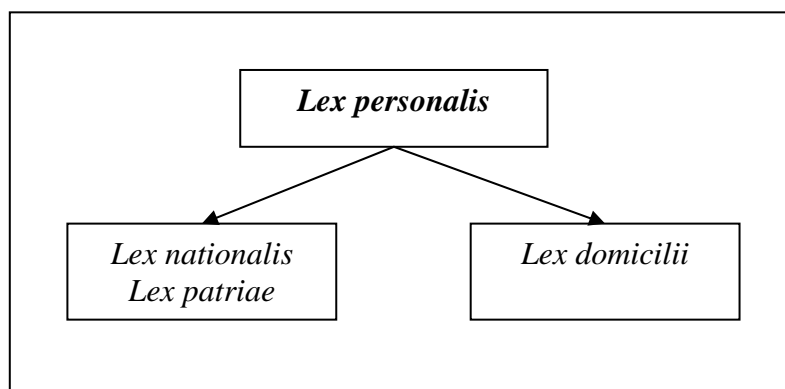
Возможно выделение и других категорий. К примеру, существуют лица, обладающие *множественным гражданством* – но, по сложившейся правовой традиции, если такое лицо находится в стране, гражданством которой обладает, то оно рассматривается как

отечественный гражданин, а если оно находится в стране, гражданством которой не обладает – как иностранец; возможен также вариант, когда из этих двух и более гражданств будет выбираться государство более тесной связи. Так, в соответствии с *частью (2) статьи 1587 Гражданского Кодекса* [6] при наличии у лица двух или более гражданств национальным законом считается право государства, с которым лицо наиболее тесно связано, а в соответствии с *частью (5) статьи 1587 Гражданского Кодекса РМ* национальным законом гражданина Республики Молдова, который в соответствии с иностранным законом считается имеющим другое гражданство, считается закон Республики Молдова – по этой причине такие граждане не выделяются в отдельную категорию. Кроме того, существует такая категория физических лиц, как *беженцы*.

Кроме того, в законодательстве некоторых стран предусмотрено деление иностранцев на несколько категорий. Так, например, во Франции в соответствии с «законом Паскуа» существуют [7, с. 5-6]:

- посетители (туристы, временно пребывающие на территории Франции);
- студенты;
- лица наемного труда (сезонные рабочие);
- лица, получившие вид на жительство на срок 3 года;
- резиденты – лица, получившие вид на жительство на срок 10 лет.
- В Испании иностранцы подразделяются на следующие категории [7, с.6]:
- туристы (с оформлением визы, допускающей пребывание до 90 дней);
- студенты (с оформлением учебной визы); работники по найму (с оформлением визы для получения вида на жительство);
- лица, имеющие вид на жительство и осуществляющие деятельность без контракта (предприниматели, инвесторы);
- лица, проживающие в Испании без права получения доходов (с оформлением визы для получения вида на жительство);
- лица, живущие на пенсию или ренту (с оформлением соответствующей визы и вида на жительство).

Все физические лица обладают *правоспособностью и дееспособностью*. По общему правилу гражданская правоспособность лица – это его способность иметь гражданские права и нести обязанности, возникающая с момента рождения и устанавливаемая законом. В соответствии с *частью (1) статьи 1587 Гражданского Кодекса* гражданское состояние и правоспособность физического лица определяются *национальным законом*. Известно, что национальный или личный закон (*lex personalis*) существует в двух разновидностях – *закона гражданства* (*lex nationalis* или *lex patriae*) и *закона местожительства* (*lex domicilii*).



В связи с этим части (2) и (3) статьи 1587 Гражданского Кодекса конкретизируют часть (1):

- национальным законом гражданина считается закон государства, гражданство которого это лицо имеет, при этом гражданство определяется на основании закона государства, на гражданство которого делается отсылка;

- национальным законом лица без гражданства считается закон государства, в котором это лицо имеет место жительства или место нахождения.

Часть (4) этой статьи устанавливает, что национальным законом беженца считается закон государства, предоставившего убежище.

Следует отметить, что страны системы «общего права» (англосаксонской системы) пользуются преимущественно критерием домицилия, а страны континентальной (романо-германской) системы права – критерием гражданства.

Как утверждает М.Иссад, «выбор домицилия или гражданства в качестве элемента привязки был сделан вовсе не по чисто теоретическим соображениям. По старому европейскому праву каждая провинция и каждый город имели свой личный статус. Закон домицилия был принят в качестве личного закона, поскольку не было другого, а не потому, что его предпочли закону гражданства, которого ещё не существовало» [9, с.123]. Закреплению критерия гражданства в качестве основного для континентальной системы права во многом способствовало принятие в 1804 г. Гражданского кодекса – так называемого «Кодекса Наполеона» [11, с.133]. Применение критерия гражданства, как уже упоминалось, в некоторых случаях может осложняться множественным гражданством. В этих целях следует упомянуть два принципа, которые часто используются в международном частном праве: принцип «*эффективности гражданства*» и принцип «*равенства гражданства*» [11, с.134]. В первом случае, т.е. при выборе «эффективного» (или наиболее присущего) гражданства используются критерии места жительства, наличия родственных или профессиональных связей, наличия недвижимости. Этот принцип применяется при рассмотрении отношений с участием иностранца, имеющего множественное гражданство. Принцип «*равенства гражданства*» применяется при рассмотрении отношений с участием отечественного гражданина, имеющего множественное гражданство, - при этом никакое гражданство не рассматривается

как преимущественное, однако предполагается осуществление отечественной юрисдикции, даже если лицо фактически связано с иностранным государством.

Что касается domicilia, то ни в коем случае нельзя сводить этот критерий только к постоянному месту проживания. Система гораздо сложнее: так, существуют *domicilium по выбору* и *domicilium по происхождению* [11, с.135]. При рождении лицо приобретает domicilium по происхождению, каковым считается страна, где domicилирован его отец. До достижения совершеннолетия domicilium ребенка следует domicилию отца. Если отец не установлен или его нет в живых, ребенок следует domicилию матери. Совершеннолетнее лицо может установить domicilium по выбору, для чего требуются три условия: право- и дееспособность, постоянное пребывание и намерение. Намерение – наиболее сложный элемент domicilia, предполагающий желание постоянно, бессрочно пребывать на данной территории. Намерение должно быть свободным от внешнего давления. «Намерение какого-либо лица сделать ту или иную страну своей постоянной резиденцией (местом своего постоянного пребывания) не требует того, чтобы это лицо знало, что тем самым оно меняет свой domicilium» [8, с.135]. Фактическое проживание даже в течение длительного времени не рассматривается как domicilium, если лицо намерено покинуть государство проживания в случае наступления в неопределенном будущем какого-либо события.

Правоспособность иностранного гражданина на территории государства местонахождения подчиняется *принципу национального режима*, установленному во внутригосударственном акте или в международном договоре. Так, в *статье 19 часть (1) Конституции Республики Молдова* [2] предусмотрено, что иностранные граждане и лица без гражданства имеют те же права и обязанности, что и граждане Республики Молдова, с исключениями, установленными законом. Аналогичное правило содержится в *статье 5 часть (1) Закона РМ «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Молдова»* [3]. Кроме того, в *части (2)* этой же статьи предусмотрено, что пользование иностранными гражданами и лицами без гражданства правами и свободами не должно наносить ущерба интересам государства, правам и законным интересам граждан Республики Молдова и других лиц, а в *части (3)* – что иностранные граждане и лица без гражданства равны перед законом и властями независимо от расы, национальности, этнического происхождения, языка, религии, пола, взглядов, политической принадлежности, имущественного положения или социального происхождения». И, наконец, отметим также *статью 1588 Гражданского Кодекса РМ*, которая устанавливает следующее: «Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Республике Молдова гражданской правоспособностью наравне с гражданами Республики Молдова, кроме случаев, установленных Конституцией, другими законами Республики Молдова или международными договорами, одной из сторон которых является Республика Молдова».

Другим аспектом национального режима является то, что иностранец не может претендовать на предоставление ему в государстве пребывания прав, которыми граждане этого государства обладают, хотя бы такие права и полагались ему в соответствии с национальным законом.

Принцип предоставления национального режима иностранным гражданам и лицам без гражданства содержится не только в национальном законодательстве, но и в двусторонних и

многосторонних международных соглашениях. Так, в *Конвенции СНГ «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» от 22.01.1993 года* [1] предусмотрено, что граждане каждой из Договаривающихся Сторон, а также лица, проживающие на её территории, пользуются на территории всех других Договаривающихся Сторон в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане данной Договаривающейся Стороны. Следует заметить, что категория «лица, проживающие на территории Договаривающейся стороны», включает лиц, которые являются гражданами стран, не входящих в СНГ – и при этом на них также распространяется защита, предоставляемая Конвенцией (к примеру, гражданин Румынии, постоянно проживающий на территории Молдовы, в соответствии с положениями Конвенции может пользоваться на территории Украины такой же правовой защитой, что и украинский гражданин).

Законом установлены определенные изъятия из принципа национального режима. Так, например, *Закон РМ «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Молдова»* предусматривает, что иностранные граждане и лица без гражданства:

- 1) не имеют права избирать и быть избранными в законодательные, исполнительные и другие выборные органы (статья 19, часть 1);
- 2) не имеют права принимать участие во всенародном голосовании (статья 19, часть 1);
- 3) не могут быть членами партий и других общественно-политических организаций (статья 19 часть 2);
- 4) не могут проходить военную службу в Вооруженных силах Республики Молдова (статья 20).

В некоторых случаях законодательство РМ обуславливает обязательное наличие молдавского гражданства для занятия определенной деятельностью – к примеру, только гражданин Республики Молдова может быть адвокатом [4, ст. 8 ч.(2)] или кандидатом на должность судьи [5, ст. 6 ч.(1)].

Правоспособность иностранных физических лиц может ограничиваться также посредством установления перечня секторов экономики, в которых не может быть занят иностранец. Наиболее часто встречающимися обстоятельствами рассматриваемого рода является ограничение деятельности иностранных инвесторов в соответствующих сферах, например, в области разработки недр, добычи полезных ископаемых, рыболовства и т.д.

Следует упомянуть также такое право лица, как право на имя. В *статье 1589 Гражданского Кодекса* предусмотрено, что право иностранного гражданина или лица без гражданства на имя, его использование и защиту определяются его национальным законом. Защита от актов, посягающих на право на имя, совершенных на территории Республики Молдова, обеспечивается в соответствии с законодательством Республики Молдова.

