

FREE LAW JOURNAL

VOLUME 3, NUMBER 3 - JULY 18, 2007

In this issue :

ISSN 1712-9877

**NECESITATEA POLITICĂ ȘI JURIDICĂ A INFIINȚĂRII
CURȚII PENALE INTERNAȚIONALE – 9
IOANA-ALINA APREOTESEI**

**FAMILIENNAMEN DER VERHEIRATETEN FRAU UND DES
KINDES IM RAHMEN DES GESETZENTWURFES ZUR 33
ÄNDERUNG DER ARTIKEL 187 UND 321 DES TÜRKISCHEN
ZIVILGESETZBUCHES - DR. YILDIZ ABİK**

**AN APPRAISAL OF THE INTERNATIONAL ROAMING
REGULATION - DR. HÜSEYİN ALTAŞ 101**

**DUE PROCESS PROTECTIONS AFFORDED BY THE 111
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT² DR. M. YASIN ASLAN**

**QUASI-ELEMENTI NELL'ACTIO DE EFFUSIS VEL
DEIECTIS- Dr. Esref KUCUK 133**

The Free Law Journal results of a merger with the Eastern European Law Journals. It builds upon this previous success and aims at providing the freedom of publishing juridical research from everywhere and on all subjects of law. Its goal is to promote respect of the rule of law and the fair application of justice by sharing juridical research in its pages.

Academics, post-graduate students and practitioners of law are welcome to submit in the academic section their articles, notes, book reviews or comments on any legal subject, while undergraduate students are welcome to publish in our student section. The list of fields of law addressed in these pages is ever-expanding and non-restrictive, as needs and interests arise. If a field is not listed, the author simply needs to propose the article and the field believed of law applicable; we will insure to create and list it.

We accept articles in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Inuktitut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian, Spanish and Turkish.

Articles not in English are provided with a synopsis to explain their content. Articles of exceptional quality, or requested to be, can be translated into English and/or French. All of this is the measure of freedom we provide.

The material submitted for publication remains copyrighted to the author. If the author has interest in publishing elsewhere after having published in our pages, no permission to do so will be necessary. The author remains in full control of his or her writings. Articles of superior value will be considered for incorporation in collective works for publishing.

We always accept submissions. To submit, please read the [submission guidelines](#) or ask us any question at: FLJ@FWPublishing.net .

List of subject addressed
(as it currently stands - modified as need arise)

Administrative Law	Family law	Private International Law
Admiralty law	History of Law	Private law
Antitrust law	Human Rights Law	Procedural law
Alternative dispute resolution	Immigration Law	Property law (Public)
Anti-Terrorism	Intellectual Property Law	International Law (See International Law (Public))
Bankruptcy	International trade law	Refugee Law
Business Law	Patent	Religious law
Canon Law	Trademark Law	Islamic Law (Sharia)
Civil Law	International Humanitarian Rights Law	Qur'an
Common Law	Laws of Armed Conflicts	Sharia
Comparative Law	Laws of war	Jewish law (Halakha)
Constitutional Law	War Crimes Law (Belgium)	Hebrew law (Mishpat Ivri)
Contract Law	International Law (Public)	Talmud
(Consuetudinary law)	Diplomatic Relations	Taqlid
Obligations	Jus Gentium	Christian (other than Canon Law)
Quasi-contract	Treaties Law	Twelve Tables
Corporations law	Labor law	Roman Law
Criminal Law	Law and economics	Sacred text
Organised Crime	Law and literature	State of Emergencies Laws
Criminal Procedure	Medical Law	Space law
Cyber Crime Law	Public Health Law	Tax law
Penal law	Public Law	Technology law
Cyber law	Malpractice	Torts Law
Election law	Mental health law	Quasi-delict
Environmental law	Military law	Trusts and estates Law
European Law	National Legal Systems -	Liens
Evidence Law	(Laws of any national legal system that is not of a precise category)	Water law
	Nationality and naturalisation	Zoning
	Laws	
	Natural law	
	Philosophy of Law	

Free World Publishing is a partner of the [Free European Collegium](#), provider of web-based, e-learning education in matters related to the European Union.

All material published are available for free at <http://www.FWPublishing.net> and can be used freely for research purposes, as long as the authors' sources are acknowledged in keeping with national standards and laws regarding copyrights.

All mail correspondence can be made with the editorial board at 82-146 Stewart Street, Ottawa, Ontario, K1N 6J7 Canada, while electronic correspondence can be made through FLJ@FWPublishing.net .

The views and opinions expressed in these pages are solely those of the authors and not necessarily those of the editors, Free World Publishing Inc. or that of the Free European Collegium Inc.

Cited as (2007) 3(3) Free L. J.

ISSN 1712-9877

FREE LAW JOURNAL SUBMISSION GUIDELINES

Important. The following is not meant to discourage from submitting; only to ensure quality. If your article conforms to your own national standard of writings, we accept all and any format as long as arguments are justified by footnotes or endnotes. Never hesitate to submit an article : if there is a need for improvement, we will inform you and we will always remain open for re-submissions.

1. Academics, Post-Graduate Students and Practitioners of law are all welcomed to publish their book reviews, comments, notes and articles.

2. All legal subjects are considered for publication, regardless of the legal tradition, national or international field of expertise. The only limit to the extend of our publishing would be content that is illegal in national legislation (i.e. enticement to hatred) or against international norms (i.e. promoting genocide).

3. Articles are welcomed in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Innuktikut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian, Spanish and Turkish. Note that our staff is limited and therefore we use "Word Recognition Processors" to communicate in some languages. Nonetheless, this does not prevent understanding articles submitted in these language and we are not interested in measuring every word of your article: simply in publishing your writings. Therefore, we will review the general content, but leave with you the precise sense and meaning that you want to convey in your own language. If translation is desired by the author, we then submit it for translation to a translator.

4. There is no defined system of reference (footnotes or endnotes) demanded. As long as you justify your argument through references (author and work), we accept all writings respecting your own national standards. Exceptions: For Canadians, the Canadian Legal Guide to Citation is recommended but not mandatory. For Americans, referencing is expected to be in accordance with Harvard University's The Bluebook, A Uniform System of Citation. Any breach of copyrights is the sole responsibility of the author.

5. The author retains the copyrights to his or her writings. As articles are unpaid for, ownership remains within your hands. We act as publishers and caretaker. Nothing prevents you from publishing elsewhere. You may even decide to have the article taken off this site if another publisher desires to buy the rights to your article.

6. We reserve ourselves the right to edit the content or length of the article, if at all necessary.

7. We do not discriminate in any way. Our aim is to bring under one roof perspectives from everywhere and everyone. Never hesitate to submit.

8. If you desire information or desire to submit, do not hesitate to contact us at : FLJ@FWPublishing.net.

EDITORIAL

Welcome to the last number of the second volume of the Free Law Journal, a print and electronic journal aiming at promoting respect of the rule of law and the fair application of justice everywhere through the sharing of juridical research.

The Free Law Journal's first issue was a definitive success in terms of scope and reach, registering a very high volume of consultation on the web and orders of paper copies. This signals a definitive interest in getting to know the legal research produced everywhere and to share this knowledge.

As such, this permits us to reach our first and foremost objective to promote the rule of law. Knowledge is definitely part of the application of this objective and we see a clear desire from people all over the world to gain access to this knowledge in order to foster the fair application of justice for all.

Therefore, welcome and we hope that our contributions to legal research and knowledge will expand through your written contributions.

Sincerely,

Louis-Philippe F. Rouillard

Editor-in-Chief, Free World Publishing Inc.

NECESITATEA POLITICĂ ȘI JURIDICĂ A INFIINȚĂRII CURȚII PENALE INTERNAȚIONALE

APREOTESEI IOANA-ALINA*

1. Introducere

Dreptul internațional penal reprezintă un mijloc de aplicare a dreptului internațional umanitar. Conform studiilor în domeniu, există două principii de drept cutumiar care se manifestă și în plan penal: în primul rând, principiul responsabilității penale a individului care a adus atingeri grave dreptului internațional umanitar, și în al doilea rând, așa cum se prevede și în preambulul Statutului de la Roma, nevoia fiecărui stat de a trage la răspundere penală pe cei care săvârșesc crime internaționale. Curțile și Tribunalele internaționale își pot face simțită necesitatea atunci când unele state refuză să tragă la răspundere penală infractorii care săvârșesc infracțiuni internaționale, sau se află în incapacitate de a o face.

Curea Penală Internațională are un rol particular printre instituțiile internaționale datorită competenței sale din punct de vedere geografic și caracterului său permanent. Este o instituție nouă ce și-a început activitatea în anul 2003. Necesitatea înființării unei curți penale permanente pe plan internațional, a apărut în urma unor evoluții spectaculoase în domeniul juridic, politic, sociologic, etc. Lumea în care trăim e zguduită de numeroase atrocități, exterminări și ucideri în masă care reprezintă o încălcare a dreptului umanitar. Aceste crime odioase sunt uneori comise de persoane care beneficiază de importante funcții în stat. Aceste persoane trebuie pedepsite, trebuie să știe că există o justiție pentru fiecare și că oamenii sunt egali în fața legii, indiferent de funcția pe care o ocupă într-o societate. Aceasta este una dintre motivațiile care au dus la constituirea CPI¹.

*PhD Student Pázmány Péter Catholic University, Budapest

Instanțe internaționale, au existat desigur, dar au fost create mereu după izbucnirea unui conflict, ceea ce a dus la imparțialitatea actului de justiție, deoarece acesta era realizat din perspectiva învingătorilor. Așa s-a întâmplat la Nurenberg când puterile aliate au stabilit condițiile pedepsirii marilor criminali naziști, și anume s-a hotărât înființarea Tribunalului militar de la Nurenberg și Tokio. Lumea a mai fost zguduită de alte conflicte mai ales după anul 1989, care a marcat căderea comunismului. De data aceasta Yugoslavia era teatrul de război, conflictul finalizându-se cu grave pierderi omenești. Statele nu erau încă pregătite pentru o instanță permanentă care să tragă la răspundere penală pe vinovați, de aceea Consiliul de Securitate al ONU, a hotărât înființarea altui tribunal ad-hoc, și anume Tribunalul Internațional Penal pentru Fosta Yugoslavie.

Un an mai târziu s-a simțit nevoia înființării Tribunalului Internațional Penal pentru Rwanda care să-i pedepsească pe cei ce au săvârșit cele mai grave crime pe teritoriul său sau ale țărilor vecine într-o numită perioadă de timp determinată. Analiza actului de justiție realizat prin intermediul acestor tribunale ad-hoc a dus la o serie de concluzii pozitive și negative din partea specialiștilor care, au semnalizat încă o dată necesitatea existenței unei curți penale internaționale permanente.

Abia peste jumătate de secol avea să devină realitate.

2. Scurt istoric al justiției penale internaționale. Necesitatea înființării unei curți penale internaționale permanente

Preocupări ale înființării unei instanțe penale internaționale au apărut încă din secolul trecut, când juristul elvețian Gustav Moynier a conceput în anul 1877 organizarea unei jurisdicții

¹Dumitru Diaconu în argumentul lucrării “Curtea Penală Internațională. Istorie și realitate”, Ed. All Beck, București, 1999, p.1

internaționale penale pentru represiunea crimelor comise împotriva drepului ginților, crime ce încălcau dispozițiile Convenției de la Geneva din 1864². Tribunalul conceput de Moynier trebuia să fie compus din cinci membri, doi fiind numiți de beligeranți și ceilalți trei, de către statele neutre. Propunerea juristului elvețian nu a fost bine primită nici în acel an și nici mai târziu când a propus-o juriștilor din cadrul Institutului de Drept Național de la Cambridge, reproșându-i-se că este nesocotită jurisdicția statelor naționale³.

Ideea a rămas însă în atenția multor juriști și oameni politici interesați. Prin Convenția de la Haga din anul 1907 s-a încercat punerea bazelor unei “Curți Internaționale de prize maritime” care urma să își exercite competența atunci când o navă ar fi capturat o altă navă cu pavilion străin. Această Convenție, precum și cea din anul 1899, au marcat continuarea ideii lansată în cadrul Convențiilor de la Geneva și de la Sankt Petersburg, referitoare la găsirea unei căi de mijoc între necesitatea de a purta războaie și protejarea umanității.

Un prim act de invocare a responsabilității personale a membrilor unui guvern de către membrii altor guverne, a avut loc în anul 1915 când guvernele Marii Britanii, Rusiei și Franței au atenționat Imperiul Otoman în legătură cu masacrele comise împotriva populației armenilor⁴. Primul Război Mondial avea să facă numeroase victime iar Tratatul de la Versailles marca un pas către justiția internațională. Tratatul de Pace, semnat între Puterile Aliate și Asociate pe de o parte, și Germania pe de altă parte, la data de 28 iunie 1919, intra în vigoare la 10 ianuarie 1920. Tratatul prevedea instituirea unei comisii internaționale de anchetă care avea rolul de a descoperi pe cei vinovați de comiterea

² Christopher Keith Hall, "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court, 322 International Review of the Red Cross, 1998, p.57.

³ Dumitru Diaconu op. cit. p.4

⁴ Victor Ponta, Daniela Coman “Curtea Penală Internațională - Consacrarea juridică a statutului primei instanțe penale permanente din istoria justiției internaționale”, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p.19

celor mai grave crime comise în război. Această comisie avea să ajute pe cei ce urmau să își exercite activitatea în cadrul primei instanțe internaționale, creată special pentru a-l judeca pe fostul împărat al Germaniei, Wilhelm al II-lea.

Trei articole din acel Tratat sunt importante din perspectiva care ne interesează: art. 227, art.228 și art. 229. Articolul 227 prevedea acuzele ce i se aduceau fostului împărat german, și anume, “ofensă supremă adusă moralei internaționale și autorității sacre a tratatelor”. Tribunalul urma să fie compus din cinci membri desemnați de puterile învingătoare⁵. Pentru a-și aduce la îndeplinire scopul propus, Puterile Aliate și Asociate au adresat Olandei o cerere de extrădare pentru Wilhelm al II-le a care se refugiază pe teritoriul său. Olanda nu a aprobat însă cererea pe motiv că faptele de care era acuzat acesta nu erau incriminate în tratatele de extrădare. Așadar, încercarea de a realiza prima instanță internațională a eșuat⁶. Comisia de anchetă ce fusese creată a investigat 20000 de cazuri și a găsit 896 de ofițeri responsabili pentru crime de război care însă nu au fost predați și judecați de către Germania, aceasta încheind un compromis care avea ca obiect reducerea numărului de vinovați la 45 și judecarea lor de către Curtea Supremă Germană de la Leipzig.

Spiritul dreptății a continuat însă să existe și să anime Societatea Națiunilor și foruri precum Asociația de Drept Internațional, Institutul de Drept Internațional sau Asociația Internațională de Drept Penal. Aceasta din urmă a avut un rol deosebit de important, la conducerea acestei asociații aflându-se juristul român Vespasian Pella. În anul 1920 Comitetul de juriști din cadrul Societății Națiunilor, a întocmit un proiect de realizare a unei Înalte Curți de Justiție Internațională ce avea să fie complet

⁵ SUA, Marea Britanie, Franța, Italia și Japonia

⁶ Interesant este că tocmai Olanda a avut un rol în acest sens, țară care găzduiește acum CPI la Haga, acest oraș fiind supranumit și “capitala justiției internaționale” deoarece găzduiește de asemenea și Curtea Supremă de Justiție precum și Tribunalul Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie.

separată de Curtea Permanentă de Justiție. Aceasta din urmă urma să își exercite competența asupra crimelor contra dreptului ginților deferite de Adunarea sau de Consiliul Legilor din cadrul Societății Națiunilor. Până la urmă însă, s-a ajuns la concluzia că ideea este prematură și societatea nu este pregătită pentru asemenea evoluție pe planul justiției internaționale, neexistând un drept penal internațional acceptat de toate statele⁷.

Unii juriști precum Vespasian Pella, au crezut cu tărie în posibilitatea și mai ales necesitatea înființării unei Curți Penale Internaționale. Acesta a fost și motivul pentru care juristul român a întocmit în anul 1928 un proiect pentru Statutul Tribunalului Internațional, act ce a fost aprobat de către Asociația din care făcea parte. Actul prevedea ca în cadrul Curții Permanente Internaționale să existe o Cameră Penală⁸. Propunerea sa a fost reiterată câțiva ani mai târziu, în anul 1935, când în calitate de raportor, Vespasian Pella a întocmit planul unui cod represiv de talie mondială. Peste numai doi ani, la data de 16 noiembrie 1937, juristul român își vedea eforturile concretizate: se semna Convenția asupra Prevenirii și Reprimării Terorismului, cum de altfel se semna și Convenția privind crearea unei Curți Penale Internaționale care avea să judece tocmai pe cei ce se făceau vinovați de încălcarea dispozițiilor Convenției referitoare la terorism.

Noua Curte urma să aibă sediul la Haga și să fie formată din cinci membri, juriști cu o înaltă ținută morală și o bogată experiență la nivelul justiției naționale. Din păcate izbucnirea celui de al Doilea Război Mondial a împiedicat procesul de ratificare al celor două Convenții, care nu au mai intrat astfel în vigoare.

Încercarea realizării justiției internaționale rămânea și de acestă

⁷ Benjamin B. Ferencz, "An International Criminal Court: A Step Toward World Peace - A Documentary History and Analysis", vol. I, Half of Century of Hope, p.36-38.

⁸ Vespasian V. Pella, "Towards an International Criminal Court" in The American Journal of International Law, vol. 44, no. 1 (Jan. 1950), p. 37-68.

dată, doar la nivel teoretic. Este de apreciat totuși, că terorismul și crimele de război erau considerate crime internaționale. Acest fapt reprezenta, chiar și la nivel teoretic, un pas important în schimbarea mentalității indivizilor și societății în general, acceptarea realității, care nu era una dintre cele mai fericite la acel moment având în vedere izbucnirea unui nou conflict mondial.

În timpul războiului, SUA și Marea Britanie se gândeau deja cum vor fi pedepsiți cei responsabili pentru comiterea crimelor de război. Cele două puteri au încheiat chiar și un acord în acest sens, și anume Acordul de la Saint James Palace, în anul 1942, acord ce prevedea înființarea unei Comisii cu atribuții speciale în acest sens. Un an mai târziu, Uniunea Sovietică se alătura celor două puteri și în Declarația de la Moscova se preciza că cei vinovați vor fi trimiși în țările pe teritoriul cărora au săvârșit infracțiunile, pentru a-și primi pedeapsa cuvenită.

O dată cu genocidul comis împotriva evreilor, alături de crimele de război apare o nouă infracțiune extrem de gravă, și anume crimele împotriva umanității. Masacrele comise în timpul celui de al Doilea Război Mondial au dus la pierderi enorme pentru omenire. Comisia creată pentru pedepsirea criminilor era insuficientă, era nevoie de o instanță internațională. Acestea au fost premisele ce au dus la nașterea Tribunalului de la Nurenberg, primul Tribunal Militar Internațional ce urma să judece pe toți cei vinovați de săvârșirea a numeroase crime în timpul războiului fără a avea o localizare precisă. Acordul prin care s-a născut această instanță a fost semnat la Londra la data de 8 august 1945, purtând denumirea de “Acordul privind urmărirea și pedepsirea marilor criminali de război ai Puterilor Europene ale Axei”, aceste puteri fiind de fapt SUA, Uniunea Sovietică, Franța și Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord.

Așa cum sugerează și denumirea sub care a rămas în istorie, acest Tribunal își avea sediul în Germania, la Nurenberg. Statutul său cuprindea reguli referitoare la organizarea, functionarea si

jurisdicția acestuia. De asemenea, se prevedea posibilitatea creării de noi astfel de instanțe dacă situația ar fi cerut-o. Cele patru puteri aveau fiecare câte un reprezentant, Tribunalul având patru membrii și patru supleanți. Prin rotație, fiecare judecător urma să devină președintele instanței. Cei patru judecători puteau pronunța o condamnare dacă se întrunea votul majorității, respectiv dacă trei dintre ei votau în același sens. Dacă era egalitate, se dădea prioritate votului președintelui.

Un lucru extrem de interesant din punct de vedere juridic, care în societatea în care trăim nu s-ar mai putea repeta, este că dacă se constata că o persoană care face parte dintr-un grup organizat, era vinovată de o anumită faptă, atunci automat, organizația din care făcea parte era scoasă în afara legii. Pentru a putea descoperi criminalii, și a-i putea deferi Tribunalului, era constituită o comisie de anchetă din care făceau parte reprezentanți ai Ministerului Public din cele patru puteri.

Sentiințele trebuiau motivate și nu puteau fi supuse nici unei căi de atac. Se putea pronunța pedeapsa cu moartea sau orice altă pedeapsă ce se considera necesară, aceasta putând fi însoțită de confiscarea bunurilor furate, dacă era cazul. Consiliul de Control al Aliaților era însărcinat cu executarea pedepselor pe care le puteau modifica în sensul unei reduceri, nu însă în sensul unei agravări. În perioada în care a funcționat, 20 noiembrie 1945 - 1 octombrie 1946, Tribunalul a judecat 22 de persoane din totalul celor 24 puse sub acuzare, pronunțând 12 condamnări la moarte, 3 la muncă silnică pe viață, 4 condamnări cu închisoarea între 10 și 20 de ani și a pronunțat de asemenea, 3 soluții de achitare.

Tribunalul de la Tokyo a fost înființat relativ în aceeași perioadă, dar nu printr-un acord al aliaților, ci printr-o proclamație a comandantului militar șef al forțelor de ocupație, generalul Mac Arthur. Rolul său era judecarea și pedepsirea criminalilor de război japonezi și a fost creat prin "Declarația de la Postdam" ce a avut loc la data de 26 iulie 1945, fiind semnată de SUA, Marea Britanie și China, la care a aderat ulterior și Uniunea Sovietică.

Potrivit Cartei Tribunalului, generalului Mac Arthur îi revenea dreptul de a numi președintele și judecătorii Tribunalului care fuseseră în prealabil recomandați de statele semnatare sau care au aderat la actul de capitulare al Japoniei. Era creat totodată și un Consiliu care avea diverse atribuții în anchetarea cazurilor. Numărul judecătorilor era de cel puțin 6 și cel mult 11 membrii, iar completul de judecată era format din 6 judecători. Spre deosebire de Tribunalul de la Nurenberg, cel de la Tokyo nu era competent în a declara întreaga organizație din care eventual făcea parte un criminal, în afara legii. În Cartă nu erau dispoziții referitoare la caracterul irevocabil al hotărârilor, dar numai generalul Mac Arthur, în calitatea sa de Comandant Suprem al forțelor armate, putea aduce modificări hotărârii. Tribunalul de la Tokyo a funcționat până la data de 12 noiembrie 1948 și a condamnat la moarte 7 persoane, la detenția pe viață alte 11, și 7 persoane la un anumit număr de ani de închisoare.

Cele două Tribunale s-au dovedit ineficiente în a realiza adevărate acte de justiție internațională dar au deschis drumul unor adevărate progrese în plan juridic. Astfel, au dat naștere la câteva principii de o valoare foarte importantă în dreptul penal și anume, răspunderea penală individuală în fața legii, răspundere care este mai puternică decât imunitatea oferită de șef de stat sau de șef al armatei, ordinul superiorului este considerat cel mult o circumstanță atenuantă dar nu duce la înlăturarea răspunderii penale, și de asemenea, un alt principiu care s-a născut atunci a fost cel referitor la dreptul la un proces echitabil, având în vedere minime garanții procesuale ale părților.

De asemenea, în perioada postbelică au fost adoptate numeroase Convenții internaționale care au avut un rol foarte important pentru dezvoltarea unui sistem juridic internațional. Astfel, cele patru Convenții de la Geneva din anul 1949 precum și Protocolul adițional I din anul 1977, au avut o contribuție esențială în acest sens cuprinzând Convenția pentru ameliorarea soartei militrilor răniți din cadrul forțelor armate aflate în campanie; Convenția pentru îmbunătățirea soartei răniților, bolnavilor și naufragiaților

din cadrul forțelor armate aflate pe mare; Convenția referitoare la tratamentul prizonierilor de război și Convenția referitoare la protecția persoanelor civile în timp de război. Protocolul I adoptat în anul 1977 a reprezentat Protocolul adițional la Convențiile de la Geneva, semnate la 12 august 1949, și a lărgit sistemul represiv fixat de textul Convențiilor, referindu-se la protecția victimelor de război din conflictele armate internaționale.

Cele patru Convenții prevedeau ca “infrațiuni grave” o serie de acte comise împotriva bunurilor și persoanelor protejate de Convenții, precum: omuciderea intenționată, tortura, tratamentele inumane, cauzarea intenționată de suferințe, luarea de ostateci, etc, iar Protocolul adițional completa tabloul cu infrațiuni precum îndreptarea atacurilor împotriva populației civile, lansarea unui atac nediscriminatoriu știind că vor exista pierderi, atacarea localităților neapărate și a zonelor demilitarizate, atacarea unei persoane scoasă în afara luptei, folosirea pe nedrept a semnelor Crucii Roșii, apartheidul, deportarea populației, etc.

Pe scena internațională au mai intrat în vigoare ulterior și alte Convenții care au lărgit reglementarea ilicitului internațional. Exemple în acest sens sunt: Convenția pentru Prevenirea și Reprimarea Crimei de Genocid (3 decembrie 1948), Convenția suplimentară pentru desființarea sclaviei, a comerțului cu sclavi și a instituțiilor sau practicilor similare sclaviei, Convenția Internațională asupra Eliminării și Reprimării Crimei de Apartheid (30 noiembrie 1973)⁹, definirea agresiunii de către Adunarea Generală a ONU (14 decembrie 1974)¹⁰, alte convenții referitoare la interzicerea armelor de distrugere în masă. În anul 1947 Adunarea Generală a ONU începea lucrul la elaborarea unui “Cod al crimelor contra Păcii, Securității și Umanității”, care deși nu a fost finalizat, a fost suplinit cu numeroase alte acte normative internaționale. Un an mai târziu, se revenea la ideea juristului

⁹ Rezoluția 3068 (XXVIII) din 1973.

¹⁰ Rezoluția 3314 (XXIX) din 1974.

român, Vespasian Pella, de a se crea o cameră penală în cadrul Curții Internaționale de Justiție. Ideea a fost însă destul de repede abandonată, mergându-se pe considerentul că legile sunt diferite de la un stat la altul și că o persoană ar putea fi pedepsit de către o lege pe care statul său nu o recunoaște. Pe de altă parte, în cadrul Convenției pentru Prevenirea și Reprimarea Crimei de Genocid, se prevedea ca cei găsiți vinovați să fie judecați de o instanță penală internațională. Ideea a rămas însă ca și celelalte proiecte, la nivel de teorie deoarece izbucnirea Războiului Rece a împiedicat concretizarea sa.

Comitetul creat în anul 1950 pentru definirea crimei de agresiune nu a reușit realizarea scopului pentru care a fost creat, motivând că perioada aceea era marcată de prea multe tensiuni politice care nu ar fi permis acea definire. Abia în anul 1974 se realiza definirea acestei infracțiuni de o foarte mare complexitate, de către Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția nr. 3314. Totuși, definiția de atunci nu mai este astăzi atât de eficientă, nu poate fi acceptată în unanimitatea de toate statele. Este și motivul pentru care această infracțiune figurează în Statutul de la Roma, fără a fi însă definită. Agresiunea este așadar incriminată dar nu s-a găsit încă o definiție corespunzătoare, ceea ce o lipsește practic de efecte juridice. În planul de lucru al actualei Curți Penale Internaționale, există intenția ca în anul 2007 Adunarea Generală a Statelor Părți să lucreze pentru a cădea de acord asupra unei definiții a agresiune, astfel încât în anul 2009, când se vor împlini cei șapte ani de la adoptarea Statutului, primul amendament să fie tocmai includerea acestei definiții în Statut.

Revenind la incursiunea în istoria CPI, trebuie precizată și intenția din anul 1951 a Adunării Generale a ONU, care crea o nouă Comisie însărcinată cu examinarea posibilității înființării unei curți penale internaționale și a unui statut pe careia să funcționeze aceasta instituție. În anul 1954 acest proiect s-a adăugat aceluia referitor la Codul Internațional al Crimelor împotriva Păcii, Securității și Umanității, precum și a aceluia mandatat cu definirea agresiunii. practic, cele trei proiecte aveau

în vedere aceeași finalizare: crearea unui cadru normativ care să asigure pace internațională prin prevenirea conflictelor și pedepsirea celor vinovați de săvârșirea celor mai grave crime. Din păcate, cele trei proiecte nu au reușit să atingă această finalitate datorită impedimentelor politice din perioada 1954-1980.

Convenția privind Eliminarea și Reprimarea crimei de Apartheid din anul 1973, readuce în atenție proiectul privind înființarea unei instanțe penale internaționale care să îi poată judeca pe cei vinovați de săvârșirea crimelor prevăzute de Convenția menționată. Același obiectiv era prezent 11 ani mai târziu în textul Convenției Internaționale de Prevenire și Combatere a Torturii din anul 1984. Este de precizat că se urmărea înființarea unei instanțe cu caracter permanent și nu ad-hoc cum fuseseră cele de la Nurenberg și Tokyo. Totuși, atunci când a izbucnit conflictul din Fosta Yugoslavie, tot la soluția unui tribunal ad-hoc s-a ajuns.

Considerentele au fost mai ales de natură temporală în sensul că era necesară înființarea urgentă a unui tribunal, dată fiind amploarea conflictului. Crearea unei curți permanente ar fi implicat din punct de vedere juridic nașterea unui acord care să fie semnat de mai multe state, proces care ar fi putut dura foarte mult timp. De aceea, s-a preferat înființarea unui tribunal ad-hoc printr-o Rezoluție a ONU, proces mult mai rapid. Din punct de vedere juridic a fost însă destul de comentat faptul că un organ eminent politic cum este Consiliul de Securitate al ONU, poate pune bazele unei instanțe internaționale. Având însă în vedere că obiectivul acestui organ este acela de a menține pacea și securitatea internațională, și că pe teritoriul Fostei Yugoslavii s-au comis crime de o extremă gravitate ce aduceau atingere dreptului internațional umanitar, s-a preferat soluția creării "Tribunalului Internațional pentru judecarea persoanelor prezumate responsabile de violări grave ale Dreptului Umanitar Internațional, comise pe teritoriul Fostei Republici Socialiste Federative Yugoslavie, începând cu data de 1 ianuarie 1991"¹¹.

¹¹ Rezoluția nr. 808 din 19 februarie 1993

Se stabilea totodată și Statutul acestei instanțe cunoscute sub denumirea de Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie¹². Tribunalul este un organ subsidiar Consiliului de Securitate al ONU și are sediul la Haga. În componența sa intrau 11 judecători aleși pe o perioadă de 4 ani de către Adunarea Generală a ONU la propunerea prealabilă a Consiliului de Securitate, mandatul lor putând fi reînnoit.

Competența materială a TPIY se întinde asupra crimelor ce constituie încălcări ale Convențiilor de la Geneva din anul 1949, violări ale legilor și obiceiurilor războiului, genocid, alte crime împotriva umanității. Activitatea Tribunalului este susținută de SUA și de statele europene dar în același timp este criticată de Rusia sau de China. Criticile sunt bazate pe considerente de natură politică sau de natură procedurală. Cu toate neajunsurile pe care le prezintă TPIY, activitatea sa reprezintă un succes judiciar, făcând eforturi și astăzi pentru tragerea la răspundere a celor vinovați de crime odioase.

Urmând modelul TPIY, un an mai târziu, Consiliul de Securitate înființa prin Rezoluția nr. 955 din 8 noiembrie 1994, Tribunalul Internațional Penal pentru Rwanda care are o competență exclusivă de judecare a persoanelor prezumate responsabile pentru acte de genocid sau alte violări grave ale dreptului internațional umanitar, persoane care pot fi cetățeni rwandezi ce au săvârșit infracțiuni pe teritoriul propriului stat sau al statelor învecinate, sau pot fi de asemenea, cetățeni străini ce au săvârșit infracțiuni pe teritoriul rwandez sau împotriva cetățenilor rwandezi. Tribunalul este competent să judece crimele săvârșite pe o perioadă determinată de timp, și anume 1 ianuarie - 31 decembrie 1994.

Statutul acestui tribunal a fost modificat ulterior de mai multe ori în vederea asigurării eficiente a procesului de realizare a dreptății.

¹² Prescurtat TPIY

Având drept model TPIY, Tribunalul Internațional Penal pentru Rwanda funcționează după aceleași principii și aceeași organizare, și are de asemenea, aceeași competență materială. Deși o soluție pentru moment, Tribunalul pentru Rwanda, cu sediul la Arusha, are o importanță deosebită pentru lungul proces de realizare a justiției internaționale. Astfel, trebuie precizat că această instanță va rămâne în istorie ca fiind primul Tribunal internațional ce a pronunțat o sentință de condamnare pentru crima de genocid¹³. În anul 2000 în cadrul Consiliului de Securitate s-a cerut extinderea activității sale și asupra conflictului ce izbucnise în Sierra Leone. Soluția la care s-a ajuns nu a fost lărgirea competenței tribunalului pentru Rwanda, ci crearea unui nou tribunal internațional, Tribunalul Special pentru Sierra Leone. Ceea ce face ca acest tribunal să fie special este că nu a fost înființat prin rezoluție a Consiliului de Securitate al ONU, ci printr-un tratat încheiat între ONU și Sierra Leone, devenind astfel o instanță independentă, cu un caracter sui generis. Competența materială se răsfrânge asupra crimelor împotriva umanității și a crimelor de război comise în Sierra Leone începând cu data de 30 noiembrie 1996.

Analizând activitatea celor două tribunale ad-hoc care funcționează și în prezent, tot mai multe state au ajuns la concluzia că tribunalul de acest gen nu este cea mai bună soluție pentru realizarea justiției internaționale, revenind în centrul atenției ideea creării unei instanțe permanente cu o competență teritorială extinsă.

Readucerea acestei discuții în planul de lucru al ONU, a fost posibilă datorită încheierii Războiului Rece, care a marcat totodată schimbarea mentalității popoarelor, a statelor. Asistăm la o emancipare politică a statelor care acceptă ideea că individul este cel mai important, că până la urmă ideea de suveranitate a unui stat este clădită tocmai în jurul individului. Dacă protejăm individul, implicit protejăm statul al cărui cetățean este și

¹³ Împotriva lui Jean Claude Akayesu, la 2 septembrie 1998

protejăm individul sau statul împotriva căruia acesta s-ar putea îndrepta cu o acțiune ostilă. Așadar, cea mai importantă este funcția de prevenire a infracțiunilor, funcție care nu se poate realiza decât de către o instanță care să funcționeze permanent.

În acest sens o importanță deosebită au dobândit-o organizațiile internaționale, subiecte noi de drept care tind să aibă în lumea în care trăim, un rol la fel de important ca cel al statelor dacă nu chiar uneori și mai important. Cert este că aceste organizații au creat o coaliție luptând pentru drepturile omului în general, dar mai ales pentru drepturile victimelor, și astfel în luna iunie 1993, la Viena, au adoptat o declarație de susținere necondiționată a inițiativei de înființare a unei curți penale permanente. Aceste organizații internaționale neguvernamentale¹⁴ au depus o activitate extremă care a avut un impact deosebit asupra societății civile mai ales, dar și asupra actorilor politici care au ajuns la concluzia că într-adevăr societatea în care trăim are nevoie de o astfel de instanță.

În anul 1995, Adunarea Generală a ONU a decis crearea unei Comisii Pregătitoare care să redacteze un act internațional ce avea să stea la baza nașterii instanței mult cerute. Punctul de plecare era actul redactat de comisia de Drept Internațional, la care a contribuit foarte mult juristul român Vespasian Pella, act la care s-au adăugat elemente noi ale realității de astăzi precum și elemente ce au ieșit la iveală pe parcursul desfășurării activității tribunalelor ad-hoc. În luna decembrie 1996, Adunarea Generală confirmă mandatul Comisiei Pregătitoare și hotărăște ca în anul 1998 să aibă loc o conferință plenipotențiară unde să se analizeze activitatea Comisiei și să se ia o decizie ca atare.

