

FREE LAW JOURNAL

VOLUME 2, NUMBER 3 - JULY 18, 2006

In this issue :

ISSN 1712-9877

VERBRAUCHERSCHÜTZENDE ZIVILPROZESSRECHTLICHE REGELUNGEN IM TÜRKISCHEN VERBRAUCHERSCHUTZGESETZ (TVERBRSCHUTZG) - DR. IUR. HASAN SEÇKIN OZANOĞLU (TURKEY)	9
TENTATION DE LA FÉDÉRALISATION – OPPORTUNITÉ OU MENACE? ANAMARIA BUCUREANU ET MĂDĂLIN-SAVU TICU (ROMANIA)	27
ЉУДСКА ПРАВА-ИДЕОЛОГИЈА 21.ВЕКА ИЛИ ИНСПИРАЦИЈА ЗА "ЕФИКАСАН" СУЖИВОТ? - МР ДРАГАНА ЂОРИЋ (SERBIA AND MONTENEGRO)	43
L'APPROCHE INDIVIDU-GROUPE : UNE APPROCHE LIBÉRALE DE L'ESPRIT - DR ANWAR FRANGI (LEBANAON)	69
THE MONEY LAUNDERING AS CRIMINAL OFFENCE IN CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – DRAGAN JOVAŠEVIĆ PH.D. (SERBIA AND MONTENEGRO) AND BORISLAV PETROVIĆ PH.D. (BOSNIA-HERZEGOVINA)	85
LATEST DEVELOPMENTS CONCERNING FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN TURKEY: FOREIGN DIRECT INVESTMENT STATUTE - DR. RIFAT ERTEN (TURKEY)	103
THE INSTITUTION OF QUESAMA IN ISLAMIC LAW - DR. AYBARS PAMİR (TURKEY)	125
PRAVO NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU KAO LJUDSKO PRAVO – DR BILJANA PETROVIĆ AND MR DRAGANA ĆORIĆ (SERBIA AND MONTENEGRO)	147
THE GROUP'S EXPECTATION OF ITS INDIVIDUALS TO BEHAVE IN A CERTAIN WAY - DR. ANWAR FRANGI (LEBANON)	158
NEW JUVENILE CRIMINAL LAW IN THE REPUBLIC OF SERBIA- DRAGAN JOVAŠEVIĆ, PHD (SERBIA AND MONTENEGRO)	181
ТЕОРИЈА СТЕЧЕНИХ ПРАВА ФЕРДИНАНДА ЛАСАЛА - МР ДРАГАНА ЂОРИЋ (SERBIA AND MONTENEGRO)	199
THE NOTION OF 'EUROPEAN UNION' - DR. ANWAR FRANGI (LEBANON)	225

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, Innuktikut, Italian, Latin, Polish, Portugese (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 Laws	Zoning
	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 Karikas Frigyes u.11, 2/1, XIII kerulet, 1138 Budapest, Republic of Hungary, 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 (2006) 2(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 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.



VERBRAUCHERSCHÜTZENDE ZIVILPROZESSRECHTLICHE REGELUNGEN IM TÜRKISCHEN VERBRAUCHERSCHUTZGESETZ (TVERBRSCHUTZG)

DR. IUR. HASAN SEÇKİN OZANOĞLU*

Gliederung

§ 1 Im Allgemeinen

§ 2 Der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme (Art.22 tVerbrSchutzG)

A. Im Allgemeinen

B. Die Entstehung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

C. Zuständigkeiten des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

D. Verfahrensweise des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

E. Die Rechtliche Natur der Entscheidungen des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

§ 3 Verbrauchergerichte (Art.23 tVerbrSchutzG)

A. Im Allgemeinen

B. Entstehung der Verbrauchergerichte

C. Zuständigkeiten der Verbrauchergerichte

I. Örtliche Zuständigkeit

II. Sachliche Zuständigkeit

D. Das Verfahren vor dem Verbrauchergericht

E. Die Klage erhebende Parteien beim Verbrauchergericht und die Prozesskosten

F. Die Entscheidungen des Verbrauchergerichtes

I. Im Allgemeinen

II. Rechtliche Natur der Entscheidungen vom Verbrauchergericht

a. Einstweilige Maßnahmen

b. Urteil

* Dozent für Zivilrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Ankara.