2. ДЕЕСПОСОБНОСТЬ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН. ПРИНЦИП «ИЗВИНИТЕЛЬНОГО НЕЗНАНИЯ ИНОСТРАННОГО ЗАКОНА»

Вопросы *дееспособности* иностранных граждан в международном частном праве традиционно определяются в основном по личному закону в обоих его разновидностях. В соответствии со *статьей 1590 ГК* дееспособность иностранного гражданина или лица без гражданства определяется его *национальным законом*. Аналогичное положение содержится в *статье 23 Конвенции о правовой помощи 1993 года*.

Лицо, не обладающее дееспособностью по своему национальному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по закону места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона сделки знала или должна была знать об отсутствии у него дееспособности (*часть (2) статьи 1590 Гражданского Кодекса*). Принцип «извинительного незнания иностранного закона» был сформулирован впервые в 1861 году в решении французского Кассационного суда по так называемому «Делу Лизарди» [7, с.7-8]. Лизарди – мексиканский гражданин 23 лет – при совершении в Париже сделки купли-продажи драгоценностей произвел расчет с помощью векселей, которые были затем представлены в банк. Последний отказался от их оплаты на том основании, что векселя выданы несовершеннолетним лицом (по действовавшему тогда мексиканскому закону совершеннолетие наступало в 25 лет). Лизарди вслед за этим решил отказаться от сделки, сославшись на её недействительность по причине отсутствия дееспособности – при этом согласно французскому закону он являлся совершеннолетним. Суд признал сделку действительной и обязал Лизарди уплатить требуемую сумму, поскольку «француз не может быть обязан знать законы разных государств, касающиеся несовершеннолетия... для действительности сделки достаточно, если француз действовал без легкомыслия, добросовестно и не допустил небрежности». Вынесение решения по этому делу считается значимой вехой в развитии международного частного права, поскольку в предшествовавший период действовал принцип, по которому дееспособность во всех случаях определялась национальным законом. Итак, дееспособность иностранного гражданина или лиц без гражданства в отношении следок, совершаемых на территории РМ, и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, определяется по законодательству РМ (*часть (3) статьи 1590 Гражданского Кодекса*), при этом распространение на лицо нового национального закона не затрагивает его совершеннолетие, приобретенное и признанное в соответствии с ранее применяемым законом (*часть (4) статьи 1590 Гражданского Кодекса*). Уточним, однако, что дееспособность определяется по закону места совершения сделки только в рамках обязательственных или вещно-правовых отношений; в иных областях – семейной, трудовой, наследственной – действуют или общее правило по статье 1590, или собственные правила. Ещё одно исключение – сделки с недвижимостью: во многих странах законодательно закреплено положение, по которому способность лица заключить сделку по поводу недвижимой собственности определяется *законом места нахождения этой собственности (lex rei sitae)*.

Дееспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в области предпринимательской деятельности определяется в соответствии со *статьей 1595 Гражданского Кодекса РМ*, которая гласит: «Статус коммерсанта, позволяющий иностранному гражданину или лицу без гражданства осуществлять коммерческую

деятельность без образования юридического лица, определяется по закону государства, где иностранный гражданин или лицо без гражданства получили *разрешение на осуществление коммерческой деятельности*».

В соответствии со *статьей 1594 Гражданского Кодекса* регистрацию актов гражданского состояния граждан Республики Молдова, проживающих за её пределами, осуществляют консульские учреждения Республики Молдова, а при отсутствии таковых – посольства. В этом контексте следует также учитывать положения *Закона РМ «Об актах гражданского состояния» №100-XV от 26.04.2001 (МО №97-99 от 17.08.2001)*. В соответствии со *статьей 10 «Право иностранных граждан и лиц без гражданства на регистрацию актов гражданского состояния в Республике Молдова»* иностранные граждане, проживающие или временно находящиеся в Республике Молдова, вправе требовать регистрации актов гражданского состояния на тех же условиях, что и граждане Республики Молдова. Лица без гражданства, проживающие в Республике Молдова, лица, ходатайствующие о предоставлении убежища, и беженцы при регистрации актов гражданского состояния имеют те же права и несут те же обязанности, что и граждане Республики Молдова.

В соответствии со *статьей 13 «Признание действительными в Республике Молдова документов о регистрации актов гражданского состояния, выданных компетентными органами иностранных государств»*, документы о регистрации актов гражданского состояния, выданные иностранным гражданам и лицам без гражданства компетентными органами иностранных государств в соответствии с законами этих государств, признаются действительными в Республике Молдова, если они легализованы в установленном порядке и если иное не предусмотрено международными соглашениями. Записи актов гражданского состояния граждан Республики Молдова, составленные компетентными органами иностранных государств, имеют доказательную силу в стране только в случае, если они перерегистрированы (вновь зарегистрированы) в регистрах актов гражданского состояния Республики Молдова. Перерегистрация записей актов гражданского состояния и внесение отметок, полученных из-за рубежа, в записи актов гражданского состояния производится органом записи актов гражданского состояния муниципия Кишинэу по согласованию с Главным управлением гражданского состояния Департамента информационных технологий. Граждане Республики Молдова обязаны подавать заявления о перерегистрации в течение шести месяцев со дня возвращения в страну или со дня получения из-за рубежа свидетельства о регистрации акта гражданского состояния, копии записи акта гражданского состояния или выписки из такой записи.

Полномочия консулов по регистрации актов гражданского состояния предусмотрены в различных консульских конвенциях. Так, например, существует *Консульская конвенция между Республикой Молдова и Российской Федерацией от 14.06.94 (МО №19-20 от 27.03.1997)*. В *статье 9* этой Конвенции предусмотрены функции по вопросам гражданства и гражданского состояния.

Консульское должностное лицо имеет право:

- а) вести учет граждан представляемого государства;

b) принимать любые заявления по вопросам гражданства представляемого государства;

c) регистрировать рождение и смерть граждан представляемого государства и выдавать соответствующие акты;

d) регистрировать заключение и расторжение браков между гражданами представляемого государства и выдавать соответствующие акты.

Консульское должностное лицо сообщает компетентным властям государства пребывания о произведенной регистрации заключения и расторжения браков, если этого требует законодательство государства пребывания.

Примерно такие же положения можно обнаружить и в других консульских конвенциях РМ с зарубежными странами.

3. ОГРАНИЧЕНИЕ И ЛИШЕНИЕ ДЕЕСПОСОБНОСТИ В МЧП

В соответствии со статьей 1591 *Гражданского Кодекса* иностранный гражданин или лицо без гражданства могут быть признаны недееспособными или ограниченно дееспособными в соответствии с законодательством РМ (часть 1). Законное представление недееспособного иностранного гражданина или лица без гражданства, а также оказание помощи недееспособному иностранному гражданину или лицу без гражданства осуществляются в соответствии с законом, регулирующим правоотношения представительства или оказания помощи (*часть (2) статьи 1591 Гражданского Кодекса*).

Следует отметить, что проблема ограничения и лишения дееспособности в МЧП является достаточно сложной, поскольку в этой области существуют значительные расхождения в материальном праве различных государств. Попытка унифицировать материальное право в данной сфере была предпринята в 1905 году, когда состоялось подписание *Гаагской конвенции об ограничении дееспособности совершеннолетних* – однако, основным принципом этой Конвенции являлся принцип гражданства, поэтому Дания, Норвегия, Великобритания и США не участвовали в ней. В конечном итоге широкого распространения Конвенция не получила.

К настоящему времени в доктрине МЧП сформировалось несколько *принципов*, касающихся этого вопроса, а именно:

- 1) лишение дееспособности или поражение (ограничение) в правах иностранца должно подчиняться его личному закону;
- 2) учреждениями, компетентными объявить лицо ограниченно дееспособным или лишенным дееспособности, являются учреждения страны гражданства или основного места жительства (домициля);

3) юридические последствия признания лица ограниченно дееспособным или полностью недееспособным определяются по праву того государства, в котором имело место такое признание.

Правовой статус конкретного лица может осложниться в случаях признания его недееспособным за границей, поскольку встает проблема действительности такого признания в соответствующем государстве. В определенной степени об этом говорится в части 4 статьи 1592 Гражданского Кодекса, в соответствии с которой опека или попечительство, установленные над гражданами Республики Молдова, проживающими за её пределами, признаются действительными, если против установления опеки или попечительства либо против их принятия нет оснований на законе возражений консульского учреждения Республики Молдова, аккредитованного в соответствующем государстве, а при отсутствии такового – посольства. Обычно проблемы такого рода разрешаются в двусторонних или многосторонних договорах о правовой помощи.

Так, в статье 25 Конвенции о правовой помощи 1993 года предусмотрено следующее:

(1) По делам о признании лица ограниченно дееспособным или недееспособным, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2) и 3) настоящей статьи, компетентен суд Договаривающей Стороны, гражданином которой является это лицо.

(2) В случае если суду одной Договаривающейся Стороны станут известны основания признания ограниченно дееспособным или недееспособным проживающего на её территории лица, являющегося гражданином другой Договаривающейся Стороны, он уведомит об этом суд Договаривающейся Стороны, гражданином которой является данное лицо.

(3) Если суд Договаривающейся Стороны, который был уведомлен об основаниях для признания ограниченно дееспособным или недееспособным, в течение трех месяцев не начнет дело или не сообщит свое мнение, дело о признании ограниченно дееспособным или недееспособным будет рассматривать суд той Договаривающейся Стороны, на территории которой этот гражданин имеет место жительства. Решение о признании лица ограниченно дееспособным или недееспособным направляется компетентному суду Договаривающейся Стороны, гражданином которой является это лицо.

(4) Положения пунктов 1) – 3) настоящей статьи применяются соответственно и к восстановлению дееспособности.

Итак, очевидно, что положения части (1) статьи 1591 Гражданского Кодекса не вполне соответствуют Конвенции 1993 года и, по крайней мере, в отношениях между странами-участницами СНГ эта статья применяться не должна, поскольку в соответствии со статьей 1586 Гражданского Кодекса положения Книги 5 Гражданского Кодекса применяются в случаях, когда международными договорами не установлено иное. В отношениях с другими государствами также следует учитывать наличие договоров о правовой помощи и их содержание.