Comisia Pregătitoare s-a întrunit de șase ori în perioada premergătoare conferinței. Au avut loc discuții aprinse și numeroase compromisuri. Conferința de la Roma a avut loc între 15 iunie și 17 iulie 1998 și a fost prezidată de ambasadorul

¹⁴ Pentru mi multe detalii vezi www.iccnw.org

canadian Philipp Kirsch, cu participarea președintelui italian Luigi Scalfaro și a Secretarului General al ONU, Kofi Annan. Delegațiile s-au împărțit în două categorii distincte, cei care erau familiarizați cu proiectul statutului și cei intrau pentru prima dată în contact cu acesta, formându-se 15 grupuri de lucru¹⁵. După discuții care au ținut și 12 ore pe zi, timp de 32 de zile, reușind să înfrunte încercărilor unor state de a sabota lucrările conferinței, s-a ajuns la un consens, astfel că la 15 iulie a fost finalizat Statutul CPI cu un conținut de 128 de articole. Votul a fost 120 pentru, 7 împotriva și 21 de abțineri.

3. Voturile exprimate împotriva Curții Penale Internaționale.

Statele Unite ale Americii nu se află nici în prezent în rândul Statelor Părți la Statutul de la Roma. Inițial Statutul a fost semnat de către Bill Clinton, dar sub administrația George Bush, semnătura a fost retrasă și o dată cu aceasta și toate drepturile și obligațiile ce decurgeau din semnarea aceluși Statut. Motivul central care a stat la baza neratificării de către americani a Statutului a fost temerea că cetățenii americani ar putea fi persecutați din motive politice. Pe de altă parte, americanii au considerat că îi pot trage la răspundere mai eficient pe cei vinovați, nefiind necesară intervenția Curții Penale Internaționale.

Un alt motiv pentru care SUA a fost împotriva Statutului, este faptul că articolul 12 din acest act permite Curții să sesizeze și state care nu sunt părți ale Statutului. Chiar Președintele SUA, Bill Clinton, declara acest lucru la data de 31 decembrie 2000¹⁶, afirmând totuși că SUA semnează acest Statut pentru că dorește

¹⁵ V. Ponta, D. Coman, op. cit. p. 69-73

¹⁶ <http://usinfo.state.gov/topical/pol/usandun/00123101.htm> sau "The International Criminal Court - Global Politics and the Quest for Justice", publicată de International Debate Education Association, New York, 2004, p.149, editori William Driscoll, Joseph Zompetti și Suzette W. Zompetti

să facă parte din procesul de înfăptuire a justiției internaționale, dar recomandă totodată celui ce îl va succeda la funcția de președinte al SUA să nu ratifice acordul până nu vor fi satisfăcute interesele proprii. Acest motiv, constând în posibilitatea CPI de a interveni chiar în activitatea unor state ce nu sunt părți la Statutul de la Roma, a fost combătut de numeroși specialiști prin chiar contraargumente ce au ca subiect activ SUA.. De asemenea, SUA și-a exprimat îngrijorarea că prin ratificarea Statutului, cetățenii americani care ar apărea în fața Curții ar avea mai puține drepturi decât cele garantate de Constituția americană.

Alte critici aduse de SUA Statutului ar fi de natură procedurală și acuzatorială. Criticile de natură procedurală constau în faptul că cetățeanului american nu îi vor fi garantate anumite drepturi precum cel de a fi judecat de un complet de jurați, și de aici decurge o altă serie de dificultăți determinate de cele două sisteme juridice diferite: common law și civil law. Specialiștii au încercat însă să evite aceste diferențe și au creat un sistem de drept unic care combine elemente din cele doua sisteme de drept astfel încât să se evite tocmai argumente de acest tip. Americanii consideră însă că acest sistem îi privează pe cetățeni de anumite drepturi. Criticile de natură acuzatorială se referă la Procuror care este numit și descalificat de Statele Părți, ceea ce ar putea duce la influențe de natură politică. În America, procurorii federali se bucură de o mai largă autonomie.

India a votat împotriva Statutului de la Roma, iar cu ocazia Conferinței Plenipotențiare, Dilip Lahiri, șeful delegației indiene, a explicat motivele¹⁷ pentru care India a luat decizia de a nu semna actul creator al CPI. În primul rând, domnia sa și-a exprimat regretul că India nu va fi parte a Statutului, dar în același timp, a lăsat să se înțeleagă că pierderea mai mare va fi suferită tocmai de CPI prin faptul că India nu este stat parte.

Un prim motiv l-a constituit tocmai scopul pentru care a fost

¹⁷ <http://www.un.org/icc/speeches/717ind.htm>

creată CPI. India a considerat că o curte penală internațională trebuie creată tocmai pentru a fi competentă în situații cu adevărat excepționale, atunci când jurisdicția națională nu este eficientă sau nu există. În schimb, India apreciază, că scopul CPI nu este de a interveni în cazuri cu adevărat excepționale, ci dimpotrivă, reprezintă un instrument politic de intervenție în cercul de jurisdicție al unor state care nu sunt State Părți la Statut, ceea ce nu ar trebui sub nici o formă să se întâmple. De asemenea, India și-a exprimat îndoiala referitoare la succesul actului de justiție internațională având în vedere că reprezentanții unor mari puteri (India, China, SUA), ai unor state cu o populație ridicată, nu sunt de acord cu unele prevederi ale Statutului, cum ar fi de exemplu, definiția crimelor împotriva umanității. Cum este posibil succesul unei instituții care apără umanitatea, dacă tocmai umanitatea nu este de acord cu ceea ce ar trebui incriminat, cu ceea ce ar reprezenta propriile valori?

Un alt motiv ce a determinat votul negativ al Indiei, a fost rolul pe care îl are Consiliul de Securitate. Faptul că acest organism poate interveni în activitatea CPI, reprezintă în opinia reprezentantului indian, o violare a dreptului internațional. Consiliul de Securitate nu are dreptul de a stabili instanțe internaționale, iar faptul că a creat tribunale ad-hoc în Yugoslavia și în Rwanda nu îi conferă nici un drept de a interveni în activitatea CPI. Cele trei instrumente pe care le are la dispoziție, dreptul de a deferi o situație către Curte, dreptul de a bloca activitatea de cercetare penală și dreptul de a obliga anumite state, sunt aspru criticate de India, și reprezintă o gravă violare a dreptului internațional. Dreptul de a deferi o cauză către CPI, nu este în opinia Indiei, necesară, tocmai pentru că există deja posibilitatea Statelor-Părți de a face acest lucru. Intervenția Consiliului de Securitate este privită ca o intervenție de natură politică care influențează activitatea CPI, sau este văzută ca un drept ce nu se cuvine pentru că membrii Consiliului pot să nu fie State-Părți. Așadar cei care nu au semnat Statutul și care nu au drepturi ce decurg din actul de naștere al Curții, dobândesc drepturi prin calitatea lor de membri ai Consiliului de Securitate ceea ce este inadmisibil din

punct de vedere juridic, dar admisibil din punct de vedere politic.

Dreptul Consiliului de Securitate de a bloca activitatea de cercetare penală este și mai de neînțeles pentru India care arată că prin acest mod se aduce atingere tocmai obiectivului principal, de pedepsi pe vinovații de comiterea celor mai grve crime, care ar putea profita de asemenea decizie și s-ar putea sustrage urmării penle. Cel de al treilea instrument de care beneficiază Consiliul de Securitate este tocmai acela de a lega de Statut state care nu l-au semnat, iar acest lucru reprezintă o violare a Legii Tratatelor precum și un abuz deoarece Consiliului de Securitate nu îi este recunoscut un asemenea drept prin actul său creator.

De asemenea, un alt motiv de îngrijorare pentru India a fost neîncluderea printre infracțiunile ce țin de competența CPI, a utilizării de arme nucleare. Așadar, folosirea armelor nucleare nu reprezintă o crimă, ceea ce India nu poate să accepte.

Toate aceste argumente au determinat ca India să dea un vot negtiv Statutului de la Roma, care nu va putea crea o instanță judiciară, ci mai degrabă una politică.

Israelul este un puternic aliat al Statelor Unite, ceea ce a dus la adoptarea unei atitudini asemănătoare față de CPI. Astfel, urmare a faptului că inițial SUA a semnat Statutul, și Israelul a avut același impuls, semnând Statutul la data de 31 decembrie 2000. Israelul nu a semnat încă Acordul privind Privilegiile și Imunitățile CPI. La cea de a treia întrunire a Adunării Statelor Părți la Haga, un reprezentant al Israelului a participat și a exprimat îngrijorarea acestui Stat față de activitatea Curții, afirmând că Israelul va analiza foarte bine din toate punctele de vedere activitatea ce urmează să fie desfășurată de CPI, înainte de a adopta o altă poziție.

Dacă în iunie 2002, Israelul anunța în mod formal că nu are nici o intenție de a ratifica Statutul, ulterior a adoptat o atitudine mai deschisă față de Curte. Israelul consideră crimele de război ca fără

bază juridică în dreptul internațional și de asemenea, nu este de acord cu incriminarea ce apare în art 8, paragraful 2 lit b, subparagraful viii, care se referă la interzicerea transferării de populație civilă în noile teritorii ocupate. De asemenea, Israelul nu este de acord cu faptul că un Stat poate să nu prezinte Curții o serie de informații și de documente dacă acest lucru este de natură să prejudicieze interesul național. Un alt punct de vedere asupra căruia Israelul nu a căzut de acord este acela referitor la reprezentarea judecătorilor pe criterii geografice, criteriu care în opinia acestui Stat, dă șanse minime ca Israelul să aibă vreun reprezentant la Curte.

Legea israeliană face distincție între tratatele declarative și cele constitutive. Tratatele declarative sunt cele bazate pe dreptul cutumiar, iar tratatele constitutive sunt cele care crează drepturi și obligații noi pe plan internațional. Acestea însă nu devin obligatoriu drept intern al statutului Israel și indiferent de efectul lor pe plan internațional, aceste tratate nu vor fi invocate de către instanțele israeliene. Pentru a avea efect juridic în Israel aceste tratate trebuie transformate în „drept municipal”, în drept intern. Israelul nu are o Constituție scrisă, dar are reguli și legi proprii care reglementează drepturile deținutului. În legea israeliană nu este prevăzută pedeapsa cu închisoarea pe viață, detenția cea mai severă fiind de 20-25 de ani.

În legătură cu președintele statului, legea israeliană prevede imunități și privilegii în legătura cu funcția sa, pe toată durata mandatului precum și după expirarea acestuia. De asemenea, președintele statului nu poate fi judecat penal ca de altfel nici membrii parlamentului. Împotriva unui judecător nu poate fi pornită acțiunea penală decât cu acordul Procurorului General¹⁸. Având în vedere dispozițiile legale ale acestui Stat, nici nu este de mirare că nu au semnat Statutul de la Roma. În legislația Israelului nu este prevăzută pedeapsa cu detenția pe viață care figurează în Statut. De asemenea, funcționarii cu cele mai înalte

¹⁸ <http://www.iccnw.org/countryinfo/northafricamiddleeast/israel.html>

poziții în stat nu pot fi urmărite penal, iar infracțiunile ce intră în competența Curții de cele mai multe ori sunt comise de persoane importante în stat. Pe de altă parte, chiar dacă ar semna Statutul, acesta nu ar deveni automat drept intern, nu ar fi obligatoriu pentru cetățenii israelieni decât după ce ar avea loc un proces de transformare a acestuia în drept municipal.

Declarația făcută la Roma cu prilejul Conferinței Plenipotențiare de către șeful delegației israeliene, judecătorul Eli Nathan, este extrem de interesantă¹⁹. Reprezentantul Israelului și-a început discursul amintind de entuziasmul cu care Israelul, popor evreu, a acceptat ideea de înființare a CPI, având în vedere crimele comise de naziști împotriva populației țării sale, mai mult chiar, domnia sa fiind una dintre victimele care poartă urmările acelor crunte acte inumane. Israelienii, erau poate chiar unii dintre cei mai aprigi susținători ai ideii de tragere la răspundere penală a celor mai periculoși infractori. Judecătorul israelian, arată apoi în discursul său că nu înțelege de ce mutarea populației pe teritoriile nou cucerite figurează printre cele mai odioase crime împotriva omenirii. De aceea, domnia sa consideră că incluzându-se această acțiune pe lista crimelor ce țin de competența Curții, această instanță nu va fi decât un instrument politic în conflictul din Orientul Mijlociu.

Șeful delegației Israelului își încheie apoi discursul menționând încă o dată regretul că tocmai statul Israel cu o populație victimă a infracțiunii de genocid, se află în poziția de a da un vot negativ „actului de naștere” a ceea ce ei au considerat că le va aduce măcar alinarea suflească prin pedepsirea criminalilor cei mai odioși. Se subliniază că votul negativ este dat datorită politicizării CPI prin incriminarea mutării populației pe teritoriile nou cucerite, acțiune ce se întâmplă frecvent în conflictul din Orientul Mijlociu.

¹⁹ <http://www.iccnw.org/documents/statements/governments/IsraelatPrepCom17July1998.pdf>

Iraquul este un alt stat care la Conferința de la Roma a votat împotriva Statutului. În mod surprinzător la data de 15 februarie 2005, acest stat a hotărât să acceadă la Statutul CPI, dar și mai surprinzător, două săptămâni mai târziu și-a retras acest act fără să dea nici o explicație.

Hotărârea de a accede la Statut a fost anunțată de Primul Ministru al guvernului interimar, Iyad Allawi, care a anunțat de asemenea, că hotărârea va avea efecte juridice din momentul publicării sale în Monitorul Oficial al țării. Domnia sa a argumentat decizia Consiliului de Miniștri prin faptul că Statutul CPI ocrotește cele mai ridicate valori ale umanității și de asemenea, numeroase din dispozițiile sale se regăsesc în tratatele internaționale la care Iraquul este parte. Numai două săptămâni mai târziu, la 1 martie 2005, guvernul interimar din Iraqu și-a retras accesivunea la Statut fără să dea nici o explicație. Probabil că existența conflictului care există acum în Iraqu este unul dintre motivele pentru care acest stat și-a retras atât de brusc hotărârea de a deveni parte la instanța care își propune să-i pedepsească pe cei mai periculoși infractori.

Republica Democrată Coreea nu asemnat Statutul și nici Acordul privind privilegiile și Imunitățile CPI. De asemenea, nu au participat nici la lucrările Comisiei Preparatorii și nu se așteaptă ca în viitorul apropiat să își schimpe poziția. O influență pozitivă se pare că există însă din partea Republicii Coreea, care a semnat Statutul la data de 8 martie 2000 și l-a ratificat la data de 13 noiembrie 2002. De asemenea, acest stat a semnat și Acordul referitor la privilegiile și imunități la data de 28 iunie 2004. Pentru a putea aplica prevederile Statutului, guvernul Republicii Coreea a demarat un proces de modificare a legislației interne.

China este un alt stat care nu a dat un vot pozitiv Statutului, nesemnându-l, ca de altfel nici Acordului pentru Privilegii și Imunități. În ultima vreme însă se pare că acest stat începe să capete încredere în instituția CPI. Astfel, într-un ziar oficial al

țării²⁰ la data de 7 iunie 2005 era publicat un articol din care reieșea sprijinul Chinei pentru o curte penală internațională independentă, eficientă și universală care să-i judece și să-i pedepsească pe cei mai crunți criminali. De asemenea, în anul 2002 un oficial chinez declara în fața Consiliului de Securitate că, deși China nu este un Stat Parte la Statut, acest stat sprijină activitatea Curții²¹. De altfel China este un stat care a participat activ la toate ședințele Comisiei Preparatorii și din toate declarațiile se poate observa atitudinea favorabilă creării CPI. Totuși, China nu a semnat Statutul fiind puțin neîncrezătoare în succesul activității Curții. China este un stat care dorește aderarea la Statut dar numai în măsura în care Curtea va obține succesul scontat. Așadar, se pare că în perioada următoare China va deveni Stat Membru dacă CPI va reuși să capete statutul de garant al justiției penale internaționale.

Deși Yemenul a votat inițial împotriva Statutului de la Roma, se pare că ulterior și-a schimbat poziția, deoarece la data de 28 decembrie 2000 a semnat acest act. Mai rămâne semnarea Acordului pentru Privilegii și Imunități, deoarece acest lucru nu s-a produs încă. De asemenea, atitudinea favorabilă activității CPI este exprimată și de faptul că acest stat a urgentat procedura de ratificare a Tratatului.

4. Concluzii

Statutul de la Roma nu este un document perfect, ci unul perfectibil, însă chiar și sub forma actuală reprezintă un document unic pe plan juridic. Faptul că ratificarea Statutului de către 60 de state s-a petrecut în mai puțin de 4 ani arată că popoarele sunt din ce în ce mai unite în lupta împotriva crimelor cele mai grave și își dau de bună voie acordul la contribuirea prevenirii și pedepsirii acestora. Această direcție pe plan

²⁰http://www.iccnw.org/documents/statements/governments/2005/China_PositonPaperUNReforms_7Jun05.pdf

²¹ <http://www.iccnw.org/countryinfo/asia/china.html>

internațional este întărită și de faptul că prima curte penală permanentă internațională a luat naștere printr-un acord al Statelor Părți și nu printr-o rezoluție a Consiliului de Securitate. Înființarea Curții reprezintă un moment istoric al justiției internaționale. După eforturi ce au durat mai mult de 50 de ani, visul marelui jurist român Vespasian Pella s-a realizat.

**FAMILIENNAMEN DER VERHEIRATETEN FRAU
UND DES KINDES IM RAHMEN DES
GESETZENTWURFES ZUR ÄNDERUNG DER
ARTIKEL 187 UND 321 DES TÜRKISCHEN
ZIVILGESETZBUCHES**

DR. YILDIZ ABİK*

Einleitung

In vorliegender Arbeit wurde analysiert, ob die Kriterien¹ zur Bestimmung der Familiennamen der verheirateten Frauen und deren Anwendung im türkischen Recht möglich oder eher unmöglich sind. Diese Kriterien sind das Prinzip der obligatorischen Namenseinheit und das Wahlprinzip² sowie das Prinzip getrennter Namensführung und das Prinzip des Doppelnamens. In diesem Zusammenhang werden darauf eingegangen, wie die Kriterien zur Feststellung des gemeinsamen Familiennamens und zur Weiterführung der eigenen Familiennamen, nämlich getrennter Namensführung oder zum Gebrauch doppelter Familiennamen in den türkischen, deutschen und schweizerischen Rechten geregelt und gegenwärtigen Doktrinen dieser Rechten untersucht werden. Ferner wird der Entwurf des schweizerischen Familiennamengesetzes im Lichte der gegenwärtigen Doktrinen untersucht, welcher bei dem Nationalrat und Ständerat nicht akzeptiert und deswegen konnte Gesetzeskraft nicht erlangen.

* **Wissenschaftliche Assistentin für Zivilrecht an der juristischen Fakultät der Universität Ankara, Türkei.**

¹ Näheres bezüglich der Kriterien des Familiennamens der verheirateten Frau siehe, *Nowak*, 1996, 57– 64; *Emde*, 1988, 19 –21.

² Der Vorsatz dieses Prinzips ist der, dass die Ehegatten die Wahl haben einen gemeinsamen Familiennamen zu wählen oder den Familiennamen vor der Eheschließung beizubehalten, nämlich getrennter Namensführung wählen.

Bei der Analyse des türkischen Rechts wird zunächst der Artikel 187 mit der Nummer 4721 des türkischen Zivilgesetzbuches mit der Überschrift *“Familiennamen der Frau”* erörtert, der den Familiennamen der verheirateten Frau regelt, und des Artikels 321 TZGB unter dem Titel *“Die Wirkungen des Kindesverhältnisses”* und mit der Überschrift *“Familiennamen”* zum Familiennamen des Kindes erläutert. Dann werden die Auffassungen in den Doktrinen über diesen Bestimmungen erläutert. Ferner werden diesbezüglich das Urteil des Verfassungsgerichts und Entscheidungen des europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und als letztes der Gesetzentwurf³, welches wesentliches der vorliegender Arbeit ist, über die Änderungen des Artikels 187 und des Artikels 321 des türkischen Zivilgesetzbuches interpretiert. Bei der Beurteilung werden die Grundänderungen zur Gleichberechtigung der Frauen und Männer, die ab 2001 im Grundgesetz der Türkischen Republik vorgenommen wurden, genau überprüft.

Die Kriterien⁴ zur Bestimmung der Familiennamen des Kindes sind das patriarchalische Prinzip, das matriarchalische Prinzip, das Prinzip des Doppelnamens und das Wahlprinzip. Diese ganzen Prinzipien sind damit verbunden, was für eine Entscheidung die Ehegatten bezüglich des Familiennamens treffen werden. In unserer Arbeit werden unterschiedliche Lösungen zu den Problemen wie Familienname des Kindes, Anerkennung des Familiennamens der Ehegatten als gemeinsamen Familiennamen und Auswahl eines

³ Der vollständige Titel dieses Gesetzentwurfs heißt, *“Die Vorlage über den Entwurf zur Änderung des türkisches Zivilgesetzbuches und die Änderung des Zivilstandsgesetzes“*. Da diese Vorlage verantwortlich ist, für die Änderungen des Artikels 187 und des Artikels 321 des türkischen Zivilgesetzbuches und weil sie den vorgesehenen Bestimmung für das Zivilstandsgesetz betreffend des neuen Zivilstandsdienstesgesetz geordnet hat, ist sie in unserem Artikel an zweiter Stelle gerückt und deshalb halten wir es für angemessen, diese Vorlage zu erwähnen.

⁴ Näheres bezüglich der Kriterien der Bestimmung des Familiennamens des Kindes, siehe Nowak, 1996, 64 – 69.

unterschiedlichen Familiennamens nämlich getrennter Namensführung oder Anerkennung doppelter Familiennamen angeboten. Bei Lösungsvorschlägen werden wieder die schweizerischen und deutschen Rechte herangezogen. Das türkische positive Recht wird dabei kurz erläutert, und auch auf die Vorschläge in der Doktrin bezüglich des Familiennamens des Kindes werden eingegangen. Ferner wird eine Bilanz über die Bestimmung in den oben genannte Entwurfsvorlage hinsichtlich des Familiennamens des Kindes gezogen.

Schliesslich bieten wir in unserer Arbeit konkrete Vorschläge zur Lösung des Problems "Familiennamen der verheirateten Frau und des Kindes" an.

I) Konstellation des türkischen Rechtwesens vor dem Entwurf

A) Der Familienname der verheirateten Frau

Unsereres Erachtens ist im türkischen Recht das Prinzip der obligatorischen Namenseinheit anerkannt⁵. Gemäss diesem Prinzip wird der Nachname eines der Ehegattens als Familienname (Ehenamen) angenommen. Im türkischen Recht ist dieser Familienname gemäß dem Artikel 187 des Zivilgesetzbuches der Nachname des Ehemannes. Es wird im türkischen Recht auf dem Familiennamen (Nachnamen) des Ehemannes beharrt. Die Änderung des Artikels 187 des türkischen Zivilgesetzbuches, welches eigentlich besagt, dass die Frau das Recht hat, vor dem Nachnamen ihres Ehemannes ihren bisherigen Nachnamen (Name vor der Eheschließung) zu stellen, hat unserer Meinung nach im Prinzip der obligatorischen Namenseinheit keinen so großen Einfluss. Es ist möglich zu behaupten, dass sehr viele Frauen aus verschiedenen Gründen nicht von diesem Recht Gebrauch machen.

⁵ Siehe gleiche Meinung : *Nowak*, 1996, 58.

Die vorgenommene Änderung⁶ im Gesetz 4248 mit dem Artikel 153 des Zivilgesetzbuches vom 14.05.1997 besagt, dass die Frau das Recht hat, ihren bisherigen Nachnamen vor dem Nachnamen ihres Ehemannes zu benutzen, wird in dem neuen Zivilgesetzbuch Art. 187 mit der Überschrift "*Der Nachname der Frau*" unverändert beibehalten⁷.

Gemäss des Art.187 des türkischen Zivilgesetzbuches "*Die Frau nimmt durch die Heirat den Nachnamen ihres Ehemannes an. Allerdings kann die Frau an den Standesbeamten oder später an das Zivilstandsamt durch eine schriftliche Antragstellung vor dem Nachnamen des Ehemannes ihren bisherigen Nachnamen stellen. Eine Frau, die bereits zwei Nachnamen hat, kann dieses Recht nur für einen ihrer beiden Nachnamen beanspruchen.,*

Der Art.187 des türkischen Zivilgesetzbuches sieht vor, dass die Verlobten nach der Eheschließung notgedrungen einen Familiennamen annehmen müssen. Man muss den Art.187 des türkischen Zivilgesetzbuches bezüglich des Familiennamens des Kindes zusammen mit dem Art. 321 beurteilen. Bei dieser Beurteilung wird dann sichtbar, dass beide Vorschriften zur Einheit des Familiennamens in der Familie verhelfen⁸.

⁶ Öztan hat zum Ausdruck gebracht, dass der, den Gesetzgeber eingeführt hat, im Art.187/1 des türkischen Zivilgesetzbuches, gegen das eingeplante Gleichberechtigungsprinzip zwischen Mann und Frau im Hinblick auf den Familiennamen verstoßen habe. Jedoch wurde mit der Aussage, dass die Frau mit der Trauung oder danach ihren eigenen (bisherigen) Namen vor dem ihres Mannesnamen benutzen darf, diese Ungleichberechtigung gemildert. Wie im Art.187 des türkischen Zivilgesetzbuches wird diese Ansicht auch in der schweizerischen Recht im Art.160 ZGB vertreten. Näheres dieser Ansichten siehe Öztan, 2004, 162; BSK ZGB I-Bühler, 2002, Art.160, N.1-2.

⁷ Einige Verfasser, deren Ansichten wir uns anschließen, sind der Meinung, dass im Art.153 des alten türkischen

Zivilgesetzbuches und in einer anderen Form, aber mit demselben Inhalt, im Art.187 des neuen TZGB, der Frau und dem Mann keine ausgiebige Gleichberechtigung erteilt wird. Für die Ansichten siehe Havuçtu, 1998, 12; Gören, 1998, 94 –95; Özdamar, 2002, 263, 271.

⁸ Dural / Öğüz / Gümüş, 2005, 166.

Wie aus den Art.187 des TZGB ersichtlich ist, ist die Frau gezwungen, den Familiennamen ihres Ehemannes anzunehmen. Das Gesetz sieht die Verpflichtung an die Frau vor, den Familiennamen ihres Ehemannes zu übernehmen. Darüber hinaus hat sie nebenbei das Recht, ihren bisherigen Nachnamen⁹ vor dem Familiennamen ihres Ehemannes zu behalten¹⁰. Dafür muss sich die Frau entweder bei der Trauung an den Standesbeamten wenden oder sie muss später an das Zivilstandsamt einen schriftlichen Antrag stellen. Dieser schriftliche Antrag an das Zivilstandsamt kann, soweit bei der Gesetzesbestimmung (Art.187 des TZGB) nicht begrenzt, jederzeit vorgenommen werden¹¹.

Die einzige Möglichkeit, dass die Ehegatten den Geburtsnamen der Frau als Ehenamen (Familiennamen) bestimmen wollen, wofür sich die Ehegatten vor der Trauung beschlossen haben, bietet der Art. 27/1 des türkischen Zivilgesetzbuches an. Dieser Artikel involviert eigentlich eine allgemeine Bestimmung zur Änderung der Nachnamen aus dem wichtigen Gründen. Gemäss dieses Artikels kann der Ehemann aus dem wichtigen Gründen, die Änderung seines Nachnamens (und die Annahme des

⁹ Näheres die Bestimmung des bisherigen Namens der Frau siehe *Dural / Ögüz / Gümüş*, 2005, 168; *Hegnauer / Breitschmid*, 2000, N.13.14.

¹⁰ Früher (im Jahre 1964) gab es eine Regelung im alten Fassung des § 1355 BGB ähnlich wie TZG Art 187. Laut des Ansicht von *Dölle* diese Hinzufügung des Frauens Mädchennamen zu dem Namen des Mannes (alte Fassung § 1355 S.2 BGB) erscheint formal. *Dölle* betont dass, diese Regelung allein nicht ausreichend um die Verinbarkeit des § 1355 BGB mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz zu legitimieren (*Dölle*, 1964, 460). Aber der Verfasser zum Ausdruck gebracht dass, § 1355 BGB (alten Fassung) nicht gegen das Gebot der Gleichberechtigung aus mehreren Gesichtspunkten verstösst. Näheres über diesem Gesichtspunkten und die Wahl des gemeinsamen Familiennamens aus dem Namen eines der beiden Ehegatten als bevorzugtes Mittel zur Herbeiführung der Einheit der Ehe siehe *Dölle*, 1964, 460. *Dölle* hinweist auf den schweizerischen Rechtslehre in dem selben Seite Fussnote 5. In der Schweiz wird die Regelung, warum die Frau den Namen des Mannes trägt, von den entschlossenen Verfechtern der Gleichberechtigung nicht im Zweifel gezogen. Vgl. *Grossen*, 1957, 25.

¹¹ *Dural / Ögüz*, 2002, 161.

Nachnamens der Frau als Familiennamen) verlangen. Nur wenn der Richter dieser Forderung zustimmt, dann kann man den Nachnamen der Frau auch als Familienname annehmen¹².

Da von dem bisherigen Nachnamen im Art.187 s.1 des türkischen Zivilgesetzbuches die Rede ist, kann die Frau ihn vor dem Nachnamen ihres Ehemannes benutzen¹³, den sie nach ihrer Trauung hatte. Das einzige Recht für die Frau im Art.187 des türkischen Zivilgesetzbuches besteht darin, dass die Frau ihren bisherigen Nachnamen vor dem Nachnamen ihres Ehemannes behalten darf. In diesem Zusammenhang haben die Doppelnachnamen der Frau keine Bedeutung für den Familiennamen. Da der Familienname immer noch den Nachnamen des Ehemannes beibehalten ist, bekommen die Kinder aus dieser Ehe auch den Nachnamen des Vaters als Familiennamen¹⁴.

B) Das Urteil des Verfassungsgerichts der türkischen Republik über den Familiennamen der verheirateten Frauen

Man hat sich zur Aufhebung des 1.Absatzes im 153.Artikels des Zivilgesetzbuches mit der Nummer 743 durch die Änderung des Gesetzes Nr. 4248, die den Familiennamen der Frau nach der standesamtlichen Trauung regelt, an das Verfassungsgericht gewendet. Das, was zu diesem Sachverhalt führte, war, dass die Frau, die die Klage erheben hat, nach der Trauung statt des Nachnamens ihres Ehemannes, den sie durch die Heirat

¹² *Öztañ*, 2004, 162. In der schweizerischen Rechtslehre wird vertreten, dass der Richter bezüglich der Existenz des "wichtigen Grundes" sich nicht sehr streng verhalten wird. (*Öztañ*, 2004, 162). Siehe zu diesem Thema *Hausheer / Geiser / Kobel*, 2000, N.07.06; *Hegnauer / Breitschmid*, 2000, N.13.19; *Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo- Jungo*, 2002, 277.

¹³ Näheres über den Gebrauch des Doppelnamens der Frau vor der Trauung siehe *Zevkiler / Acabey / Gökyayla*, 2000, 375; *Baygın*, 2003, 451.

¹⁴ *Dural / Öğüz / Gümüş*, 2005, 168; *Bühler*, 1996, Art.160 N.8.

erworben hat, ihren bisherigen Nachnamen als Familiennamen behalten wollte. Doch bei dem Gericht diese Forderung wurde gemäss des Art.153 des TZGB Gesetzes Nummer 743 Absatz 1, gegen die Verfassung widersprechend empfunden und deshalb gewendet das Gericht an das Verfassungsgericht um diese Vorschrift zu aufheben¹⁵.

Als Grund dafür wurde vom Verfassungsgericht auf den geänderte ersten Absatz des Artikels 153 des Gesetzes Nr. 743 hingewiesen. Die Bestimmung des Artikels 153/1 des TZGB besagt : *“Die Frau nimmt durch die Heirat den Nachnamen ihres Ehemannes (als Familiennamen) an. Allerdings kann die Frau (bei der Trauung) an den Standesbeamten erklären oder später an das Zivilstandsamt durch eine schriftliche Antragstellung vor dem Nachnamen ihres Ehemannes ihren bisherigen Nachnamen stellen. Eine Frau, die bereits zwei Nachnamen hat, kann dieses Recht nur für einen ihrer beiden Nachnamen beanspruchen. „*

Bei der Aufhebungsantrag für Art.153 des TZGB wurden vor allem der Verstoss gegen den Art.12 des Verfassungs für die Eigenschaft der Grundrechte und Grundfreiheiten und der Verstoss gegen den Art.17 des Verfassungs für die Regelung der Unantastbarkeit des Individuums und der materiellen und geistigen Existenz vor Augen geführt. Doch wurde die Forderung auf eine Aufhebung mit Stimmenmehrheit abgewiesen¹⁶. Das Verfassungsgericht untersucht ob der Artikel 153 des TZGB dem Artikel 10 des Verfassungs widerspricht oder nicht. Das Gericht entschied sich bei ihrer Untersuchung, der erwähnte Artikel des TZGB dem Artikel 10 des Verfassungs, der die Gleichheit vor dem Gesetz regelt, nicht widerspricht¹⁷.

¹⁵ Näheres über den Grund dieser Entscheidung siehe RG. 15 November 2002-Nummer: 24937, 21 -22; *Abik*, 2005, 103, fussnote 102.

¹⁶ Siehe Verfassungsgericht (AYM) 29.9.1998, E. 1997 / 61, K.1998 / 59. Näheres über die Begründung dieser Entscheidung siehe Amtsblatt der Republik Türkei (RG.) 15 November 2002, S. 24937, 23 ff.

¹⁷ Bei dieser Entscheidung es ist besagt dass, für die Bestimmung des Familiennamens muss man einem von dem Ehegatten Vorrang leisten und der

Am 29.09.1998 entschied sich das Verfassungsgericht mit der Stimmenmehrheit dafür, dass der erste Absatz des 153. Artikels im Zivilgesetzbuch am 17.02.1926 durch die Änderung des Gesetzes mit der Nr. 4248, das besagt “*die Frau nimmt durch die Heirat den Nachnamen ihres Ehemannes (als Familiennamen) an*” nicht dem Verfassung widerspricht und der Einwand abgelehnt¹⁸.

Bei der Begründung¹⁹ der Gegenstimmen wurde darauf hingewiesen, dass die eingewendete Bestimmung gegen die Artikel 10, 13²⁰, 17 des Verfassungs verstossen und deswegen aufheben muss. Deshalb wurde betont, dass es unmöglich sei, sich der Mehrheitsansicht anzuschließen²¹. Auch wir stimmen dem Schlusswort in der Begründung der Gegenstimmen.

C) Der Familienname des Kindes

1) Zum Familienname des ehelichen Kindes

Ehemann ist bevorzugt wegen des öffentlichen Interesse und öffentliche Ordnung . Näheres über die Begründung dieser Entscheidung siehe RG. 15 November 2002, S. 24937, 25 – 26.

¹⁸ RG. 15 November 2002, S. 24937, s. 26. *Moroğlu* hat sich gegen den Entschluss des Verfassungsgerichts geäußert. Näheres über die Beurteilung dieses Themas siehe *Moroğlu*, 2005, 1505 -1506.