§ 1 Im Allgemeinen

Der Schutz des Konsumenten ist einer der international aktuellsten rechtspolitischen Themen unserer heutigen Zeit. Veranlasst ist das türkische Recht im Rahmen des EU Beitrittsprozesses zur Angleichung an die Richtlinien im Bereich des Verbraucherschutzes. In diesem Zusammenhang ist am 8. September 1995 das Verbraucherschutzgesetz in Kraft getreten. Es gilt heute in vielen Punkten modifizierter Fassung vom 6. März 2003¹.

Eine der Besonderheiten des türkischen Verbraucherschutzgesetzes (tVerbrSchutzG) ist, dass es nicht nur aus materiellrechtlicher Sicht über Verbraucher schützende Regelungen verfügt, sondern auch prozessrechtliche Regelungen zugunsten des Verbrauchers eingeführt hat. Doch alle materiellrechtlichen Vergünstigungen zugunsten der Verbraucher können nicht ihren Zweck erfüllen (d.h. die Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber der Anbieterseite beheben), wenn diese Rechte nicht genutzt werden². Aus diesem Grund ist es erforderlich jede materiellrechtliche Verbesserung der Situation der Verbraucher mit Strategien zu begleiten, damit Schwierigkeiten, wie z.B. Scheu vor den Verfahrenskosten, Angst vor einschüchternden Verfahrensweisen der Entscheidungsinstanz, Unterlegenheitsgefühl gegenüber dem über größere Streit Erfahrung verfügenden Prozessgegner, bei der Geltendmachung von Rechten abgebaut oder ganz beseitigt werden können³.

In diesem Zusammenhang sind mit dem Erlass des

¹ Amtsblatt vom 14.03.2003, Nr.25048.

² Wie auch Rainer Kemper (siehe Verbraucherschutz-instrumente, 1. Auflage, Baden-Baden 1994, s.374) mit Recht beschrieben hat, veranlasst ein Recht den Normenadressaten nicht zur Veränderung seines Verhaltens, wenn das Recht allein auf dem Papier besteht und nicht im Wirklichkeit umgesetzt wird, da er mit seinem Vorgehen trotz dessen Widerrechtlichkeit im Ergebnis doch Erfolg hat.

³ Vgl. Kemper, s.374.

tVerbrSchutzG prozessrechtlich zwei neue und wichtige Rechtsinstitute geschaffen worden, die sich ausschließlich mit der Lösung von Verbraucherproblemen beschäftigen. Diese Rechtsinstitute sind zum einen „der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme“ und zum anderen die „Verbrauchergerichte“.⁴

§ 2 Der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme (Art.22 tVerbrSchutzG)

A. Im Allgemeinen

Nach der Feststellung, dass klassische Gerichtsstellen und Verfahrensmethoden bei der Lösung von Verbraucherproblemen und Konflikten unzureichend waren, führten zur Suche neuer Wege. In diesem Zusammenhang wurde im türkischen Recht der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme gegründet, mit der Absicht die Verbraucherprobleme zu lösen, diese zu vereinfachen und den Verbraucher bei der Geltendmachung seiner Rechte zu ermutigen.

Der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme ist im tVerbrSchutzG unter Art.22 geregelt. Nach dieser Regelung ist das Industrie- und Handels Ministerium verpflichtet, in Provinz (-hauptstadt) und Bezirken, mindestens ein Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme zu schaffen, welcher den Zweck erfüllen soll, die durch die Anwendung dieses Gesetzes entstandenen Probleme zu lösen (Art.22 Abs.1 tVerbrSchutzG). Der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme ist eine außergerichtliche Einrichtung für Verbraucherbeschwerden. Mit der Gründung dieser Institution

⁴ Die Europäische Union zeigt großes Interesse an alternativen Formen der Streitbeilegung. Im April 2002 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Zivil und Handelssachen (Brüssel, den 19.04.2002 KOM (2002) 196 endgültig).

wird dem Verbraucher zur Durchsetzung seiner Ansprüche verholfen, denn die Praxis zeigt, dass die meisten Verbraucher wegen fehlender Rechtskenntnis oder aus Scheu vor dem erforderlichen Aufwand und dem Prozessrisiko nicht vor Gericht gehen und damit ihr Recht deshalb häufig nicht oder doch nur in begrenztem Umfang durchsetzen⁵.