В аспекте признания иностранного гражданина или лица без гражданства недееспособным или ограниченно дееспособным следует упомянуть также вопрос опеки и попечительства. Так, в соответствии со *статьей 1592 Гражданского Кодекса* установление, изменение, последствия и прекращение отношений опеки и попечительства над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченно дееспособными совершеннолетними лицами, а также отношения между опекуном или попечителем и подопечным регулируются национальным законом подопечного (*часть 1*). Принятие опекуна или попечительства регулируется национальным законом лица, назначенного в качестве опекуна или попечителя (*часть 2*). Отношения между опекуном или попечителем и подопечным определяются по закону государства, учреждение которого назначило опекуна или попечителя. В случае, когда подопечный проживает в Республике Молдова, применяется закон Республики Молдова, если он более благоприятен для подопечного (*часть 3*). Опека или попечительство, установленные над гражданами Республики Молдова, проживающими за её пределами, признаются действительными, если против установления опеки или попечительства либо против их принятия нет оснований на законе возражений консульского учреждения Республики Молдова, аккредитованного в соответствующем государстве, а при отсутствии такового – посольства (*часть 4*).

4. БЕЗВЕСТНОЕ ОТСУТСТВИЕ. ОБЪЯВЛЕНИЕ ЛИЦА УМЕРШИМ

В соответствии со *статьей 1593 Гражданского Кодекса* судебное решение о признании иностранного гражданина или лица без гражданства безвестно отсутствующим либо об объявлении его умершим принимается или отменяется в соответствии с национальным законом данного лица. Если установить этот закон невозможно, применяется право РМ.

С точки зрения наличия либо отсутствия в правовой системе института объявления лица безвестно отсутствующим или умершим можно выделить следующие группы стран:

- 1) страны, в праве которых отсутствует этот институт (Великобритания, США);
- 2) страны, в праве которых не признается этот институт, но в некоторых случаях возможно вынесение в рамках судебного производства по конкретному делу судебного определения о безвестном отсутствии лица, которое будет иметь значение только для данного дела, но не для иных отношений (Франция);
- 3) страны, в праве которых имеются специальные законы, предусматривающие порядок признания безвестно отсутствующего лица умершим, а также конкретные предпосылки для такого признания (Австрия, ФРГ, Италия), либо разработаны отдельные нормы (Польша, Венгрия, Чехия, Россия, Молдова и др.).

Коллизионные аспекты безвестного отсутствия и объявления умершим решаются на основе привязки отношения к *личному закону*. В некоторых случаях, когда квалификацию дает судебное учреждение другого государства, применяется закон суда – *lex fori*.

Обратимся вновь к *Конвенции о правовой помощи 1993 года*. В статье 25 предусмотрено следующее:

(1) По делам о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим и по делам об установлении факта смерти компетентны учреждения юстиции Договаривающейся Стороны, гражданином которой лицо было в то время, когда оно по последним данным было в живых, а в отношении других лиц – учреждения юстиции по последнему месту жительства лица.

(2) Учреждения юстиции каждой из Договаривающихся Сторон могут признать гражданина другой Договаривающейся Стороны и иное лицо, проживающее на её территории, безвестно отсутствующим или умершим, а также установить факт его смерти по ходатайству проживающих на её территории заинтересованных лиц, права и интересы которых основаны на законодательстве этой Договаривающейся Стороны.

(3) При рассмотрении дел о признании безвестно отсутствующим или объявлении умершим и дел об установлении факта смерти, учреждения юстиции Договаривающихся Сторон применяют законодательство своего государства.

5. ПРАВОВОЙ СТАТУС ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ В НЕКОТОРЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

В соответствии с *Федеральным законом Австрии о международном частном праве 1978 г.* [10, с.160] право- и дееспособность лица определяются согласно его личному закону (§12). Использование имени лица определяется согласно его соответствующему личному закону, на каком бы основании приобретение имени ни покоилось. Защита имени определяется согласно праву того государства, в котором осуществляется нарушающее действие (§13). Условия, последствия и прекращение объявления умершим или представления доказательств смерти определяются согласно последнему известному личному закону безвестно отсутствующего (§14). Условия, последствия и прекращение лишения дееспособности определяются согласно личному закону затрагиваемого ими лица.

В *венгерском Указе 1979 г. №13 о международном частном праве* [10, с.231] лицам посвящена Глава II, которая содержит, в частности, следующее положение: §10. (1) Правоспособность, дееспособность человека и личный статус в целом, а также права, связанные с личностью, определяются по его личному закону. (2) По требованиям, вытекающим из нарушения прав, связанных с личностью, применяется право места и времени совершения правонарушения; однако если для потерпевшего в отношении возмещения вреда или восстановления нарушенного права более благоприятным является венгерское право, применяется это право.

Согласно *Вводному закону 1896 г. к Гражданскому уложению Германии* [10, с.271], правоспособность и дееспособность лица подчиняются праву того государства, гражданином которого оно является. Это правило действует также в той мере, в какой дееспособность вследствие вступления в брак расширяется. Однажды полученной правоспособности или дееспособности приобретением или утратой правового статуса гражданина Германии ущерб не наносится (ст. 7). В соответствии со *статьей 9* объявление умершим, установление факта смерти и момента смерти, как и презумпция нахождения лица в живых, и презумпция его смерти, подчиняются праву того государства, гражданином которого являлся безвестно отсутствующий в тот последний момент, в который он по имеющим сведениям был ещё жив.

Если безвестно отсутствующий в этот момент являлся гражданином иностранного государства, то он может быть объявлен умершим согласно германскому праву, когда для этого присутствует обоснованный интерес. В соответствии со *статьей 10* имя лица подчиняется праву того государства, гражданином которого это лицо является.

Во *Французском Гражданском кодексе 1804 г.* [10, с. 594] предусмотрены следующие положения относительно статуса физических лиц. Прежде всего, в соответствии со *статьей 11* иностранец пользуется во Франции такими же гражданскими правами, как те гражданские права, которые предоставлены или будут предоставлены французам по договорам с государством, к которому принадлежит этот иностранец. В соответствии со *статьей 14* иностранец, даже не находящийся во Франции, может быть вызван во французские суды для исполнения обязательств, заключенных им во Франции с французом. Согласно *статье 15* француз может быть привлечен к французскому суду по обязательствам, принятым им в иностранном государстве, даже и в отношении иностранца. В *статье 102* указано, что местом жительства каждого француза, в отношении осуществления его гражданских прав, является место, где он имеет свое основное обзаведение (*établissement*). Кроме того, в Кодексе содержится значительное число норм, регулирующих регистрацию актов гражданского состояния в случае, если в отношении имеется иностранный элемент.

В *Гражданском кодексе Российской Федерации* (часть 3) [11, с.211] предусмотрено понятие *личного закона физического лица*. В соответствии с *частью (1) статьи 1195* личным законом физического лица считает право страны, гражданство которой это лицо имеет. Если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право. Если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом является российское право. При наличии у лица нескольких иностранных гражданств личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Личным законом беженца считается право страны, предоставившей ему убежище. В соответствии со *статьей 1196* гражданская правоспособность лица определяется его личным законом. При этом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных законом. В соответствии со *статьей 1197* гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом. Физическое лицо, не обладающее дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона сделки знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности.

В *румынском Законе 1992 г. №105 «Применительно к регулированию отношений международного частного права»* [10, с.494] данной проблеме посвящена глава 2. Так, в соответствии со *статьей 11* состояние, правоспособность и семейные отношения физических лиц регулируются их личным законом, если только специальными положениями не предусмотрено иное. В соответствии со *статьей 12* личным законом физического лица является закон того государства, гражданином которого это лицо является. Установление и доказывание гражданства осуществляется в соответствии с законом того государства, на

гражданство которого ссылаются. Личным законом румынского гражданина, который в соответствии с рассматривается как имеющий другое гражданство, является румынский закон. Личным законом иностранца, являющегося гражданином нескольких государств, является закон того государства, в котором он имеет свое место жительства или, при отсутствии такового, место пребывания. К лицу без гражданства применяется закон его места жительства или, при отсутствии такового, закон места пребывания.

6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Итак, в настоящей статье рассмотрены основные положения, касающиеся правового статуса физических лиц в международном частном праве.

Нормы международного частного права регулируют имущественные и личные неимущественные права иностранцев, а также их семейные, трудовые и процессуальные права. Особая сложность этого регулирования заключается, как отмечают практически все правоведы, в том, что иностранец подчиняется одновременно двум порядкам: отечественному (правопорядку государства гражданства или постоянного места жительства) и государства пребывания. В связи с необходимостью разрешить возникающие вследствие этой двойственности вопросы в доктрине международного частного права были разработаны и нашли отражение на практике многочисленные принципы, среди которых принцип «национального режима», принцип «извинительного незнания иностранного закона», принцип применения личного закона.

Важность этой темы очевидна, особенно в настоящее время и в условиях Республики Молдова. Вследствие глобальных интеграционных процессов миграция возрастает во всем мире, при этом для каждого государства возрастает и необходимость обеспечить своим гражданам надежную правовую защиту – в этих целях и существует международное частное право.

7. БИБЛИОГРАФИЯ

*** ЛЕКТОР, МАГИСТР ПРАВА КАФЕДРА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА, УЛИМ**

1. Конвенция ратифицирована постановлением Парламента №402-ХІІІ от 16.03.95, опубликована в официальном издании "Tratate Internaționale", 1999 г., том.16.
2. Статья 19 КРМ в редакции Закона 1469-ХV от 21.11.02, МО №169 от 12.12.02.
3. Закон РМ №275-ХІІІ от 10.11.94, МО №20 от 29.12.94.
4. Закон РМ №1260-ХV от 19.07.2002, МО №126-127, 2002.
5. Закон РМ №544-ХІІІ от 20.06.1995, МО №97-98, 2003.
6. Закон РМ №1107-ХV от 06.06.02, МО № 82-86 от 22.06.2002.
7. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 2. Особенная часть: Учебник. – 2-ое изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002.
8. Вольф М. Международное частное право. – М.: 1948 г. С. 132. – Цитируется по изданию: Толстых В. Коллизионное регулирование в МЧП. – М.: СПАРК, 2002.
9. Иссад М. Международное частное право. М.: 1989 г.
10. Международное частное право: Иностранное законодательство. / сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. (Серия: «Современное зарубежное и международное частное право»)
11. Толстых В. Коллизионное регулирование в МЧП. – М.: СПАРК, 2002.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ АВТОРСКИХ ПРАВ
В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

(анализ и сравнительная характеристика)

Наталья Осояну

От самых ранних ритуалов доисторической эпохи, первой музыки и танцев, похоронных обрядов, наскальных рисунков, письменного слова, фольклора и театрального представления до использования современных технологий, таких как фонограмма, кинолента, беспроводное вещание, программное обеспечение и цифровая запись, человечество идентифицировало себя через посредство культурного творчества и его выражений в виде художественных произведений и исполнений, которые могут быть описаны в качестве интеллектуальной собственности.