¹⁹ Bei der Begründung der Gegenstimmen wurde hervorgehoben, dass es ungerecht sei, dass sich mit der Eheschließung nur der Nachname der Frau und nicht der Nachname des Mannes verändert. Bei der Begründung wurde auf den Grundsatz Art.10 des Verfassungs der Türkischen Republik und den Abkommen über die Verhinderung der jeglichen Diskriminierung der Frauen, bei dem auch die Türkei miteinbezogen ist und der besagt, “*unterschiedliche Geschlechter sollten die gleichen Rechte haben*” hingewiesen und darauf beharrt, dass man den Grundsatz bei internationalen Regelungen vor Augen behalten sollte. Näheres über die angeführten Ansichten siehe RG. 15 November 2002, S. 24937, s. 28.

²⁰ Artikel 13 des Verfassungs regelt die Begrenzungen des Grundrechtes und der Grundfreiheiten.

²¹ RG. 15 November 2002, S. 24937, s. 28.

Unseres Erachtens wurde das patriarchalische Prinzip im türkischen Recht für den Familiennamen des Kindes anerkannt²². Dass der Grundsatz das Kind der Familiennamen der Familie und im allgemeinen der Nachnamen des Vaters annimmt, ist sowohl im schweizerischen Recht (Art.270 des ZGB) als auch im türkischen Recht (Art.321 des TZGB) anerkannt. Dieser Grundsatz ist anerkannt weil das patriarchalische Prinzip in der Regel bei dem obligatorischen Ehenamen herrscht²³.

Das türkische Zivilgesetzbuch hat den Familiennamen in den Wirkungen der Kindesverhältnissen mit Art. 321²⁴ geregelt. Gemäss dieser Bestimmung²⁵ *“Das Kind trägt, wenn Mutter und Vater verheiratet sind, den Namen der Familie, wenn diese nicht verheiratet sind, den Nachnamen der Mutter. Wenn allerdings die Mutter aufgrund einer vorherigen Heirat einen Doppelnamen trägt, so trägt das Kind den Mädchennamen der Mutter.,*

Bei der Festlegung der Familienname des Kindes im türkische Zivilgesetzbuch, welchen Familiennamen es bekommt, wird zwischen verheirateten und unverheirateten Eltern deutlich unterschieden. Falls die Mutter und der Vater verheiratet sind, erhält das Kind den Namen der Familie. Da der Namen der Familie aus dem Nachnamen des Vaters besteht, bekommt das eheliche Kind also den Nachnamen des Vaters. Diese Bestimmung ist obligatorisch und man kann auf keinen Fall dem Kind einen anderen Familiennamen geben²⁶. Die Familiennamen

²² Siehe die gleiche Meinung von *Moroğlu*, 1999, 50.

²³ *Nowak*, 1996, 64 – 65.

²⁴ Näheres über die Beziehung der Regel im Art.285 des TZGB und Art.321 des TZGB, welches besagt, dass das Kind, falls die Eltern verheiratet sind, den Namen der Familie bekommen muss, siehe *Dural / Öğüz*, 2002, 159.

²⁵ Diese Bestimmung ähnelt Art 270 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), nachdem es 1998 einer Änderung unterzogen worden war.

²⁶ *Öztan*, 2004, 162; *Oğuzman / Seliçi / Oktay*, 2002, 84; *Dural / Öğüz*, 2002, 159; *Akıntürk*, 2004, 381 -382; *Acabey*, 2002, 283. siehe ausserdem Zivilstandsgesetz Art.16 / Abs. 4.

der Kinder, die in einer verheirateten Familie auf die Welt kommen, sind der Namen der Familie (Art.321 des TZGB). Auch wenn die Eltern geschieden sind oder der Vater verstorben ist, gilt diese Bestimmung²⁷.

Wenn die Ehe später durch Nichtigerklärung oder Scheidung erlöschen sollte und das Kind jedoch in der Ehe gezeugt wird oder auf die Welt kommt, bekommt es den Nachnamen des Vaters²⁸.

Bis zur Volljährigkeit ist das Kind verpflichtet, den Nachnamen des Vaters als Familiennamen zu behalten. Mit seiner Volljährigkeit hat es dann den Anspruch darauf, wenn es aus einen wichtigen Grund besteht, die Änderung des Familiennamens zu verklagen (Art.27 des TZGB)²⁹.

Die Familienname des Kindes kann mit der Änderung des Familiennamens der Eltern ebenfalls verändert werden. Nach seiner Volljährigkeit kann keine Familiennamensänderung ohne seinen Willen vorgenommen werden³⁰.

2)Der Familienname des unehelichen Kindes

Im Art.321 des TZGB wird betont, dass das Kind den Nachnamen³¹ der Mutter als Familiennamen bekommt, wenn die Eltern des Kindes nicht verheiratet sind. Angesichts dieser absolute Bestimmung ist es nicht möglich, dass das uneheliche

²⁷ *Akipek / Akıntürk*, 2002, 442.

²⁸ *Öztañ*, 2004, 163; *Hegnauer*, 1960 – 1969, Art. 270, Nr. 36.

²⁹ *Akıntürk*, 2004, 382. Näheres, siehe *Serozan*, 2000, 157, N.225.

³⁰ *Serozan*, 2005, 107, N.1.

³¹ Wenn allerdings die Mutter aufgrund einer vorherigen Heirat einen Doppelnamen trägt (Art.173/2 TZGB), so trägt das uneheliche Kind aus dem beiden Namen, nur den Mädchennamen der Mutter (Art.321 s.2 TZGB). Die gleiche Regelung muss auch in dem Fall der Ehelichkeitsanfechtungsklage gelten (*Dural / Ögüz*, 2002, 159 -160).

Kind den Nachnamen des Vaters bekommt. Das Kind behält den Nachnamen der Mutter auch im Falle der Vaterschaftsanerkennung des leiblichen Vaters und auch bei einem Urteil über die Vaterschaft³². Dieser Umstand wird auch ausdrücklich in der Begründung des Art.321 des TZGB zum Ausdruck gebracht³³.

Gemäss Art.321 des TZGB, das uneheliche Kind bekommt nicht den Nachnamen des Vaters wenn der Vater das Kind anerkennt. Auch das Urteil über die Vaterschaft ändert den Familiennamen des unehelichen Kindes nicht. Diese Bestimmung, die betont dass das uneheliche Kind nicht den Nachnamen des Vaters, sondern den Nachnamen der Mutter, ist zu unterschiedlichen Auseinandersetzungen geführt³⁴. Einige Juristen sind der

³² *Oğuzman/ Seliçi/ Oktay*, 2002, 84; *Acabey*, 2002, 283. Das uneheliche Kind hat nach der Eheschließung der Eltern (Art.292 TZGB) die Möglichkeit, den Nachnamen des Vaters als Familiennamen zu bekommen. Es gibt keinen anderen Weg im Rahmen der Abstammungsbestimmungen um das uneheliche Kind den Nachnamen seines Vaters als Familiennamen zu bekommen. Auch wenn das Sorgerecht später zu dem Vater übertragen sollte, kann das Kind nicht den Nachnamen des Vaters als Familiennamen bekommen (*Acabey*, 2002, 283). Doch war eine Bestimmung (Art.312) im alten (N.743) TZGB. Gemäss dieser Bestimmung *“wenn die Abstammung durch die Vaterschaftsanerkennung oder das Urteil über die Vaterschaft entstand, erhält das Kind den Nachnamen des Vaters als Familiennamen. „*

³³ Siehe *Öztañ*, 2003, 261.

³⁴ Hier möchten wir kurz die Ähnlichkeiten zwischen dem niederländischen Familiennamensrecht vor der Änderung und Art.312 im alten (N.743) TZGB, die Regelung vor dem Art.321 im neuen (N.4721) TZGB in kraft getreten ist, erläutern. Um eine Änderung des niederländischen Namensrechts vorzunehmen, wurde zunächst am 1.1.1998 ein anderes Gesetz in Kraft getreten. Dieses Gesetz wirkte sich auch auf das Kindschaftsrecht aus. Bevor dieses Gesetz in Kraft getreten ist, bekommt das Kind aufgrund der Legitimation und der Vaterschaftsanerkennung den Nachnamen des Vaters als Familiennamen. Nur die unehelichen Kinder, die nicht vom Vater anerkannt wurden, bekommen den Nachnamen der Mutter als Familiennamen. Der niederländische Oberste Gerichtshof (*Hoge Raad*) hatte vor Jahren entschieden, dass diese Regelung gegen die Gleichberechtigung der Frauen und Männer verstoße, doch waren sie auch der Meinung, dass eine Änderung so einer Regelung nicht in ihrer Macht stehe (*de Groot*, 1998, 165, *Acabey*, 2002, 91).

Meinung, dass das Kind wie früher in zwei Fällen den Nachnamen des Vaters als Familiennamen bekommen sollte. Der erste Fall ist, wenn der Vater das Kind anerkennt. Der zweite Fall ist, das Urteil über die Vaterschaft. *Serozan* vertritt aber die realistische Auffassung, dass das Kind den Nachnamen der Mutter als Familienname bekommen sollte weil die Mutter die Erziehungsberechtigte des Kindes ist. Außerdem nach dem Autor ist es für das Kind möglich, später aus den wichtigen Gründen den Nachnamen des Vaters als Familiennamen anzunehmen³⁵, da das Kind eine engere Beziehung zum Vater aufbaut.

In wissenschaftlichen Arbeiten wird behauptet, dass der Familienname des Kindes geändert wird und es den Nachnamen des Vaters in den Fällen bekommen sollte, wenn sich die Kindesverhältnisse nachweisen lässt und aus den wichtigen Gründen wie der Will des Vaters zum seinen Nachnamen zu dem Kind als Familiennamen geben³⁶.

Auch wenn der Begründung des Art.321 des TZGB besagt, dass das Kind auf jeden Fall (Vaterschaftsanerkennung, Urteil über die Vaterschaft) den Nachname der Mutter bekommen kann, ist es für *Dural / Öğüz* nicht verbindlich, da es nicht als eine Bestimmung in das Gesetz formuliert nur in der Interpretation des TZGB eine Rolle spielen wird³⁷.

II) Unterschiedliche Vorschläge zum Familiennamen der verheirateten Frauen und der Kinder in der türkischen Rechtslehre vor dem Entwurf

³⁵ *Serozan*, 2005, 130.

³⁶ Näheres über dieses Thema siehe *Özkan*, 2004, 163.

³⁷ *Dural / Öğüz*, 2002, 160. Laut der Ansicht *Dural / Öğüz* ist es nicht möglich, TZGB Art.321 durchzuführen, weil der Artikel 20/ V des Zivilstandsgesetzes im Jahre 2006 außer Kraft gesetzt ist. Näheres über dieses Thema siehe *Dural / Öğüz*, 2002, 160. Näheres bezüglich dem vorläufigen Artikel (Art.5) und Art.28 / 4 im Zivilstandsgesetz mit der Nr.5490 am 25.4.2006, der Zivilstandsgesetz außer Kraft gesetzt, siehe später die Erläuterungen unter dem Titel "VI / A ..".

A) Vorschläge zum Familiennamen von verheirateten Frauen und Ehegatten

In der türkischen Rechtslehre sind bezüglich des Familiennamens von Ehegatten nach der Eheschließung unterschiedliche Auffassungen vertreten³⁸. Diese sollte man nicht als völlig unterschiedliche Auffassungen interpretieren; falls es erforderlich ist, sollte man sie miteinander verknüpfen und sie als weites Spektrum an unterschiedlichen Möglichkeiten ansehen.

Gemäss der ersten Auffassung, an die wir uns auch anschliessen³⁹, sollten die Ehegatten, wie im kontinental Europäischen Ländersrecht, im einschlägigen Artikel des türkischen Zivilgesetzbuches, das Recht haben, einen gemeinsamen Familiennamen auszuwählen⁴⁰. Mit anderen Worten sollte man beiden Ehegatten die Möglichkeit geben, ihren eigenen Geburtsnamen als gemeinsamen Familiennamen zu benutzen, wie es auch Göztepe⁴¹ zum Ausdruck bringt. Dieses Recht sollte also nicht nur auf den Familiennamen des Mannes beschränkt bleiben.

Die Auswahl⁴² des gemeinsamen Familiennamens wurde bis auf

³⁸ Näheres die Bestimmung über die Regelung der Familienname der geschiedenen Frau im Art. 173 des TZGB und unterschiedliche Vorschläge de lege ferenda, siehe *Kılıçoğlu*, 2004, 15 –16; *Özdamar*, 2002, 273; *Öztan*, 2004, 163 –164; *Öztan*, 2001, 174 –175; *Sirmen*, 2000, 86.

³⁹ Siehe *Sirmen*, 2000, 86; *Moroğlu*, 1999, 147; *Moroğlu*, 2004, 306 –307; *Moroğlu*, 2005, s.1509; *Burcuoğlu / Altop / Ünan*, 1983, 24; *Göztepe*, 1999, 129; *Gören*, 1998, 103; *Özdamar*, 2002, 272; *Demir*, 2004, 13; *Abik*, 2005, 100, 268.

⁴⁰ Im türkischen Recht gibt es auch Verfasser, die nicht der Meinung sind, das man den Ehegatten das Recht geben sollte einen gemeinsamen Namen auszuwählen siehe *Akıntürk*, 2002, 195; *Baygın*, 2003, 452; *Doğan*, 2003, 127.

⁴¹ *Göztepe*, 1999, 129.

⁴² *Koçhisarhoğlu* zum Ausdruck gebracht, dass das 1976 in der Schweiz beim Entwurf diskutierte Thema über die Wahlmöglichkeit des Familiennamens mit der Grundsatz der Gleichberechtigung der Ehegatten vereinbar ist und die Namensseinheit der Familie verschafft aber diese Gleichberechtigung sieht eine formale Gleichberechtigung aus weil eine von der Ehegatten auf ihre Familienname verzichten muss. *Koçhisarhoğlu* beurteilt, dass die möglichen

die Verteidigung in der Rechtslehre bei einigen Gesetzesvorschlägen⁴³ und Entwürfen⁴⁴ hervorgehoben.

Laut der zweiten Auffassung⁴⁵ sollte der aufgezwungene, gemeinsame Familienname im einschlägigen Artikel des TZGB nicht mehr existieren. Es sollte im diesen Artikel das Recht bestehen, dass die Ehegatten auch nach der Trauung ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Namen weiterführen dürfen.

Laut der dritten Auffassung⁴⁶ sollte es im einschlägigen Artikel des

Probleme in Zusammenhang mit der Wahlmöglichkeit steht. Zum Beispiel man, kann bei der Einschreibung in Personenstandsregister in große Schwierigkeiten geraten. Näheres über die Meinung des Verfassers siehe *Koçhisarhoğlu*, 1991, 436 -437. Außerdem näheres über die Gleichberechtigung der Ehegatten bezüglich des Ehenamens siehe *Dölle*, 1964, 459 –460 und fußnote 5; *Grossen*, 1957, 25. Näheres über die Angemessenheit der Gleichberechtigung der Ehegatten siehe *Koçhisarhoğlu*, 1988, 272 – 279. Näheres über die Gleichberechtigung der Ehegatten im alten schweizerisches Recht und die Beurteilungen über einige Reformenvorschläge siehe *Grossen*, 1957, 21 -29.

⁴³ Der am 9.3.2005 von den Abgeordneten Birgen Keleş und seinen Freunden gemachte Gesetzesvorschlag über die Änderung der Artikel 187 des am 1.Januar 2002 in Kraft getretenen Gesetzes des neuen TZGB, das den Familiennamen der verheirateten Frauen regelt. Näheres über diesen Vorschlag siehe *Abik*, 2005, 100 –102. Für die Beurteilung von *Moroğlu* über diesen Vorschlag siehe *Moroğlu*, 2005, 1509. Für unsere Beurteilung über diesen Vorschlag siehe *Abik*, 2005, 102.

⁴⁴ Es existiert ein Gesetzesentwurf, der am 17. Februar 1993, dem Amt der Großen Türkischen Nationalversammlung und dem Justizministerium vorgelegt wurde. Dieser Entwurf beinhaltet "Die Aufhebung einiger Artikel, die Änderung einiger Artikel und die Hinzufügung einiger Artikel im TZGB N.743". Näheres über diesen Gesetzesentwurf und für ihre Beurteilung siehe *Göztepe*, 1999, 119 -120; *Moroğlu*, 1999, 99 –100.

⁴⁵ Siehe *Moroğlu*, 2005, 1509; *Moroğlu*, 2004, 307; *Göztepe*, 1999, 129; *Demir*, 2004, 13. Im niederländischen Recht sind die Ehegatten nicht gezwungen, einen gemeinsamen Familiennamen zu benutzen. Beide Ehegatten können auch nach der Eheschließung ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Namen weiterhin behalten. Näheres über das Recht der verheirateten Frau im niederländischen Recht siehe *de Groot*, 1998, 167; *Acabey*, 2002, 92, fußnote 441; *Bergmann / Ferid / Henrich*, Niederlande, 2001, 57, 63.

⁴⁶ Siehe *Göztepe*, 1999, 129; *Demir*, 2004, 13; *Gören*, 1998, 103; *Özdamar*, 2002, 272; *Abik*, 2005, 98-100, 267-268.

TZGB gestattet sein, dass der gemeinsame Familienname aus den Nachnamen der beiden Ehegatten entsteht, anders gesagt, es soll genehmigt werden, dass die Ehegatten über doppelte Familiennamen verfügen dürfen. Derzeit gibt es zwei Gruppen von Wissenschaftlern, die geltend machen, dass die Ehegatten doppelte Familiennamen haben sollten. Die erste Gruppe⁴⁷ sieht die doppelte Familiennamen als Wahlmöglichkeit der Ehegatten an. Die Vertreter der zweiten Gruppe⁴⁸, denen wir uns anschließen, schlagen jedoch vor, dass die Ehegatten dann beide Geburtsnamen als den Familiennamen bekommen können, wenn sie während der Trauung sich nicht für eine Entscheidung zugunsten des Geburtsnamen des Mannes oder der Frauen als gemeinsamen Familiennamen an den Standesbeamten erklären. Diese Gruppe von Wissenschaftlern vertritt die Meinung, dass Doppelfamiliennamen als keine Wahlmöglichkeit qualifiziert werden können. Dieser Gruppen Ansicht nach sollte man diesen Lösungsweg als letztes einschreiten wenn sie keinen gemeinsamen Familiennamen wählen konnte.

B)Vorschläge zum Familiennamen des Kindes

1)Der Familienname des ehelichen Kindes

Im türkischen Rechtslehre sind mehrere Vorschläge hinsichtlich des Familiennamens des ehelichen Kindes angeboten worden. Einer dieser Vorschläge, die wir auch für stichhaltig halten, besteht darin, dass das Kind auch diesen Familiennamen erst bekommt⁴⁹, wenn sich die Eltern für einen der Familiennamen als den gemeinsamen Familiennamen entschieden haben.

⁴⁷ Siehe *Göztepe*, 1999, 129; *Demir*, 2004, 13.

⁴⁸ Siehe *Gören*, 1998, 103; *Özdamar*, 2002, 272; *Abik*, 2005, 98-100, 267-268. Die Erklärung der Ehegatten kann auch durch einen schriftlichen Antrag an den Standesbeamten oder später durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt erfolgen. Siehe später die Erläuterungen unter dem Titel "VIII / A".

⁴⁹ Siehe *Göztepe*, 1999, 129; *Demir*, 2004, 13; *Abik*, 2005, 143, 270.

Laut des zweiten Vorschlages muss das Kind den von Seiten der Eltern entschiedenen Familiennamen bekommen, falls sie keine Entscheidung getroffen haben⁵⁰. Dieser Vorschlag ist nur dann gültig, wenn die Eltern ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Namen auch nach der Trauung weiterbenutzen. Unseres Erachtens wäre es in dieser Situation für das erwähnte Problem die Lösung⁵¹ im deutschen Recht angemessen auch für türkisches Recht. Dementsprechend müssten sich die Ehegatten vor der Geburt des Kindes oder gleich nach der Geburt des Kindes für einen Familiennamen entscheiden. Wenn sich die Ehegatten innerhalb eines Monats für keinen Familiennamen entschieden haben, müssen sie sich an das Familiengericht wenden, damit der Richter eine Entscheidung treffen kann. Der Richter beauftragt entweder die Mutter oder den Vater, damit der Familienname des Kindes innerhalb einer bestimmten Zeit festgelegt werden kann. Falls der oder diejenige in der festgelegten Zeit keinen Familiennamen nennen kann, bekommt das Kind den Familiennamen des (der) Beauftragten.

Laut des dritten Vorschlages, bekommt das Kind, falls die Eltern sich für beide Namen als gemeinsamen Familiennamen entschieden haben, diesen Doppelnamen⁵². Laut des Vorschlages von *Göztepe* ist das Kind erst mit 18 Jahren befugt, die Reihenfolge des Doppelnamens zu verändern oder sich für einen der beiden Namen zu entscheiden⁵³.

⁵⁰ Siehe *Demir*, 2004, 13; *Göztepe*, 1999, 129.

⁵¹ Siehe später die Erläuterungen unter dem Titel "IV / B"

⁵² *Demir* dagegen mit dem verschiedenen Begründungen vertritt die Meinung, dass es Probleme mit sich bringen könnte, wenn das Kind einen Doppelnamen hat, obwohl *Demir* dafür ist, die Ehegatten durchaus die Wahlmöglichkeit haben sollten einen Doppelnamen zu benutzen. Für diese Begründungen siehe *Demir*, 2004, 12.

⁵³ *Göztepe*, 1999, 129. Wir uns der Ansicht von *Göztepe* anschließen, dass das Kind, wenn es Volljährig ist, die Freiheit besitzen sollte sich für einen der Namen zu entscheiden und wir glauben, dass diese Entscheidung das Beste sein wird. Siehe später die Erläuterungen unter dem Titel "VIII / B,,"

Nun wollen wir auf einen anderen Vorschlag bezüglich des Doppelfamiliennamens eingehen, den wir zu eigen gemacht haben. Dieser Vorschlag beruht darauf, wie der Familienname des Kindes heißen soll, wenn sich die Ehegatten bei der Trauung für keinen gemeinsamen Familiennamen entschieden haben und sie deshalb beide Namen nämlich Doppelnamen als gemeinsamen Familiennamen benutzen. Unseres Erachtens sollte das Kind in solchem Fall beide Geburtsnamen der Eltern nämlich Doppelnamen als Familiennamen bekommen weil den Doppelnamen der Eltern als Ehenamen (Familiennamen) akzeptiert werden⁵⁴. Damit sollte es dem Kind gestattet sein, sich bei seiner eigenen Eheschließung für einen der Familiennamen zu entscheiden. Somit sollten die Probleme aufgehoben werden, die bei der Eheschließung entstehen könnten, falls der Verlobte ebenfalls über einen Doppelnamen verfügt⁵⁵.

2)Der Familienname des unehelichen Kindes

Für *Acabey* ist es unangebracht, dass das Kind, dessen Vater es anerkannt oder bei einem Urteil über die Vaterschaft festgestellt, nicht den Familiennamen des Vaters bekommt. *Acabey* behauptet, dass es diesmal um eine Ungleichheit gegen die Männer geht, während man eine Gleichberechtigung der Frau und des Mannes im neuen TZGB herzustellen versucht. *Acabey* ist der Meinung, dass in dieser Hinsicht das am 1.7.1998 in Kraft getretene Bestimmung im BGB angemessener ist. Nach *Acabey* ist die im BGB angebotene Lösung⁵⁶ als Beispiel dafür anzuführen und man müsste aus der Sicht des Familiennamens des unehelichen Kindes und der Gleichberechtigung der Frau und des Mannes nach anderen Lösungswegen suchen⁵⁷. *Acabey* hat

⁵⁴ *Abik*, 2005, 143, 270. Siehe später die Erläuterungen unter dem Titel "VIII / A und B .."

⁵⁵ *Abik*, 2005, 143 –144, 270.

⁵⁶ Siehe später die Erläuterungen unter dem Titel " IV / B"

⁵⁷ *Acabey*, 2002, 283.

ferner darauf hingewiesen, dass das Kind den Familiennamen der Mutter bekommt, wenn es keine Abstammung zum Vater gibt. Dabei bemerkt er, dass sich beide Elternteile für einen Familiennamen des Kindes entscheiden sollten, falls sich der Vater das Kind anerkennt oder bei einem Urteil über die Vaterschaft festgestellt. Wenn die Ehegatten jedoch von der Geburt an keine Entscheidung treffen sollten und somit auch der Familienname des Kindes nicht festgelegt werden kann, sollten sich die Ehegatten an einen Richter wenden. Laut der Ansicht von dem Verfasser sollte der Richter einen von beiden Elternteilen beauftragen, und der Beauftragte soll befugt sein, entweder sich für seinen Familiennamen oder für den des Partners zu entscheiden. Desweiteren macht *Acabey* deutlich, dass die Einwilligung dieser Person nötig ist, wenn man sich für den Familiennamen des anderen entschieden hat.

Nach *Acabey* sollte der bestimmte Familienname des Kindes, wie es auch im niederländischen Recht⁵⁸ vorläufig sein und der Fall ist, drei Jahre nach seiner Volljährigkeit änderbar sein. Bei dieser Aenderung sollte das Kind den Familiennamen seiner Vater oder Mutter, welche es nicht bekommt habe, erwerben. Das letzte Wort soll somit das volljährige Individuum haben⁵⁹.

Es ist darauf zu achten, dass es unmöglich ist, dass das uneheliche Kind keinen gemeinsamen Familiennamen tragen kann, da die Paare unverheiratet sind. Deshalb sollten Lösungen

⁵⁸ Laut des niederländischen Gesetzes, das am 1.1.1998 in Kraft getreten ist, sollte das Kind, auch wenn beim der Vater anerkannt, den Familiennamen der Mutter weiterführen. Falls sich die Eltern zusammen entscheiden sollten, dass das Kind den Familiennamen des anerkannten Vaters bekommt, soll es den Familiennamen auch kriegen. (*de Groot*, 1998, 166; *Acabey*, 2002, 91). Das selbe gilt auch in dem Fall, wenn die Abstammung zum Vater beim Gerichtsurteil hergestellt wurde. Näheres über das Thema siehe *de Groot*, 1998, 170, *Acabey*, 2002, 91 – 92; *Bergmann / Ferid / Henrich*, Niederlande, 2001, 57, 60, 61.

⁵⁹ *Acabey*, 2002, 284. Näheres über den Familiennamen des ehelichen Kindes siehe *de Groot*, 1998, 166 ve fussnote 8, 167; *Acabey*, 2002, 92 –93; *Bergmann / Ferid / Henrich*, Niederlande, 2001, 57, 61.

dann gesucht werden, in Analogie zu des ehelichen Kindesfamiliennamen wenn sich die Ehegatten entschieden haben, keinen gemeinsamen Familiennamen zu bekommen, sondern jeweils zur Zeit der Eheschließung geführten Namen benutzt wird, was der Familienname des Kindes sein sollte. Diesbezüglich sollten die Vorschläge von *Acabey* in Betracht gezogen werden. Im Hinblick auf die Gleichberechtigung der Frau und des Mannes ist der Vorschlag von *Acabey* angemessen, da er eine Absprache zwischen den Eltern über den Familiennamen des Kindes als Vorsatz der Gleichberechtigung ansieht. Diese Absprache muss nach der Entstehung der Abstammung durch die Vaterschaftsanerkennung oder das Urteil über die Vaterschaft getroffen werden. Nur wenn so eine Absprache nicht möglich ist, sollte das Kind vor dem Nachnamen der Mutter auch vor diese Nachnamen den Nachnamen des Vaters hinzufügen und nämlich ein Doppelnamen als Familiennamen haben sollte. Unseres Erachtens wird nur so eine Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann im Hinblick auf die unehelichen Kindesfamiliennamen gewährleistet. Möglich ist auch, dass sie sich bei keiner Absprache an den Richter wenden sollten, wie *Acabey* auch hervorhob. Doch ist es unserer Meinung nach keine praktische Lösung, den Richter mit den Familiennamen der unehelichen Kinder zu beschäftigen und ausserdem wird sie grosse Schwierigkeiten in der Praxis verursachen. Wir haben uns zwar dafür eingesetzt, dass man diesen Vorschlag für eheliche Kinder nutzen könnte, jedoch unseres Erachtens sollten diese Lösung nicht für uneheliche Kinder erweitert werden. Da diese Praxis im türkischen Recht noch nicht durchgeführt wurde und man es noch nicht bei ehelichen Kindern angewendet hat, unseres Erachtens ist es nicht richtig, diese Praxis bei unehelichen Kindern erweitern. Deshalb sollte das uneheliche Kind, dessen Eltern sich nicht für einen Familiennamen entschieden haben, vor dem Familiennamen der Mutter auch den Familiennamen des Vaters hinzufügen und diese Weise das Kind sollte doppelte Familiennamen bekommen. Das volljährige Kind sollte sich dann dafür entscheiden, in welcher Reihe der Familiennamen seines Vaters und seiner Mutter vom

ihm bevorzugt wird. Außerdem sollten diese Kindernach der Volljährigkeit den Anspruch darauf haben, bei ihrer eigenen Heirat auf einen der beiden Familiennamen zu verzichten⁶⁰.

III) Regelungen zum Familiennamen der Ehefrauen und der Kinder im schweizerischen Gesetz und diesbezüglicher Entwurf

A) Die Bestimmungen in geltendes Recht

1) Bestimmungen zum den Familienname der Frauen

Unseres Erachtens wurde im schweizerischen Recht bezüglich des Familiennamens der Frauen das Prinzip der obligatorischen Namenseinheit anerkannt. Wenn man Artikel 160 /1 des schweizerische Zivilgesetzbuches (ZGB) analysiert, kann man behaupten, dass in der Schweiz das patriarchalische Prinzip zu eigen gemacht wurde. Zum einen ist die Übung des gemeinsamen Doppelnamens (*Allianznamen*)⁶¹ im gesellschaftlichen Verkehr weit verbreitet, und zum anderen kann der Name des Mannes, welcher auch hier bei der Eheschließung Vorrang hat, durch achtenswerte Gründe auf dieser Vorrang verzichtet und in einem Familiennamensänderungsverfahren der Familienname der Frau zum Ehenamen bestimmt werden (Art.30 Abs.2 des ZGB)⁶².

Im schweizerischen Recht müssen alle Familienmitglieder über den selben Familiennamen verfügen und laut des Gesetzes muss dieser Familienname⁶³ des Ehemannes sein. Mit der Eheschließung erhält die Frau vorbehaltlich Artikel 160 Absatz 2

⁶⁰ Unsere Vorschläge bezüglich des Familiennamens des unehelichen Kindes siehe unten, "VIII / C".

⁶¹ Näheres über den Begriff "Allianzname" siehe *Hegnauer*, 1991, 271 – 274; *Hegnauer*, 1990, 100 – 102; *Bühler*, 1996, N.14 -16.

⁶² *Nowak*, 1996, 58.

⁶³ Mit dem Namen des Ehemannes ist derjenige Name zu verstehen, den der Mann vor der Trauung getragen hat (*Bräm*, 1998, Art.160, Rn.11).

ZGB, den Familiennamen ihres Ehemannes und verliert ihren bisherigen Familiennamen⁶⁴.

Der Art.160 Abs.1 des ZGB sieht herkömmlich vor, dass der Familienname durch den Familiennamen des Ehemannes zu ersetzen ist. Laut der Ansicht von *Hausheer / Reusser / Geiser* wurde der Art. 160 Abs.2 des ZGB vorgesehen um die Persönlichkeitsrechte der Frau zu schützen⁶⁵.

Diesbezüglich hat die Frau das Recht, sich mit einem Antrag an die betreffenden Zivilstandsbeamten zu wenden, um ihren zur Zeit der Eheschliessung geführten Namen vor dem Familiennamen ihres Ehemannes zu benutzen⁶⁶. Auf diese Weise kann die Frau in amtliche Abfertigungen ihren Doppelnamen anwenden⁶⁷. Bis auf das Recht, dass die Frau ihren zur Zeit der Eheschliessung geführten Namen vor dem Familiennamen ihres Ehemannes haben darf, ist es ihr nicht gestattet, ihren Familiennamen zu benutzen. Doch die Ehegatten können von den allgemeinen Bestimmungen Gebrauch machen und dann den zur Zeit der Eheschließung geführten Namen der Frau als Familiennamen erhalten⁶⁸.

Bezüglich dieser allgemeinen Bestimmungen wurde die Vorschrift Art.160 des ZGB mit dem Art.30 Abs.2 des ZGB, welches die Namensänderung im Personenrecht regelt, vervollständigt. Laut des Art.30 Abs.2 des ZGB, das nicht in das türkische Zivilgesetzbuch miteinbezogen wurde, können die Verlobten vor

⁶⁴ *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 98, Rn.12; *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.11.

⁶⁵ Vergleichen Sie *Öztan*, 2004, 162 und *Bühler*, 2002, Art.160, N.1 –2.

⁶⁶ Näheres über die dargelegte Zeit, die die verheiratete Frau für die Benutzung dieses Rechts siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, s.99, Rn.13a. Im schweizerischen Recht laut Art.30 Abs.2 des ZGB ist es gegebenenfalls dem Mann gestattet, wenn der Name der Frau als Familienname anerkannt wird, vor dem Familiennamen seinen eigenen Familiennamen zu benutzen. Näheres über dieses Thema siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, s.99, Rn.13 b.

⁶⁷ *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 99, Rn.13; *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.33.

⁶⁸ *Koçhisarhođlu*, 1991, 436; *Knoepfler*, 1988, 123.

der Trauung dem Regierungsrat ihres Wohnsitzkantons gemeinsam das Gesuch stellen und ihnen die Führung des Frauennamens als Familienname zu bewilligen, sofern sie sich auf achtenswerte Gründe⁶⁹ berufen können. Diese Vorschrift ist im Jahre 1988 in Kraft getreten⁷⁰.

2) Bestimmungen zum Familiennamen der Kinder

Nach unserer Auffassung wurde im schweizerischen Recht, bezüglich des Familiennamens des Kindes das patriarchalische Prinzip bewilligt. Die Regel, dass das Kind den Namen der Familie und generell den Familiennamen des Vaters bekommt, ist grundsätzlich das Ergebnis des obligatorischen Ehenamens eines auf patriarchalischem Prinzip beruhenden Recht (Art.270 des ZGB) in der Schweiz⁷¹. Das Kind kann ausnahmsweise den Familiennamen der Mutter bekommen. Zur Verwirklichung dieses Zustandes muss gemäss des Art.30 Abs.2 des ZGB der Familienname der Mutter zuerst als Familienname genehmigt werden⁷².

Die kleinen Kinder der verheirateten Ehegatten bekommen den Familiennamen der Eltern (Art.270 Abs.1 des ZGB). Im schweizerischen Recht gilt das Prinzip der "*Namenseinheit*". Der Familienname der Ehegatten wird durch das Eherecht festgesetzt (Art.160 Abs.1 des ZGB und Art.30 Abs.2 des ZGB). In der Regel

⁶⁹ Hier werden nicht laut des Art.30 Abs.1 des ZGB wichtige Gründe gesucht. Entsprechend dieser Absatzeswirkung werden auch die als unwichtig geltenden Gründe als "*achtenswerte Gründe*" angenommen. Näheres über dieses Thema siehe *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.14; *Hausheer/Reusser/Geiser*, 1988, ZGB 160, N.31, 32; *Hegnauer/Breitschmid*, 1993, Rz.13.19 ve Rz.13.20; *Häfliger*, 1996, 135 – 146; *Bühler*, 2002, Art.30, Nr.18, 338; *Näf –Hofmann, M. / Näf – Hofmann, H.*, 1998, 7.

⁷⁰ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.4; *Dural /Öğüz /Gümüş*, 2005, 167; *Näf – Hofmann, M. / Näf – Hofmann, H.*, 1998, s.7. Näheres über diese Vorschrift siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 105 – 112.

⁷¹ *Nowak*, 1996, 64 – 65.

⁷² *Bühler*, 1996, Art.270, N.3.

gilt der Nachname des Ehemannes als der Name der Familie und auf diese Weise bekommen die Kinder von Gesetzes wegen den Nachnamen des Vaters⁷³.