Nach den Angaben vom Industrie- und Handelsministerium sind im Jahre 2004 landesweit 38.476 Verbraucherbeschwerden, beim Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme, eingegangen. Von diesen Beschwerden sind 26.207 zu Ende gegangen, wobei 22.034 zugunsten der Verbraucher ausgegangen ist. Trotz der vielen Kritiken zeigen diese Angaben, wie wichtig der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme, bei der Lösung von Verbraucherkonflikten ist. Im selben Jahr, nämlich im Jahre 2004, haben sich insgesamt 275 Touristen an einen Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme gewendet. Doch die Praxis zeigte, dass die meisten ausländischen Touristen ihre Beschwerden nicht direkt an den Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme einreichen, sondern aus Wissensmangel sich entweder an das Direktorium für Tourismus oder bei Ankunft im Heimatland sich an die türkische Botschaft wendeten. Diese Beschwerden wurden dann an das Industrie- und Handelsministerium weitergeleitet. Der Antrag an den falschen Adressaten führte somit, bei der Konfliktlösung, zur Verspätung⁶.

B. Die Entstehung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

Der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme setzt sich

⁵ von Hippel, Eike, Verbraucherschutz, 3. Auflage, Tübingen 1986, 39; Reich, Norbert/Micklitz, Hans-W, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, New York 1980, Nr.366 f.

⁶ 2004 Yılı Faaliyet Raporu (Tätigkeitsbericht vom Ministerium für das Jahr 2004), Seite 76 .

aus fünf Mitgliedern zusammen, wobei der Stadtdirektor für Industrie und Handel den Vorsitz führt. Die weiteren drei Mitglieder werden verpflichtet, vom Bürgermeister aus dem Fachpersonal; von der Rechtsanwaltskammer aus den eigenen Mitgliedern und von der Industrie- und Handelskammer und Zunft- und Handwerkskammer. Das letzte Mitglied wird von den Verbraucherorganisationen gewählt (Art.22 Abs.2 tVerbrSchutzG).

Den Vorsitz des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme wird in Provinz (-hauptstadt) und Bezirken, wo die Provinzorganisation von Industrie- und Handels Ministerium nicht vorzufinden ist, von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde oder von ihm verpflichtenden Beamten geführt. In Orten, wo Verbraucherorganisationen nicht vorhanden sind, werden die Verbraucher durch die Verbrauchskooperative vertreten. Und in Orten, wo der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme nicht Zustande gekommen ist, werden die fehlenden Mitgliedern auf dem Amtsweg durch die Stadträte ersetzt (Art.22 Abs.3 tVerbrSchutzG)⁷.

C. Zuständigkeiten des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

Der Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme ist, wie oben erwähnt, für die Erledigung, von verbraucherrechtlichen Konflikten gegründet worden, die in den Anwendungsbereich des Verbraucherschutzgesetzes fallen (Art.22 Abs.1 tVerbrSchutzG). Alle Konflikte, ausschließlich die in Art. 25 sträflich

⁷ Beim Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme erhalten der Vorsitzender, die Mitglieder und der Berichterstatter eine monatliche Sitzgebühr. Dieser Betrag wird jährlich, nach der entsprechenden Auffassung des Finanzministeriums, vom Industrie- und Handelsministerium bestimmt (Art.22 Abs.8 tVerbrSchutzG).

sanktionierten Angelegenheiten, erstrecken sich auf sachliche und örtliche Zuständigkeit des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme (Art.22 Abs.7 tVerbrSchutzG). Nach dieser Regelung fallen die verwaltungsmäßigen Geldstrafen außerhalb der sachlichen Zuständigkeit des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme.

D. Verfahrensweise des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

Der Verbraucher reicht seine Beschwerde, mit Hilfe eines schriftlichen Antrags und den Beweismitteln, an einen Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme ein. Der Verbraucher kann sich mit demselben Konflikt nicht an verschiedene Schlichtungsausschüsse für Verbraucherprobleme wenden. Gegebenenfalls kann die Gegenpartei eine Einrede der Rechthängigkeit geltend machen (Art.11 Verordnung über den Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme). Die Beschwerden werden, nach dem Bewerbungsdatum und der Nummer (eingeordnet), (und) spätestens in drei Monaten vom Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme behandelt und entschieden. Die vom Vorsitzenden als dringlich empfundene Fälle oder im Falle eines Dringlichkeitsanspruches werden die Konflikte vom Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme vorrangig entschieden. Dasselbe gilt auch, wenn es sich bei dem Verbraucher um einen ausländischen Tourist handelt (Art.12 Verordnung über den Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme).