ВСЕМИРНАЯ ДЕКЛАРАЦИЯ

ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

от 26 июня 2000 г.

Среди фундаментальных прав человека немаловажное место занимает право на защиту результатов его интеллектуального творчества. Оно упоминается в статье 27 Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 года и статье 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года. Оба этих документа устанавливают право каждого человека "свободно участвовать в культурной жизни общества, наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами", а также "право на защиту моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является". Пакт, помимо этого, устанавливает также обязанность государств уважать свободу, необходимую для полного осуществления этого права, принимать меры для его осуществления и признавать пользу, извлекаемую из поощрения и развития международных контактов и сотрудничества в научной и культурной областях. В свою очередь, Конституция Республики Молдова также закрепляет право на свободу творчества как одно из основных: "Право граждан на интеллектуальную собственность, их материальные и моральные интересы, возникающие в связи с различными видами интеллектуального творчества, охраняются законом" (статья 33) [4, с.13].

Таким образом, в сфере интеллектуальной собственности фигурируют не только интересы правообладателей, но и государств, которые, с одной стороны, берут на себя обязательства по защите авторских прав и, с другой стороны, заинтересованы в расширении международного культурного сотрудничества, обмена научными и литературными, художественными произведениями. В самом широком смысле слова интеллектуальная собственность представляет собой "совокупность закрепленных законом прав на результаты интеллектуальной деятельности в промышленной, научной, литературной и художественной областях" [10, с.14].

Постоянное развитие международных контактов и сотрудничество народов в культурной и научной областях – важное достижение цивилизации. Авторское право призвано обеспечивать не только появление, но и "круговорот идей в природе"[12]. Такое

сотрудничество служит взаимному духовному обогащению народов разных стран, утверждению мира и добрососедства. Ещё Ф.Ф. Мартенс в начале XX века писал, что «обмен мыслей происходит между цивилизованными народами постоянно; завоевания в области науки делаются достоянием всех. Наука не признает для себя территориальных границ, и у неё нет национальности, она может быть стеснена в своем развитии только полицейскими заставами, воздвигнутыми правительством» [9, с.298].

Как замечает А.Ефремов, жизнь человека теснейшим образом связана с получением информации из окружающего мира, её переработкой и обменом ею. В условиях построения правового государства информация, как важнейший ресурс общества, приобретает все большее значение [7]. Каждое государство заинтересовано в использовании лучших произведений науки, литературы и искусства иностранных авторов. Отношения с иностранными авторами и издательствами строятся на основе принципов суверенного равенства государств, взаимной выгоды, уважения национальных особенностей народов в области культуры и международной защиты прав авторов произведений. По сравнению с национальной международная защита авторских прав имеет ряд особенностей, которые очень комплексно охарактеризовала Г.К.Дмитриева [9, с.298]:

а) субъектами международной защиты авторских прав являются граждане государств, иностранцы, лица без гражданства, беженцы и некоторые международные организации (ООН, ЮНЕСКО, ВОИС и т.д.);

б) круг произведений, являющихся объектами авторского права, расширен; они перечислены, например, среди объектов интеллектуальной собственности в ст.2 Стокгольмской конвенции о Всемирной организации интеллектуальной собственности 1967г. Кроме того, к ним относят глобальную компьютерную сеть Интернет, компьютерные программы, компиляции данных, информационные, коммуникационные и другие технологии;

в) международная охрана авторских прав осуществляется не только с помощью норм национального авторского права, но и путем присоединения к международным договорам и вступления государств в международные организации;

г) сроки обладания авторскими правами в разных странах исчисляются по-разному: со дня первого выпуска произведения в свет (в Бразилии – 60 лет, в ФРГ – 70 лет, в Испании – 80 лет, в США – 75 лет и т.п.) или в течение всей жизни автора и определенный в законах срок после его смерти (как правило 25 или 50 лет);

д) авторские права носят территориальный характер, т.е. их возникновение, содержание, защита, передача и прекращение определяются и ограничиваются законами и территорией того государства, в котором произведение было впервые выпущено в свет. Получение прав в этом государстве не влечет автоматического признания их в другой стране.

Для прояснения этой особенности авторских прав Г.К. Дмитриева предлагает обратиться к такому гражданско-правовому институту, как право собственности [9, с.299]. Его субъект пользуется и распоряжается своей вещью в равной мере в любой стране. Если право

собственника на вещь возникло в каком-либо государстве в соответствии с его законами, то такое право признается и на территории других стран, где оно защищается от чьих бы то ни было посягательств. Иное дело с авторскими правами, охрана которых осуществляется только в пределах того государства, где они возникли. Вот почему произведение, первоначально опубликованное в данной стране, затем может быть переведено и сравнительно дешево выпущено в свет в другой стране без согласия автора и выплаты ему авторского вознаграждения (гонорара). В связи с тем, что на территории этой страны данное произведение не охраняется национальным правом, ни автор, ни издательство, впервые выпустившее его в свет, не могут на основе закона защитить свои права. М.М. Богуславский объясняет это явление причинами исторического порядка: ещё в период феодализма право автора признавалось актом власти суверена. Действие этого акта ограничивалось территорией княжества или государства [6, с.287].

Чтобы право на литературное произведение, возникшее по законам одного государства, получило действие в другом государстве, необходимо их участие в международном соглашении об охране авторского права или заключение между этими двумя государствами соглашения о взаимном признании и охране соответствующих прав. Если же иностранцам предоставлено право на произведения литературы, науки и искусства, а также на изобретения, то такое право будет основано на местном законе. Иностранцы обладают в этом случае правомочиями, предоставленными местным законом, и национальный закон субъекта таких прав значения не имеет и в принципе не применяется. Поэтому в разделе международного частного права, посвященном международной охране авторских и изобретательских прав, рассматривается прежде всего сама возможность охраны прав иностранцев, а коллизионные вопросы выбора между территориальным и личным законами носят второстепенный характер [6, с.288].

По мнению Л.А. Лунца, от вопроса о действии «иностранного» (т.е. возникшего по иностранному закону) исключительного права следует отличать вопрос о том, в какой мере за иностранцем признаются такие права, вытекающие из местного закона [13, с.665]. Может ли иностранец в этой области пользоваться той же правоспособностью, что и собственный гражданин? По общему правилу, иностранец в сфере названных прав пользуется национальным режимом: если произведение автора-иностранца было выпущено или находится на территории данного государства и притом ранее не было опубликовано за границей, то за автором обычно признаются те права, которые вытекают из внутреннего закона об авторском праве.

Итак, основным методом регулирования отношений, имеющих юридическую связь с правопорядком различных государств и возникающих по поводу охраны результатов творческой деятельности, в том числе авторского права, на настоящем этапе выступает **материально-правовой метод [5, с.469], основанный на разработке национально-правовыми средствами либо путем международного договора «прямых» норм, предназначенных непосредственно для регламентации соответствующих отношений.**

Основными документами в данной области являются Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 года и Всемирная конвенция об авторском праве 1952 года. Отметим также такой документ, как Всемирную декларацию по

интеллектуальной собственности от 26 июня 2000 года [3], отрывок из которой приведен в качестве эпиграфа к настоящей статье. Хотя этот документ и является декларацией, т.е. не носит общеобязательного характера, в нем очень точно сформулированы основные понятия. Итак, в соответствии с Декларацией, термин "**интеллектуальная собственность**" означает любую собственность, признаваемую по общему согласию в качестве интеллектуальной по характеру и заслуживающей охраны, включая но не ограничиваясь научными и техническими изобретениями, литературными или художественными произведениями, товарными знаками и указателями деловых предприятий, промышленными образцами и географическими указаниями.

Термин "**права интеллектуальной собственности**" означает по существу права, закрепленные в статье 27 Всеобщей декларации прав человека, принятой Организацией Объединенных Наций в 1948 г., и, в частности, что:

- 1) "Каждый человек имеет право свободно участвовать в культурной жизни общества, наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами".
- 2) "Каждый человек имеет право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является".

Термин "**автор**" означает любое лицо или группу лиц, действующих независимо или под эгидой какой-либо правительственной или неправительственной организации с целью получения прибыли или по каким-либо другим основаниям, ответственных за творчество в любой области, включая науку и технику, искусство, включая исполнительское искусство и результат деятельности некоторых категорий производителей, таких как производители фонограмм и вещательные организации, товарные знаки, указатели деловых предприятий, промышленные образцы и развитие географических указаний.

Бернская конвенция 1886 г.

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 года готовилась на многочисленных международных форумах около 30 лет и в дальнейшем неоднократно пересматривалась [9, с.301]. Участниками Конвенции являются более 120 государств, которые образуют Бернский союз для охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения [14]. Административные функции этого Союза выполняет **Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)** [2].

Конвенция состоит в основном из материально-правовых норм об охраняемых произведениях и их авторах (статья 2), о сроках охраны (статья 7), о правилах охраны лекций, сборников, произведений фольклора, кинофильмов, фотографий, звукозаписи, радио-, телепередач и других предметов охраны (статьи 3-6), об обратной силе норм Конвенции (статья 18) и т.д.

Одним из определяющих понятий Конвенции является «**выпуск в свет**». Произведение считается «выпущенным в свет», если оно выпущено с согласия автора, каков бы ни был способ изготовления экземпляров, при условии, если эти экземпляры выпущены в обращение в количестве, способном удовлетворить разумные потребности публики, принимая во внимание характер произведения. Не является выпуском в свет представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проводам или передача в эфир литературных или художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение произведения архитектуры (статья 4, часть 3) [1].

В соответствии с Конвенцией термин «**литературные и художественные произведения**» охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как-то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие произведения подобного рода; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам (статья 2, часть 1).

При этом за законодательством стран-участниц сохраняется право предписать, что литературные и художественные произведения или какие-либо определенные их категории не подлежат охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме (статья 2, часть 2). Переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам автора оригинального произведения (статья 2, часть 3). Сборники литературных и художественных произведений, например энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников (статья 2, часть 5). Охрана, предоставляемая Конвенцией, не распространяется на сообщения о новостях дня или на сообщения о различных событиях, имеющих характер простой пресс-информации (статья 2, часть 8).