Falls man vor der Eheschließung den Antrag stellt, den Namen der Frau als Familiennamen anzunehmen und falls dieser Antrag genehmigt wird (Art.30 Abs.2 des ZGB), bekommt gemäss des Art.270 Abs.1 des ZGB das Kind folgerichtig den Familiennamen der Mutter⁷⁴. Akzeptiert die Ehegatten den Nachnamen der Mutter nicht als Familiennamen, so kann das Kind nicht den Nachnamen der Mutter bekommen⁷⁵. Dem Namen der Familie zugefügter Familienname der Frau bzw. des Mannes wirkt nicht auf den Nachnamen des Kindes⁷⁶.

Jetzt erklären wir über die Änderung des Familiennamens infolge Standesänderung⁷⁷ sowie Heirat der Eltern, Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes. Sollten die Paare nach der Geburt des Kindes heiraten, so bekommt es den Familiennamen (Art.259/1 des ZGB in Verhältnis mit dem Art.270 Abs.1 des ZGB)⁷⁸. Obwohl diese Standesänderung auch den Familiennamens des Kindes verändert, beim Anerkennung und Vaterschaftsurteil gilt dieser Grundsatz nicht. Wie *Hegnauer* zum Ausdruck gebracht⁷⁹: "*Anerkennung durch den Vater, Art.260, und Vaterschaftsurteil, Art.261, allein berühren den Namen des ausserehelichen Kindes nicht.*„

⁷³ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.50; *Hegnauer*, 1997, Art.270, N.23.

⁷⁴ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.50; *Hegnauer*, 1997, Art.270, N.24. Näheres über den Erwerb des Familiennamens der Mutter siehe *Hegnauer*, 1997, Art.270, N.31 – 32.

⁷⁵ BGE 122 II 414; *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.51.

⁷⁶ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.51; *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1988, ZGB 160 N.55, N.35, 56.

⁷⁷ Näheres über die Änderung des Familiennamens infolge Standesänderung siehe *Hegnauer*, 1997, Art.270, N. 34 – 45.

⁷⁸ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.52.

⁷⁹ *Hegnauer*, 1997, Art.270, N.34.

Geht es um eine Änderung der Familiennamen der Eltern nach der Trauung (Art.30 Abs.1 des ZGB), so sind die Kinder gezwungener Weise auch von dieser Änderung betroffen. Die kleinen Kinder bekommen laut des Gesetzes den veränderten Familiennamen. Die verheirateten Paare müssen gemeinsam einen Antrag zur Namensänderung auch für ihre Kinder stellen⁸⁰.

B) Der Entwurf zum Familiennamen der Ehegatten und der Kinder im schweizerischen Recht

1) Die erste Form des Entwurfes⁸¹

Es wurde 1995 der Entwurf⁸² im ZGB bereitgestellt, dass die Ehegatten einen gemeinsamen Familiennamen wählen können, was als Basis zum einen Entwurf diente. Gemäß der ersten Form des Entwurfes⁸³ im Jahre 1995 hatten Verlobten das Recht, einen von ihren gegenwärtigen Familiennamen oder den angestammten Familiennamen auszuwählen aber je ihren eigenen Familienname beibehalten⁸⁴.

Dieser Entwurf bot den Verlobten ein totales Wahlrecht. Wenn die Verlobten einen gemeinsamen Familiennamen aussuchen sollten, konnten sie aus den beiden Familiennamen einen wählen⁸⁵. Falls die Verlobten vor der Eheschließung keinen gemeinsamen Familiennamen gewählt haben, können sich die Ehegatten mit der Geburt des Kindes oder mit der Adoption eines

⁸⁰ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.57.

⁸¹ Näheres über die erste Form des Entwurfs siehe. *Sturm*, 2000, s. 25 ff.

⁸² Näheres über diesen Entwurfsbestimmungen siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 96 – 97, Rn. 11a.

⁸³ Siehe Bericht vom. 31.8.1998 , BBl. 1999, 4940 ff.; *Sturm*, 2003, 518.

⁸⁴ *Hausheer / Geiser / Kobel*, 2000, Rz. 07.04; *Sturm*, 2003, 518. Näheres über Art.160 dieser Entwurf, der den Familiennamen regelt siehe *Näf – Hofmann*, M. / *Näf – Hofmann*, H., 1998, 10.

⁸⁵ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn. 6c; *Sturm*, 2003, 518. Näheres über die Eigenschaft der Wahl des Namens der Ehegatten siehe *Bräm*, 1998, Art. 160, Rn. 6 C.

Kindes, sich entweder für den gegenwärtigen oder für den angestammten Familiennamen des Mannes oder der Frau zum gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) bestimmen⁸⁶.

Haben sich die Verlobten keinen Entschluss für gemeinsamen Familiennamen fassen⁸⁷, so verändert auch die Eheschließung nicht den Familiennamen. Die Ehegatten können auch beschliessen, die vorherigen Familiennamen weiterzubedenutzen, mit anderen Worten, sie können sich auch für getrennte Familiennamensführung entscheiden⁸⁸.

In der ersten Form des Entwurfes wurde der Doppelname⁸⁹ nicht genehmigt. Man war der Ansicht, dass der Bedarf des Doppelnamens durch die Möglichkeit der Wahl der getrennten Familiennamensführung gedeckt wurde⁹⁰. Der Bundesrat, der sich auf eine andere Weise diesem Thema widmet und einen Gegenvorschlag macht, ist der Ansicht, dass die Ehegatten, die für getrennte Familiennamensführung plädierten, über das Recht verfügen, den Familiennamen des anderen Ehegattens anzuhängen sollten. Dementsprechend sollten diese Ehegatten

⁸⁶ *Sturm*, 2003, 518.

⁸⁷ Der Grund, weswegen sich die Verlobten für keinen gemeinsamen Familiennamen entschieden haben, könnte sein, dass sie sich nicht einigen konnten oder weil sie keinen gemeinsamen Familiennamen besitzen möchten. In diesem Fall benutzen sie weiterhin ihren vorherigen Familiennamen. Mann muss bei diesem Fall auf den Grundsatz der Einheit des Familiennamens verzichten. Die Zivilstandsänderung und die Zugehörigkeit können nicht mehr durch den Familiennamen öffentlich gemacht werden (*Bräm*, 1998, Art. 160, Rn. 6C).

⁸⁸ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn. 6C; *Sturm*, 2003, 518. Eine erleichterte Namensänderung für die Verlobten nach dem geltenden Recht (Art.30 Abs.2 des ZGB), ist laut des neuen Vorschlages unbrauchbar und deshalb sollte aus diesem Grund Art.30 Abs.2 ersatzlos aufgehoben werden. (*Bräm*, 1998, Art. 160, Rn. 6 C).

⁸⁹ Näheres über den Entwurf bezüglich des Doppelnamens siehe *Rumo – Jungo*, 2001, 174 – 175, 178.

⁹⁰ *Sturm*, 2003, 518.

auf solche Weise Doppelname führen⁹¹.

Diesen Familiennamen (Ehenamen) bekommen auch die gemeinsamen Kinder. Sind die Eltern gegen einen gemeinsamen Familiennamen, so können sich die Ehegatten mit der Geburt des Kindes oder bei einer Adoption dafür entscheiden, ob das Kind den Familiennamen der Mutter oder des Vaters bekommt⁹².

Können sich die Eltern nicht für einen Familiennamen für das Kind entscheiden, dann übernimmt diese Aufgabe der Vormundschaftsbehörde unter Berücksichtigung des Kindeswohls. Falls das verheiratete Paar es möchte, kann es sich zuerst die eheschutzrichterliche Instanz um Vermittlung anzuwenden (Art.172 Abs.1 ZGB)⁹³.

2) Spätere Formen des Entwurfs und ihre Ablehnung von Seiten des Parlaments

Am 1. September 1999 beriet der Nationalrat Kommissionsentwurf und Gegenvorschlag des Bundesrats. Dieser Gegenvorschlag ist verworfen und der Nationalrat Kommissionsentwurf schloss sich mit grosser Mehrheit seiner Rechtskommission an. Dieser Kommission hat über zwei Themen übereingestimmt: 1) Vorschriften des ZGB können nicht durch eine Verordnung des Bundesrats korrigiert werden weil es mit der Normenhierarchie unvereinbar ist. 2) Der Gesetzgeber muss die Gleichberechtigung der Mann und Frau sichern⁹⁴.

Die Minderheit der Rechtskommission des Nationalrats wollte den

⁹¹ Näheres über diesen Vorschlag siehe Ansicht vom 19.4.1999, BBl. 1999, 5306 ff.; *Sturm*, 2003, 518 – 519.

⁹² *Sturm*, 2003, 518. Näheres über den Varianten der Zeitpunkt der Wahl des Kindesfamiliennamens, siehe *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.6 D.

⁹³ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn. 6 D. Siehe ausserdem *Sturm*, 2003, 518.

⁹⁴ Amtl.Bull.NR 1999, 1570 ff.; *Sturm*, 2003, 519. Näheres über die Vorschriften des Vorschlages siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 97 –98, Rn. 11 c.

Grundsatz der Einheit des Familiennamens bewahren. Wählen die Verlobten keinen gemeinsamen Familiennamen, so können sie eine sekundäre Regelung heranziehen. Falls sich die Ehegatten für keinen gemeinsamen Familiennamen entscheiden, so gilt von Gesetzes wegen der Familienname des Mannes als Familienname. Dieser Vorschlag wurde jedoch nicht genehmigt⁹⁵.

Die Minderheit des Rechtskommissions des Nationalrats schlug vor: *“Können sich Eltern, die getrennte Familiennamen führen, auf den Kindesnamen nicht einigen, dann erhält das Kind den Familiennamen der Mutter,”*⁹⁶. Dieser Vorschlag wurde nicht mit der Begründung des Verstoßes gegen die Gleichberechtigung⁹⁷ gebilligt. Laut *Bräm* ist diese Lösung ein Widerspruch zur Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann, doch verfügt sie aus der Sicht des Gesetzes über einen Vorteil von Automatismus. Laut dem Verfasser mit diesem Vorschlag *“Ausserdem wird der Vormundschaftsbehörde erspart, über die Namensgebung zu entscheiden,”* Ferner ist *Bräm* der Meinung, dass man aus der Maxime des *“Kindeswohl”*⁹⁸ schwierig ist, durch diese Entscheidung Richtlinien zu erlangen⁹⁹.

Im Unterschied zur ersten Form des Entwurfs geht es hierbei um

⁹⁵ *Sturm*, 2003, 519 –520 *Bräm*, 1998, Art.160, Rn.6 C.; Der Abgeordnete, der den Vorschlag gemacht hat war Alexander Baumann (SVP). (*Sturm*, 2003, 519)

⁹⁶ Minderheitsantrag in der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen, BBL 1999, 4058; *Sturm*, 2003, 520.

⁹⁷ *Sturm*, 2003, 520; *Bräm*, 1998, Art.160, Rn. 6 D. Diesen Vorschlag hat, die Abgeordnete Margrith von Felten (Grüne) gemacht (*Sturm*, 2003, 520). *Rumo - Jungo* zum Ausdruck gebracht, dass die subsidiäre Geltung des Mutternamens für das Kind einen angemessenen Vorschlag ist. Laut *Rumo- Jungo*, hat man mit dieser Vorschlag der Identifikation der Kind nach aussen sowie zum Schutz der Identität und mithin der Persönlichkeit der Eheleute bzw. des Kindes mit Erfolg verschaffen sollte (*Rumo -Jungo*, 2001, 178).

⁹⁸ Näheres über die Begriffe *“Kindeswohl”* und *“Der Vorrang des Kindeswohls im Kinderrecht”* im türkischen Recht siehe *Serozan*, 2005, 65 –67; Siehe für den Begriff *“Kindeswohl”* im schweizerischen Recht *Hegnauer*, 1964, 402 – 404.; im deutschen Recht *Gernhuber / Coester – Waltjen*, 2006, 803 – 804.

⁹⁹ *Bräm*, 1998, Art.160, RndNr. 6 D.

die wichtigste Änderung, dass keine gesetzliche Regelung vorgeschrieben wird, wenn sich die Eltern nicht für Familiennamen des Kindes einigen. Der Grund dafür ist, dass so ein außerordentlicher Vorfall nicht sehr üblich sein wird. Die Ehegatten können auch noch bei der Geburt des ersten Kindes einen gemeinsamen Familiennamen wählen. Dagegen ist die Möglichkeit, dass die Eltern einen Doppelfamiliennamen führen, abgeschafft¹⁰⁰.

Am 25.09.2000 wurde von der Ständerat vorgeschlagen, dass die Ehegatten einen Doppelnamen besitzen dürfen¹⁰¹, wenn sie dies wünschen. Führen die Ehegatten getrennte Familiennamen, so haben sie die Möglichkeit, an ihren Geburtsnamen den Familiennamen ihres Partners zu anfügen¹⁰².

Ein weiterer Vorschlag¹⁰³, der im Jahre 2000 im Ständerat vorgelegt wurde, ist, dass das uneheliche Kind den Familiennamen des Vaters bekommt. Dafür müssen die Eltern jedoch gemeinsame Sorgerecht haben. Unterdessen implizierte die Gesetzänderung 1998 die Bestimmung *"Falls die Eltern nicht verheiratet sind, bekommt das Kind den Namen der Mutter"*¹⁰⁴.

Im März 2001 wurden einige Vorschläge beim Nationalrat bezüglich des schweizerischen Gesetzentwurfes gemacht¹⁰⁵. Der auffälligste Vorschlag war vor allem, dass der Zivilstandsbeamter die Trauung verweigern kann, wenn sich die Ehegatten nicht für

¹⁰⁰ *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 97, Rn. 11 c. Eine andere Änderung dieses Entwurfs war die Neuregelung über den Familiennamen der Ehegatten bei Scheidungs- und Todesfällen (*Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 97, Rn. 11 c). Für die Regelung der Familienname nach der Auflösung der Ehe siehe Art.160 a bei *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 98, Rn.11c.

¹⁰¹ Amtl. Bull. StR 2000, 554 ff. ; *Sturm*, 2003, 522; Vgl. 1998 Aenderung, ZGB Art.160 (*Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 97, Rn. 11 c).

¹⁰² *Sturm*, 2003, 522.

¹⁰³ Näheres über die Vorschläge, die im Jahre 2000 gemacht wurden *Sturm*, 2003, 522 – 523.

¹⁰⁴ *Sturm*, 2003, 523; *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, 97, Rn. 11 c.

¹⁰⁵ Näheres über diesen Vorschläge siehe *Sturm*, 2003, 523 –524.

Ehename entscheiden können. Ein weiterer Vorschlag war, dass das Vormundschaftsbehörde sich für den Kindesfamiliennamen entscheidet, falls sich die Eltern nicht über seinen Familiennamen einigen können. Bis es dann vom Vormundschaftsgericht eine Entscheidung getroffen wird, bekommt das Kind den Familiennamen der Mutter¹⁰⁶.

Obwohl den Ehegatten das Recht der Familiennamenswahl und Gleichberechtigung zwischen Männer und Frauen bei der Ehename gewährleistet wurde, wurde dieser Entwurf am 22.6.2001 zurückgewiesen¹⁰⁷. Wäre dieser Entwurf bewilligt worden, so wäre es neben dem BGB für das TZGB ein gutes Beispiel beim ersten Entwurf für die Aenderungen der Bestimmungen über Familienname der verheirateten Frau und Kinder.

IV) Geltende Regelungen im deutschen Recht

A) Regelungen zum Familiennamen der Ehegatten

Unseres Erachtens hat sich das deutsche Recht hinsichtlich der Familiennamen der Ehegatten das Wahlprinzip zu eigen gemacht. Dementsprechend hat das deutsche Recht inkrafttreten des Familiennamensrechtsgesetz am 16.12.1993 den Ehegatten seitdem das Wahlrecht gewährleistet, sich für einen gemeinsamen Familiennamen zu entscheiden oder für getrennte Familiennamen zu führen¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Sturm*, 2003, 523. Einer anderen Vorschlag war: “*Bis zum Entscheid der Vormundschaftsbehörde erhalten die Kinder einen Doppelnamen, der aus dem Geburtsnamen des Vaters und dem der Mutter besteht.*” (*Sturm*, 2003, 523).

¹⁰⁷ *Sturm*, 2003, 525; BSK ZGB I – *Bühler*, 2002, Art.160, N.4.

¹⁰⁸ *Nowak*,1996, 59. Wie in Dänemark, Norwegen, in der Schweden und es in Finnland der Fall ist haben die Ehegatten Recht, mit der Einwilligung des anderen, einen der beiden Familiennamen als gemeinsamen Familiennamen zu wählen oder ihre bisherigen Familiennamen weiterzuführen. (*Nowak*, 1996, 59–

In Deutschland hat die Frau das Recht, bei der Eheschliessung einen gemeinsamen Familiennamen zu wählen. Gemäss §1355 des BGB sind die Ehegatten im deutschen Recht verpflichtet, einen gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) zu bestimmen, doch sie sind nicht dazu gezwungen. Falls sie sich nicht für einen gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) entscheiden können, haben sie die Möglichkeit, ihren zur Zeit der Eheschliessung geführten Familiennamen auch nach der Eheschliessung weiterzuführen (§1355 / I BGB). Der Ehename¹⁰⁹ kann der Geburtsname der Frau oder des Mannes sein, oder sie können auch für den Familiennamen plädieren den von Mann oder Frau zur Zeit der Ehenamensbestimmung geführte Name (§ 1355 / 2 BGB), selbst wenn dieser aus einer früheren Ehe stammt¹¹⁰.

60; *Bergmann / Ferid*, 1995, Schweden, 45; *Norwegen*, 79 ff.; *Dänemark*, 91; *Finnland*, 94).

Näheres über das dänische Namensrecht siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2004 a, Dänemark, 39; näheres über den Paragraph 4 des dänischen Namensgesetzes bezüglich des Familiennamens der Ehegatten siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2004 a, Dänemark, 122.

Näheres über das norwegische Namensrecht siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2000, Norwegen, 38-39; näheres über den Paragraph 4 des norwegisches Gesetzes über Personennamen bezüglich des Familiennamens der Ehegatten siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2000, Norwegen, 88.

Näheres über das schwedische Namensrecht siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2004 b, Schweden, 36 – 39; näheres über den Paragraph 9 des schwedisches Namensgesetzes bezüglich des Wechsels zum Nachnamen der Ehegatten siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2004 b, Schweden, 96.

Näheres über das finnische Namensrecht siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2002, Finnland, 38 -39; näheres über den Paragraph 7 des finnischen Namensgesetzes bezüglich des gemeinsamen Familiennamens der Ehegatten und Paragraph 8 des finnischen Namensgesetzes bezüglich der Beibehaltung des Familiennamens bei der Eingehung der Ehe siehe *Bergmann / Ferid / Henrich*, 2002, Finnland, 94 – 95.

¹⁰⁹ Näheres über die vorgezogenen Recht hinsichtlich der Wahl des gemeinsamen Familiennamens, siehe *Schwab*, 2006, 91, N.184; *Gernhuber / Coester – Waltjen*, 2006, 122, N.15; *Stuber*, 2005, 47. Siehe für die Kritiken über die frühere Entmündigungen dieser Rechtsanwendung *Coester*, 1994, 1 –2; *Wagenitz*, 1994, 409, 411.

¹¹⁰ *Schwab*, 2006, 91, N.184. Die Bestimmung, dass die Ehegatten ihren zur Zeit der Ehenamensbestimmung geführten Namen als Ehenamen wählen dürfen,

Ein Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehe name wird, kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführten Namen voranstellen oder anfügen (§ 1355 / 4 BGB)¹¹¹. Das im §1355 des BGB anerkannten Wahlrecht beruht auf dem Prinzip der Parteiautonomie, doch das Prinzip der Namens einheit steht hinter diesem ersten Prinzip und hat kein verbindliches Ziel für die Rechtspolitik¹¹².

Das Besitzen des Doppelnamens ist als ein Wahlmöglichkeit zugunsten der Ehegatten im deutschen Gesetz nicht genehmigt worden¹¹³. Nach dem Aufhebungsbeschluss am 5.3.1991 vom deutschen Verfassungsgericht stand der Doppelnamesführung der Ehegatten zur Debatte¹¹⁴. Doch das Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts vom 16.12.1993 gab den Ehegatten keine Möglichkeit für den Doppelnamensführung¹¹⁵.

kann als eine neue Bestimmung angesehen werden. Näheres über die Grund diesen neuen Bestimmung, siehe *Schwab*, 2006, 90, N.182, *Winkler*, 2005, 64.

¹¹¹ Diesen angefügten Namen wird als "Begleitname" genannt. Näheres siehe *Hohloch*, 2002, 219, Nr.398. Der Inhalt des §1355 BGB, wie der Begriff des Ehenamens früher in Deutschland aufgefasst wurde, das Urteil des deutschen Verfassungsgerichts vom 5.3.1991 und wie der Begriff Ehe name laut des Familiennamensrechtgesetzes vom 16.12.1993 aufgefasst wurde, siehe dazu *Lüderitz*, 1999, 96 -101; *Gernhuber/ Coester-Waltjen*, 1994, 141 -148; *Bergerfurth*,1993, 62 -68; *Henrich*, 1995, 51-52; *Schwab*, 2003, 89-93; *Hohloch*, 2002, 217– 219; *Wagenitz / Bornhofen*, 1994, 30 – 80; *Wacke*, 2000, § 1355, Rn. 1- 29; *Brudermüller*, 2003, § 1355, Rn. 1– 12; *Schwenzer*, 1991, 390-397; *Giesen*, 1993, 65-81; *Diederichsen*, 1994, 1089-1097; *Baldus*, 1996, 3 ff.; *Coester*, 1994, 1 ff.; *Niemeyer*, 1997, 13 ff.; Näheres über den veränderten Bestimmung im Jahre 2005 siehe *Schwab*, 2006, 89-94; *Stuber*, 2005, 46– 53; *Gernhuber / Coester-Waltjen*, 2006, 118–125; *Bornhofen*, 2005, 226; *Wagenitz* , 2005, 443; *Wagenitz / Bornhofen* , 2005, 1425.

¹¹² *Hohloch*, 2002, 217, Nr. 394.

¹¹³ *Henrich*, 1995, 51; *Schwab*, 1993, 88, Rn.166; *Hohloch*, 2002, 218, Nr.396.

¹¹⁴ *Schwab*, 1993, 88, Rn.168.

¹¹⁵ *Henrich*, 1995, 51. Näheres über die Ansicht, dass der Gesetzgeber eine angebrachte Entscheidung traf über die Möglichkeit, den Ehegatten einen Doppelnamen zu gestatten siehe *Baldus*, 1996, 3 –6.

B) Regelungen zum Familiennamen des Kindes

Das deutsche Recht hat das Wahlprinzip für den Familiennamen des Kindes anerkannt. Die Rechtsordnungen mit einem fakultativen Ehenamen, ebenso wie in Deutschland¹¹⁶, lassen die Kinder regelmässig an dem gegebenenfalls vorhandenen Ehenamen teilhaben. Andernfalls bekommt das Kind den Familiennamen der Mutter oder des Vaters¹¹⁷.

Im deutschen Recht wurde der Familienname des Kindes im Paragraph von §§1616–1618 BGB geregelt¹¹⁸. In diesen Paragraphen wurden die Namenseinheit der Familie und das Prinzip der Namenskontinuität sowie andere Funktionen¹¹⁹ des Familiennamens als wesentliche Grundlage akzeptiert. Dazu können die Funktionen der Abstammungskennzeichen und die der Personenidentifikationen gezählt werden¹²⁰.

Das deutsche Recht zieht nicht den Geburtsnamen des Kindes in Betracht, den es aus einer ehelichen oder unehelichen Ehe stammt. Im Gegensatz zur Bestimmung des Familiennamens des Kindes wird der gemeinsame Ehe name (§1616 BGB) als wesentliches Kriterium betrachtet. Wenn die Eltern keinen gemeinsamen Ehenamen besitzen, gelten die Kriterien, ob sie beiden (§1617 / I BGB) oder nur eine(n) der Ehegatte (§1617 a I) über das Sorgerecht verfügen¹²¹.

¹¹⁶ Mit der Reform am 16.12.1997 in Deutschland wurde der Familienname des Kindes neu geregelt.

¹¹⁷ *Nowak*, 1996, 67.

¹¹⁸ Näheres über die Änderung des Familiennamens des Kindes nach der Namensänderung der Eltern siehe *Hohloch*, 2002, 421 – 422.

¹¹⁹ Näheres über die Funktion des Namens, siehe *Van Hoboken- De Erney*, 1984, 14 -38.

¹²⁰ *Gernhuber / Coester –Waltjen*, 2006, 630, Rn.1.

¹²¹ *Gernhuber / Coester – Waltjen*, 2006, 630, Rn.2. Näheres über das gemeinsame Sorgerecht der unverheirateten Paare, der geschiedenen Eltern oder der Ausnahmezustand des alleinigen Sorgerechts siehe . *Hohloch*, 2002, 464 – 467, 496 – 499. Näheres über das gemeinsame Sorgerecht der

Sind die Eltern des Kindes verheiratet und einen gemeinsamen Familiennamen (§1355 I s.1 BGB im Namen des Ehenamens) besitzen, so bekommt das Kind kraft Gesetzes diesen Ehenamen (§1616 BGB). In diesem Fall haben die Eltern keinen Anspruch auf Bestimmung des Familiennamens des Kindes. Hier ist darauf zu achten, dass es für das Kind nicht möglich ist, einen der Familiennamen der Eltern, der nicht als Ehefrau gewählt habe, an seinen eigenen Geburtsnamen hinzuzufügen. Wie *Hohloch* hat ausgedrückt: „*Das Kind erhält nur den beiden Eltern gemeinsamen Teil des Namens, d.h. den Ehenamen als seinen Geburts – und Familiennamen.*“,¹²².

Im deutschen Recht wurde verboten, dass das Kind einen Doppelnamen besitzt¹²³. Die Möglichkeit der Doppelnamensführung von Kindern namensverschiedener Eltern ist im deutschen Recht ausgeschlossen¹²⁴. Dieser Zustand wurde von einigen Wissenschaftlern kritisiert und es wurde betont, dass dieser Fall der Grundsatz des „*Persönlichkeitsschutz des Kindes* „ verstosst¹²⁵.

Sind die Eltern des Kindes verheiratet und keinen gemeinsamen Familiennamen, führen oder unverheirateten Eltern über das gemeinsame Sorgerecht verfügen, so wird der Familienname des Kindes¹²⁶ nicht bestimmt. Gemäss §1617 I s.2 haben die Eltern mehr als ein Wahlrecht auf die Bestimmung des Familiennamens des Kindes. Die Eltern können beim Standesamt eine öffentlich beglaubigte Erklärung abgeben und können einen von den beiden

geschiedenen Eltern hinsichtlich der türkischen und schweizerischen Rechte siehe *Koçhisarlıoğlu*, 2004, s.15 -21.

¹²² *Hohloch*, 2002, 420, Rn.788; *Schlüter*, 1998, § 23 II 2, Rn.326.

¹²³ *Hohloch*, 2002, 420, Rn. 789.

¹²⁴ Über die Meinung, dass der Gesetzgeber den Kindern die Möglichkeit der Doppelnamensführung gewährleisten sollte siehe *Baldus*, 1996, 3 –10.

¹²⁵ *Baldus*, 1996, 6.

¹²⁶ Näheres über die Bestimmung des Familiennamens des Kindes der unverheirateten Eltern, die über das gemeinsame Sorgerecht verfügen siehe *Lipp / Wagenitz*, 1999, 179 – 180; *Greßmann*, 1998, 71 – 72.

Familiennamen, den zur Zeit der Erklärung führt, dem Kind geben (§1617 I s.1 BGB). Dieser Name kann der Geburtsname, oder aber auch der durch eine frühere Ehe erhaltene Name sein¹²⁷.

Falls die Eltern innerhalb eines Monats nach der Geburt des Kindes keinen Familiennamen festsetzen können, übernimmt diese Aufgabe das Familiengericht¹²⁸ und beauftragt einen der Eltern zur Bestimmung des Familiennamen des Kindes innerhalb einer Frist.

Laut des Gesetzes haben die Eltern den Anspruch darauf, sich entweder für ihren eigenen oder für den Familiennamen ihres Partners zu entscheiden. Das Gericht kann den bevollmächtigten Eltern für die Ausübung des Bestimmungsrechts des Familiennamens des Kindes eine Frist setzen. Wurde eine bestimmte Frist gesetzt, aber nach dem Ablauf der Frist das Bestimmungsrecht nicht ausgeübt worden, so bekommt das Kind den Familiennamen des Elternteils, dem das Bestimmungsrecht übertragen hat (§ 1617 / II BGB)¹²⁹.

¹²⁷ Hohloch, 2002, 420, Rn. 789; Jauernig / Berger, 1999, Anmerkungen zu § 1616 – 1617c, Rn.5. Die Entscheidung der Eltern über den Familiennamen des ersten Kindes, beeinflusst auch die weiteren Kinder (§1617 I s.3 BGB). Die Eltern sind durch den Grundsatz *“Namenseinheit der Geschwister”* auf den auserwählten Namen des Kindes beschränkt. (Hohloch, 2002, 420, Rn.789).

¹²⁸ Hohloch hat zum Ausdruck gebracht, dass das Familiengericht bezüglich der Bestimmung des Kindesfamiliennamens im folgende Situation beauftragt: *“Können sich die Eltern nicht einigen oder treffen sie aus sonstigen Gründen binnen eines Monats nach der Geburt des Kindes keine Bestimmung, so teilt dies der Standesbeamte dem zuständigen Familiengericht mit, § 21a PStG. „* (Hohloch, 2002, 420, Rn. 790).

¹²⁹ Jauernig / Berger, 1999, Anmerkungen zu § 1616 – 1617 c, Rn.6; Acabey, 2002, 104. Näheres über den Familiennamen der Kinder, deren Eltern keinen Ehenamen besitzen und vor allem über § 1617 BGB im deutschen Recht siehe Greßmann, 1998, 68 – 70; Lipp / Wagenitz, 1999, 155 – 178; Jauernig / Berger, 1999, Anmerkungen zu §§ 1616 – 1617 c, RndNr. 5 – 7.

Wenn die Eltern keinen Ehenamen führen und die Sorge einem Elternteil zusteht, erhält das Kind den Namen, den dieser Elternteil bei der Geburt des Kindes führt (§ 1617 a / I BGB)¹³⁰.

Wenn das Kind einen Familiennamen hat, und die Eltern dabei das gemeinsame Sorgerecht übernehmen, haben sie die Möglichkeit, innerhalb drei Monaten nach der Begründung dergemeinsamen Sorge, den Familiennamen des Kindes neu zu bestimmen (§ 1617 b / Abs. 1 BGB)¹³¹.

V) Allgemeine Begründung des Gesetzentwurfes

Man betonte, dass man als allgemeine Begründung¹³² des Entwurfes den Grundsatz "*Gleichberechtigung der Ehegatten in der Familie*" des TZGB¹³³ mit der Nr.4721 zeigte. In der erwähnten Begründung wurden die Änderungen in den Artikeln 41¹³⁴, 10 und 90¹³⁵ des Verfassungs der türkischen Republik

¹³⁰ *Jauernig / Berger*, 1999, Anmerkungen zu § 1616 – 1617 c, Rn.8. *Berger* hat eine andere Möglichkeit zum Ausdruck gebracht: "*Der sorgeberechtigte Elternteil kann aber durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Kind den Namen des anderen Elternteils erteilen, wenn dieser zustimmt; die Zustimmung kann nicht ersetzt werden.* „ (*Jauernig / Berger*, 1999, Anmerkungen zu § 1616 – 1617c, Rn.8)

¹³¹ *Acabey*, 2002, 104.

¹³² Der erwähnte Text, der das Gesetzentwurfamt des Justizministeriums an den Hochschulleitungsrat bezüglich der Mitteilung der Ansicht gesendet habe, ist der Text wie er wesentlich wertet. Dieser Text wird von dem Hochschulleitungsrat (YÖK) an das Rektorat der Universität Ankara und schliesslich an die juristische Fakultät der Universität Ankara gesendet. Wir haben den Text mit der Überschrift "*Die Vorlage über den Entwurf zur Aenderung des türkisches Zivilgesetzbuches und die Aenderung des Zivilstandsgesetzes*„, als wesentlich gewertet. Dieser Text, ist der Text, der als Anlage der Schrift mit Datum 15.2.2006 und Nr.235 an den Universität Ankara gesendet habe.

¹³³ Das Datum der Zulassung dieses Gesetzes ist der 22.11.2002, und das Datum des in Kraft treten ist, der 1 Januar 2002.

¹³⁴ Die Änderung dieses Artikels ist am 3.10.2001 hinsichtlich "*Das Gesetz der Änderungen einiger Artikel im Verfassungs der türkische Republik.*"

¹³⁵ Die Veränderungen wurden am 7.5.2004 mit "*Das Gesetz der Änderungen einiger artikel im Verfassungs der türkische Republik*" durchgeführt. Näheres

genannt, damit die Gleichberechtigung der Frauen und der Männer gewährleistet werden kann.

Es wurde betont, dass Frauen und Männer mit der Änderung im Art.10 des Verfassungs über gleiche Rechten verfügen, und mit der Änderung des Art.41 jedoch die Familie die Grundlage der türkischen Gesellschaft ausmacht. Es geht hier im Grunde um die Gleichberechtigung der Ehegatten. Des weiteren wurde mit der Änderung im Art. 90 des Verfassungs eingeführt, dass bei Unstimmigkeiten hinsichtlich Grundrechte und –freiheiten zwischen internationalen Abkommen und den türkischen gesetzliche Bestimmungen die Bestimmungen der internationalen Abkommen zur Grundlage genommen werden.

Im Art.187 des TZGB steht *“Die Frau nimmt durch die Heirat den Nachnamen ihres Ehemannes (als Familiennamen) an. Allerdings kann die Frau (bei der Trauung) an den Standesbeamten erklären oder später an das Zivilstandsamt durch eine schriftliche Antragstellung vor dem Nachnamen ihres Ehemannes ihren bisherigen Nachnamen stellen. Eine Frau, die bereits zwei Nachnamen hat, kann dieses Recht nur für einen ihrer beiden Nachnamen beanspruchen”*. Es wurde in dem Begründung durch einige vertretene Ansichten behauptet, dass diese Bestimmung gegen das allgemeine Verständnis der Gleichberechtigung von Frau und Mann im TZGB¹³⁶ und gegen das Verfassung (Art.10, 12, 17, 41, 90)¹³⁷ sowie gegen das *“Abkommen über die Verhinderung der jeglichen Diskriminierung der Frauen”*, welche von Seiten der türkischen

über die Änderungen siehe . *Bilir*, 2005, 240–246. Näheres über den Begriff *“Gleichheit vor dem Gesetz”*, im Artikel 10 des Verfassungs der türkische Republik siehe *Öden*, 2003, 135 – 150.

¹³⁶ Siehe *Gören*, 1998, 94; *Özdamar*, 2002, 263, auf der selben Seite fussnote 94 und 271.

¹³⁷ Siehe *Moroğlu*, 2004, 305 –306; *Demir*, 2004, 21; die schon vorher auch im fussnote erwähnte, am 9.3.2005 von den Abgeordneten Birgen Keleş und seinen Freunden gemachten Gesetzesvorschlag über die Änderung des am 1.Januar 2002 in Kraft getretenen Art.187 des neuen TZGB (*Abik*, 2005, 101).

Republik unterzeichnet wurde (vor allem Art.16, Absatz 1)¹³⁸ widerspricht¹³⁹. Wir haben uns diese Ansichten anschliessen.

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte behauptet in der Begründung, dass die Frauen in die Entscheidung des *Ünal Tekeli-Türkei Prozesses am 16.November 2004* ein grundlegendes Recht haben, ihren Nachnamen vor der Eheschließung zu weiterführen. In die Entscheidung des Europäischen Menschenrechtshofes wird hervorgehoben, dass es natürliche Recht der Frau sei, ihren Nachnamen, mit dem sie bekannt ist, auch nach der Verehelichung fortzuführen und dass Regelungen und Praktizierungen, die diesem Recht widersprechen, den Artikeln 8¹⁴⁰ und 14¹⁴¹ des Europäischen Menschenrechtskonventions widersprechen¹⁴².