Ряд норм регулирует деятельность органов управления Бернским союзом.

Страны-участники Конвенции составили своеобразное международное сообщество по взаимной охране авторских прав, в пределах которого нет границ [9, с.302]. При определении субъектов охраны здесь используется **территориальный принцип**, согласно которому предпочтение отдается стране происхождения произведения (стране первого

опубликования). Авторы из числа стран-членов Союза пользуются в других странах Союза, кроме страны происхождения произведения, в отношении созданных произведений «правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, т.е. национальным режимом, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией» (статья 5). Такая же охрана предоставляется авторам-гражданам государств, не являющихся членами Союза, если их произведения были опубликованы в одной из стран Союза или одновременно в стране, входящей и не входящей в Союз. Что касается неопубликованных произведений, то их охрана предоставляется только авторам-гражданам государств, входящих в Союз. Т.о., объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для охраны его прав, регулируются с помощью положений Бернской конвенции и соответствующих норм национального права страны, в которой испрашивается охрана. Следовательно, система правового регулирования охраны прав интеллектуальной собственности в сфере авторского права обеспечивается двумя составляющими [5, с.471]:

- международно-правовыми соглашениями (многосторонними и двусторонними договорами);
- источниками национального права конкретного государства.

Важно подчеркнуть, что конвенционное регулирование направлено на защиту прав авторов из иностранных государств. Подобная охрана не распространяется на права, испрашиваемые в государстве происхождения произведения. Л.П.Ануфриева в этом контексте приводит такой пример: охрана произведения, впервые опубликованного в Швеции, подчиняется конвенционным правилам во всех странах Союза, за исключением Швеции. В подобном суждении нет противоречия: главным регулирующим эффектом Конвенции в отношении Швеции (равно как и любой другой страны, когда заходит речь о государстве происхождения произведения – члене Союза) после подписания или присоединения к международному документу выступает её обязанность подготовить свое законодательство и правопорядок в целом к увязке с конвенционными нормами. В результате Конвенция входит «в плоть и кровь», «букву и дух» национального права данной страны происхождения [5, с.471-472].

Срок охраны авторских прав составляет все время жизни автора и 50 лет после его смерти (статья 7, часть 1), однако страны-участники вправе устанавливать более продолжительные сроки. В случае срока о спорах охраны применяется право страны, где впервые было опубликовано спорное произведение.

Отличительными особенностями Бернской конвенции являются существенные ограничения свободного использования произведений, наличие ряда формальностей по регистрации произведений, придание её нормам обратной силы, длительные сроки охраны авторских прав и др. Поэтому для развивающихся и других стран экономически было невыгодно присоединение к этой Конвенции. Для них был недостижим столь высокий уровень охраны авторских прав на перевод и другие способы использования иностранных произведений [9, с.301-302].

Всемирная конвенция 1952 г.

Инициаторами разработки и принятия нового и более демократичного международного договора в этой области стали издательские организации США. В 1952 году в Женеве была подписана Всемирная конвенция об авторском праве, проект которой разрабатывался в ЮНЕСКО более 3-х лет. Её текст также неоднократно изменялся на международных конференциях, а в 1971 году в неё был внесён ряд дополнений. Участниками Конвенции в настоящее время являются около 90 государств [9, с.303]. В преамбуле Всемирной конвенции подчеркнута стремление народов мира создать международно-правовой инструмент, приемлемый для более широкого круга различных государств и направленный на облегчение распространения лучших произведений науки, литературы и искусства в целях лучшего международного взаимопонимания. Эта Конвенция создается как дополнение к уже действующим нормам международного авторского права и не имеет цели заменить или нарушить их.

Всемирная конвенция имеет более универсальный характер, чем Бернская. В ней много отсылка к национальному авторскому праву и меньше материальных норм. Поэтому странам, присоединившимся ко Всемирной конвенции, не приходится вносить значительные изменения в своё законодательство, они могут оставлять в неприкосновенности свои особые системы авторского права. Для развивающихся стран закреплён ряд льгот: предусмотрена выдача государством принудительных лицензий на перевод произведений в целях развития национальной науки, культуры и образования; введено право свободного перевода произведения по истечении 10 лет после его выхода в свет, а также свобода радио- и телевизионных передач и свободное использование выпущенных в свет произведений в учебных и научных целях. Её нормы не имеют обратной силы. **В Конвенции срок действия авторского права сокращен до 25 лет после смерти автора [9, с.303].**

Конвенция содержит примерный перечень охраняемых научных, литературных и художественных произведений (статья 1). В ней сформулировано понятие выпуска произведения в свет как воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределённому кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем зрительного восприятия (статья 6).

Как и Бернская конвенция, Всемирная исходит из принципа национального режима. В соответствии со ст.2 охране подлежат:

1. Выпущенные в свет произведения граждан любого Договаривающегося государства, равно как и произведения, впервые выпущенные в свет на территории такой страны, пользуются в каждом другом договаривающемся государстве охраной, которую такое государство предоставляет произведениям своих граждан, впервые выпущенным в свет на его собственной территории.
2. Не выпущенные в свет произведения граждан каждого договаривающегося государства пользуются в каждом другом таком государстве охраной, которую это государство предоставляет не выпущенным в свет произведениям своих граждан.

3. Для целей настоящей Конвенции любое договаривающееся государство может в порядке своего внутреннего законодательства приравнять к своим гражданам лиц без гражданства, постоянно проживающих на его территории (домицилированных).

Таким образом, Всемирная конвенция юридически закрепляет **национальный режим** и предусматривает минимальную охрану авторских прав на опубликованные произведения для граждан стран-участников Конвенции и в тех случаях, когда произведение было опубликовано на территории государства, не участвующего в данной Конвенции [9, с.304].

В ст.5 Конвенции подчеркнуто, что «авторское право включает исключительное право автора переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет произведений, охраняемых на основании настоящей Конвенции». В пределах установленных сроков правообладатель имеет исключительное право на перевод или переиздание своего произведения. Запрещено в другой стране издать произведение без разрешения того издательства, которое впервые выпустило его в свет, и без выплаты авторского вознаграждения. Это правило относится и на случаи переиздания книг, т.к. действие авторского права уже не ограничивается территорией одного государства, а распространяется на все страны, участвующие в этом договоре [9, с.304].

Конвенцией установлен специальный **знак охраны авторских прав (copyright) в виде символа © (авторское право), указания обладателей авторского права и года первого выпуска произведения в свет** (статья 3, часть 1). Если на книге или другом произведении такого знака нет, то в странах-участниках Всемирной конвенции они не охраняются. При необходимости переиздания произведения с таким знаком охраны заинтересованные лица должны обратиться за разрешением к издательству и автору, указанным рядом с этим знаком [9, с.304].

В 1973 году была принята Инструкция о порядке применения знака авторского права на произведения литературы, науки и искусства. В ней указан перечень произведений, помечаемых этим знаком, порядок его размещения на произведениях и т.п. В ряде стран американского континента пометка этого символа на книги и другие произведения означает не только их конвенционную охрану, но и заменяет сложную процедуру регистрации, депонирования и других формальностей для получения охраны произведения.

Бернская конвенция 1886 г. и Всемирная конвенция 1952 г. в настоящее время являются главными международными документами в исследуемой области, вследствие чего было бы уместно провести их сравнительную характеристику в форме нижеследующей таблицы:

	Бернская конвенция	Всемирная конвенция
Унификация	Унификация материально-правовых норм является определяющей идеей всей Конвенции.	Не ставит своей целью унификацию, оставляя простор для внутреннего регулирования.
Цель документа	Страны, к которым применяется настоящая Конвенция, образуют Союз для охраны прав авторов на	Каждое государство-участник обязуется принять меры, необходимые для обеспечения

	их литературные и художественные произведения.	достаточной и эффективной охраны прав и авторов, и всех других обладателей авторских прав на литературные, научные и художественные произведения.
Охраняемые произведения	Литературные и художественные произведения, т.е. все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как-то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие произведения подобного рода; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам. При этом за законодательством стран-участниц сохраняется право предписать, что литературные и художественные произведения или какие-либо определенные их	Подробный перечень охраняемых произведений отсутствует. Упоминаются литературные, научные и художественные произведения, как-то: произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, графики и скульптуры.

	<p>категории не подлежат охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме. Переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам автора оригинального произведения. Сборники литературных и художественных произведений, например энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников.</p>	
<p>Субъекты и объекты охраны</p>	<p>Охрана, предусмотренная Конвенцией, применяется:</p> <p>к авторам, которые являются гражданами одной из стран Союза, в отношении их произведений, как выпущенных в свет, так и не выпущенных в свет;</p> <p>к авторам, которые не являются гражданами одной из стран Союза, в отношении их произведений, выпущенных в свет впервые в одной из этих стран или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза.</p> <p>Авторы, не являющиеся гражданами одной из стран Союза, но имеющие свое обычное местожительство в одной из таких стран, приравниваются для целей настоящей Конвенции к гражданам этой страны.</p>	<p>Выпущенные в свет произведения граждан любого государства-участника, равно как и произведения, впервые выпущенные в свет на территории такого государства, пользуются в каждом другом государстве-участнике охраной, которую такое государство предоставляет произведениям своих граждан, впервые выпущенным в свет на его собственной территории.</p> <p>Не выпущенные в свет произведения граждан каждого государства-участника пользуются в каждом другом государстве-участнике охраной, которую это государство предоставляет не выпущенным в свет произведениям своих граждан.</p> <p>В каждом государстве-участнике</p>

		должны быть установлены без каких-либо формальностей правовые средства, обеспечивающие охрану не выпущенных в свет произведений граждан другого государства-участника.
Понятие «опубликование», «выпуск в свет»	Под «выпущенными в свет произведениями» следует понимать произведения, выпущенные с согласия автора, каков бы ни был способ изготовления экземпляров, при условии, если эти экземпляры выпущены в обращение в количестве, способном удовлетворить разумные потребности публики, принимая во внимание характер произведения	Под «выпуском в свет» следует понимать воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем зрительного восприятия.
Срок охраны	Срок охраны, предоставляемый Конвенцией, составляет все время жизни автора и 50 лет после его смерти . Однако, если по закону страны-участницы Союза, в которой предъявляется требование об охране, установлен более продолжительный срок, то применяется последний. Применяемый срок не может быть более продолжительным, нежели срок действия авторского права, который установлен в стране происхождения произведения (принцип сравнения сроков). Для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, срок охраны, предоставляемый настоящей Конвенцией, истекает спустя пятьдесят лет после того, как произведение было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения (если их авторство не было раскрыто). Страны Союза не обязаны	Срок охраны произведения определяется законом государства-участника, в котором предъявляется требование об охране, однако он не может быть короче периода, охватывающего время жизни автора и 25 лет после его смерти . В некоторых случаях срок охраны не может быть короче 25 лет с момента первого выпуска в свет или регистрации произведения, если она предшествовала выпуску в свет.

	охранять произведения, выпущенные анонимно или под псевдонимом, в отношении которых есть все основания предполагать, что со времени смерти их автора прошло пятьдесят лет	
Формальности и знак охраны ©	В соответствии со ст.5 ч.4 пользование и осуществление авторских прав не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей; такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения. Как замечает Л.А.Лунц, здесь выражена концепция авторского права, лежащая в основе охраны этого права по внутренним законам европейских стран, - концепция, которая, в частности, выражена во французском законе от 11 марта 1957 г., ст.1 которого гласит: «автор продукта духовного творчества пользуется в отношении этого продукта исключительным правом собственности на нематериальную вещь, которое может быть противопоставлено всякому – правом, возникающим в силу одного лишь факта создания произведения» [13, с.670]. Следует согласиться с Л.А.Лунцем в том, что именно эта концепция сделала Бернскую конвенцию неприемлемой для большинства стран западного полушария, по внутреннему законодательству которых возникновение авторского права обусловлено рядом формальностей.	Знак © обязывает государство-участник считать, что в отношении произведения, которое: (1) носит этот знак с первого выпуска в свет; (2) выпущено в свет вне территории этого государства; (3) автор которого не является гражданином этого государства – выполнены все формальности, предусмотренные внутренним законодательством. На произведения, выпущенные в свет на его территории и авторы которых являются гражданами этого государства, исключение не распространяется.
Права автора	Объем прав автора в основном определяется по закону страны,	Специально оговаривается только то, что авторское право включает

	<p>где предъявляется требование об охране. В этой стране автору-гражданину каждой из стран Союза кроме страны происхождения произведения предоставляется национальный режим и права, особо оговоренные БК. Объем предоставляемых прав не зависит от охраны произведения в стране его происхождения. Это относится как к материальным правам, так и к порядку судебной защиты прав.</p> <p>В самой БК установлены следующие исключительные права автора: на перевод своих произведений, на публичное исполнение драматических и музыкальных произведений, на передачу произведений по радио, их публичное чтение, адаптацию и переделку, на запись музыкальных произведений механическим способом и др.</p>	<p>исключительное право автора переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет переводов произведений, охраняемых на основании настоящей Конвенции. Однако каждое государство-участник может своим внутренним законодательством ограничить это право, с соблюдением некоторых условий.</p>
--	--	--

Договор ВОИС по авторскому праву 1996 года.

В 1996 году Дипломатическая конференция в Женеве приняла новый универсальный Договор ВОИС по авторскому праву [9, с.305], который поднял на новый уровень правовую охрану произведений науки, литературы и искусства с учетом современных требований. В преамбуле правовая охрана авторских прав напрямую связана со стимулированием литературного и художественного творчества. Подчеркивается необходимость новых международных правил охраны авторских прав и сохранения баланса прав авторов и интереса общества в области доступа к информации. Договор служит своеобразным дополнением Бернской конвенции 1886 года. При этом впервые указывается, что авторско-правовая охрана распространяется только на форму выражения произведения, а не на идеи, процессы, методы функционирования как таковые (статья 2). Среди предметов охраны называются компьютерные программы, компиляции данных или другой информации как результатов интеллектуального творчества (статьи 3,4), «информация об управлении правами», приложенная к экземпляру произведения, и др. В договоре предусмотрено создание специальной Ассамблеи и Международного бюро ВОИС, которое будет выполнять административные функции по исполнению норм этого Договора.

Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1995 г.

Правовым предшественником Всемирной торговой организации (ВТО) является ГАТТ – Генеральное соглашение о торговле и тарифах, подписанное 30 октября 1947 г. в Женеве. ГАТТ являлось одновременно и многосторонним соглашением о тарифных уступках, и международной организацией, имевшей сложный и разветвленный механизм. Особенностью ГАТТ являлось то, что многосторонние торговые переговоры в этой организации велись посредством т.н. «раундов» [11, с.43]. Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (англ. – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods - TRIPs) было заключено в рамках Уругвайского раунда ГАТТ и вступило в силу 1 января 1995 г. [5, с.482].

Структурно Соглашение состоит из четырех частей: (1) Основные положения и принципы ; (2) Стандарты, определяющие наличие, сферу действия и использование прав интеллектуальной собственности; (3) Осуществление прав интеллектуальной собственности; (4) Приобретение и поддержание прав интеллектуальной собственности. Соответствующие действия, предпринимаемые договаривающимися сторонами.

Представляет интерес перечень объектов охраны, предусмотренный Соглашением ТРИПС [5, с.483]:

- объекты авторского права, в числе которых особо выделяются компьютерные программы и базы данных, и смежных прав, причем к последним относятся права исполнителей, производителей фонограмм (звукозаписей), организаций вещания;
- товарные знаки и права зарегистрированных фирменных наименований;
- географические названия в наименованиях мест происхождения товаров, при этом особо оговаривается дополнительная защита географических названий в наименованиях вин и спиртных напитков;
- промышленные образцы, созданные лицом независимо от других субъектов, и характеризующиеся новизной и оригинальностью;
- патенты на изобретения (устройство или способ) во всех отраслях техники при условии, что изобретение обладает изобретательским уровнем, является новым и промышленно применимым.

В соответствии со статьей 9 Соглашения охрана авторских прав должна распространяться на специфические воплощения, но не на идеи, процедуры, метода работы или математические концепции как таковые. Особое внимание в Соглашении уделяется компьютерным программам. Так, в статье 10 закреплено правило, в соответствии с которым компьютерные программы, как исходный текст, так и объектный код, охраняются как литературные произведения в соответствии с Бернской конвенцией.

В статье 12 Соглашения говорится о том, что при исчислении срока охраны произведения, за исключением фотографических произведений или произведений прикладного искусства на иной основе, чем человеческая жизнь, такой срок составляет **не менее 50 лет от конца календарного года, в котором с согласия автора была осуществлена публикация** или,

при отсутствии такой публикации в течение 50 лет от создания произведения, **50 лет считая с конца календарного года создания произведения.**

Соглашение определяет основные принципы, применяемые во внутренних процедурах государств-участников, направленных на осуществление прав интеллектуальной собственности (административные, гражданско-правовые, судебные средства защиты, предоставляемые государствами правообладателям для защиты прав в случаях их нарушения). В соответствии с Соглашением все споры между членами ВТО в связи с исполнением ими взятых на себя обязательств подлежат разрешению посредством процедур, принятых для разрешения споров в ВТО. Вместе с тем член ВТО вправе самостоятельно избирать в рамках конституционных и иных процедур способы и средства осуществления норм международного соглашения во внутригосударственной сфере. Они могут также предоставить более широкую защиту прав интеллектуальной собственности, чем это предусмотрено в нормах Соглашения. Правовое регулирование, содержащееся в Соглашении, преследует цель создания действенной системы предотвращения нарушений авторского и иных прав интеллектуальной собственности в отношениях между странами-участницами ВТО. Для достижения этого III часть Соглашения ставит задачу разработки порядка осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности, который обеспечивал бы эффективные и оперативные меры борьбы против любого нарушения прав. Статья 45 Соглашения требует от государств наделить судебные органы правом обязывать лицо, нарушившее право, возмещать правообладателю ущерб в размере, достаточном для компенсации вреда, нанесенного ему в результате нарушения прав причинителем вреда, который умышленно или по неосторожности нанес ущерб.

Анализируемый международный договор закрепляет фундаментальные принципы, на основе которых строится правовое регулирование взаимной охраны прав интеллектуальной собственности стран-участниц (статьи 3,4,5). Это – принцип национального режима и принцип наибольшего благоприятствования. Члены ВТО вправе самостоятельно избирать способы осуществления норм Соглашения в пределах национальной юрисдикции и, кроме того, предоставить более широкую защиту по сравнению с нормами Соглашения (ст.1).

Итак, на данный момент основными международными документами, регулирующими правоотношения в области охраны авторского права, остаются Бернская конвенция 1886 года и Всемирная конвенция 1952 года. Поскольку в Женевской конвенции 1952 г. содержится гораздо меньше материально-правовых норм, «напрямую» регулирующих отношения, связанные с охраной авторских и смежных прав, по сравнению с Бернской конвенцией, можно найти объяснение более широкому применению именно Всемирной конвенции. Однако не слишком высокий уровень охраны, предоставляемый её нормами, уже не может удовлетворить участвующие в ней государства. **Вот почему в последние годы существенно расширился круг участников Бернской конвенции.** Ряд авторов высказывают предположения, что в будущем может произойти либо слияние этих конвенций на основе выработки современной общей для них редакции, либо создание нового международного соглашения, охватывающего государства, участвующие в Бернской, Всемирной и, возможно, американских конвенциях [5, с. 471].

Литература

* **МАГИСТР ПРАВА ЛЕКТОР КАФЕДРЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА, УЛИМ**

1. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (Парижский акт от 24 июля 1971 года) / <http://www.relcom.ru/archive/1997/ComputerLaw/InterLaws/Bern.htm>
2. Конвенция, учреждающая всемирную организацию интеллектуальной собственности от 14.07.1967. www.docs.md
3. Всемирная декларация по интеллектуальной собственности. http://www.fips.ru/npdocs/world_doc.htm
4. Конституция Республики Молдова, принятая 29 июля 1994 г. с изменениями и дополнениями. Кишинев: MOLDPRES, 2000. С.13.
5. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 2. Особенная часть: Учебник. – 2-ое изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. С.469.
6. Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. – 4-ое изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. С.287.
7. Ефремов А. Информация как объект гражданских прав. <http://www.vic.spb.ru/law/doc/a76.htm>
8. Макагонова Н.В. Авторское право. Учебное пособие. – М.: «Юридическая литература», 2000. С.7.
9. Международное частное право. Учебник./Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2001. С.298.
10. Минков А.М. Международная охрана интеллектуальной собственности. – СПб.: Питер, 2001. С.14.
11. Лебедев В. Ю. Охрана интеллектуальной собственности в международной торговле. / Бухгалтерские и налоговые консультации №5, 2001. С.43.
12. Леонтьев К.Б. Проблемы реализации авторских и смежных прав в условиях технологического развития. www.copyright.ru
13. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3-х т. – М.: Спарк, 2002. С.665.
14. <http://www.wipo.int> Официальный сайт ВОИС.