¹³⁸ Siehe *Özdamar*, 2002, 263 und auf der selben Seite bei der Fussnote 94; *Moroğlu*, 2004, 306; *Demir*, 2004, 21; Die allgemeinen Begründungen des oben genannten Gesetzesvorschlages (*Abik*, 2005, 101).

¹³⁹ *Moroğlu* hat darauf hingewiesen, dass Art 187 des TZGB, den Art. 14, 8, des Abkommens der europäischen Menschenrechte und Art.5 des Protokoll mit Nr.7 der Ermahnungen des Europarats und den Beschlüssen der europäischen Gerichtshof für Menschenrechte widrig ist. (*Moroğlu*, 2004, 306; *Moroğlu*, 2005, 1508). In Fussnote 35 wird darauf hingewiesen, dass in der allgemeinen Begründung des Gesetzesvorschlages der Art.187 des TZGB des Art.14 des Europäische Menschenrechtskonventions entgegenstehe. In der Begründung wurde zum Ausdruck gebracht, dass den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte am 16.November 2004 zu dem Entschluss gekommen ist, dass in der Türkei im Artikel des Familiennamens der Frau, diesbezüglich Diskriminierungen herrschen.

¹⁴⁰ Es handelt sich um Schutz des Privatlebens und Familienlebens bei dem Artikel 8 des Europäischen Menschenrechtskonventions.

¹⁴¹ Es handelt sich um Diskriminierungsverbot bei dem Artikel 14 des Europäischen Menschenrechtskonventions.

¹⁴² Bei dieser Entscheidung muss man Art.14 zusammen mit der Art.8 des Europäischen Menschenrechtskonventions auswerten. Für den vollständigen Text über das Urteil des "*Ünal Tekeli – Türkei Prozesses*„, siehe *Moroğlu*, 2005 b, 207– 223. Wenn man sich die diesen Entschluss mit dem Art.8 des europäische Menschenrechtskonventions zusammen denkt, wird sichtbar, dass Art.14 verletzt wird, siehe für diese Begründungen, in dem selben Werk, 216– 223.

Unter Beachtung des Europäischen Menschenrechtskonventions, des Abkommens über die Verhinderung der jeglichen Diskriminierung der Frauen und der Artikel 10, 41 und 90 des Verfassungs der türkischen Republik ist man zur Einsicht gekommen, den Artikel 187 des türkischen Zivilgesetzbuches mit den oberen Normen zu harmonisieren und diesbezügliche Veränderungen vorzunehmen.

Auf der anderen Seite kommt es durch die Bestimmung des Artikel 321 "*Nachname*„des türkischen Zivilgesetzbuches mit dem Ausdruck "*Das Kind trägt, wenn Mutter und Vater verheiratet sind, den Namen der Familie, wenn diese nicht verheiratet sind, den Nachnamen der Mutter*"¹⁴³, die vorsieht, dass Kinder in das Familienbuch der Mutter eingetragen werden und den Nachnamen der Mutter tragen, auch wenn eines Kind, durch Vaterschaftsanerkennung oder Urteil über die Vaterschaft erbracht wurde, zur Benachteiligung des Mannes, der das Kind in sein Familienbuch eintragen und seinen Nachnamen geben will.

Aus diesem Grunde wurde es ausgedrückt, dass dieser gesetzliche Entwurf gemäss des Art.187 und des Art.321 des TZGB ausgestellt wurde.

VI) Bestimmungen des Entwurfs

A) Allgemeine Erklärungen

Dieser Entwurf lautet: "*Die Vorlage über den Entwurf zur Änderung des türkisches Zivilgesetzbuches und die Änderung des Zivilstandsgesetzes*". Die Art. 1 und 2 dieses Entwurfs werden noch ausführlich unter sonder Überschriften analysiert. Nun wollen wir nur auf den Art.3 eingehen. Wir müssen uns neben

¹⁴³ Die Fortsetzung dieser Bestimmung lautet: "*Wenn allerdings die Mutter aufgrund einer vorherigen Heirat einen Doppelnamen trägt, so trägt das Kind den Mädchennamen der Mutter*".

dem Art.3 der Entwurfsvorlage vom 05.05.1972 auch mit dem vorläufigen Art. 5 des Zivilstandsgesetzes der Justizministerium Vorsatz haben um den Zivilstandsgesetz hinzufügen, Nr.1587 beschäftigen. Dieser Artikel besagt: *“Provisorischer Art.5 involviert: Diejenigen, welche die Abstammung durch die Vaterschaftsanerkennung oder das Urteil über die Vaterschaft besteht, die jedoch beim Familienregister der Mutter angemeldet sind, können mit einem Antrag den Familiennamen des Vaters bekommen, und sie können sich auch amtlich beim Familienregister des Vaters übertragen lassen.”*

In der Begründung wird zum Ausdruck gebracht, dass das uneheliche Kind nach der Änderung mit dem Art.2 der Entwurfsvorlage und dem Art.321 des TZGB den Familiennamen des Vaters bekommt, falls die Abstammung bei der Anerkennung der Vaterschaft oder das Urteil über die Vaterschaft besteht. Es wurde vorgesehen, dass der vorläufige Art.5 im Art.3 der Entwurfsvorlage dem Zivilstandsgesetz hinzugefügt wird. Mit diesem Artikel wurde die Situation der Kinder, die bei dem Familienregister ihrer Mütter gemeldet waren, vor den neuen in Kraft getretene Regelungen im Art.2 der Entwurfsvorlage laut des Paragraphs des TZGB geregelt. Es wurde beschlossen, dass die Kinder, die bei ihren Müttern leben und deren Familiennamen besitzen und deren Familienregister angemeldet sind, den Familiennamen des Vaters im Falle eines Antrags bekommen und sich in das Familienregister des Vaters einschreiben lassen.

Der vorläufigen Art.5, der in der Entwurfsvorlage vorgesehen und das Zivilstandsgesetz¹⁴⁴ hinzugefügt wird, wurde mit dem

¹⁴⁴ Amtsblatt der Republik Türkei (RG.) 29.4.2006, N. 26153. Im Artikel 71 des Zivilstandsdienstgesetzes steht die Bestimmung, dass mit dem “5 / 5 / 1972 datierte Zivilstandsgesetz N.1587 außer Kraft gesetzt wurde.” Außerdem beinhaltet dieses Gesetz mit dem Titel “Anerkennungsverfahren” der Ziffer 4 des Art.28 die Bestimmung “Kinder, die anerkannt wurden und die Informationen über den Vor – und Zunamen des Vaters und über der Identität und Ort des Personenstandsregisters der Mutter geben, wurden bei dem Familienregister des Vaters registriert.”

vorläufigen Artikel 5 des Zivilstandsdienstesgesetz Nr. 5490 am 25.04.2006 verabschiedet. Dieser vorläufigen Art.5 umfasst die Bestimmung von *“Bis dieses Gesetz in Kraft tritt, wird von den Kindern, wenn sie noch nicht Volljährig sind, mit der Einwilligung der Eltern erwartet, im Fall der Anerkennungserklärung oder des Urteils über die Vaterschaft ihren Antrag zu stellen, dem Familienregister des Vaters zugewiesen zu werden. Wenn das Kind volljährig ist, muss es selbst Antrag stellen.”* Da in diesem Gesetz erwähnte Bestimmung des Art.3 der Entwurfsvorlage zur Gesetzeskraft erlangte, halten wir es nicht für nötig, auf diese Bestimmung einzugehen.

B) Artikel 1 zur Änderung des Art.187 des TZGB und ihre Begründung

1) Artikel 1 zur Änderung des Art.187 des TZGB

Artikel 1 – *Der Artikel 187 des türkischen Zivilgesetzbuches Nr.4721 vom 22.01.2001 wurde wie folgt geändert:*

“Artikel 187- Die Frau nimmt durch die Heirat den Nachnamen des Mannes an. Allerdings kann sie durch einen schriftlichen Antrag an den Standesbeamten oder später an das Zivilstandsamt sowohl einen Doppelnamen, indem sie ihren bisherigen Nachnamen vor den Familiennamen des Mannes stellt, als auch ihren bisherigen Nachnamen alleinstehend verwenden. Eine Frau, die bereits vorher zwei Nachnamen hatte, kann dieses Recht nur für einen ihrer Nachnamen beanspruchen.”

2)Begründung des Artikel 1

Mit diesem Artikel wurde mit Begründung der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau der Frau, die ihren bisherigen Nachnamen, mit dem sie bekannt ist, gerne

weiterführen möchte oder den Nachnamen des Mannes nicht annehmen möchte, auch das Recht eingeräumt, durch einen schriftlichen Antrag beim Standesbeamten oder später beim Zivilstandsamt alleine ihren bisherigen Nachnamen zu verwenden. Dieses Recht ist ein neues Vorzugsrecht, das zugunsten der Ehefrau eingeräumt wird.

Aufgrund dieser Regelung wurde der Frau, der das Recht eingeräumt wurde, ihren bisherigen Nachnamen vor den Nachnamen des Mannes zu stellen, auch das neue Recht eingeräumt, ihren bisherigen Nachnamen allein zu verwenden, ohne den Nachnamen des Mannes anzunehmen.

Dieses Recht, das mit der neuen Regelung eingeführt wurde, kann aufgrund der Eigenschaft, dass es ein Erwerbsgestaltungsrecht und ein einmaliges Recht ist und durch eine einmalige Ausübung erlöscht wird, nur ein einziges Mal beansprucht werden.

C) Artikel 2 zur Änderung des TZGB 321 und ihre Begründung

1) Artikel 2 zur Änderung des TZGB 321

Artikel 2 – Das Wort *“ailenin”* (*der Familie*), des Artikels 321 des türkischen Zivilgesetzbuches wurde durch das Wort *“babanın”* (*des Vaters*) ausgetauscht und dem Artikel wurden folgende zwei Absätze hinzugefügt¹⁴⁵.

“Auch wenn ein Kind außerehelich geboren wurde, trägt das

¹⁴⁵ Die durchführbare Änderung des im Artikel 2 erwähnten Bestimmung wird zuletzt diese Form erhalten:

“Das Kind trägt, wenn Mutter und Vater verheiratet sind, den Nachnamen des **Vaters**; wenn diese nicht verheiratet sind, den Nachnamen der Mutter. Wenn allerdings die Mutter aufgrund einer vorherigen Heirat einen Doppelnamen trägt, so trägt das Kind den Mädchennamen (Geburtsnamen) der Mutter.,,

Kind den Nachnamen des Vaters, wenn zwischen Kind und Vater eine Abstammung durch die Anerkennung der Vaterschaft oder Urteil über die Vaterschaft begründet wurde.

Zum Wohle des Kindes kann das Gericht entscheiden, dass das Kind den Nachnamen der Mutter trägt.”

2)Begründung des Artikel 2

In der Begründung des Artikels 2 der Entwurfsvorlage wurde betont, dass die Frauen durch die Änderung des Artikels 1 der Entwurfsvorlage des Artikels 187 im TZGB ihren Nachnamen vor der Heirat weiterführen können. Als Folge davon können die Eltern über unterschiedliche Nachnamen verfügen.

Im Artikel 321 des TZGB ist die Sache des Nachnamens der Kinder hinsichtlich der Wirkungen des Kindesverhältnisses bestimmt worden. Es wurde ausgedrückt, dass in diesem Artikel als Folge der Veränderung des Artikels 187 im TZGB das Wort *“ailenin” (der Familie)* durch das Wort *“babanın” (des Vaters)*, ersetzt wurde, wenn Vater und Mutter verheiratet sind.

In der Begründung wird erwähnt, dass es für das Kind keiner Ausnahme zum Erhalt des Nachnamens der Mutter gemäss des geltenden Art. 321 unterzogen wird, wenn die Eltern nicht verheiratet sind. Dabei wird bei der Entstehung der Abstammung zwischen Vater und Kind aufgrund der Zustand der Vaterschaftsanerkennung oder das Urteil über die Vaterschaft nicht berücksichtigt. Dieser Fall macht deutlich, dass die jeweiligen Kinder den Nachnamen des Vaters nicht bekommen können. Es wird notgedrungen die Änderung dieses Artikels gefordert. Zur Deckung dieses Bedarfes wurde dem Artikel 2 der Entwurfsvorlage und dem Artikel 321 des TZGB einen neuen Absatz hinzugefügt. Demnach bekommt das Kind bei der Entstehung der Abstammung aufgrund der Vaterschaftsanerkennung oder Urteil über die Vaterschaft den

Nachnamen des Vaters, obwohl es unehelich zur Welt kommt.

Ferner wird in der Begründung zum Ausdruck gebracht, dass das Kind wegen der Entstehung der Abstammung zwischen Vater und Kind aufgrund der Zustand der Vaterschaftsanerkennung oder Urteil über die Vaterschaft grundsätzlich über den Nachnamen des Vaters verfügen kann, auch wenn Vater und Mutter verheiratet sind oder das Kind unehelich zur Welt kommt. In der Begründung wurde eine Ausnahme dieser Regel erwähnt. Demnach ist dem Art.2 der Entwurfsvorlage, der durch den Art.321 des TZGB geändert ist, einen Absatz hinzugefügt, der besagt, dass das Gericht den Nachnamen der Mutter zu bekommen beurteilen kann, wenn man die Gleichberechtigung von Frau und Mann berücksichtigt und es zum Wohle des Kindes ist. Gemäss dieser Absatz, für das Kindeswohl, kann das Kind, von Gericht entschieden, auch den Nachnamen der Mutter bekommen.

VII) Kritiken an der Entwurfsvorlage

A)Zur Anerkennung des Mangels der gemeinsamen Familiennamenwahlrechts im Entwurf

Der neue Bestimmung betreffend Art 187 des TZGB in den ersten Artikel der Entwurfsvorlage ist aus der Hinsicht zu kritisieren, dass den Frauen und den Verlobten bei der Trauung das Wahlrecht des gemeinsamen Familiennamen nicht gestattet wurde. Im Hintergrund der allgemeinen Begründung und der Begründung des 1.Artikels der Entwurfsvorlage, welcher auf der Gleichberechtigung der Frauen und Männer beharrt, ist es durchaus beunruhigend, dass dieser Bestimmung solch ein Wahlrecht nicht beinhaltet. Ferner wird in der türkischen Rechtslehre, der wir auch ebenfalls anschliessen, seit langem

ausdrücklich die herrschende Ansicht¹⁴⁶ die Anerkennung der Notwendigkeit des Wahlrechts der Doppelnamen der Verlobten bei ihrer Trauung verteidigt. Unserer Meinung nach ist zu unterstützen, dass der Gesetzgeber durch die Bevorzugung des 1.Artikel der Entwurfsvorlage mit Absprache der Verlobten die Wahlmöglichkeit des Familiennamens der Frau als gemeinsamen Familiennamen vor der Eheschließung abschaffen wollte.

Unserer Meinung nach haben die Verlobten bei ihrer Trauung das Wahlrecht, einen gemeinsamen Familiennamen zu wählen; damit wird die Gleichberechtigung im Grundsatz über die Eheschließung verwirklicht. Ferner wird mit der erwähnten Wahl des Familiennamens im Art. 16/1-g des Abkommens über die Verhinderung der jeglichen Diskriminierung der Frauen, die Frauendiskriminierung verhindert.

Wir sind der Meinung, dass mit der erwähnten Wahl des Familiennamens die Bestimmung von *“Frauen und Männer haben die gleichen Rechte. Der Staat ist dafür verantwortlich, diese Gleichheit in die Praxis umzusetzen”* im 2.Absatz des Art.10 im türkischen Verfassung, mit der Art.187 des TZGB in Einklang gebracht wird.

Desweiteren wird mit der Genehmigung der Wahlmöglichkeit der gemeinsamen Familiennamen im Art.187 des TZGB. das Prinzip des Art.41 des türkischen Verfassungsgesetzes der *“Familie besteht aus der Gleichberechtigung der Ehegatten”* in die Tat umgesetzt.

Die Möglichkeit zur Wahlmöglichkeit des gemeinsamen Familiennamens der Frauen und Verlobten bei der Trauung, ist bezüglich der Gleichberechtigung der Ehegatten unerlässlich auch

¹⁴⁶ Siehe *Sirmen*, 2000, 86; *Moroğlu*, 1999, 147; *Moroğlu*, 2004, 306 -307; *Moroğlu*, 2005, 1509; *Gören*, 1998, 103; *Özdamar*, 2002, 272; *Göztepe*, 1999, 129; *Demir*, 2004, 13.

hinsichtlich des vergleichendes Recht.

Das selbe Wahlmöglichkeit kommt auch im Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in Frage. Gemäss des deutschen Rechts kann der gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) aus den Geburtsnamen der Frau, den Geburtsname des Mannes, ferner den von Mann oder Frau zur Zeit der Ehenamensbestimmung geführte Name bestehen (§ 1355 / 2 BGB). Dieser Name kann auch aus einer früheren Ehe stammen¹⁴⁷.

Gemäss des Art.30/2 im ZGB im schweizerischen Recht müssen sich die Verlobten vor der Trauung an das Regierungsrat ihres Wohnsitzkantons zusammen wenden und den Familiennamen der Frau als gemeinsamen Familiennamen verlangen, indem sie achtenswerte Gründe darlegen¹⁴⁸.

Im Entwurf des Familiennamensrechts die in der Schweiz im Jahre 2001 abgelehnt¹⁴⁹ wurde, stehen, wie es auch im deutschen Recht der Fall ist, wichtige Bestimmungen bezüglich der Gleichberechtigung der Ehegatten. Gemäss der vorgesehenen Änderung des Art.160 im ZGB, hatten die Verlobten die Möglichkeit, gegenüber den Zivilstandsbeamten den Willen zu äussern, den bisherigen oder angestammten Namen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen zu führen¹⁵⁰. Bedauerlicherweise war es nicht möglich, dass dieser Entwurf vom schweizerischen Parlament angenommen wurde¹⁵¹. Die Bewilligung dieses Entwurfs in der Schweiz wäre unseres Erachtens für das türkische Recht und den türkischen Gesetzgeber von grosser Bedeutung, die das schweizerische Recht als Basis nehmen, und es würde in türkisches Recht den

¹⁴⁷ Siehe *Schwab*, 2006, 91, N.184.

¹⁴⁸ Siehe *Bräm*, 1998, Art.160, N.12 -19.

¹⁴⁹ Siehe *Sturm*, 2003, 525.

¹⁵⁰ Siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, Art. 160, N. 11 c.

¹⁵¹ *Bräm*, 1998, Art.160, Rn..6 C; *Sturm*, 2003, 525, näheres über diesen Entwurf, siehe Erläuterungen unter dem Titel "III / B / 1 und 2".

Verlobten vor der Trauung die Wahl eines gemeinsamen Familiennamen zu erleichtern.

B) Das Recht der Ehegatten auf die Führung der Familiennamen vor der Eheschließung in der Entwurfsvorlage und die Wirkung dieser Recht auf der Gleichberechtigung zwischen den Ehegatten

Unseres Erachtens wurde die Gleichberechtigung der Ehegatten durch den 1.Artikel der Entwurfsvorlage von großer Bedeutung ist, der besagt, dass *“verheiratete Frauen ihren vorherigen Familiennamen weiterbenutzen dürfen.”*, Somit ist allein der 1.Artikel der Entwurfsvorlage, der besagt, dass *verheiratete Frauen für den Gebrauch der vorherigen Familiennamen erlauben können*, zur Gleichberechtigung der Ehegatten bezüglich der gemeinsamen Familiennamen, nicht ausreichend. Deshalb ist es angebracht, den Ehegatten das Wahlmöglichkeit eines gemeinsamen Familiennamens zu geben. Möchten die Ehegatten jedoch keinen gemeinsamen Familiennamen, so müsste es gestattet werden, ihren vorherigen Familiennamen weiterzubeneutzen. Sonst sollten die Männer, die den Familiennamen ihrer Frau annehmen möchten-wenn sie auch die Minderheit ausmachen, rechtlich verhindert und zu allgemeinen Bestimmungen der Namensänderung (die Vorschrift des Art.27 des TZGB)¹⁵² gezwungen und isoliert werden¹⁵³.

Als Folge dessen ist herauszustellen, dass die Wahlmöglichkeit eines gemeinsamen Familiennamens unterstützt werden soll, wenn man natürlich das Recht auf die Weiterführung des

¹⁵² Art.27 des TZGB, betrifft die Namensänderung aus wichtigen Gründen. Die Bestimmung des Art.30 Abs.1 des ZGB, hat zwar parallelen mit Art.27 des TZGB, doch Art.30 Abs.2 des ZGB ist bezüglich des gemeinsamen Familiennamens eine wichtige Bestimmung und der wurde im TZGB nicht übernommen. Näheres über diese Bestimmung, siehe Erläuterungen unter dem Titel “III / A/ 1”.

¹⁵³ Dieselbe Meinung ist: *Moroğlu*, 2004, 307.

Familiennamens vor der Trauung im Rahmen des vergleichendes Rechts in Betracht zieht.

Als Beispiel dafür ist das BGB anzuführen; gemäss des Art. 1355 im BGB sind die Ehegatten verpflichtet, einen gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) zu wählen; jedoch ist es nicht obligatorisch. Falls sie sich für keinen Ehenamen entscheiden, können sie ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Namen auch nach der Eheschließung weiterführen (§ 1355 / I BGB)¹⁵⁴.

Im schweizerischen Entwurf für Familiennamensrecht, der nicht bewilligt worden ist¹⁵⁵, gibt es eine ähnliche Bestimmung. Die Bestimmung¹⁵⁶ des Art.160 im ZGB lautet:

“Die Brautleute erklären gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten, dass sie:

1.entweder den bisherigen oder angestammten Namen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen führen;

2.oder beide ihren bisherigen oder angestammten Namen weiterführen.

Wenn keine Erklärung abgegeben wird , behalten die Eheleute ihre bisherigen Namen.

Eheleute, die ihre bisherigen Namen beibehalten haben, können bei der Geburt oder der Adoption ihres ersten Kindes erklären, fortan den Namen der Frau oder des Mannes als gemeinsamen Familiennamen führen zu wollen. „

Wie man sieht, besteht das Prioritätsrecht für die Ehegatten sowohl im deutschen Zivilgesetzbuch (BGB) wie auch im schweizerischen Entwurf für Familiennamensrecht, die Wahl des

¹⁵⁴ Näheres über diese Bestimmung, siehe Erläuterungen unter dem Titel “IV / A”.

¹⁵⁵ Näheres über diesen Entwurf, siehe Erläuterungen unter dem Titel “III / B / 1 und 2”.

¹⁵⁶ *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, Art.160, Rn.11 c.

gemeinsamen Familiennamens zu bestimmen; aber wenn sie so eine Wahl nicht treffen möchten, wird ihnen die Möglichkeit geboten, ihren bisherigen Namen weiterzubehalten. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, wäre unseres Erachtens dieselbe Lösung für das türkische Recht sehr treffend.

C) Zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Bezug auf den Familiennamen der verheirateten Frauen im Ünal Tekeli gegen Türkei Prozess vom 16. November

Es ist an der allgemeinen Begründung des Entwurfs erkennbar, dass neben dem Wunsch der Beschaffung der Gleichberechtigung der Frau und des Mannes auch das Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bei der Ausstellung des Entwurfs mitwirkte.

Mit dem Urteil¹⁵⁷, welches Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte im Ünal Tekeli-Türkei Prozess am 16. November 2004 getroffen hat, wird der verheirateten Frau die Möglichkeit gegeben, ihren vorherigen Familiennamen (Mädchenamen) zu behalten. Ferner wird im Verlauf der Anpassung an die Vorschriften der europäischen Union sichtbar, dass dieses Urteil die Notwendigkeit der Änderung des Art 187 im TZGB und die Begründung der Regelung des 1.Artikels im Entwurfs aufweist. Aber wenn man nicht nur das Schlussteil dieses Urteils, sondern alle Begründungen im Urteil betrachtet, ist zu erkennen, dass Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte der Türkei das Recht der Führung der unterschiedlichen Nachnamen der Ehegatten (Weiterführung den bisherigen Nachnamen) nicht als einzige Möglichkeit bietet.

Es wird im selben Urteil deutlich gemacht, dass die Ehegatten über die Wahlmöglichkeit des gemeinsamen Familiennamens

¹⁵⁷ Für den vollständigen Text dieser Urteil siehe *Moroğlu*, 2005 b, 207- 223.

und zu gleich über die Möglichkeit der Zusammensetzung des Familiennamens bei der Ehegatten nämlich Doppelnamen verfügen, indem man die Gleichberechtigung zwischen den Ehegatten auch Doppelnamen als eine treffende gesetzliche Bestimmung ausgewertet kann. Kurz gesagt, der Inhalt des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bietet schrittweise die Möglichkeiten¹⁵⁸, gemeinsamen Familiennamen oder auch unterschiedlichen Nachnamen (Die Nachnamen vor der Trauung) zu wählen und wenn man sich für keine Möglichkeit entscheidet, können sie auch beide Nachnamen als Familiennamen zusammen benutzen.

Die Klägerin Ayten Ünal Tekeli hat verklagt, um ihren vorherigen Familiennamen (Mädchennamen) "Ünal" als den einzigen Familiennamen zu behalten. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte ist an den gestellten Antrag gebunden, da er nicht außer Antrag aussprechen kann¹⁵⁹. Da sie jedoch die rechtlichen Wege in der Türkei vollständig verbraucht hat, hat sie sich an Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gewendet. Wie gesagt, verfügt die Klägerin den Antrag über den Erhalt des vorherigen Familiennamens (Mädchennamen) "Ünal". Aus diesem Grunde fällt das Gericht zu Recht auf dieser Richtung Urteil. Im Grunde dürfte das Gericht bis auf den Antrag der Klägerin keinen Urteil fallen, es hätte entweder für oder gegen den Antrag der Klägerin entscheiden können. Hier entscheidet das Gericht für den Antrag der Klägerin. Aus diesem Grunde sind

¹⁵⁸ Der Vorsatz der schrittweisen Nutzung dieser Möglichkeiten bedeutet, dass die Ehegatten zunächst einen gemeinsamen Familiennamen wählen, falls sie sich für keinen Familiennamen entschieden haben, können sie unterschiedlichen Nachnamen (bisherigen Nachnamen) führen und wenn sie keine unterschiedlichen Nachnamen haben möchten, wird ihnen die Möglichkeit gegeben, einen Doppelnamen zu benutzen, der sich aus den Nachnamen der Ehegatten bildet.

¹⁵⁹ Näheres über den "*Prinzip Dispositionsmaxime*," (Tasarruf İlkesi) im türkischen Recht siehe *Kuru / Arslan / Yılmaz*, 2005, 399– 400. Näheres über den Begriff "*Bindung an die Parteianträge*," (Hâkimin Tarafkların Talebiyle Bağlı Olması) im türkisches Zivilprozessordnung (TZPO) Art. 74 siehe *Kuru / Arslan / Yılmaz*, 2005, 399 – 400, 537 – 539.

wir der Ansicht, dass es nicht zu bewilligen ist, dass sich das Urteil des Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor der Eheschließung nur auf den Mädchennamen (Geburtsnamen) der Klägerin beschränkt.

D) Durchführung der neuen Bestimmung im 1.Artikel der Entwurfsvorlage des Art.187 im TZGB

Ein weiterer relevanter Punkt ist, ob die neue Bestimmung im Artikel 1 der Entwurfsvorlage des Art.187 im TZGB praktisch durchzuführen ist. Unsere Auffassung nach ist die Anzahl der Frauen, die ihren Verlobten davon überzeugen, *“unterschiedlichen Nachnamen zu besitzen”*¹⁶⁰ in Anbetracht der gesellschaftlichen Bedingungen in der Türkei gering. Dieser Fall wird zugunsten des Mannes sein. In diesem Zustand wird es nur um eine Scheingleichwertigkeit der Ehegatten gehen; die Mehrzahl der türkischen Frauen wird es nie wagen, einen anderen Familiennamen als den Familiennamen des Mannes zu tragen. Sie werden davon ausgehen, dass die Eheschließung brechen könnte, wenn sie ihrem Verlobten so einen Vorschlag machen würden¹⁶¹. In der Tat ignoriert sie jedoch, dass ihr eigener Familienname ihre eigene Persönlichkeit widerspiegelt. Als Resultat ist solch ein unterschiedlicher Familienname, der mit dem Wahlrecht des gemeinsamen Familiennamens nicht unterstützt, de facto als Recht schwer durchführbar.

E) Die Wirkung der Änderung im 2.Artikel der Entwurfsvorlage des Art.321 im TZGB auf den Durchführung des Art 187 im TZGB

1) Im Hinblick auf psychologischen Zustand der Mutter

¹⁶⁰ In dieser Fall die Frau und der Mann können ihrer Nachnamen, den sie vor der Trauung haben, auch nach der Trauung weiterführen.

¹⁶¹ Diese Frauen denken , dass Familienname in der Ehe ein sekundäres Problem ist.

Ziehen wir einmal in Erwägung, dass die Frau ihren Verlobten davon überzeugt, ihren vorherigen Familiennamen weiterzubehalten. In Anbetracht der Änderung des 2. Artikel der Entwurfsvorlage und des Art.321 im TZGB sehen wir dass das eheliche Kind nicht den Namen der Familie aber nur den Nachnamen des Vaters bekommt. Wenn man die allgemeine Struktur der türkischen Gesellschaft betrachtet, wird es die Frau sicherlich nicht ertragen können, dass ihr Neugeborenes einen anderen Familiennamen besitzt. Weiterhin ist es möglich zu behaupten, dass der Wille, ihren eigenen Familiennamen zu behalten, vor der Eheschließung allmählich mit dem Druck des Muttergefühls zugrundegeht. Somit wird der Gedanke, den vorherigen Familiennamen zu behalten, mit der Eheschließung von vornherein zunichte gehen.

2) Zum Wohle des Kindes

Unter Berücksichtigung der Rechte der Ehegatten auf die Weiterführung der Nachnamen vor der Eheschließung im 1. Artikel der Entwurfsvorlage für den Familiennamen des Kindes ist es möglich, mehrere Mangel an Erhalt des Familiennamens aufzuweisen.

Gemäss des 2. Artikel der Entwurfsvorlage, welcher das Behalten des Nachnamens vor der Eheschließung einschliesst, muss eine Änderung zur Namensbestimmung des Kindes, so wie unseren Vorschlag und es im BGB (§ 1617 BGB) der Fall ist, eintreten. Durch solch eine Änderung müssen sich die Eltern mit der Geburt ihres Kindes innerhalb eines Monats für einen Familiennamen entscheiden; somit wird das Kind entweder mit der Mutter oder mit dem Vater denselben Namen besitzen. Im Falle einer Uneinigkeit zwischen Eltern schreitet das Familiengericht ein. Der Richter wird entweder die Mutter oder den Vater beauftragen, in einer bestimmten Zeit eine Wahl bezüglich des Familiennamens des Kindes zu treffen. Kommt es jedoch in

dieser Zeit zu keinem Entschluss, so entscheidet sich der Richter für den Namen des Beauftragten. In diesem Fall bekommt das Kind entweder den Nachnamen der Mutter oder den des Vaters. In beiden Fällen ist höchstwahrscheinlich damit zu rechnen, dass das Kind den Nachnamen des Vaters bekommt. In dem ersten Fall haben die Ehegatten ihre Entscheidung in dieser Hinsicht getroffen. In dem zweiten Fall jedoch hat der Richter des Familiengerichts, die Sache mit ihren ganzen Bestandteilen gewertet und eine richtige Wahl getroffen, wer der Beauftragte sein sollte. Unter Berücksichtigung dieser Begründungen lässt sich sagen, dass der Familienname von Kind und Mutter verschieden sein kann.

Falls im 2. Artikel der Entwurfsvorlage im Rahmen unseres Vorschlags eine Änderung des Kindesfamiliennamens durchgeführt wird, muss unser Volk aufgeklärt werden, dass unterschiedliche Möglichkeiten hinsichtlich der Wahl des Familiennamens existieren, und dass eine von diesen Möglichkeiten die Weiterführung des vorherigen Nachnamens der Ehegatten ist. Mit so einer Aufklärung wird der falsche Gedanke, dass das Kind aus einer unehelichen Verhältniss stammt, da es mit dem Familiennamen der Mutter und des Kindes nicht übereinstimmt, abgeschafft und es wird somit verhindert, dass sich das Kind im sozialen Leben abkapselt.

Es ist ein wichtiges Manko, dass unverzichtbares Verhältniss zwischen Mutter- und Kindesfamiliennamen im Art.321 des türkische Zivilgesetzbuches nicht gedacht wurde. Zwar macht die Bestimmung im 2. Artikel des Entwurfs "*Wenn es zum Wohle des Kindes ist, kann gerichtlich für den Familiennamen der Mutter entschieden werden*" anfangs einen Eindruck auf die beschränkte Regelung des Familiennamens des unehelichen Kindes, doch an der Begründung des betreffenden Artikel ist zu erkennen, dass damit auch die ehelichen Kinder miteinbezogen sind. Doch wie schon erwähnt, ist bei diesem Fall unserer Meinung nach geschaffen eine gezwungene Verhältniss zwischen Kindern- und

Mutterfamiliennamen.

Es dürfte jedoch zum Wohle des Kindes die Verhältniss zwischen Kindern- und Mutterfamiliennamen nicht unmittelbar durch die Vermittlung des Gerichts geschehen. Für uns ist diese Bestimmung für das Verhältniss Familiennamen des Kindes zum Familienname in der Ehe im Hinblick auf die Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann weit davon entfernt

Wenn im 1.Artikel des Entwurfsvorlage den Ehegatten die Wahlmöglichkeit eines gemeinsamen Familiennamens gewährleistet worden wäre, so könnte gemäss des 2.Artikel der Entwurfsvorlage der Nachname der Mutter zum Familiennamen des Kindes werden. Außerdem wäre der von den Eltern frei ausgewählte Familienname zum Wohle des Kindes.

Die demokratische Atmosphäre, die in der Familie herrscht, ermöglicht später dem Kind sich frei zu äussern und Selbstvertrauen zu haben. Ebenso wenn die Familiennamen von beiden Ehegatten als ein Doppelname der im 1.Artikel der Entwurfsvorlage als letzte Lösung gewährleistet worden wäre, so würde das Kind sowohl den Familiennamen der Mutter und als auch den Familiennamen des Vaters bekommen. Mit seiner Volljährigkeit hätte das Kind die Möglichkeit, sich für die Reihenfolge der Familiennamen zu entscheiden. Dies wäre ein Beweis dafür, wie wichtig es für die freien Entscheidungen des Kindes im Leben ist. Darüber hinaus wäre es für das Kind ein wichtiges Wahlrecht, wenn es sich bei der Trauung für einen der Doppelnamen entscheiden könnte. Diese ganzen Rechte, die das Kind erhält, wären für sein weiteres Leben hinsichtlich der Behütung seines Interesses ein sehr wichtige Faktor.

VIII) Unsere Vorschläge, wie eine Entwurfsvorlage sein sollte

A) Art.187 hinsichtlich des Familiennamens

Art.187-Der Familienname

Die Ehegatten stellen dem Standesbeamten einen schriftlichen Antrag, mit dem sie als gemeinsamen Familiennamen den Geburtsnamen der Frau oder den des Mannes wählen möchten, oder sie geben an den Zivilstandsamt eine öffentlich beglaubigte Erklärung ab. Ein Ehegatte, dessen Geburtsname nicht gemeinsamen Familiennamen wird, kann durch eine schriftliche Erklärung an den Standesbeamten oder später durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt seinen Geburtsnamen dem gemeinsamen Familiennamen voranstellen.