**Деликтные обязательства в международном
частном праве Республики Молдова**

Наталия Осояну*

Международный туризм, возросшая мобильность индивидов, все увеличивающийся импорт и экспорт опасных грузов, наконец, экологические катастрофы международного характера стали обычным явлением современной жизни. Они неизбежно влекут за собой деликты, требующие для своего разрешения вмешательство правопорядков различных государств¹. Выбор закона в сфере деликтных отношений приводит к установлению права, которым регулируются основания и пределы деликтной ответственности и которое обычно именуют статутом деликтного обязательства². Основным и наиболее устойчивым коллизионным принципом в этой области долгое время считался **закон места причинения вреда (lex loci delicti)**, однако на настоящем этапе эта привязка утратила свое главенствующее значение из-за того, что она нецелесообразна, когда причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одного государства, а в случаях, когда речь идет о столкновениях в открытом море, становится и вовсе невозможно определить применимое право³. Поэтому следует обязательно учитывать и другие коллизионные принципы, а также некоторые тенденции, появившиеся в международном частном праве за последние полвека.

Так, в середине XX века американские юристы предложили иную систему определения права, применимого к деликтным отношениям, основанную на оценке интереса того или иного государства в применении своего или чужого правопорядка при пограничных или трансграничных случаях причинения вреда, обусловленных техническим прогрессом и изменениями в социальной сфере⁴. Выдвигаемые американской правовой наукой правила «взвешивают» интересы государств при использовании права, учитывая значение и сферу действия внутренних норм, относящихся к деликтам, а также исходят из рассмотрения гипотезы о том, какой правопорядок в наибольшей мере был бы подорван неприменением того или иного правопорядка. Иначе говоря, речь идет об отыскании **«собственного права деликта»**. Следует отметить, что эта теория не смогла вытеснить традиционно используемый на европейском континенте принцип *lex loci delicti*, хотя определенное влияние на коллизионное регулирование она все же оказала.

В 1963 г. в деле «Бобкок vs. Джексон»⁵ суд отказал в применении *guest statute* канадской провинции Онтарио, где из-за небрежности владельца автомобиля был причинен вред его гостю, и подчинил спор праву штата Нью-Йорк по тому мотиву, что обстоятельства дела были наиболее значительным образом связаны с этим штатом (здесь были домицилированы обе стороны)⁶. Таким образом, примерно с середины 60-х гг. XX века получила распространение коллизионная привязка к **праву государства, с которым связаны стороны деликтных отношений** (общее гражданство, общее постоянное место жительства и др.). Это стало одним из проявлений характерной для многих стран общей тенденции выработки гибких коллизионных норм.

К деликтным правоотношениям может также применяться **право страны суда**. Применение **lex fori** мотивируется следующим образом: деликтная ответственность часто связана с публичными интересами, а гражданско-правовая ответственность часто следует за уголовной или административной. Императивных материальных норм в данном институте больше, чем в институтах договорного права – а «там, где имеются императивные нормы, можно всегда говорить о публичном интересе»⁷. Тем не менее, право страны суда не определяет фактического содержания отношений из причинения вреда, поскольку основной функцией **lex fori** является действие в ситуациях, когда применение иных привязок невозможно или нецелесообразно.

Однако чаще всего вторым по значимости коллизионным принципом после *lex loci delicti* становится принцип применения **права страны потерпевшего**: на первое место он выходит лишь в том случае, если предоставляет лучшие возможности возмещения вреда. Помимо этого выбор применимого права может осложняться тем, что в разных странах используют различные критерии для определения «места, где совершен деликт» - это может быть место, где совершено действие, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, или место наступления последствий такого действия⁸.

Итак, при выборе права, применимого к деликтным обязательствам, существуют следующие варианты:

- 1) право места совершения вреда (место, где совершено действие, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, или место наступления последствий такого действия);
- 2) право страны потерпевшего;
- 3) право причинителя вреда;
- 4) право страны суда.

Рассмотрим теперь, как осуществил свой выбор законодатель в некоторых зарубежных странах.

Основные коллизионные нормы **ФРГ**, используемые в деликтных отношениях, содержатся в ст.38-42 Вводного закона 1896 г. к Гражданскому уложению⁹. В качестве главного коллизионного критерия действует *lex loci delicti*, при этом в качестве права места деликта признается как место, где были совершены противоправные действия (место деликтного поведения причинителя вреда), так и место последствий этих противоправных действий (т.е. там, где наступает нарушение правовых благ, - *Rechtsgutverletzung*)¹⁰. Так, в ст.40 Вводного закона предусмотрено следующее: «Притязания из недозволенного действия подчиняются праву того государства, в котором обязанное представить возмещение лицо действовало. Потерпевший может потребовать, чтобы вместо этого права применялось право того государства, в котором наступил результат действия»¹¹. Если в месте совершения деликта и в месте наступления его последствий действуют различные правовые порядки (т.е. в случае так называемых деликтов, действующих на расстоянии – *Distanzdelict*, как, например,

трансграничные катастрофы на АЭС), то, согласно господствующей точке зрения, компетентным служит право, наиболее благоприятное в данном конкретном случае потерпевшему (так называемый принцип повсеместной ответственности - Ubiquitätsregel). В подобных случаях потерпевший компетентен выбрать на судебном процессе право по своему усмотрению. Если он этого не сделает, суд определяет наиболее благоприятное для него право в силу своих служебных обязанностей (ex officio)¹².

Во **Франции** основополагающим принципом в сфере деликтных отношений также является lex loci delicti, однако его применение основано не на законе, а на судебной практике. Суды стремятся применять французское право не только в тех случаях, когда действие, причинившее вред, совершено на французской территории, но и если в этой стране имеют место только последствия такого действия. В судебной практике Франции не содержится решений по поводу того, что сторона может осуществлять выбор применимого к деликту права¹³.

В **Великобритании** подход английских и шотландских судов, а также судов Северной Ирландии в случаях рассмотрения исков из правонарушений, совершенных за границей, с конца XIX в. при определении прав и обязанностей сторон опирается на применение закона суда (lex fori). Очень важное значение в этом контексте имеют решения суда по делу «Филипс vs. Эйр» (1870 г.) и по делу «Бойз vs. Чаплин» (1971 г.)¹⁴. В соответствии с первым решением основанием для подачи иска в Англии, вытекающего из причинения вреда за границей, должен служить тот факт, что деяние, причинившее вред, является противоправным как по английскому праву, так и по праву страны, на территории которой оно совершено. Решение по второму делу закрепляет правило, по которому отдельные вопросы взаимоотношений между сторонами могут быть подчинены закону страны, с которой либо стороны, либо само событие имеют наиболее существенную связь. Закон 1995 г. о международном частном праве регулирует отдельные аспекты выбора права при правонарушениях и деликтах. Так, в соответствии со ст.11 ч.(1), «общим правилом является то, что применимым правом является право местности, в которой события, составляющие рассматриваемое правонарушение или деликт, случились». В соответствии с ч.(2) этой статьи «в случае, когда составные части этих событий случились в различных местностях, применимое право по общему правилу следует принимать как являющееся:

- (a) для иска с основанием в отношении личного вреда, причиненного лицу, или смерти, вытекающей из личного вреда – правом местности, где лицо находилось, когда оно понесло вред;
- (b) для иска с основанием в отношении вреда имуществу – правом местности, где имущество находилось, когда оно было повреждено; и
- (c) в любом другом случае – правом местности, в которой случились наиболее значимые составная часть или составные части этих событий».

При этом отмечается, что «личный вред» включает болезнь или любое ухудшение физического или психического состояния¹⁵. Далее в Законе приводятся различные исключения из общего правила.

Невозможно оставить без внимания **Швейцарский** Закон о международном частном праве, считающийся на сегодняшний день одним из лучших нормативных актов в этой области. Он содержит достаточно подробное регулирование деликтных отношений. Так, ст.129 устанавливает, что иски из причинения вреда рассматриваются швейцарским судом по месту жительства ответчика, а при отсутствии у него места жительства в Швейцарии – по месту его обычного пребывания или делового обзаведения. Если ответчик не имеет в Швейцарии ни места жительства, ни места обычного пребывания, ни места делового обзаведения, иск может быть предъявлен в швейцарский суд по месту совершения противоправного деяния или по месту наступления вредных последствий. Если в Швейцарии может быть отыскано несколько ответчиков, правовые притязания к которым основаны преимущественно на одних и тех же фактах и одних и тех же юридических мотивах, иск может быть предъявлен ко всем ответчикам сразу в любой компетентный суд; при этом суд, первым принявший дело к производству, обладает исключительной компетенцией¹⁶.

Статья 1219 Гражданского кодекса **Российской Федерации** закрепляет следующие правила:

1. К обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении вреда. В случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране.
2. К обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны. В случае, если стороны такого обязательства не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны.
3. После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда.

Некоторые деликтные отношения, связанные с торговым мореплаванием и отношения в области трудового права получили в российском законодательстве специальное регулирование¹⁷.

Прежде, чем перейти к законодательству Молдовы в интересующей нас сфере, обратимся к законодательству **Румынии**. 22 сентября 1992 года был принят Закон №105 о регулировании отношений международного частного права, который вступил в силу 1 декабря 1992 г. Данный акт является первой крупной кодификацией международного частного права в Румынии и на сегодняшний день выступает вторым по величине (после Закона Швейцарии 1987 г.) специализированным законом по международному частному праву из всех существующих. Внедоговорным обязательствам посвящены ст.104-119 этого Закона, из них особый интерес представляет ст.107 «Противоправное действие». Она содержит следующие положения: «Закон того государства, в котором имел место юридический факт,

устанавливает, является ли он противоправным действием, и регулирует, в частности, в том, что касается:

- a) деликтной право- и дееспособности;
- b) условий и объема ответственности;
- c) оснований ограничения ответственности или освобождения от неё и распределения ответственности между причинителем вреда и потерпевшим;
- d) ответственности доверителя за действия доверенного лица;
- e) характера убытков, которые могут быть возмещены;
- f) способов и размера возмещения;
- g) допустимости уступки права на возмещение;
- h) лиц, имеющих право на возмещение понесенных убытков»¹⁸.