Möchten die Ehegatten ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Nachnamen auch nach der Eheschließung weiterbenutzen, so können sie diesen Wunsch bei der Trauung durch schriftliche Erklärung an den Standesbeamten oder später durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt bekanntgeben.

Die Ehegatten müssen das Recht, das sie gewählt haben, durch eine schriftliche Erklärung an den Standesbeamten oder später durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt bekanntgeben. Wenn die Ehegatten ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Nachnamen auch nach der Eheschließung nicht weiterbehalten möchten oder dass sie keinen gemeinsamen Familiennamen ausgewählt haben, wird durch die Verknüpfung der beiden Geburtsnamen von Ehegatten entstandene Doppelfamilienname zum gemeinsamen Familiennamen.

B) Art.321 hinsichtlich des Familiennamens des ehelichen Kindes

Art.321-Der Familienname des ehelichen Kindes

Das Kind bekommt, falls die Eltern verheiratet sind und sich für einen gemeinsamen Familiennamen entschieden haben, diesen gemeinsamen Familiennamen.

Wenn die Eltern ihren zur Zeit der Eheschließung geführten Nachnamen auch nach der Eheschließung weiterbenutzen möchten, müssen sie sich gleich nach der Geburt des Kindes für einen Familiennamen entscheiden. Und falls die Eltern sich innerhalb einen Monats seitdem Geburt des Kindes nicht entscheiden können, werden sie sich an die Richter des Familiengerichts wenden. Der Richter beauftragt entweder die Mutter oder den Vater, innerhalb einer bestimmten Zeit eine Entscheidung zu treffen. Im Falle, dass sich der Beauftragte innerhalb dieser vorgegebenen Zeit nicht entschieden hat, bekommt das Kind den Familiennamen des Beauftragten.

Falls die Eltern verheiratet sind und einen Doppelfamiliennamen besitzen bekommt das Kind diesen gemeinsamen Doppelfamiliennamen. Mit der Volljährigkeit hat das Kind die Möglichkeit, sich für die Reihenfolge des Familiennamens zu entscheiden und einen der beiden Familiennamen zu behalten. Wenn das Kind mit seiner Volljährigkeit keine Entscheidung für einen der Doppelfamiliennamen getroffen hat und weiterhin beide Familiennamen benutzt, so kann es sich bei seiner Trauung dafür entscheiden, auf welchen Familiennamen es verzichten möchte.

C) Art.321a im Bezug auf Familiennamens des unehelichen Kindes

Art.321a -Der Familienname des unehelichen Kindes

Wenn die Eltern des Kindes nicht verheiratet sind und der Vater das Kind nicht anerkannt oder er nicht durch Urteil über die

Vaterschaft zum Vater erklärt wurde, bekommt das Kind den Familiennamen der Mutter. Doch falls die Mutter von ihrer vorherigen Ehe einen Doppelnamen besitzt, bekommt das Kind den Geburtsnamen (Mädchennamen) der Mutter.

Das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und seines Vaters bei der Vaterschaftsanerkennung oder das Urteil über die Vaterschaft besteht, entscheiden sich die Eltern, wessen Familiennamen das Kind bekommt.

Wenn sich die unverheiratete Eltern über den Familiennamen des Kindes nicht einigen können, muss man der Nachnamen des Vaters zu dem Nachnamen des Mutters voranstellen. Mit seiner Volljährigkeit hat es nun die Möglichkeit, sich für die Reihenfolge der Familiennamen der Eltern zu entscheiden. Mit seiner Trauung kann es bestimmen, auf welchen Familiennamen es verzichten möchte.

Das Resultat

Unter der Berücksichtigung des Urteils der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 16. November im Prozess *Ünal Tekeli-Türkei* ist es als treffend zu betrachten, dass die verheirateten Frauen und ihre Ehegatte vorherigen Familiennamen im 1.Artikel der Entwurfsvorlage weiter benutzen (in der Angabe des Entwurfs, nur den Familiennamen vor der Ehe). Doch wäre es für uns angebrachter, wenn man den Ehegatten das Recht geben würde, einen von beiden Familiennamen als den gemeinsamen Familiennamen anzuwenden. Im Entwurf wurde zwar unsere Vorschläge und Regelungen im Hinblick darauf berücksichtigt, dass die Ehepaaren das Recht haben, einen gemeinsamen Familiennamen zu wählen, falls dies nicht möglich ist, ihren vorherigen Familiennamen weiterzubutzen, doch könnte man ebenfalls die Regelungen im BGB §1355 des deutschen Rechts und die

Bestimmung im Art.160 des ZGB¹⁶² im schweizerischen Familienrechtsentwurf als Beispiel anführen. Somit gäbe den Ehegatten das Recht, einen gemeinsamen Familiennamen zu wählen und man könnte zugleich für die Benutzung eines unterschiedlichen Familiennamens (bisherigen Familiennamen) plädieren, und so könnte auch der Grundsatz der Gleichberechtigung für die Ehegatten in der Ehe geschaffen sein.

Für uns wäre es stichhaltig, einen gemeinsamen Doppelfamiliennamen, die aus Familiennamen der beiden Ehegatten besteht, als eigentlicher Familienname anzunehmen und im Falle, dass sich die Ehegatten dem Standesamtbeamten nicht mitteilen, ihren Familiennamen vor der Eheschliessung zu behalten oder einen gemeinsamen Familiennamen zu wählen.

Unserer Meinung nach ist es auch nicht anzunehmen, dass Doppelfamiliennamen der Ehegatten von dem Gesetzgeber unter dem Vorwand abgelehnt wird, beim Einschreiben ins Zivilstandsamt grosse Schwierigkeiten zu bereiten. Mit der Annahme dieser Möglichkeiten von dem Gesetzgeber könnte der Grundsatz der Gleichberechtigung der Ehegatte in der Ehe verwirklicht werden.

Für uns wäre es angemessener, einen gemeinsamen Doppelfamiliennamen als die letzte Möglichkeit anzunehmen. Wenn die Ehegatten sich an den Standesbeamten nicht mitgeteilt haben, dass sie eine gemeinsame Familienname gewählt haben oder ihren Familiennamen vor der Eheschließung behalten habe, gilt diese Möglichkeit.

Es ist ein wichtiger Mangel, dass man die Familienname der Mutter bei der Bestimmung des Familiennamens des unehelichen Kindes im Art.321 des TZGB im 2.Artikel der Entwurfsvorlage nicht ausreichend berücksichtigt.

¹⁶² Siehe *Hausheer / Reusser / Geiser*, 1999, Rn.11 c; die Erläuterungen über den Titel "VII / B".

Betrachtet man die Begründung des 2.Artikel im Entwurf näher, wird es sichtbar, dass die Bestimmung *“Wenn es zum Wohle des Kindes ist, kann gesetzlich entschieden werden, dass das Kind den Familiennamen der Mutter bekommt”* nicht nur die unehelichen Kinder, sondern auch die ehelichen Kinder miteinbezieht. Doch ist diese Bestimmung, wie man schon erwähnte¹⁶³, für uns unzureichend; es ist auch unzutreffend, dass der Familiennamen der Mutter für das Kind vom jeweiligen Gericht entschieden wird. Für uns sollte das Kind ohne Gerichtsentscheidung den Familiennamen der Mutter bekommen.

Es wäre angemessener, in gleicher Weise bei der Bestimmung des Familiennamens des ehelichen Kindes auch die Möglichkeit für den Wahl des Ehegattens bezüglich des gemeinsamen Familiennamens oder den Doppelfamiliennamen der Ehegatten zu erwägen, da der Familienname der Mutter ausreichend berücksichtigt wird. Mit der Änderung des Entwurfs in dieser Art wäre es besonders für den gewählte gemeinsamen Familiennamen der Ehegatten gleichzeitig auch für den Familiennamen des Kindes von grosser Relevanz. Wenn man im Entwurf diese Möglichkeit in Betracht gezogen hätte, würde die Bestimmung so aussehen, *“das Kind bekommt, wenn die Eltern verheiratet sind und einen gemeinsamen Familiennamen gewählt, diesen gemeinsamen Familiennamen”*.

Ferner ist es bemerkenswert, dass der Begriff der “Familie” aus der Bestimmung des Art.321 im TZGB durch den Begriff des “Vaters” im 2.Artikel der Entwurfsvorlage ersetzt wurde. Die vorherige Bestimmung *“das Kind trägt, wenn Mutter und Vater verheiratet sind, den Namen der Familie, wenn diese nicht verheiratet sind, den Nachnamen der Mutter”*, wurde in *“das Kind trägt, wenn die Eltern verheiratet sind, den Nachnamen des Vaters”* umgeändert. Unserer Meinung nach hat der Gesetzgeber durch die Änderung der Entwurfsvorlage hinsichtlich

¹⁶³ Siehe Erläuterungen unter dem Titel “VII / E / 2”.

des Familiennamens der ehelichen Kinder eine Wahl zwischen den Eltern getroffen und hat sich für den Vater eingesetzt. Man kann weiterhin behaupten, dass sich der Gesetzgeber durch den Begriff "Familie" gestört fühlte, da er auch niemals die Wahl des gemeinsamen Familiennamens anerkennt. Unseres Erachtens wäre es angebrachter, wenn dieser Begriff in der jeweiligen Bestimmung beibehalten wäre, da er später vielleicht Regelungen bezüglich der unterschiedlichen Möglichkeiten der Familiennamen der Ehegatten erleichtern würde.

Für uns wurde keine richtige Beziehung des 1.Artikel der Entwurfsvorlage, die den Ehegatten das Recht gibt, ihren bisherigen Nachnamen nach der Eheschließung zu behalten, zu dem 2.Artikel, der die Familiennamen der Kinder regelt, aufgebaut. Unserer Ansicht nach müssen die Ehegatten über die Bestimmung des Familiennamens des Kindes gleiches Recht haben, wenn sie ihrer bisherigen Nachnamen auch nach der Eheschließung weiterführt. Deshalb muss der Gesetzgeber ihnen die Möglichkeit geben, sich entweder vor oder gleich nach der Geburt für einen Familiennamen des Kindes zu entscheiden. Unseres Erachtens wäre es angebrachter, wenn einer Uneinigkeit besteht, sollte das Modell des deutschen Rechts (§ 1617 BGB) als Beispiel angesehen werden, und man sollte das Familiengericht einschalten. Demnach würde der Richter zur Bestimmung des Familiennamens des Kindes einen von beiden Elternteilen beauftragen, sich in einer bestimmten Zeit für einen Familiennamen zu entscheiden. Im Falle, dass sich der Beauftragte innerhalb dieser vorgesehenen Zeit keinen Beschluss fasst, bekommt das Kind den Familiennamen des Beauftragten.

Unserer Auffassung nach wäre es angebrachter, wenn im 1.Artikel der Entwurfsvorlage den Ehegatten die Möglichkeit des gemeinsamen Doppelnamens gestattet wäre. In diesem Fall wäre es möglich und auch angebracht, dass das Kind den Doppelnamen der verheirateten Eltern im 2.Artikel der Entwurfsvorlage bekommen kann.

Ebenso könnte man in der Fortsetzung der Entwurfsvorlage die Möglichkeiten bieten, dass sich das Kind mit der Volljährigkeit für die Festsetzung der Reihenfolge der Nachnamen (Mutternachname und Vaternachname) entscheiden darf; so könnte auch bei seiner Trauung für ihn die Möglichkeit bestehen, auf welchen Familiennamen es verzichten möchte.

Ebenso sollte man auch die Bestimmung im 2. Artikel der Entwurfsvorlage auswerten, die im Art.321 des TZGB für die unehelichen Kinder vorgesehen wird. Diese Bestimmung impliziert, dass das uneheliche Kind, das vom Vater anerkannt oder die Abstammung durch das Urteil über die Vaterschaft bestätigt wird, den Familiennamen des Vaters bekommt. Unseres Erachtens entspricht diese Bestimmung nicht den Kriterien der Gleichberechtigung von Frau und Mann. Unserer Meinung nach wäre es besser, wenn die Wahlmöglichkeit der Eltern bei der Absprache bezüglich der Festsetzung des Familiennamens des Kindes anerkannt und von dem Gesetzgeber bei dieser Vorschrift vorgesehen könnten. Falls so eine Absprache unter den Eltern nicht möglich ist, sollte man bei der Bestimmung des Kindesfamiliennamen vor dem Nachnamen der Mutter den Nachnamen des Vaters voranstellen. Ebenfalls wäre es zulässig, wenn das Kind sich mit der Volljährigkeit für die Festsetzung der Reihenfolge seines Nachnamens (Nachnamen der Mutter und Nachname des Vaters) entscheiden könnte. In diesem Zusammenhang dürfte das Kind bei der Trauung über die Möglichkeit verfügen, auf welchen Namen es verzichten möchte.

Unseres Erachtens wollte man die folgende Bestimmung mildern, dass das uneheliche Kind bei der Entstehung der Abstammung mit der Anerkennung der Vaterschaft oder durch das Urteil über die Vaterschaft den Familiennamen des Vaters bekommt:

“Wenn es zum Wohle des Kindes ist, so wird es gerichtlich entschieden, den Familiennamen der Mutter bekommen”.

In der Begründung des Entwurfsvorlages 2. Artikel zum Ausdruck

gebracht, dass unter Berücksichtigung der Gleichberechtigung von Mann und Frau und der Berücksichtigung zugunsten des Kindes wurde Artikel 321 des TZGB eine Vorschrift angehängt. In diese Vorschrift es steht, dass durch Gerichtsbeschluss dem Kind zum Wohle des Kindes der Name der Mutter zugesprochen werden kann. Doch ist dieser Fall, wie wir bezüglich des Familiennamens des ehelichen Kindes hinsichtlich der gleichen Vorschrift oben erwähnt haben, braucht man eines Gerichtsurteil. Bei dieser Fall "zum Wohle des Kindes" ist ein wichtiges Kriterium, aber es ist schwierig der Inhalt dieses Kriterium zu bestimmen. Unserer Erachtens ist mit dieser Vorschrift die Mutter in den Hintergrund schiebt. Deswegen sind wir der Meinung, dass diese Vorschrift, das besagt, dass das uneheliche Kind bei der Entstehung der Abstammung mit der Anerkennung des Vaterschafts und durch das Urteil über die Vaterschaft nur den Familiennamen des Vaters bekommt und das Kind lediglich durch der Gerichtsurteil der Familienname der Mutter bekommt, hinsichtlich der Gleichberechtigung von Frau und Mann nicht zutreffend und zulässig ist.

BIBLIOGRAPHIE

- Abik**, Yıldız (2005): *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Acabey**, Mehmet Beşir (2002): *Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir.
- Akıntürk**, Turgut (2002): "Türk Medeni Kanununda Kadın-Erkek Eşitsizliği ve Giderilmesi", *Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın Sempozyumu*, (30.11 / 01.12.2001), Ankara, 189 -195.
- (2004): *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, 2.Cilt, 9.Bası, İstanbul.
- Baldus**, M. (1996): "Die Crux mit den Doppelnamen – Das neue Namensrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand", *Familie und Recht (FuR) 1996*, 3 – 10.

Baygın, Cem (2003): “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk / Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II*, İstanbul, 437 -461.

Bergerfurth, Bruno (1993): *Das Eherecht: Eingehen und Auflösen der Ehe, Güterstand, Schlüsselgewalt*, 10.neubearb.Aufl.- Freiburg i.Br. : Haufe.

Bergmann, Alexander/ Ferid, Murad : *Internationales Ehe – und Kindschaftsrecht, Gesetzessammlung*, 6.Aufl., Frankfurt am Main, 121.Lfg. (Stand: 30.6.1995).

Bergmann, Alexander/ Ferid, Murad / Henrich, Dieter (2000): *Internationales Ehe –und Kindschaftsrecht, Norwegen*, 140.Lfg. (Stand: 30.8.2000), Frankfurt am Main - Berlin: Verlag für Standesamtswesen.

----- (2001): *Internationales Ehe –und Kindschaftsrecht, Niederlande*, 144.Lfg. (Stand: 1.4.2001), Frankfurt am Main, Berlin: Verlag für Standesamtswesen.

----- (2002): *Internationales Ehe –und Kindschaftsrecht, Finnland*, 149.Lfg. (Stand: 1.7.2002), Frankfurt am Main - Berlin: Verlag für Standesamtswesen.

----- (2004 a): *Internationales Ehe –und Kindschaftsrecht, Dänemark*, 157.Lfg. (Stand: 31.10.2003), Frankfurt am Main - Berlin: Verlag für Standesamtswesen.

----- (2004 b): *Internationales Ehe –und Kindschaftsrecht, Schweden*, 158.Lfg. (Stand: 1.5.2004), Frankfurt am Main – Berlin: Verlag für Standesamtswesen.

Bilir, Faruk (2005): “2004 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)*, Haziran-Aralık 2005, Sayı: 1 -2, 239 -251.

Bornhofen (2005): “Das geänderte Recht zum Ehenamen und Lebenspartnerschaftsnamen”, *Das Standesamt (StAZ)* 2005, 226 – 231.

Bräm, Verena (1998): *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1 c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Zweite Lieferung Art. 160 - 162*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess.

Brudermüller, Gerd (2003): *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 62.Aufl. , München: Beck, §1355.

Burcuoğlu, Haluk /**Altop**, Atilla / **Ünan**, Samim (1983) : “Çağdaş Aile ve Sorunları”, *Manisa Barosu Dergisi (MBD)*, Kasım 1983, Y.3, S.7, 4 – 49.

Bühler, Roland (1996): *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I (Art.1-359 ZGB)*, (Herausgeber: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser), Basel und Frankfurt am Main : Helbing & Lichtenhahn, Art.160, 270.

----- (2002): *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, (Art.1-456 ZGB)*, (Heausgeber: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser), 2.Aufl., Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn, Art.30,160.

Coester, Michael (1994): “Das neue Familiennamensrechtsgesetz”, *FuR* 1994, 1 – 8.

Çağlar, F. İrem (2002): *Feminist Hukuk Teorisi “Eşitlik ve Farklılık Yaklaşımları Çerçevesinde”*, yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Danışman: Prof. Dr. Ülker Gürkan), Ankara.

Doğan, Murat (2003): “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, C.52, S.4, s.93 - 129.

Demir, Pınar Özlem (2004): *Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Diederichsen, Uwe (1994): “Die Neuordnung des Familiennamensrechts”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1994, 1089 -1097.

Dölle, Hans (1964): *Familienrecht (Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen)* , Bd.I, Karlsruhe : Verlag C.F. Müller.

Dural, Mustafa / **Öğüz**, Tufan (2002): *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Dural, Mustafa / **Öğüz**, Tufan / **Gümüş**, Alper (2005): *Türk*

- Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Emde**, Beatrix (1988): *Die Reform des internationalen Namensrechts, Der Familienname im internationalen Privatrecht der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz*, Pfaffenweiler: Centaurus –Verlagsgesellschaft.
- Gernhuber**, Joachim / **Coester -Waltjen**, Dagmar (1994): *Lehrbuch des Familienrechts*, 4.völlig neubearbeitete Aufl. , München: Beck.
- (2006): *Familienrecht*, 5.Aufl. , München: Beck.
- Giesen**, Dieter (1993) : “Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht”, *FuR* 1993, 65 -81.
- Gören**, Zafer (1998): *Türk-Alman İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi)*, 2.Bası, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir.
- Göztepe**, Ece (1999): “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)*, 54/2, (Nisan / Haziran), 102 -131.
- de Groot**, Gerard- René (1998): “Entwicklungen im niederländischen Familienrecht”, *StAZ* 1998 / 6, 165 – 174.
- Grossen**, Jacques – Michel (1957): *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchatel.
- Gressmann**, Michael (1998): *Neues Kindschaftsrecht*, Bielefeld: Giesecking.
- Häfliger**, Rolf (1996): *Die Namensänderung nach Art.30 ZGB*, Diss., Schulthess, Zürich.
- Hatemi**, Hüseyin / **Serozan**, Rona (1993): *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Hausheer**, Heinz / **Geiser**, Thomas / **Kobel**, Esther (2000): *Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern: Stämpfli.
- Hausheer**, Heinz / **Reusser**, Ruth / **Geiser**, Thomas (1988): *Kommentar zum Eherecht, Band I: Kommentar zu Art.159-180 ZGB, Art.8a und 8b SchlT, ZGB*, Bern: Stämpfli & Cie AG..
- (1999): *Berner Kommentar zu Art.159-180 ZGB, Band*

II: Das Familienrecht, 1.Abteilung: Das Ehe recht, 2.Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, 2.Aufl., Bern: Stämpfli.

Havutçu, Ayşe (1998) : “Türk Medeni Kanunu’nda Kadın Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları”, *İzmir Barosu Dergisi (İZBD)*, S.1, Ocak 1998, 7 -17.

Hegnauer, Cyril (1964): *Berner Kommentar, Band II: Familienrecht, 2.Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: Das eheliche Kindesverhältnis, (Art.252 –301 ZGB)*, Bern: Stämpfli.

----- (1990): “Zum Allianznamen der verheirateten Rechtsanwältin und Notarin”, *Zeitschrift für Zivilstandswesen (ZZW) 1990*, 100 – 102.

----- (1991): “Zum amtlichen Gebrauch des Alllianznamens”, *ZZW 1991*, 271 – 274.

----- (1997): *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2.Abteilung: Die Verwandtschaft, 2.Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1.Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art.270 – 275 ZGB (mit Supplement), Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art.276 – 295 ZGB*, Bern : Stämpfli.

Hegnauer, Cyril / Breitschmid, Peter (1993): *Grundriss des Ehe rechts*, 3.Aufl., Bern: Stämpfli.

----- (2000) : *Grundriss des Ehe rechts*, 4.Aufl. , Bern: Stämpfli.

Henrich, Dieter (1995) : *Familienrecht*, 5.neubearb.Aufl. , Berlin; New York: de Gruyter.

Hohloch, Gerhard (2002): *Familienrecht*, Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden: Boorberg..

Jauernig BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Berger, Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Volkommer, 9.Aufl. , München: Beck, 1999.

Kılıçoğlu, Ahmet M . (2004): *Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Knoepfler, François (1988): “İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler (Çev. Ahmet Özer)”, *Yargıtay Dergisi (YD) 1988*, C.

14, S. 1 -2, 116 – 133.

Koçhisarlıođlu, Cengiz (1988): «*Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliđi*», *AÜHFD 1988*, 251 – 279.

----- (1991) : “İsviçre’de Evlilik Birliđi Hukukundaki Son Gelişmeler”, *Jale G. Akipek’e Armađan*, Konya, 431 -452.

----- (2004): *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitabevi, Ankara.

Kuru, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder (2005): *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*, 16.Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara.

Lipp, Martin / **Wagenitz**, Thomas (1999): *Das neue Kindschaftsrecht: Kommentar*, Stuttgart: Kohlhammer.

Lüderitz, Alexander (1999): *Familienrecht, ein Studienbuch von Alexander Lüderitz*, 27.wesentlich überarb.Aufl. des von Günther Beitzke begr.Werkes- München: Beck.

Morođlu, Nazan (1999): *Kadının Soyadı*, Beta Yayınları, İstanbul.

----- (2003): *Kadının İnsan Hakları ve Ek İhtiyari Protokol*, 2. Bası, İstanbul..

----- (2004) : “Kadının Soyadı”, *Necla Arat’a Armađan*, Beta Yayınları, İstanbul, 281 -307.

----- (2005a): “Medeni Yasaya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri”, *İstanbul Barosu Dergisi (İBD)*, Cilt: 79, Sayı: 2005 / 5, (Eylül- Ekim), 1492 -1510.

----- (2005b) : *Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliđi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.

Näf -Hofmann, Marlies / **Näf -Hofmann**, Heinz (1998): *Schweizerisches Ehe -und Erbrecht: die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten: eine Einführung der Praktiker*, Zürich: Schulthess.

Niemeyer (1997): “Das Familiennamensrecht erneut Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung”, *FuR 1997*, 13 ff.

Nowak, Michael (1996): *Der Name der natürlichen Person, Der Ehe- und Familienname im deutschen und ausländischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des inländischen Kollisionsrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien: Lang.

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay, Saibe (2002): *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Öden, Merih (2003): *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Doktora Tezi, Yetkin Yayınevi, Ankara.

Özdamar, Demet (2002): *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski-Yeni Türk Medeni Kanunu Karşılaştırmalı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Öztan, Bilge (2001): *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*, 10.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

----- (2003): *Türk Medeni Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Turhan Kitabevi, 4.Bası, Ankara.

----- (2004): *Aile Hukuku*, 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Rumo –Jungo, Alexandra (2001): “*Das neue Namensrecht- ein Diskussionsbeitrag.*”, *Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW) 56 (2001) Nr.1-2, (Sonderausgabe)*, 167 –178.

Schlüter, Wilfried (1998): *BGB, Familienrecht*, 8.Aufl., Heidelberg: C.F.Müller Verlag.

Schwab, Dieter (2003): *Familienrecht*, 12.neubearb.Aufl., München: Beck.

----- (2006): *Familienrecht*, 14.Aufl. , München : Beck.

Schwenzer, Ingeborg (1991): “*Namensrecht im Überblick, (Entwicklung- Rechtsvergleich- Analyse)*”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1991*, 390 -397.

Serozan, Rona (2000): *Çocuk Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.

----- (2005): *Çocuk Hukuku*, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Sirmen, Lâle (2000): “*Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular*”, *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara, 82 - 90.

Stuber, Gerhard (2005): *Die Beurkundung von Namen im Standesamt, Familiennamen- Ehenamen- Vornamen*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg.

Sturm, Fritz (2000): “*Künftiges Schweizer Namensrecht*”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul XXXII* 25-45.

------(2003): “Weshalb die schweizer Namensrechtsreform scheiterte”, *Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2*, İstanbul, 517 –530.

Tuor, Peter / **Schnyder**, Bernhard / **Schmid**, Jörg / **Rumo-Jungo**, Alexandra (2002): *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, Basel, Genf.

Van Hoboken – De Erney, Monica (1984): *Familienname und Persönlichkeit, (Eine namensrechtliche Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung der Namensführung von Frau und Kind)*, Diss., Zürich.

Wacke, Andreas (2000): *Münchener Kommentar BGB*, 4.Aufl., §1355.

Wagenitz, Thomas (1994): “Grundlinien des neuen Familiennamensrechts”, *FamRZ 1994*, H.7, 409 -416.

----- (2005): “Über Schall, Rauch und andere Unwägbarkeiten”, *Festschrift (FS) Schwab*, 443 – 455.

Wagenitz, Thomas / **Bornhofen**, Heinrich (1994): *Famliennamensrechtsgesetz: FamNamRG; mit Materialien und ergänzenden Verwaltungsvorschriften; Kommentar*, Frankfurt am Main..

------(2005) : “Wahl und Qual im Namensrecht”, *FamRZ 2005*, 1425 – 1430.

Winkler, Miriam (2005): *Der Ehename bei Eheufhebung*, Diss., Würzburg: Ergon.

Zevkliler, Aydın / **Acabey**, Beşir / **Gökyayla**, K.Emre (2000): *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 6.Bası, Ankara.

AN APPRAISAL OF THE INTERNATIONAL ROAMING REGULATION

DR. HÜSEYİN ALTAŞ*

I. INTRODUCTION

During the early 90's, mobile communication was once thought of as a luxurious service for the privileged few. Bulky handsets and sky-high subscriber fees were the norm back then. As a result of increased competition in the market place and advancements in technology, it is now possible for the general public to have access to mobile communication at competitive rates with handsets that are smaller, smarter, and easier to transport. In conjunction with this trend, the cost of travel within Europe has also fallen¹. With discount airlines prevalent in Europe, it is possible to fly from one destination to another for a few Euros. Even though mobile communication and traveling within Europe are relatively inexpensive, many subscribers are deterred from using their mobile handsets while abroad, given the high cost of roaming². The price a roaming customer pays for a call in a foreign GSM network is substantially higher than one made in their home network³. The European Regulators Group has attributed the high cost of roaming to inflated wholesale and retail prices as well as the lack of transparency⁴.

* **Associate Professor of Ankara University Faculty of Law, Board Member of Türk Telekom, and Chief Legal Advisor on Legal and Regulatory Matters of Hukuk ve Araştırma Bürosu**

¹ Europa, *Traveling in Europe by Air*, at

http://europa.eu/abc/travel/index_en.htm (last visited July 07, 2007).

² see IP/06/1515, *I'd rather switch it off: High roaming charges are deterring Europeans from using their mobile phones abroad, says new EU survey*, Brussels, 07 November 2006.

³ EUROPEAN COMMISSION, SEC (2006) 925, Impact Assessment

⁴ see ERG (06) 44, International Roaming Transparency Report

On 29 June 2007, a regulation⁵ regarding roaming was published in the Official Journal of the European Union. The regulation focuses on curtailing high international roaming charges for voice calls imposed by mobile network operators on subscribers for traveling outside their home network within the Community. This article aims to appraise Regulation (EC) No. 717/2007 (hereinafter referred to as the 'Regulation')⁶. The first section will characterize 'roaming', followed by a brief review of the regulatory context. The fourth section will offer a comprehensive appraisal of the Regulation. The final section considers its potential effects.

II. ROAMING DEFINED

The GSM Association, which is an organization that represents over 700 mobile network operators, defines roaming "as the ability for a cellular customer to automatically make & receive voice calls, send & receive data, or access other services when traveling outside the geographical coverage area of the home network, by means of using a visited network⁷". This definition of roaming applies to both national and international roaming. National roaming occurs when a customer of a given operator ventures into another network within the same country not directly managed by the original service provider; for instance, a customer from X operator visiting a network that is managed by Y operator. This type of roaming occurs when an operator does not have a network with an extensive geographical coverage area and

⁵ A regulation is an act of the European Parliament that applies to all Member States and supersedes national laws. Regulations are to be distinguished from directives, which do not carry the same force. Directives must be incorporated into national law, while regulations are laws that apply to the whole Community and do not need to be incorporated into any specific national system.

⁶ Regulation (EC) No 717/2007 of The European Parliament and the Council of 27 June 2007 on roaming on public mobile telephone networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC.

⁷ GSM Association, *Roaming Defined*, at

<http://www.gsmworld.com/roaming/index.shtml> (last visited July 08, 2007).

needs to lease from another operator to provide access to their customers. International roaming, on the other hand, occurs when a subscriber travels abroad and uses their handset on a foreign network⁸. In order for a mobile operator to provide roaming services abroad, the operator must enter into bilateral agreements with foreign operators. Agreements detail the wholesale price that each operator would charge to manage roaming subscribers, called Inter-Operator Tariffs (IOTs), which are usually based on mutual commercial interests and have a degree of reciprocity. Documents like Standard Terms for International Roaming Agreement (STIRA) and GSM Memorandum of Understanding (MoU) exist to facilitate the process of negotiation.

Both home and visited network operators make substantial revenue from roaming. According to the European Commission, the European market for international roaming is valued at about €8.5 billion⁹. Operators frequently collude together to profit from one another's roaming customers by overpricing IOTs and marking-up retail charges levied on consumers¹⁰. In view of this oligopolistic practice, the European Commission undertook a sector inquiry concerning roaming charges in the late 90s¹¹.

⁸ GUNNAR HEINE, GSM NETWORKS: PROTOCOLS, TERMINOLOGY, AND IMPLEMENTATION (1999) (defining roaming).

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 4.

¹⁰ PATRICK S. RYAN, EUROPEAN COMPETITION LAW, JOINT DOMINANCE, AND THE WIRELESS OLIGOPOLY PROBLEM, 11 Colum. J. Eur. L. 355. (Dr. Ryan makes the point that there is an oligopoly in the mobile communication industry, which collectively harms consumers, especially in roaming charges.)

¹¹ The European Commission has the power to enforce EU Competition Law via the Directorate General for Competition (DG). The Commission may petition companies to supply information, conduct inspections, or raid corporate offices to investigate suspected competition violations of Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

III. REGULATORY CONTEXT

In 1999, the European Commission carried out a sector inquiry to investigate national and international roaming in the United Kingdom and Germany¹². The Commission found that mobile operators in these countries violated competition rules and abused their dominant position as defined by Article 82 of the EC Treaty¹³. The issue of roaming was further advanced in 2002, when roaming was identified as a market for analysis in the Framework Directive¹⁴. The Framework Directive, which is part of the 2002 Regulatory Framework for Electronic Communications¹⁵, requires National Regulatory Authorities (NRAs) to compile market information about roaming. Few NRAs have completed the required market analysis and the effort has largely been unsuccessful in reducing international roaming charges¹⁶.

¹² EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 4, at 11

¹³ *Id.*

¹⁴ Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive),

¹⁵ The 2002 Regulatory Framework outlines the general principles, objectives, and procedures of electronic communications and is comprised of five directives: Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorization of electronic communications networks and services (Authorization Directive), Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), and Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on Privacy and Electronic Communications).

¹⁶ Ewan Sutherland, *International Mobil Roaming*, C.T.L.R. 2006, 12(8), 269-270.

The European Commission has established that the Regulatory Framework cannot independently remedy the problem of high roaming charges given the cross-border nature of the activity and the fact that NRAs do not have the power to regulate markets of other Member States¹⁷. The Regulation at hand, attempts to correct this deficiency by introducing Community-wide price-caps on both IOTs and retail roaming charges.

IV. THE REGULATION

The Regulation is comprised of 39 paragraphs in the preamble that conveys the rational of the law, followed by 13 articles with substantive rules. Procedural aspects of the Regulation are referred to elements of the Regulatory Framework. The Regulation is a special law that deals with a particular problem, namely high international roaming charges. Therefore, it does not supersede the Regulatory Framework; it merely supplements it by mandating the level of IOTs and retail charges for international roaming within the Community.

Article 3 of the Regulation, in effect, restricts the freedom of contract between mobile operators when it comes to the negotiation of IOTs in agreements. Visited network operators are prohibited from charging other operators more than 0,30 cents per minute for regulated calls placed by roaming customers¹⁸. The 0,30 cents price-cap are inclusive of, *inter alia*, origination, transit, and termination fees. Operators are permitted to make a distinction between peak and off-peak roaming charges, but on condition that they are under the maximum wholesale price.

Article 4 of the Regulation deals with retail charges¹⁹. Service providers are barred from charging roaming customers more than

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 4

¹⁸ Article 3, paragraphs 2, dictates that wholesale roaming rates are to fall to 0,28 cents on August 2008 and to 0,26 cents on August 2009.

¹⁹ The Regulation defines retail caps for roaming as 'Eurotariffs'.

0,49 cents per minute for any call made and 0,24 cents per minute for any call received.²⁰ A roaming customer should expect to pay under €2,45 (plus VAT) to make and €1,20 (plus VAT) to receive a 5-minute call from anywhere within the Community. The retail price cannot be combined with a subscription, fixed, or reoccurring fee that would cause the total cost of a regulated call to be over the authorized price-cap per minute.

Roaming customers usually do not know exactly how much they are paying for a call while roaming until they discover the charges on their phone bill²¹. This ignorance encourages operators to voraciously set roaming tariff levels²². The Regulation addresses this problem by mandating transparency measures. Operators are required to automatically provide detailed information about applicable roaming charges when a roaming customer enters a visited network. The information should notify the customer about the total price of incoming and outgoing calls and provide a direct toll-free number to request more detailed information. Roaming customers will have the right to request information about the cost of voice calls, SMS, MMS, and other data services free of charge. Article 6, paragraph 3 of the Regulation states that service providers are obliged to inform new customers of applicable roaming charges when subscriptions are taken out. They are also required to give notice of any changes to roaming service plans.

²⁰ Retail prices do not include Value Added Tax (VAT). The cost will be further reduced to 0,46 cents for calls made and 0,22 cents for calls received on 30 August 2008 and 0,43 cents for calls made and 0,19 cents for calls received on 30 August 2009

²¹ EUROPEAN COMMISSION, EUROBAROMETER ON ROAMING (March 2007).

²² Ulrich Stumpf, International Roaming: A Way Forward, paper presented at IBC's 9th Annual Conference "Communications and EC Competition Law", Brussels, 14-15 October 2004 (unpublished discussion paper, on file with wik-Consult GmbH) (The author asserts that high roaming costs are not a result of price fixing, joint dominance, or single dominance, but of customer's ignorance about roaming tariffs and inability to manually switch visited network operators.)

Effective August 2007, current roaming customers have the opportunity to select the maximum retail price or any other roaming plan offered by the service provider. Any selection made by the customer should be activated within 1 month. If a customer does not make a selection within 2 months, then the mandated retail price will automatically apply. The Regulation requires service providers to remind customers who selected a roaming plan before 30 June 2007 of the terms and conditions of that plan. Roaming customers can request to switch to the mandated retail price at anytime.

Some operators offer roaming packages to minimize the impact of high roaming charges, but they are generally geared towards subscribers who have a long-term contract and have opted in packaged deals. Prepaid subscribers and subscribers who occasionally travel abroad without changing to any promotional roaming package, are usually ineligible for discounted roaming tariffs. The Regulation would protect all types of subscribers from unreasonable roaming charges by utilizing maximum retail prices as a safety net, even for those roaming customers who have not entered into prior arrangements with their respective operator.²³

NRAs are authorized to enforce the Regulation. According to Article 9, Member States have the power to establish rules that penalize mobile operators that do not comply with the obligations set out in the Regulation. Any assessed fines should be proportional and effective.

V. OBSERVATIONS

The Regulation is clearly aimed at providing an equitable level of consumer protection by incorporating a maximum retail price cap and transparency measures. Consumers will be protected from

²³ Kristian Dahlgren, *Regulation Of Roaming Services*, Helsinki University of Technology, available at <http://www.tml.tkk.fi/Opinnot/T-109.7510/2006/reports/Roaming.pdf> (last visited Aug. 01, 2007).

excessive roaming charges and given the opportunity to discover the actual cost of roaming *ex ante*. The Regulation allows for a reasonable margin between the wholesale cost and the retail price, which should enable service providers to earn sufficient revenue and offer innovative price plans.

The Regulation could face some difficulties in achieving the above objectives because it depends on Member States to enforce the Regulation. As it has been seen with the market analysis initiative in section 3 of this article, NRAs are not always the best institution to regulate activities that are supranational in nature. According to Mr. Ewan Sutherland, a prominent Telecommunications Policy Consultant, the Regulation could potentially be a repeat of other initiatives like Mobile Termination Rates (MTRs), mobile number portability, and local loop unbundling, which have had implementation problems at a national level²⁴. Mr. Sutherland accurately highlights the difficulties of implementing a transnational regulation in national systems that are under pressure of competing interests. The Regulation would require Member States to legislate rules to ensure compliance by establishing enforcement procedures and adjusting penalties, which will inevitably lead to diversity among Member States, but a constant that remains is the maximum price roaming customers can be charged²⁵. MTRs are based on cost orientation, which are left for NRAs to calculate. The Regulation is different from MTRs because wholesale and retail rates are explicitly detailed in articles 3 and 4. Consequently, the maximum price the customer pays for a regulated call is limited at the same level in all Member States, but the penalty that an operator might be subject to for not complying with the Regulation will differ according to the particular Member State.

The GSM Association estimates that operators could lose up to

²⁴ Ewan Sutherland, *supra* note 17.

²⁵ Diversity is inherent in regulations that give some degree of flexibility to national systems.

€4.3 billion in revenue²⁶. Operators might attempt to mitigate some lost revenue by re-balancing the cost of inner-network mobile services and handsets, which could cause an increased cost to consumers in networks where competition is weak. Any re-balancing of costs should be minor since operators are interested in maintaining customer loyalty. Another tactic an operator might utilize to compensate lost revenue is to increase the cost of roaming for subscribers from third countries. Consumers from outside the Community are not protected by the Regulation and might be subject to higher roaming charges than European subscribers. On the same token, operators from outside the Community can charge European subscribers premium rates for roaming in their networks. There is a reciprocal relationship between mobile operators, so the *status quo* should not change significantly in countries, which are major European tourist destinations. Any attempts an operator might take to recover lost revenue should be temporary. As more consumers become aware of lower roaming prices and start using roaming services regularly, some of the initial lost revenue will be recovered from increased roaming traffic. As the demand for roaming services gradually increases in the Community, operators should be able to increase revenue from roaming in the long run.

Operators should start offering roaming packages to customers in the near future, which might take the form of a single-rate, flat monthly fee, or bundled minutes. Most of these packages should offer a better deal than the mandated retail price. The mandated price is not a fixed roaming rate; it is a price ceiling, so operators are encouraged to offer competitive rates. Roaming customers should shop around and make an informed choice when selecting a service provider.

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 4.

VI. CONCLUSION

Mobile communication has come a long way and continues to evolve as technology advances. International mobile roaming is a positive activity that promotes prosperity in the Community, but it has been subject to abuse by mobile operators. The Regulation will put an end to unjustifiably high roaming prices and offer a good level of consumer protection for European subscribers. The Commission plans to meet before 30 December 2008 to review the progress of the Regulation and its impact on the European Internal Market. Depending on the results, the Commission might petition the European Parliament and the Council to extend the Regulation time or amend the Regulation to include data services. The Regulation is set to expire 30 June 2010.

**DUE PROCESS PROTECTIONS AFFORDED BY THE
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT***

DR. M. YASIN ASLAN*

SYNOPSIS

All persons are entitled to certain basic human rights, including the right to a fair trial. This right must be applied no matter under what authority the individual is being held under or what status he is given. The right to a fair trial cannot be curbed because of the individual's status. His or her entitlement to certain fundamental rights must be automatic. When viewed as a whole, the International Criminal Court procedures meet the current standards of international criminal law. This article argues that the procedural protections afforded by the Rome Statute may be appropriately characterized as the paradigm for current international law standards.

Table of Contents

I. Introduction	112
II. The Rome Statute	113
III. Due Process Protections Offered By the International Criminal Court	115
1. Overview of the Protections Afforded	117
2. Presumption of Innocence	117
3. Burden of Proof	117
4. Standard of Proof	118
5. Public Hearing	118
6. Fair and Impartial Hearing	122
7. To Be Promptly Informed of the Charges In a Language the Accused Fully Understands and Speaks	122
8. Adequate Time and Facilities to Prepare a Defense	123
9. Counsel of the Accused's Own Choosing	124
10. Communicate Freely with Counsel	124
11. Trial Without Undue Delay	125

*** The article reflects the views of the author alone and not necessarily those of the Chief of the Turkish General Staff.**

*** Major, Judge Advocate (Ph.D.), International Law Advisor, Legal Department, the Chief of the Turkish General Staff.**

12. Right to Be Present at Trial	125
13. Right to Conduct Defense in Person or Through Counsel	126
14. Right to Legal Assistance or to Have It Appointed	126
15. Right to Examine Witnesses and Obtain Witnesses	127
16. Right to Raise Defenses and Present Evidence	127
17. Right to Interpreter and Translations	127
18. Right Not to Testify	128
19. Right to Make Unsworn Oral or Written Statement	129
20. Burden of Proof Cannot Be Reversed	129
21. Disclosure of Evidence That Exculpates or Mitigates Guilt	130
IV. Conclusion	130

I. Introduction

From Versailles to Rwanda, and now to the Treaty of Rome, many have arduously labored for the establishment of a system of international criminal justice.¹ On July 17, 1998, the International Criminal Court (ICC) was established through the Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute).²

This article argues that, despite the objections to certain portions,³ the Rome Statute should be the accepted paradigm for current

¹ M. Cherif Bassiouni, *Symposium: Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*, 32 CORNELL INT'L L.J. 443, 469 (1999).

² Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, July 17, 1998, UN Doc. A/CONF.183/9, 37 I.L.M. 999 (1998), available at <http://www.un.org/law/icc/index.html> [hereinafter Rome Statute].

³ For instance, the United States objects, *inter alia*, to the following provisions of the Rome Statute: Article 13 (providing for jurisdiction over non-party nationals); Article 14 (potentially allowing for politicized prosecutions); Article 15 (providing potentially unchecked discretion to the prosecutor); Articles 5 and 9 (allowing the ICC to define and subsequently prosecute the crime of aggression); and Articles 62-76 (concerning due process protections provided to an accused). JENNIFER ELSEA, CONG. RESEARCH SERV., REPORT FOR CONGRESS RL 31495, U.S. POLICY REGARDING THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 3-7 (2002), available at <http://fpc.state.gov/documents/organization/13389.pdf>.

international criminal justice standards.⁴ This article concludes that the procedural protections provided by the International Criminal Court meet the appropriate standards under international law.

II. The Rome Statute

The Rome Statute is the appropriate paradigm of current international criminal law standards. Depending on how a conflict develops, the ICC is an international tribunal before which those will be brought who violate the laws of war and humanitarian law. Everyone must now be presumed to know the contents of the most basic provisions of international criminal law; the defense that the suspects were not aware of the law will not be permissible.⁵

As of April 24, 2007, 139 states, an overwhelming majority of the 191 member states of the United Nations,⁶ have become signatories to the Rome Statute.⁷ Ninety-seven states, slightly over one half of the United Nations member states, have become

⁴ "Impunity must no longer be the reward of those who commit the most egregious international crimes and violations of human rights." Bassiouni, *supra* note 1, at 461.

⁵ Hans Corell, United Nations Under-Secretary-General for Legal Affairs, United Nations, Rome Statute of the International Criminal Court, *Overview*, at <http://www.un.org/law/icc/general/overview.htm> (last visited March 28, 2007).

⁶ United Nations, Member States of the United Nations, *List of Member States*, at <http://www.un.org/Overview/unmember.html> (last updated March 28, 2007) (listing member states of the United Nations and dates of admission).

⁷ The United States and Israel have informed United Nations Secretary-General Annan of their intent not to ratify the statute. United Nations, *Rome Statute of the International Criminal Court, Ratification Status of the Rome Statute (Treaty database)*, at <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVI/II/treaty10.asp> (last updated May 19, 2007) (listing annotated signature and ratification status of state participants to the Rome Statute).

parties to the Statute.⁸

The codification and adoption of the Rome Statute is seen by many as the culminating event in the establishment of those fundamental rights properly afforded to all peoples of the world.⁹ In light of the number of countries and other organizations that actively participated throughout the process of drafting and approving the Rome Statute, it can be argued that it embodies current standards for international criminal law.¹⁰ Indeed, some commentators believe parts of the Statute codify existing customary international law.¹¹

It was generally understood that the Rome Statute was not to create new substantive law. International humanitarian law has developed faster since the beginning of the atrocities in the Former Yugoslavia than in the four-and-a half decades since the Nuremberg Tribunal and the adoption of the Geneva Conventions. This was true for the development of the substantive rules as well as for the individual criminal responsibility related to those rules. In particular the latter aspect was much in development, in the light of the Statute for the Rwanda Tribunal, in which reference was made to common Article 3 of the Geneva Conventions and also in the light of the case law of the ICTY.¹²

⁸ International Criminal Court, Assembly of States Parties, *The States Parties to the Rome Statute*, at <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html#U> (last updated March 28, 2007) (listing states parties to the Rome Statute).

⁹ Bassiouni, *supra* note 1, at 468.

¹⁰ HANS KÖCHLER, GLOBAL JUSTICE OR GLOBAL REVENGE? INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE AT THE CROSSROADS 349 (2003) (citation omitted).

¹¹ Theodor Meron, *Introductory Remarks*, in THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, A CHALLENGE TO IMPUNITY 65-66 (Mauro Politi & Giuseppe Nesi, eds., 2001) (stating that the fair trial rights found in the Rome Statute may be seen to reflect “a truly international convergence”).

¹² Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age*, 92 AMER. J. INT’L. L. 462, 463 (1998).

III. Due Process Protections Offered By the International Criminal Court

1. Overview of the Protections Afforded

Article 66 of the Rome Statute provides the following due process protections to an accused appearing before the ICC: the right to be presumed innocent until proved guilty; to place the onus on the prosecutor to prove the accused's guilt; and to be proved guilty beyond a reasonable doubt before conviction.¹³ Article 67 of the Rome Statute provides the following due process protections: the right to a fair, public, and impartial hearing; to be informed, in a prompt and detailed manner, and in a language which the accused fully understands and speaks, of the nature, cause, and content of the charges against him; to have adequate time and resources to prepare the defense; to communicate freely and confidentially with counsel of the accused's choosing; to be tried without undue delay; to be present at the trial; to present the accused's defense in person or through legal counsel of the accused's choosing; to have legal assistance assigned by the court if the accused cannot pay for it; to examine witnesses against the accused; to request and examine witnesses on the accused's behalf; to raise defenses and present evidence; to have, free of cost, the assistance of a competent interpreter and translations of proceedings or documents; to have the right not to testify or to confess guilt; to remain silent, with no inferences drawn therefrom; to make an unsworn oral or written statement; to place the burden of proof on the prosecutor, which burden shall never shift; to be free of any onus of rebuttal; and to be entitled to disclosure of any evidence, as soon as practicable, in the prosecutor's possession or control, that shows or tends to show the innocence of the accused, that mitigates the guilt of the

¹³ Rome Statute, *supra* note 2, art. 66.

accused, or that could affect the credibility of the prosecution evidence.¹⁴

Article 20(3)(b) of the Rome Statute states that no person shall be tried before the ICC if that person was already tried by another court with respect to the same conduct, “unless the proceedings in the other court . . . were not conducted . . . in accordance with the norms of due process recognized by international law.”¹⁵ This provision of the Statute clearly equates a trial before the ICC with a trial conducted pursuant to current, accepted procedural standards of international law.

Further, Article 21 of the Rome Statute, addressing the precedence with which the ICC will apply the various bodies of law available to it, provides that it will apply, after the Rome Statute itself and applicable treaties and rules of international law, “the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute *and with international law and internationally recognized norms and standards.*”¹⁶ Paragraph (3) of the same Article states, “The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights . . .”¹⁷ The references and provisions contained in the Rome Statute, when considered with the number of countries that participated in the Rome Conference, the number of states that signed the Statute, the number of states that became parties to it, and the overall intent in drafting and enacting a statute that creates a permanent international criminal tribunal, demonstrate that the Rome Statute is the paradigm of today’s

¹⁴ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67.

¹⁵ Rome Statute, *supra* note 2, art. 20(3).

¹⁶ Rome Statute, *supra* note 2, art. 21(1)(c) (emphasis added).

¹⁷ Rome Statute, *supra* note 2, art. 21(3).

international criminal law standards.¹⁸

2. Presumption of Innocence

The ICC procedural rules presume an accused is innocent until proven guilty.¹⁹ There are no substantial differences in the wording or application of this protection, which is considered a fundamental human right. Various treaties and international agreements require it,²⁰ including the Universal Declaration of Human Rights, which provides, “Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law . . .”²¹

3. Burden of Proof

Article 66(2) of the Rome Statute states the “onus is on the Prosecutor to prove the guilt of the accused.”²² This right, which is seen as the necessary result of the right to presumption of innocence, is also considered a fundamental part of human rights law.²³

¹⁸ Rome Statute, *supra* note 2, arts. 20, 21.

¹⁹ Rome Statute, *supra* note 2, art. 66(1).

²⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, *opened for signature* Dec. 19, 1966, art. 14(2), 999 U.N.T.S. 171 [hereinafter ICCPR]; Universal Declaration of Human Rights, *adopted* Dec. 10, 1948, art. 11(1), G.A. Res. 217 A (III), U.N. GAOR, 3d Sess., Supp. No. 13, U.N. Doc A/810 (1948) [hereinafter UDHR]; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11, *entered into force* Nov. 1, 1998, art. 6(2), 213 U.N.T.S. 221 (1950). The presumption of innocence is an integral part of a criminal defendant’s right to a fair trial.

²¹ UDHR, *supra* note 20, art. 11(1).

²² Rome Statute, *supra* note 2, art. 66(2).

²³ Salvatore Zappala, *The Rights of the Accused, in* THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY, VOL. II 1344 (Antonio Cassese et al eds., 2002) (arguing that although the rules of the ad hoc tribunals do not explicitly place the onus on the prosecution, it is logical to assume that the “most

4. Standard of Proof

While not a universal standard or part of customary international criminal law, proof “beyond a reasonable doubt” is the most commonly accepted standard for criminal trials and is the standard used by the ad hoc tribunals.²⁴ The ICC procedures require that an accused be proven guilty beyond a reasonable doubt before he may be convicted.²⁵

5. Public Hearing

Article 67 (1) of the Rome Statute states the accused “shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute . . . ”²⁶ Pertinent provisions of the Rome Statute include Articles 64(3)(c), addressing the disclosure of documents or information; 64(6)(c), conferring on the Trial Chamber the ability to provide for the protection of confidential information; 64(7), providing that the Trial Chamber may determine that special circumstances require closure of the trial; 68(2), allowing the Chambers of the Court to conduct any part of the proceedings *in camera* to protect victims or an accused; 68(5), allowing the prosecutor to submit a summary of evidence or information in cases where its disclosure may lead to the grave endangerment of the security of the witness or the witness’s family; 68(6),

relevant effect of the presumption of innocence is to impose on the prosecution the duty to prove the guilt of the accused”.

²⁴ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991, Rules of Procedure, Rule 87(A), UN Doc. S/25704, annex (1993), *reprinted in* 32 ILM 1192 (1993) [hereinafter ICTY Rules of Procedure]; Statute of the International Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure, Rule 87(A), S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., Annex, U.N. Doc. S/RES/955 (1994) [hereinafter ICTR Rules of Procedure].

²⁵ Rome Statute, *supra* note 2, art. 66(3).

²⁶ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1).

providing that a state may request that certain measures be taken in order to protect its servants or agents and confidential or sensitive information; and 72, providing for the protection of national security information by a state when disclosure would prejudice its national security interests.²⁷

Essentially, hearings before the ICC may be closed or curtailed in some manner by the Prosecutor, Chambers of the Court,²⁸ or Trial Chamber²⁹ in response to concerns over victims or witnesses; confidential or sensitive information; or national security information. A state may request that disclosure of certain information be considered a risk to its national security. The procedures for accomplishing this are found primarily in Articles 72 and 87 of the Rome Statute.³⁰

If, after exhausting the provisions for state cooperation with the court, no compromise or alternative can be reached, the court has the option of referring the matter to the Assembly of States Parties³¹ or, if the Security Council referred the matter to the court, to the Security Council.³² It also has the power to “make such inference in the trial of the accused as to the existence or non-existence of a fact, as may be appropriate in the circumstances.”³³

²⁷ Rome Statute, *supra* note 2, arts. 64(3)(c), 64(6)(c), 64(7), 68(2), 68(5), 68(6), 72.

²⁸ The Chambers of the Court consist of all judges assigned to the court, including the Appeals Division, Pre-Trial Division, and Trial Division. Rome Statute, *supra* note 2, arts. 34, 39(2).

²⁹ The Trial Chamber consists of three judges from the Trial Division, which consists of not less than six judges. Rome Statute, *supra* note 2, arts. 34, 39.

³⁰ Rome Statute, *supra* note 2, arts. 72, 87.

³¹ The Assembly of States Parties is comprised of one representative from each party to the Rome Statute. Rome Statute, *supra* note 2, art. 112.

³² Rome Statute, *supra* note 2, arts. 72, 87.

³³ Rome Statute, *supra* note 2, art. 72(7).

The broad discretion granted to the court by the Rome Statute curtails the right to a public trial, however, the discretion given is expected to be exercised responsibly and does not render the right toothless. Rather, the discretion conferred is viewed as a necessary measure to ensure the administration of justice for all parties. In exercising its discretion to close part of the proceedings against an accused or to provide certain information in summary format, the intent is not to abrogate the accused's right to a fair trial; rather, it is to take into account all circumstances and find the most appropriate course of action in the interests of justice.³⁴

Indeed, while public trials are clearly preferred and this principle is incorporated into the major human rights treaties,³⁵ no absolute, unqualified right to a public trial exists under the rule of international law. Article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) states that in the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The Press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any

³⁴ Frank Terrier, *The Procedure Before the Trial Chamber, in THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY, VOL. II 1281* (Antonio Cassese et al eds., 2002) (arguing that the ad hoc tribunals must be given the discretion to determine when to lessen the principle of a public hearing in order to safeguard both those interests that require protection and the fairness of the trial itself).

³⁵ UDHR, *supra* note 20, art. 10; ICCPR, *supra* note 20, art. 14(1); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11, *supra* note 20, art. 6(1).

judgment rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public.³⁶

In apparent contrast, the Universal Declaration of Human Rights provides, “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.”³⁷ While this language appears to guarantee a public trial, commentators have agreed that the right to a completely public trial is not absolute under international law.³⁸ Indeed, the ICCPR, which clearly does not confer an absolute right to a public trial, contemplated the provisions of the Universal Declaration of Human Rights by referencing and recognizing it in its Preamble.³⁹ As of November 24, 2006, 67 states have signed the ICCPR and 154 have become parties to it, including Turkey.⁴⁰ Finally, the statutes of the International

36 ICCPR, *supra* note 20, art. 40(1).

37 UDHR, *supra* note 20, art. 10.

38 Zappala, *supra* note 23, at 1333.

39 ICCPR, *supra* note 20, pmb. The UDHR, while an aspirational document, is viewed as the most widely accepted human rights document in existence. “Although the Declaration, which comprises a broad range of rights, is not a legally binding document, it has inspired more than 60 human rights instruments which together constitute an international standard of human rights. These instruments include the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which are legally binding treaties. Together with the Universal Declaration, they constitute the International Bill of Rights.” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The Universal Declaration of Human Rights: A Magna Carta for All Humanity, United Nations Department of Public Information, DPI/1937/A (Dec. 1997) *available at* <http://www.unhcr.ch/udhr/miscinfo/carta.htm>.

40 Turkey became a party to the ICCPR on August 15, 2000. However, it made various Reservations, Understandings, and Declarations that tend to lessen its obligations pursuant to the provisions of the treaty. For the full text of all Reservations, Understandings, and Declarations, see United Nations High Commissioner for Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Declarations and Reservations, *available at* http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_1.htm.

Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) contain very similar language and exceptions to the principle that an accused should be provided a public hearing.⁴¹

6. Fair and Impartial Hearing

The right to a fair and impartial hearing can be considered part of customary international law in view of the treaties and documents that guarantee it. The Universal Declaration of Human Rights states that “[e]veryone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.”⁴² The ICCPR provides that all persons shall be entitled to “a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.”⁴³ Article 67 of the Rome Statute offers the accused a “fair hearing conducted impartially.”⁴⁴

7. To Be Promptly Informed of the Charges In a Language the Accused Fully Understands and Speaks

Article 67(1)(a) of the Rome Statute requires that the accused be informed “promptly and in detail of the nature, cause, and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks.”⁴⁵ The principle of being informed of the charges

⁴¹ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991, art. 20(4), UN Doc. S/25704, annex (1993), *reprinted in* 32 ILM 1192 (1993) [hereinafter ICTY Statute]; Statute of the International Tribunal for Rwanda, art. 20(2), S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., Annex, U.N. Doc. S/RES/955 (1994) [hereinafter ICTR Statute].

⁴² UDHR, *supra* note 20, art. 10.

⁴³ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(1).

⁴⁴ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1).

⁴⁵ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(a).

promptly and in a language the accused understands is well founded in international law. The Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (GPW) states, “Particulars of the charge or charges on which the prisoner of war is to be arraigned . . . shall be communicated to the accused prisoner of war in a language which he understands, and in good time before the opening of the trial.”⁴⁶ The ICCPR provides that an accused shall “be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him.”⁴⁷ Further, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11 provides that each person has a right to “be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him.”⁴⁸

The Rome Statute states that the accused *will be* informed of the charges in a language he “*fully* understands and *speaks*.”⁴⁹ The language in the Rome Statute provides more protection to an accused than previously given under international law, as evidenced by the treaties referenced in the preceding paragraph.

8. Adequate Time and Facilities to Prepare a Defense

Article 67(1)(b) of the Rome Statute guarantees the accused “adequate time and facilities for the preparation of the defence.”⁵⁰ This language mirrors that found in Article 14 of the ICCPR.⁵¹

⁴⁶ Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, art. 105, 6 U.S.T. 3316, T.I.A.S. 3364.

⁴⁷ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(a).

⁴⁸ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11, *supra* note 20, art. 6(3)(a).

⁴⁹ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(a) (emphasis added).

⁵⁰ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(b).

⁵¹ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(b).

9. Counsel of the Accused's Own Choosing

The Rome Statute provides that an accused may retain defense counsel of his own choosing,⁵² which reflects the language found in the ICCPR.⁵³

10. Communicate Freely with Counsel

This protection goes hand in hand with the previous one, to have counsel of the accused's own choosing. Article 67(1)(b) of the Rome Statute confers on the accused the right to communicate freely with counsel in confidence.⁵⁴ This right is recognized under international law, though the Rome Statute confers broader protection in this area than the previously recognized norm. As recognized by Article 14 of the ICCPR, an accused is entitled simply "to communicate with counsel . . ." ⁵⁵ Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War provides that an accused's counsel "may, in particular, freely visit the accused and interview him in private."⁵⁶

The Rome Statute provides for free communication in confidence.⁵⁷ The tensions inherent in trials attempting to balance national security interests with an accused's fundamental right to a fair trial are not new. The International Court of Justice (ICJ),⁵⁸

⁵² Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(b).

⁵³ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(b).

⁵⁴ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(b).

⁵⁵ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(b).

⁵⁶ GPW, *supra* note 46, art. 105.

⁵⁷ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(b).

⁵⁸ Peter Malanczuk, *Protection of National Security Interests, in THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY*, VOL. II 1373 (Antonio Cassese et al eds., 2002) (citing to the Corfu Channel case, ICJ Reports (1949) 32, and noting that the United Kingdom refused to produce naval documents requested by the ICJ. The ICJ noted the refusal and continued with the proceedings).

the Inter-American Court of Human Rights,⁵⁹ and ad hoc tribunals have dealt with these issues. A basic tenet of a fair trial is to be able to communicate with counsel candidly and in confidence.

11. Trial Without Undue Delay

Article 67(1)(c) of the Rome Statute guarantees the accused the right to be “tried without undue delay.”⁶⁰ This language mirrors that found in Article 14 of the ICCPR.⁶¹ The Draft Statute of the ICC stated the accused had the right “to be tried without [undue] [unreasonable] delay and to enjoy a speedy trial.”⁶² The fact that the language ultimately adopted rested solely with the former phrase (“to be tried without undue delay”) and excluded the latter (referencing a speedy trial) indicates the aim is to ensure the accused *proceeds* to trial without undue delay.

12. Right to Be Present at Trial

Article 67(1)(d) of the Rome Statute provides the accused the right to be present at trial, subject to Article 63 of the Statute.⁶³ Article 63 provides that the accused shall be present during the trial unless he disrupts the trial, at which point the Trial Chamber has the discretion to remove him and make provisions for him to observe the trial proceedings from elsewhere. It includes the caveat that “[s]uch measures shall be taken only in exceptional

⁵⁹ *Id.* (citing the Godinez Cruz case, Judgment of 20 January 1989, Inter-American Court of Human Rights, Series C. no. 5, 96-97, and noting that the Court “ordered Honduras to produce documentary evidence concerning the organization and structure of its Armed Forces and to allow the testimony of two members of its Armed Forces”).

⁶⁰ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(c).

⁶¹ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(c).

⁶² Draft Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), art. 67(1).

⁶³ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(d).

circumstances after other reasonable alternatives have proved inadequate, and only for such duration as is strictly required.”⁶⁴ The ICCPR provides that an accused has the right to be tried in his presence.⁶⁵

The ICC procedures allow an accused to be removed from the courtroom for misconduct or during the presentation of certain evidence in order to protect the evidence itself, victims or witnesses, or national security interests. They also allow for the modification or summarization of evidence and *ex parte* proceedings to protect the same interests, as discussed above. Assuming the decision-making authority for the tribunal is exercising proper discretion, the protections provided by the ICC are substantially effective.

13. Right to Conduct Defense in Person or Through Counsel

The Rome Statute confers upon the accused the right to “conduct the defence in person or through legal assistance of the accused’s choosing.”⁶⁶ This language reflects that found in Article 14 of the ICCPR. The principle of pro se representation is well grounded in international law.

14. Right to Legal Assistance or To Have It Appointed

If an accused appearing before the ICC does not obtain legal representation of his own, the Rome Statute provides that he will

⁶⁴ Rome Statute, *supra* note 2, art. 63(2).

⁶⁵ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(d). *See* Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3, art. 75(4)(e). Turkey is not a signatory to this Protocol.

⁶⁶ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(d).

be informed he has the right to such assistance and that the Court will provide him legal assistance in any case where the interests of justice require and without payment if he lacks sufficient means to pay for it.⁶⁷ This language closely parallels that found in Article 14 of the ICCPR.⁶⁸

15. Right to Examine Witnesses and Obtain Witnesses

The most material difference in the protections offered by each tribunal in regard to the questioning of witnesses is that ICC procedures permit an accused “to examine, or have examined,” the witnesses against him.”⁶⁹ This principle directly relates to whether an accused may represent himself, to include conducting his own defense as well as calling and cross-examining witnesses. The Rome Statute states that the accused is entitled “to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her.”⁷⁰

16. Right to Raise Defenses and Present Evidence

The Rome Statute states the accused shall be entitled to raise defenses and present other evidence admissible under the Statute.⁷¹

17. Right to Interpreter and Translations

The ICC contain provisions allowing an accused to have the assistance of an interpreter. The Rome Statute provides that the accused shall have, “free of any cost, the assistance of a

⁶⁷ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(d).

⁶⁸ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(d).

⁶⁹ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(e).

⁷⁰ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(e).

⁷¹ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(e).

competent interpreter and such translations as are necessary to meet the requirements of fairness, if any of the proceedings or documents presented to the Court are not in a language which the accused fully understands and speaks.”⁷² This protection expands upon that provided in the ICCPR, which states an accused is entitled to “the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.”⁷³

Again, the Rome Statute brings the protection provided as the norm under international law; that of the assistance of an interpreter and translations into a language the accused understands, one step further and states these services will be provided in a language the accused *fully* understands *and* speaks.⁷⁴

18. Right Not to Testify

The Rome Statute provides that an accused may not be compelled to testify or to confess guilt and that he may remain silent, without such silence being considered in the determination of his guilt or innocence.⁷⁵ This is perhaps included out of an abundance of caution, as the right not to testify is generally not associated with the issue of admissibility of an accused’s prior statements. The Rome Statute does not contain a provision explicitly separating the two issues, however it contemplates the admission of any evidence that is relevant and necessary for the determination of the truth.⁷⁶ The Rules of Procedure for the ad hoc tribunals contemplate admission of an accused’s prior statements regardless

⁷² Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(f).

⁷³ ICCPR, *supra* note 20, art. 14(3)(f).

⁷⁴ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(f).

⁷⁵ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(g).

⁷⁶ Rome Statute, *supra* note 2, art. 69.

of whether he testifies at trial.⁷⁷

19. Right to Make Unsworn Oral or Written Statement

The Rome Statute allows an accused to make an unsworn oral or written statement in his own defense in the determination of any charge.⁷⁸ This right is not contained in the ICCPR, however the Rules of Procedure for the ICTY provide it.

After the opening statements of the parties, the accused may, if he or she so wishes, and the Trial Chamber so decides, make a statement under the control of the Trial Chamber. The accused shall not be compelled to make a solemn declaration and shall not be examined about the content of the statement.

The Trial Chamber shall decide on the probative value, if any, of the statement.⁷⁹ This right has been questioned as to its role in the taking of evidence, the weight such a statement is to be given, and whether it is to be considered evidence upon which a court could make a finding.⁸⁰

20. Burden of Proof Cannot Be Reversed

The Rome Statute, departing from the rules of the ad hoc tribunals and the ICCPR, explicitly states that the burden of proof may not be reversed and that the accused shall not bear the onus of

⁷⁷ ICTY Rules of Procedure, *supra* note 24, Rule 84 *bis*; ICTR Rules of Procedure, *supra* note 24, Rules 85(C) (stating the accused may testify in his own defense), 92 (presuming a confession by the accused is voluntary unless proved otherwise).

⁷⁸ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(h).

⁷⁹ ICTY Rules of Procedure, *supra* note 24, Rule 84 *bis*. It should be noted that this provision of the ICTY Rules of Procedure was adopted in July 1999, one year *after* the adoption of the Rome Statute in July 1998. *Id.*

⁸⁰ *See Zappala, supra* note 23, at 1351.

rebuttal.⁸¹ This has been interpreted to mean that not even the burden of raising a defense may be placed on the accused.⁸² This is not the case under the rules of the ICTY and ICTR.⁸³ The Rome Statute goes one step further in protecting the accused, which provision may be seen as strengthening the presumption of innocence.

21. Disclosure of Evidence That Exculpates or Mitigates Guilt

The Rome Statute states that the prosecution shall, as soon as practicable, disclose evidence in the prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, mitigates the guilt of the accused, or could affect the credibility of prosecution evidence.⁸⁴ In cases of doubt, the International Criminal Court will decide whether disclosure is required.⁸⁵

IV. Conclusion

If all persons are entitled to certain basic human rights, included in which is the right to a fair trial, that right must be applied no matter what authority the individual is being held under or what status he is given. The right to a fair trial cannot be curbed because of an individual's status. The individual's status as a human is the only factor that must govern. As such, his or her entitlement to certain fundamental rights must be automatic and

⁸¹ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(1)(i).

⁸² Zappala, *supra* note 23, at 1346.

⁸³ *Id.* at 1346.

⁸⁴ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(2).

⁸⁵ Rome Statute, *supra* note 2, art. 67(2).

impermeable. If that individual is to be tried, any forum he or she is ultimately tried in must apply the basic human rights pertaining to a fair trial established and reinforced through the evolving rule of international law.

Article 14 of the ICCPR describes certain standards and procedures that should be used in all courts and tribunals. The basic rights set forth in the Convention have been respected in war crimes prosecutions conducted by the United Nations' special tribunals.

Truth in a matter of criminal justice has to be found through a transparent inquiry that will only be possible if all considerations of power politics are put aside. The rule of law is not compatible with the rules of power politics; justice cannot be done unless in complete independence, based on reason and the unequivocal commitment to basic human rights.⁸⁶

The procedural protections offered by the ICC, as the most current and comprehensive manifestation of international criminal justice standards, are a much more appropriate and analogous yardstick by which to measure the sufficiency of the fair trial of any domestic law. The Rome Statute, by its very provisions, contemplates the procedural protections it offers as the embodiment of "the norms of due process recognized by international law."

⁸⁶ KÖCHLER, *supra* note 100, at 363.

QUASI-ELEMENTI NELL'ACTIO DE EFFUSIS VEL DEIECTIS

di Dr. Esref KUCUK*

SOMMARIO: I- Nozioni generali. – II- Il sorgere dell'azione. – III- I requisiti della responsabilità. – A) L'*habitor cenaculi* o l'*habitor*. – 1. L'*habitor* unico. – 2. Gli *habitores plurimi*. – B) L'edificio. – C) L'atto di *effundere* o *deicere*. – D) Il luogo di transito o di sosta della gente. – E) Il danno. – IV- Conclusioni e *quasi*-elementi nell'azione *de effusis vel deiectis*.

I – Nozioni generali

La creazione dell'*actio de effusis vel deiectis* fu legata alle condizioni della viabilità, alla circolazione stradale e allo sviluppo della costruzione di abitazioni a più piani in Roma.¹ Dalla fine del III sec. a.C. a Roma si iniziarono a costruire case più alte, le cosiddette *insulae*, che mancavano della fognatura. Da qui, gli abitanti versavano i residui direttamente sulla strada. Ma questo fenomeno danneggiava i passanti. Nel caso in cui l'autore del fatto era riconosciuto si poteva usare l'*actio legis Aquiliae*. Ma con lo sviluppo della città l'autore del fatto spesso rimaneva sconosciuto. Perciò il pretore per tutelare i passanti concesse una azione che si chiamava *de effusis vel deiectis*.