Следует отметить, что румынский Закон №105 применительно к регулированию отношений международного частного права очень сильно повлиял на положения **Книги 5 Гражданского кодекса РМ**, в которой содержатся основные положения, регулирующие деликтные отношения, осложненные иностранным элементом (статьи 1615-1617). Некоторые аспекты обязательств из причинения вреда регулируются Кодексом торгового мореплавания РМ, но в данной статье они не освещаются.

Начнем рассмотрение со статьи 1615 ГК «Неправомерная сделка».

Итак, эта статья устанавливает правило, по которому «неправомерная сделка квалифицируется как причинившая вред в соответствии с законом государства, где она совершена». В соответствии с ч.(2) закон, определяющий обязательства, возникающие вследствие причинения вреда, устанавливает:

- a) гражданскую правоспособность;
- b) форму, условия и пределы гражданской ответственности;
- c) условия ограничения гражданской ответственности или освобождения от неё;
- d) характер вреда, возмещения которого можно потребовать;
- e) возможность передачи требования о возмещении вреда;

f) лиц, имеющих право на получение возмещения.

В соответствии с ч. (3), если все или часть причинивших вред последствий неправомерной сделки проявляются на территории иного государства, чем то, где совершена неправомерная сделка, к взаимному возмещению применяется закон этого государства.

Очевидное сходство этой статьи с приведенной выше статьей 107 румынского Закона №105 о регулировании отношений международного частного права трудно отрицать (а ч.(3) ст.1615 близко к оригиналу повторяет ст.108 Закона №105). Однако следует обратить внимание на тот факт, что в Законе №105 речь идет о **противоправном действии**, а в молдавском ГК – о **неправомерной сделке**. Является ли такая трансформация правильной? Чтобы понять это, обратимся к другим положениям ГК и попытаемся выяснить, не содержатся ли в нем внутренние противоречия.

В соответствии со ст.195 ГК «**сделкой** признается выражение физическими и юридическими лицами своей воли, направленной на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей». Сделки бывают односторонние, двусторонние и многосторонние; безвозмездные и возмездные; сделки по хранению, управлению и распоряжению. В контексте недействительности сделок их подразделяют на ничтожные, оспоримые, мнимые, притворные и т.д. – однако понятие «неправомерная сделка» с формально юридической точки зрения не имеет смысла, поскольку **сделка всегда должна быть правомерной**, в противном случае она перестает быть сделкой. Так, в доктрине гражданского права перечисляются следующие признаки сделки:

- 1) сделка – это всегда волевой акт, т.е. действия людей;
- 2) это **правомерные** действия;
- 3) сделка специально направлена на возникновение, прекращение, или изменение гражданских правоотношений;
- 4) сделка порождает гражданские правоотношения, поскольку именно гражданским законом определяются те правовые последствия, которые наступают в результате совершения сделок¹⁹.

В свою очередь, в статье 1398 ГК установлено, что «лицо, которое совершило **неправомерные действия** по отношению к другому лицу, обязано возместить имущественный вред, а в предусмотренных законом случаях – также и моральный вред, причиненные действием или бездействием». Таково общее основание **деликтной ответственности**. В ч.(2) этой статьи предусмотрено, что **вред, причиненный правомерными действиями** или при отсутствии вины, подлежит возмещению только в случаях, прямо предусмотренных законом. Следует обратить внимание на то, что если строго следовать правилам ст. 1615, то вред, причиненный правомерными действиями, а равно и неправомерными, но не являющимися сделкой, возмещению не подлежит.

Итак, в чем же проблема? Очевидно, что в ст.1615 неправильно употребляется понятие «неправомерная сделка», вместо которого следовало бы употребить понятие «действие, причинившее вред» (поскольку такое действие может быть как правомерным, так и неправомерным). В молдавском варианте ГК статья 1615 называется «Actul ilicit», и ч.(1) сформулирована следующим образом: «**Actul ilicit** este calificat drept act cauzator de prejudiciu conform legii statului unde s-a produs». Эту формулировку также следует считать ошибочной, потому что в молдавском варианте статьи 195 сделка переведена как «**act juridic civil**» - то есть, по внутренней логике Кодекса, «неправомерная сделка» должна переводиться как «**act juridic (civil) ilicit**».

Следует отметить, что перевод на молдавский язык понятия «сделка» осуществить непросто. Юридический словарь дает следующие варианты: СДЕЛКА *ж.* afacere, tranzacție; act; operație; (*соглашение*) convenție, acord, contract²⁰, при этом последние три варианта исключаются сразу, поскольку «соглашением» можно с определенной долей уверенности назвать только дву- или многостороннюю сделку. Первые два синонима имеют оттенок предпринимательской деятельности; следовательно, употребленное в ст. 195 ГК выражение «act juridic civil» всё-таки можно признать соответствующим русскому варианту «сделка».

Однако выражение «act juridic» можно перевести и как «юридический акт» или «юридическое действие», и смысл предложения при этом меняется коренным образом²¹. По всей видимости, именно неточный перевод стал причиной терминологических ошибок в ст.1615 ГК. Эти ошибки, возможно, покажутся малозначительными, однако они привели к тому, что в Книге 5 ГК нет **общего правила, регулирующего внедоговорные обязательства, осложненные иностранным элементом**, а есть только исключения из него.

Так, статья 1616 регулирует, если судить по названию, ответственность за причинение вреда личности. Эта статья, как становится ясно при прочтении, содержит правило о том, что требования о возмещении **вреда, причиненного личности средствами массовой информации**, определяются, по выбору потерпевшего:

- a) по национальному закону потерпевшего;
- b) по закону государства, на территории которого имеет место жительства или место нахождения потерпевший;
- c) по закону государства, на территории которого проявились причинившие вред последствия;
- d) по закону государства, на территории которого имеет место жительства или место нахождения причинитель вреда.

Налицо несоответствие названия статьи её содержанию – вред личности может причиняться не только средствами массовой информации, но и другими способами. В молдавском тексте – аналогичная неточность: «Răspunderea pentru prejudiciu cauzate personalității». Следует дополнить название статьи, уточнить, что речь идет не столько о вреде, причиняемом личности, сколько о так называемой **диффамации**, или разглашении порочащих сведений.

Статья 1617 определяет **ответственность за продукты с недостатками**. В соответствии с положениями этой статьи, требования о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков продуктов, определяются, по выбору потерпевшего потребителя:

- а) по закону государства, на территории которого имеет место жительства или место нахождения потерпевший;
- б) по закону государства, на территории которого приобретен продукт, при условии, что производитель или поставщик докажут, что продукт поступил на рынок этого государства без его согласия.

Эти требования могут быть предъявлены только в случае, если продукты предназначены для личного или семейного потребления.

Хотелось бы упомянуть о том, что Республика Молдова ратифицировала Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам²² от 22.01.1993 г. В ст.42 этой Конвенции установлено, что обязательства о возмещении вреда, кроме вытекающих из договоров и других правомерных действий, определяются по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Договаривающейся Стороны, применяется законодательство этой Договаривающейся стороны. Суд Договаривающейся Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, компетентен рассматривать соответствующее дело. Потерпевший также может предъявить иск в суде Договаривающейся Стороны, на территории которой имеет место жительства ответчик.

Итак, подведем итоги. Содержащееся в ГК РМ регулирование обязательств из причинения вреда, осложненных иностранным элементом, является, несомненно, шагом вперед по сравнению с ситуацией, имевшей место до вступления в силу нового Гражданского кодекса – уже само наличие в ГК Книги 5 не может не радовать. Однако при всем этом положения Пятой книги, в частности те, которые касаются деликтной ответственности, содержат множество неточностей, часть из которых – следствие неаккуратного перевода с государственного языка на русский. Присутствуют также ошибки технического характера, как, например, несовпадение названия статьи с её содержанием.

Однако все это можно исправить – будем надеяться, законодатель так и поступит, принимая во внимание растущую важность верного и точного регулирования обязательств из причинения вреда.

¹ *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр. наук Ю.М.Юмашева. – М.: Международные отношения, 2003. – С. 176.

² *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. – 4-е изд., перераб. п доп. – М.: ЮРИСТЪ, 2002. – С. 276.

³ *Толстых В.Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве. – М.: Спарк, 2002. – С.177.

- ⁴ *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3-х т. Том 2. Особенная часть. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. – С. 333.
- ⁵ Международное частное право. Учебник./Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2001. – С.434.
- ⁶ *Луниц Л.А.* Курс международного частного права: В 3 т. – М.: Спарк, 2002. – С.646.
- ⁷ *Толстых В.Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве. – М.: Спарк, 2002. – С.178.
- ⁸ *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮРИСТЪ, 2002. – С. 276.
- ⁹ Международное частное право: Иностранное законодательство. / сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. – С. 284-285.
- ¹⁰ *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр. наук Ю.М.Юмашева. – М.: Международные отношения, 2003. – С.177.
- ¹¹ Международное частное право: Иностранное законодательство. / сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. – С. 284.
- ¹² *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр. наук Ю.М.Юмашева. – М.: Международные отношения, 2003. – С.177.
- ¹³ *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3-х т. Том 2. Особенная часть. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. – С. 334.
- ¹⁴ *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3-х т. Том 2. Особенная часть. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. – С.337.
- ¹⁵ Международное частное право: Иностранное законодательство. / сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. – С.207.
- ¹⁶ Международное частное право: Иностранное законодательство. / сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. – С.654.
- ¹⁷ *Толстых В.Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве. – М.: Спарк, 2002. – С.179-180.
- ¹⁸ Международное частное право: Иностранное законодательство. / сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. – С.511.
- ¹⁹ Гражданское право. Том 1. Учебник. Издание 4-е, перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: «Проспект», 2000. – С.241-242.
- ²⁰ *Cotelnic T., Ețcu I., Lungu L.* Dicționar juridic rus-român. – Chișinău: Litera, 2001. – P.425.
- ²¹ *Cotelnic T., Ețcu I., Lungu L.* Dicționar juridic rus-român. – Chișinău: Litera, 2001. – P.21, 102.
- ²² *Tratate Internaționale*, 1999 г., том 16 / ратифицирована постановлением Парламента №402-XIII от 16.03.1995 / www.docs.md – Законодательство Молдовы он-лайн.