Sotto il titolo "*De his, qui effuderint vel deiecerint*" nel libro nono del Digesto si trovano tre formule, che sono concesse dal pretore contro l'*habitor* di una casa dalla quale sono state gettate cose o versati liquidi arrecando danno ai passanti.²

* Università di Ankara, Facoltà di Giurisprudenza.

¹ TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 633.

² PROVERA G., *Actio de effusis et deiectis*, Novissimo Digesto Italiano, I, Torino 1957, p. 260; WATSON A., *Roman Law and Comparative Law*, London 1991, p. 75.

All'origine questa azione si usava solo nel caso del *deiectio vel effusio* dalla casa: si poteva esercitare contro colui che la abitava, indipendentemente dal titolo che permetteva di abitarla. Con il tempo fu estesa ad altre persone come: *horrearius, conductor apotecae*. Oltre a ciò, Paulo nel Dig. 9, 3, 6, 3 parla di una *actio utilis* strutturata sulla *actio de effusis ve deiectis*. Essa era usata nel caso del versamento di residui dalla nave. In questo caso non rispondeva il proprietario ma colui che comandava quella nave – *qui navi praepositus est*.³

Nell'editto che, sebbene la sua data sia incerta, è stato emanato verso la fine dell'età repubblicana⁴, sono stati previsti tre diversi stati: il danno sulla cosa materiale, il ferimento e l'uccisione dell'uomo libero.⁵

Nell'*actio de effusis et deiectis* si tratta di una responsabilità per fatto altrui e una formula data contro colui che ha la disponibilità della casa per il danno arrecato da una cosa che sia stata gettata o versata dalla casa su un luogo sottostante di pubblico passaggio.⁶

Nel caso che da un edificio fosse stata versata o gettata qualche

³ PROVERA, *op. cit.*, p. 261.

⁴ Si accetta che questo editto appartenga all'età repubblicana, perchè si trova nel brano di Ulpiano nel Dig. 9, 3, 5, 1 la considerazione di Trebazio il quale era un giurista dell'età della repubblica. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Ö., *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, Ankara 2002, p. 65 e n. 115; HOCHSTEIN R., *Obligationes quasi ex delicto, Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stuttgart 1971, p. 16; PERNICE A., *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Teil D, Band II, Abteilung 2, Teil 1 in 2. Auflage, Buch 8 Verschulden und Verzug, Neudruck der Ausgabe Halle 1900, Aalen 1963, p. 56; KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, p. 1357.

⁵ HOLZSCHUHER R. von, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Band III Obligationenrecht, Leipzig 1864, p. 1124; BIRKS P. B. H., *The Problem of Quasi-Delict*, Current Legal Problems, XXII, 1969, p. 166; KELLER F. L., *Pandekten*, II, Leipzig 1866, pp. 131 s.; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1355; WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt 1887, pp. 759 s.

⁶ TALAMANCA M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, p. 327; ERDOĞMUŞ B., *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005, p. 135.

cosa in un luogo, dove si soleva passare, il pretore aveva concesso a colui che da ciò riceveva danno un'azione *in duplum* contro chi abitava l'edificio.⁷ Se in conseguenza dell'atto era ferito un uomo libero, la *condemnatio* è al *bonum et aequum*, cioè l'ammenda è stabilita dal giudice.⁸ Se viene ucciso un uomo libero, si ha una *poena* fissa, sembra 50.000 sesterzi (*quinquaginta aurei*, in diritto giustiniano).⁹ L'inclusione di questo caso fra i quasi delitti viene giustificata con la considerazione, che il più delle volte l'*habitor* risponde non della colpa propria, ma di quella dello schiavo o del figlio.¹⁰ Ed in realtà nel diritto classico, se era uno schiavo o un figlio a commettere l'atto ad insaputa del *dominus* o del padre, costoro rispondevano nossalmente. Ma il diritto giustiniano, applicando il criterio della colpa, accordò invece l'azione contro il figlio, mentre punì il servo *extra ordinem*.¹¹

Se l'autore, del danno arrecato da una cosa che sia stata gettata o versata dalla casa, fosse stato riconosciuto, si poteva usare anche l'*actio legis Aquiliae*.¹² Inoltre, se si trattava di qualsiasi lesione personale, si poteva usare l'*actio ex lege iniuriarum* contro l'autore del danno.¹³ Però nel caso di abitazioni con più piani e lo sviluppo della città l'autore del danno spesso rimaneva

⁷ DI MARZO S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1939, pp. 411 s.; VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1996, p. 490; TAHİROĞLU B., *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul 2003, p. 272; SEIDL E., *Römisches Privatrecht*, Erlangen 1949, p. 88.

⁸ Dig. 9, 3, 1 pr. ULPIANUS, *26 ad ed.*

⁹ TALAMANCA, *Elementi*, p. 327.

¹⁰ Dig. 44, 7, 5, 5 GAIUS, *3 aur.*; Inst. 4, 5, 1; BERGER A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 342; ERDOĞMUŞ, *op. cit.*, p. 135.

¹¹ DI MARZO, *op. cit.*, pp. 411 s.; Dig. 9, 3, 1, 7 e 8 ULPIANUS, *23 ad ed.*

¹² PROVERA, *op. cit.*, p. 261; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 67; Inst. 4, 3, 13: *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. ... item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur.*; HOCHSTEIN, *op. cit.*, p. 16; MOMMSEN T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, pp. 838 s.; THOMAS J. A. C., *Textbook of Roman Law*, New York 1976, p. 378; GLÜCK C. F. von, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Band X, Abteilung 2, Erlangen 1808, p. 392.

¹³ THOMAS, *op. cit.*, p. 378; GLÜCK, *op. cit.*, p. 392; KOSCHAKER P./ AYİTER K., *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir 1993, p. 270.

sconosciuto. Perciò il pretore per tutelare la sicurezza pubblica detta un'azione contro colui che ha la disponibilità della casa (l'*habitor*) che si chiamava *de effusis vel deiectis*.¹⁴

II – Il sorgere dell'azione

Fino all'età monarchica, lo sviluppo urbanistico a Roma non è evidente. L'economia si basava sull'agricoltura. Le case si costruivano nelle vie strette e senza un progetto.¹⁵ Qualche regolamento è stato emanato per risolvere questi problemi.

Per un interesse pubblico, fin dalle XII tavole era vietato seppellire o cremare cadaveri all'interno della città.¹⁶

XII Tab. 10, 1

Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito.

Secondo le XII tavole era fatto obbligo di lasciare in Roma intorno ad ogni casa una striscia libera di terreno (*ambitus*), larga due piedi e mezzo (circa 70 cm).¹⁷

Nell'età repubblicana furono fatti i marciapiedi stradali, costruiti i grandi mercati. Così si trasformò Roma dalla sua identità pastorale a quella urbanistica.¹⁸ Probabilmente verso la fine di

¹⁴ UNGER J., *Die actio de deiectis et effusis im deutschen Entwürfe*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, XXX, 1891, pp. 227-229; TALAMANCA, *Elementi*, p. 327; DERNBURG H., *Pandekten*, Band II Obligationenrecht, Berlin 1900, p. 367; WITTMANN R., *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, p. 63; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1355; PERNICE, *op. cit.*, pp. 50 s.; GLÜCK, *op. cit.*, p. 395; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 839; LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, p. 328.

¹⁵ FRIEDLÄNDER L., *Darstellung aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine*, I, Leipzig 1910, p. 3; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN Ö., *Roma Eşya Hukuku*, Ankara 2006, p. 86; DI MARZO, *op. cit.*, p. 217; VOCI, *op. cit.*, 239; CICERO, *De legibus* II, 58.

¹⁷ XII Tab. 7, 1; DI MARZO, *op. cit.*, p. 217.

¹⁸ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 68; FRIEDLÄNDER, *op. cit.*, pp. 3-5.

questa età, l'editto *de effusis vel deiectis* è stato emanato con cui il pretore ha disposto tre diversi stati sulla cosa gettata o versata dalla casa su un luogo sottostante di pubblico passaggio: il danno sulla cosa materiale, il ferimento e l'uccisione dell'uomo libero.¹⁹

A causa dello sviluppo dell'urbanizzazione, dei luoghi limitati per costruire gli edifici, della povertà del popolo, sorsero le *insulae* in contrapposto alla *domus* unifamiliare.²⁰ Tutta la famiglia viveva insieme in un piccolo *meritorium* in condizioni difficili con la mancanza di luce e acqua.²¹

Le case erano più alte, le cosiddette *insulae*, che mancavano anche della fognatura. Non c'era il sistema per accogliere i rifiuti. Tradizionalmente, gli abitanti di Roma versavano i residui direttamente in strada.²² Questa situazione metteva la gente che passava di lì in pericolo.²³ Per questo motivo, il pretore ha detto questa azione *de effusis vel deiectis* che si trova nel libro nono del Digesto, per tutelare la sicurezza pubblica.²⁴

¹⁹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 65; PERNICE, *op. cit.*, p. 56; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1357; TALAMANCA, *Elementi*, p. 327.

²⁰ ZIMMERMANN R., *Effusum vel deiectum*, Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart 1992, p. 301, n. 1; ZİLELİOĞLU H., *Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu*, Tesi di dottorato non pubblicata, Ankara 1985, pp. 29 s., n. 71; TALAMANCA, *Elementi*, p. 327.

²¹ ZIMMERMANN, *Effusum*, p. 302; ZİLELİOĞLU, *op. cit.*, pp. 29 s., n. 71.

²² SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 69; WITTMANN, *op. cit.*, p. 63;

ZIMMERMANN, *Effusum*, p. 302.

²³ Giovenale in *Saturae* avverte la gente del pericolo a cui andava incontro, quando invitata ad una cena preferiva andare a piedi suggerendole di non uscire da casa senza preparare un testamento.

IUVENALIS, *Saturae* III, 268-277: *Respice nunc alia ac diuersa pericula noctis:/ quod spatium tectis sublimibus unde cerebrum/ testa ferit, quotiens rimosa et curta fenestris/ uasa cadant, quanto percussum pondere signent/ et laedant silicem. possis ignauus haberi/ et subiti casus inpruidus, ad cenam si/ intestatus eas: adeo tot fata, quot illa/ nocte patent uigiles te praetereunte fenestrae./ ergo optes uotumque feras miserabile tecum,/ ut sint contentae patulas defundere pelues.*

²⁴ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 71; DERNBURG, *op. cit.*, p. 367; HOCHSTEIN, *op. cit.*, 16.

Nell'età imperiale, Augusto permise di edificare le case ornate e vistose per fare della città di Roma il *caput mundi*.²⁵ Però, i luoghi per le case erano limitati e le strade erano pericolose per i passanti a causa delle altezze delle case.²⁶

Nel tempo di Nerone, dopo l'incendio di Roma (64 d.C.), le case furono ricostruite secondo un certo progetto e le strade furono allargate.²⁷ D'altra parte, gli edifici non dovevano superare una certa altezza e nè essere arbitrariamente modificati.²⁸ Inoltre, secondo la *lex Ursonensis* del 44 a.C. fu vietata la demolizione di un edificio salvo la possibilità di ricostruirlo.²⁹

Nell'età giustiniana furono date disposizioni relative alla pulizia delle vie e delle strade. I *magistra* e *aedilis* che erano responsabili della pulizia della città, osservarono l'applicazione delle regole.³⁰

Nell'età giustiniana si collocava l'*actio de effusis vel deiectis* nelle *obligationes quasi ex delicto nascuntur* fra le fonti delle obbligazioni. Perché il soggetto responsabile non era chi causava il danno, ma era l'*habitor*. Inoltre, la *culpa* non aveva importanza in quest'azione e quindi non era un requisito di responsabilità.³¹

Inst. 4, 5, 1

Item is ex cuius coenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat, deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur: ideo

²⁵ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 68.

²⁶ ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, p. 17 e n. 93; FRIEDLÄNDER, *op. cit.*, pp. 5 s.

²⁷ FRIEDLÄNDER, *op. cit.*, pp. 7 s.

²⁸ DI MARZO, *op. cit.*, p. 218.

²⁹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *op. cit.*, p. 87.

³⁰ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 69.

³¹ KOSCHAKER/ AYİTER, *op. cit.*, p. 270; JÖRS P./ KUNKEL W./ WENGER L., *Römisches Recht*, Berlin 1949, p. 193; TAHİROĞLU, *op. cit.*, p. 272; ERDOĞMUŞ, *op. cit.*, p. 134.

autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi...

Nel Digesto si parla anche del carattere del quasi delitto (*quasi ex maleficio*).

Dig. 44, 7, 5, 5 GAIUS, 3 *aur.*

Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi...

Siccome l'*actio de effusis et deiectis* è stata regolata con un editto pretoriale, nel Digesto ci sono molti passi che parlano dell'editto e dell'azione.

Dig. 9, 3, 1 pr. ULPIANUS, 23 *ad ed.*

Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: "unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere."

Lo scopo di quest'azione era la tutela della sicurezza e dell'interesse pubblico. D'altra parte, questa azione era un provvedimento amministrativo allo scopo della pulizia stradale.³²

³² WITTMANN, *op. cit.*, 63; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 71.

Dig. 9, 3, 1, 1 ULPIANUS, 23 ad ed.
*Summa cum utilitate id praetorem edixisse
nemo est qui neget: publice enim utile est sine
metu et periculo per itinera commeari.*

III – I requisiti della responsabilità

A) *L'habitor cenaculi o l'habitor*

In questa azione *de effusis vel deiectis* si ha una responsabilità per fatto altrui e si tratta di una *formula in factum concepta* data contro *l'habitor cenaculi* della casa per il danno arrecato da una cosa che sia stata gettata o versata dalla casa stessa su un luogo sottostante di pubblico passaggio.³³ In questo processo non era importante da chi fosse stata gettata o versata una cosa ma era importante che fosse stata gettata o versata una cosa.³⁴ Perciò si agisce contro colui che ha la disponibilità della casa da cui è stata gettata o versata una cosa.³⁵

Dig. 9, 3, 1, 4 ULPIANUS, 23 ad ed.
*Haec in factum actio in eum datur, qui
inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur,
non in dominum aedium...*

All'azione *de effusis vel deiectis*, il soggetto legittimato passivamente (*l'habitor*) non era l'autore del fatto, ma contro di questo, si poteva esperire *l'actio legis Aquiliae*.³⁶

³³ TALAMANCA, *Elementi*, p. 327; IDEM, *Istituzioni*, p. 633; KOSCHAKER/AYÍTER, *op. cit.*, p. 270; UMUR Z., *Roma Hukuku, Ders Notları*, İstanbul 1999, p. 397, RADO T., *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2001, pp. 203 s.; JÖRS/ KUNKEL/ WENGER, *op. cit.*, p. 193; BERGER, *op. cit.*, p. 342; TAHİROĞLU, *op. cit.*, p. 272.

³⁴ NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford 1962, p. 225; ZIMMERMANN, *Effusum*, p. 303.

³⁵ BIRKS, *op. cit.*, p. 166; STEIN P., *The Actio de Effusis vel Deiectis and the Concept of Quasi-Delict in Scots Law*, *The International Comparative Law Quarterly*, IV, 3, 1955, p. 356; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1356; TALAMANCA, *Istituzioni*, p. 633.

³⁶ PROVERA, *op. cit.*, p. 261; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 759.

1. L'*habitor unico*

Il verbo *habitare* significa abitare, risiedere in un luogo indipendente.³⁷ L'*habitor* può essere il proprietario o l'*inquilinus* il quale vive indipendente in una casa altrui.³⁸ Inoltre, Ulpiano dice che lo è anche la persona che vive indipendente in una casa altrui senza essere il proprietario o l'inquilino.

Dig. 9, 3, 1, 9 ULPIANUS, 23 ad ed.

Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel in gratuito. hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.

Secondo quanto afferma Ulpiano, come l'*habitor* si considerano il proprietario della casa oppure il suo inquilino, il proprietario di un appartamento della casa o il suo inquilino, l'usufruttuario, l'abitatore oppure colui che abita continuamente a casa per un qualsiasi motivo.³⁹ Però gli ospiti o gli amici non si considerano come l'*habitor*.⁴⁰

Inst. 4, 5, 1

Item is ex cuius coenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat, deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur...

³⁷ GEORGES K. E., *Lateinisch-Deutsch, Ausführliches Handwörterbuch*, I, Leipzig 1913, p. 2997.

³⁸ KARLOWA, *op. cit.*, 1356, GEORGES, *op. cit.*, p. 2998.

³⁹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 72; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1356.

⁴⁰ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 839; DERNBURG, *op. cit.*, p. 367; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 72; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1356; PROVERA, *op. cit.*, p. 260, n. 1; ERDOĞMUŞ, *op. cit.*, p. 135.

Se l'*habitor* era il *filius familias* che viveva indipendente dal suo *pater familias*, egli stesso aveva la responsabilità per il danno arrecato dalla cosa che era stata gettata o versata dalla casa.⁴¹

Dig. 9, 3, 1, 7 ULPIANUS, 23 *ad ed.*

Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit.

Dig. 44, 7, 5, 5 GAIUS, 3 *aur.*

Ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.

Inst. 4, 5, 2

...Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex coenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit cuius casus periculosus est: Iuliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum...

Nel caso in cui si tratta di un *servus* che abita indipendente dal suo *dominus*, Ulpiano è in dubbio sulla responsabilità nossale del *dominus*.

Dig. 9, 3, 1, 8 ULPIANUS, 23 *ad ed.*

Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. sed ego puto impunitum servum esse

⁴¹ ROBY H. J., *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, II, Cambridge 1902, p. 196; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1357; ZIMMERN D. S., *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg 1818, pp. 309 s.

non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.

In questo caso non era possibile agire contro il *dominus* per la responsabilità nossale o con l'azione *de peculio*. Ulpiano sostiene che il *servus* deve essere punito secondo il procedimento *extra ordinem*.⁴²

2. Gli *habitatores plurimi*

Come si risolve il problema se più persone adoperano la casa, ce ne parla Ulpiano sempre nel libro nono del digesto.

Dig. 9, 3, 5 pr. ULPIANUS, 23 ad ed.

Si vero plures diviso inter se cenaculo habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effusum est.

Dig. 9, 3, 5, 1 ULPIANUS, 23 ad ed.

Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri trebatius ait: quod verum est. idem erit dicendum et si quis amicis suis modica hospitio distribuerit. nam et si quis cenaculariam exercens ipse maximam partem cenaculi habeat, solus tenebitur: sed si quis cenaculariam exercens modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locaverit pluribus, omnes tenebuntur quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est.

Secondo Ulpiano, se più persone usano la stessa casa in modo diviso, si ha l'azione solo contro colui che abita la parte da dove è stata versata una cosa. Nel brano, inoltre, Trebatius dice che non si accettano i liberti e clienti del *padronus* come l'*habitor*.⁴³

⁴² DI MARZO, *op. cit.*, p. 412; ROBY, *op. cit.*, p. 196; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 74.

⁴³ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 75.

D'altra parte, la stessa regola è applicabile nel caso se qualcuno abbia distribuito ai suoi amici dei piccoli alloggi per ospiti.⁴⁴

Se *plures* usano insieme la stessa casa, tutti sono responsabili *in solidum* per il danno arrecato da una cosa che sia gettata.⁴⁵ Se uno dei *plures* paga la pena, salva gli altri dalla responsabilità.⁴⁶

Dig. 9, 3, 1, 10 ULPIANUS, 23 *ad ed.*

Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur.

Dig. 9, 3, 3 ULPIANUS, 23 *ad ed.*

Et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.

Le considerazioni di Ulpiano Dig. 9, 3, 3 e Paulo Dig. 9, 3, 4 sono contrastanti.

Dig. 9, 3, 4 PAULUS, 19 *ad ed.*

Perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.

Mentre Ulpiano diceva chiaramente che tutti sono responsabili, Paulo sottolinea che gli altri sono esonerati dalla responsabilità solo con il pagamento della loro parte del danno.⁴⁷ Si dice che qui si tratta di un *interpolatio*.⁴⁸

⁴⁴ RÖHLE R., *Zur Rekonstruktion von D. 9.3.5.1*, IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, XXX, 1979, p. 89.

⁴⁵ RÖHLE, *op. cit.*, p. 89; GLÜCK, *op. cit.*, p. 398; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1356; KELLER, *op. cit.*, p. 132, SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, pp. 75 s.; PROVERA, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁶ GÖSCHEN J. F. L., *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Band II, Abteilung 2 Obligationenrecht Göttingen 1839, p. 685; STEIN, *op. cit.*, p. 356; GLÜCK, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁷ LEVY, *op. cit.*, pp. 330 s.

⁴⁸ BINDER J., *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig 1899, pp. 371 s.; LEVY, *op. cit.*, pp. 330 s. e n. 4.

B) L'edificio

Nell'editto *de effusis vel deiectis* è stato usato il concetto *cenaculum* per indicare l'edificio. *Cenaculum* si può intendere una parte dell'edificio o tutto di quello, una stanza affittata, un piano superiore o una casa indipendente.⁴⁹ Cioè, tutto l'edificio, l'appartamento, la parte individuale a scopo abitativo si può considerare come un edificio.⁵⁰

L'inquilino di un negozio in un edificio poteva essere responsabile, anche se questo edificio non era stato affittato a scopo abitativo.⁵¹ Quest'azione si usava anche nel caso in cui si trattava di un danno arrecato da una cosa che era stata gettata o versata da un magazzino, da un deposito, da una serra o nave (*actio utilis*).⁵²

Dig. 9, 3, 5, 3 ULPIANUS, 23 *ad ed.*

Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat, in factum actioni locus est, etiam si quis operantium deiecerit vel effuderit vel si quis discentium.

Anche nel caso in cui si getta o si versa una cosa da una nave che si trova in porto o scalo e poi danneggia qualcuno, si accetta la responsabilità del *praepositus, magister navis* tramite una *actio utilis*.⁵³

Dig. 9, 3, 6, 3 PAULUS, 19 *ad ed.*

Si de nave deiectum sit, dabitur actio utilis in eum qui navi praepositus sit.

⁴⁹ HEUMANN H. G./ SECKEL E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926, p. 63; GEORGES, *op. cit.*, p. 1068.

⁵⁰ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 77.

⁵¹ GLÜCK, *op. cit.*, p. 397.

⁵² KELLER, *op. cit.*, p. 132; GÖSCHEN, *op. cit.*, p. 686; GLÜCK, *op. cit.*, p. 397.

⁵³ GÖSCHEN, *op. cit.*, p. 686; GLÜCK, *op. cit.*, p. 397; ZIMMERMANN, *Effusum*, p. 304.

C) L'atto di effundere o deicere

Effundere significa versare una cosa liquida da sù a giù su un luogo sottostante di pubblico passaggio.⁵⁴ *Deicere*, invece, si intende, gettare una cosa da sù a giù su un luogo sottostante di pubblico passaggio.⁵⁵ Cioè, occorre un atto di *effundere* o *deicere* dell'edificio in cui si abitava, disposto su più piani, per poter agire con l'azione *de effusis vel deiectis*.⁵⁶

D) Il luogo di transito o di sosta della gente

Ulpiano parla di questo requisito così: *locus quo volgo iter fiet vel in quo consistetur*. Vi deve essere un luogo per il quale la gente suole passare, cioè un luogo di transito o di sosta, in cui si esercita un pubblico passaggio.⁵⁷

Dig. 9, 3, 1, 2 ULPIANUS, 23 ad ed.

Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum volgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae volgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri.

Come si vede chiaramente, lo scopo dell'editto era quello della sicurezza che questi luoghi devono avere sempre. Quindi non c'era una differenza fra *locus publicus* e *locus privatus* ed era

⁵⁴ LEONHARD R., *Effundere*, Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Band V/2, Stuttgart 1905, p. 1979; GEORGES, *op. cit.*, p. 2357.

⁵⁵ LEONHARD R., *Deicere*, Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Band IV/2, Stuttgart 1901, p. 2382.

⁵⁶ HOLZSCHUHER, *op. cit.*, p. 1125; SÖGÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁷ TALAMANCA, *Istituzioni*, p. 633.

sufficiente solo che si trattasse di una strada usata comunemente da tutti.⁵⁸

Questo editto non riguarda solo le città e i villaggi, ma anche le strade dove vi passa la gente.

Dig. 9, 3, 6 pr. PAULUS, 19 ad ed.

Hoc edictum non tantum ad civitates et vicos, sed et ad vias, per quas volgo iter fit, pertinet.

Sebbene Labeone dicesse che questo editto fosse per la cosa gettata o versata di sotto durante il giorno, Paulus indica che in alcuni luoghi si passa anche di notte.⁵⁹

Dig. 9, 3, 6, 1 PAULUS, 19 ad ed.

Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte: sed quibusdam locis et nocte iter fit.

E) Il danno

Nel caso che da un edificio fosse stata versata o gettata qualche cosa in un luogo, dove si soleva passare, il pretore aveva concesso a colui che da ciò riceveva danno un'azione *in duplum* contro chi abitava nell'edificio. Con altre parole, nel danneggiamento a cosa, l'*habitor* è tenuto al doppio del danno.⁶⁰

Inst. 4, 5, 1

...De eo vero quod deiectum effusumve est, dupli quanti damnum datum sit, constituta est actio...

Se in conseguenza dell'atto era ferito un uomo libero, la *condemnatio* è al *bonum et aequum*, cioè l'ammenda è stabilita dal giudice.⁶¹

Inst. 4, 5, 1

⁵⁸ WITTMANN, *op. cit.*, p. 63; KARLOWA, *op. cit.*, p. 1355; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁹ IUVENALIS, *Saturae* III, 268-277.

⁶⁰ TALAMANCA, *Elementi*, p. 327.

⁶¹ Dig. 9, 3, 1 pr. ULPIANUS, 26 ad ed.

...Si vero vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia quae in curatione facta sunt, praeterea operarum quibus caruit, aut cariturus est, ob id quod inutilis factus est.

Se viene ucciso un uomo libero, si ha una *poena* fissa, sembra 50.000 sesterzi (*quingaginta aurei*) e qualunque cittadino poteva entro l'anno intentare questa azione (l'*actio popularis*).⁶²

Dig. 9, 3, 1, 5 ULPIANUS, 23 ad ed.

Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed quingaginta aureorum condemnatio fit.

Inst. 4, 5, 1

...Ob hominem vero liberum occisum quingaginta aureorum poena constituitur...

Questi 50 *aurei* non rappresentavano la stima pecuniaria del corpo di un uomo libero, ma costituivano la pena. Perché il corpo di un *liber homo*, non era mai stato considerato come una cosa.⁶³

Dig. 9, 3, 7 GAIUS, 23 ad ed. provinc.

Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

⁶² TALAMANCA, *Elementi*, p. 327; THOMAS, *op. cit.*, 378; GLÜCK, *op. cit.*, p. 393; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 83; RADO, *op. cit.*, p. 204.

⁶³ PRINGSHEIM F., *Die Verletzung Freier und die lex Aquilia*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXVIII, 1962, pp. 3 s.; PAULUS, *Sententiae* V, 1, 1: *Homo enim liber nullo pretio aestimatur.*

Giacché, nel caso di morte di un uomo libero, questa azione può essere intentata da qualunque cittadino (l'azione popolare), più persone possono essere gli attori nel processo.⁶⁴ In questo caso, si preferisce colui che è interessato o che abbia un vincolo di affinità o di consanguineità con il defunto.

Dig. 9, 3, 5, 5 ULPIANUS, 23 ad ed.

...dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat...

IV – Conclusioni e *quasi*-elementi nell'azione *de effusis vel deiectis*

In caso di morte di un uomo libero, la pena è fissata a 50.000 sesterzi. Questa azione, è penale, annuale e popolare e non ammette trasmissione ereditaria.⁶⁵

Dig. 9, 3, 5, 5 ULPIANUS, 23 ad ed.

Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis...

In caso di ferimento agisce il ferito. In questa situazione, l'azione è perpetua, intrasmissibile da entrambe le parti, con condanna da stabilirsi secondo *bonum et aequum*.⁶⁶

Nel danneggiamento a cosa, l'azione è *in duplum*, perpetua, trasmissibile attivamente, ma non passivamente, nossale.⁶⁷

⁶⁴ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁵ VOCI, *op. cit.*, p. 490; PROVERA, *op. cit.*, p. 261; UMUR, *op. cit.*, p. 397.

⁶⁶ VOCI, *op. cit.*, p. 490; TALAMANCA, *Istituzioni*, p. 633.

⁶⁷ Dig. 9, 3, 1 pr. ULPIANUS, 23 ad ed.; Dig. 9, 3, 5, 5 ULPIANUS, 23 ad ed.; VOCI, *op. cit.*, p. 490.

Dig. 9, 3, 5, 5 ULPIANUS, 23 *ad ed.*
...sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur...

Nel diritto giustiniano si collocava l'*actio de effusis vel deiectis* nelle *obligationes quasi ex delicto nascuntur*, in base a una presunta analogia con la fattispecie tipica del *delictum*.⁶⁸ Il soggetto responsabile non era chi causava il danno, ma l'*habitor cenaculi*.

Dig. 9, 3, 1, 4 ULPIANUS, 23 *ad ed.*
Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.

Ulpiano sottolinea, nel brano, la responsabilità per colpa dell'*habitor*. Provera dice che questo passo è stato molto probabilmente interpolato che costituisce una responsabilità attraverso una finzione di colpa, da ricollegare ad un difetto di attenzione o di diligenza, per avere una funziona preventiva con l'editto onde garantire il pubblico passaggio.⁶⁹ Pernice non accetta né una finzione di colpa né una presunzione giuridica.⁷⁰ Comunque la *culpa*, in quest'azione, non era un requisito di responsabilità.

Nell'*actio de effusis vel deiectis*, l'*habitor* è considerato responsabile del danno arrecato da una cosa che sia stata gettata

⁶⁸ PROVERA, *op. cit.*, p. 261; BERGER, *op. cit.*, 342; TAHİROĞLU, *op. cit.*, p. 272; UMUR, *op. cit.*, p. 397; DI MARZO, *op. cit.*, pp. 411 s.

⁶⁹ PROVERA, *op. cit.*, p. 261; ZIMMERMANN, *Obligations*, p. 17.

⁷⁰ PERNICE, *op. cit.*, p. 50, n. 4.

o versata dalla casa su un luogo sottostante di pubblico passaggio, cioè si tratta di una responsabilità oggettiva, per cui si risponde del fatto altrui.⁷¹ Kaser dice che qui è punito solo il pericolo e l'*haborator* risponde del danno, anche se non commesso da lui stesso, perchè lui trae profitto dalla casa.⁷² A mio avviso, non l'opinione che qui si tratta della responsabilità per fatto altrui, non basta a spiegare il caso in cui il danno è stato commesso dall'*haborator*. Per il fatto che l'editto punisce, senza dubbio, l'*haborator cenaculi* anche in questo caso al fine di prevenire il pericolo. Nella determinazione della pena si tiene conto della gravità del pericolo cagionato in vari gradi a seconda di quella del danno arrecato.

A proposito delle responsabilità relative all'*actio de effusis vel deiectionis* e all'*actio legis Aquiliae*, sono tre diversi elementi che costituiscono l'*obligatio quasi ex delicto nascuntur*, i quali ritengo *quasi*-elementi per quella *de effusis vel deiectionis*: 1) Il soggetto responsabile che non è chi causa il danno, ma colui che ha la disponibilità della casa (l'*haborator*). 2) La *culpa* che non è un requisito di responsabilità. 3) Quello che si punisce non è il fatto, ma il pericolo allo scopo di conseguire sicurezza del pubblico passaggio.

⁷¹ TALAMANCA, *Elementi*, p. 327; TAHİROĞLU, *op. cit.*, p. 272; SEIDL, *op. cit.*, p. 87; LEONHARD, *op. cit.*, IV/2, p. 2382; IDEM, *op. cit.*, V/2, p. 1979.

⁷² KASER M., *Das römische Privatrecht*, I Abschnitt Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1971, pp. 628 s.; SEIDL, *op. cit.*, p. 88; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *op. cit.*, pp. 136 s.

Bibliografia

- BERGER A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- BINDER J., *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig 1899.
- BIRKS P. B. H., *The Problem of Quasi-Delict*, Current Legal Problems, XXII, 1969, 164-180.
- DERNBURG H., *Pandekten*, Band II Obligationenrecht, Berlin 1900.
- DI MARZO S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1939.
- ERDOĞMUŞ B., *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005.
- FRIEDLÄNDER L., *Darstellung aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine*, I, Leipzig 1910.
- GEORGES K. E., *Lateinisch-Deutsch, Ausführliches Handwörterbuch*, I, Leipzig 1913.
- GLÜCK C. F. von, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Band X, Abteilung 2, Erlangen 1808.
- GÖSCHEN J. F. L., *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Band II, Abteilung 2 Obligationenrecht, Göttingen 1839.
- HEUMANN H. G./ SECKEL E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926
- HOCHSTEIN R., *Obligaciones quasi ex delicto, Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stuttgart 1971.
- HOLZSCHUHER R. von, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Band III Obligationenrecht, Leipzig 1864.
- JÖRS P./ KUNKEL W./ WENGER L., *Römisches Recht*, Berlin 1949.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Ö., *Roma Eşya Hukuku*, Ankara 2006.
- KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901.

- KASER M., *Das römische Privatrecht*, I Abschnitt Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1971.
- KELLER F. L., *Pandekten*, II, Leipzig 1866.
- KOSCHAKER P./ AYİTER K., *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir 1993.
- LEONHARD R., *Deicere*, Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Band IV/2, Stuttgart 1901.
- LEONHARD R., *Effundere*, Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Band V/2, Stuttgart 1905.
- LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918.
- MOMMSEN T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899.
- NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford 1962.
- PERNICE A., *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Teil D, Band II, Abteilung 2, Teil 1 in 2. Auflage, Buch 8 Verschulden und Verzug, Neudruck der Ausgabe Halle 1900, Aalen 1963.
- PRINGSHEIM F., *Die Verletzung Freier und die lex Aquilia*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXVIII, 1962, pp.1-13.
- PROVERA Giuseppe, *Actio de effusis et deiectis*, *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino 1957, 260-262.
- RADO T., *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2001.
- ROBY H. J., *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, II, Cambridge 1902.
- RÖHLE R., *Zur Rekonstruktion von D. 9.3.5.1*, *IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, XXX, 1979, pp. 86-89.
- SEIDL E., *Römisches Privatrecht*, Erlangen 1949.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Ö., *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, Ankara 2002.

- STEIN P., *The Actio de Effusis vel Dejectis and the Concept of Quasi-Delict in Scots Law*, *The International Comparative Law Quarterly*, IV, 3, 1955, 356-375.
- TAHIROĞLU B., *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul 2003.
- TALAMANCA M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- THOMAS J. A. C., *Textbook of Roman Law*, New York 1976.
- UNGER J., *Die actio de dejectis et effusis im deutschen Entwurfe*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XXX, 1891, 226-234.
- UMUR Z., *Roma Hukuku, Ders Notları*, İstanbul 1999.
- VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1996.
- WATSON A., *Roman Law and Comparative Law*, London 1991.
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt 1887.
- WITTMANN R., *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972.
- ZİLELİOĞLU H., *Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu*, Tesi di dottorato non pubblicata, Ankara 1985.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990.
- ZIMMERMANN R., *Effusum vel deiectum*, *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart 1992, pp. 301-330.
- ZIMMERN D. S., *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg 1818.

FREE LAW JOURNAL

The Free Law Journal results in 2005 of the merger of the Eastern European Law Journals into one journal and of the acquisition of the EELJs by the Free European Collegium, through its publishing arm, Free World Publishing Inc.

The Free Law Journal aims at the widest diffusion of legal research by academicians, practitioners and post-graduate students from across the world. It publishes in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Inuktitut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian as well as Spanish, all in electronic and print format.

These publications are the property of *Free World Publishing*, partner and publishing arm of the Free European Collegium, a higher learning institution based in Ottawa, Canada and with administrative offices in Budapest, Hungary. For all concerns and details please consult our web site at www.FWPublishing.net.



Free Law Journal
ISSN 1712-9877



Free European Collegium