Bei den Schlichtungsausschüssen für Verbraucherprobleme wird mindestens ein Berichterstatter beauftragt, um die Akten vorzubereiten, die der Studie des Ausschusses als Grundlage dienen soll, und um den Bericht über den Konflikt zu erstatten (Art.22 Abs.4 tVerbrSchutzG).

E. Die Rechtliche Natur der Entscheidungen des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme

Bei Konflikten mit einem Wert unter 724.99 YTL (Neue Türkische Lira)⁸ ist der Verbraucher verpflichtet, sich (zuerst) an einen Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme zu wenden (Art.22 Abs.5, Satz 1 tVerbrSchutzG). Diese Regelung beseitigt nicht die Möglichkeit, sich bei Konflikten von einem Wert über 724.99 YTL, an einen Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme zu wenden. Diese sogenannte geldliche Grenze beeinflusst nur die rechtliche Natur der Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme.

Bei Konflikten mit einem Wert unter 724.99 YTL ist die Entscheidung des Ausschusses, für die Parteien, rechtsverbindlich. Die Ausführung dieser Entscheidung richtet sich nach den Regeln über die Vollstreckung der Urteilsausfertigung des Vollstreckungs- und Konkursgesetzes. Gegen diese Entscheidung können die Parteien innerhalb von fünfzehn Tagen, beim Verbrauchergericht, Einspruch einlegen. Der Einspruch stellt die Vollstreckung der Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme nicht ein (Art.22 Abs.5 Satz 4 des tVerbrSchutzG)⁹.

In Fällen, bei denen der Verbraucher sich bei Konflikten von einem Wert von und über 724.99 YTL nicht direkt beim

⁸ Dieser im Gesetz vorgesehene Betrag steigt jedes Jahr Ende Oktober nach den im Grosshandelspreisindex des Staatlichen Institutes für Statistik entstandenen jährlichen durchschnittlichen Preisanstiegs. Dieser Umstand wird jedes Jahr im Dezember seitens des Ministeriums im Amtsblatt veröffentlicht(Art.22 Abs.6 tVerbrSchutzG). Dieser Betrag beträgt für das Jahr 2006 724.99 YTL (Amtsblatt vom 12 Dezember 2005, Nr.26021).

⁹ Doch der Richter kann auf Anspruch, durch Einstweilige Maßnahmen, die Vollstreckung der Entscheidung des Schlichtungsausschusses einstellen. Im Falle eines Einspruchs, gegen die Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme, ist das Urteil des Verbrauchergerichts rechtskräftig (Art.22 Abs.5 tVerbrSchutzG).

Verbrauchergericht, sondern an ein Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme gewendet hat, kann die Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme bei Verbrauchergerichten als Beweis angetreten werden.

Dass bei Konflikten mit einem Wert unter 724.99 YTL der Verbraucher nicht direkt beim Verbrauchergericht Klage einreichen kann, steht der Kritik offen, weil dem Verbraucher unter den oben genannten Bedingungen das Recht der direkten Klage entnommen worden ist. Jedoch hat der Gesetzgeber den Parteien die Möglichkeit gegeben, innerhalb von fünfzehn Tagen gegen die Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme beim Verbrauchergericht Einspruch einzulegen. Hiermit ist die Kritik in bestimmten Umfang beseitigt worden.

Insbesondere ist ausdrücklich klar zustellen, dass der in Art. 22 tVerbrSchutzG vorgesehener Schlichtungsweg nicht im technischen Sinn als alternatives Verfahren zur Streitbeilegung (ADR-Alternative dispute resolutions) beschrieben werden kann. Denn das ADR-Verfahren, ist in der Regel nicht bindend, egal ob der Antrag zwangsläufig gestellt worden ist oder nicht¹⁰. Doch die in Art. 22 tVerbrSchutzG vorgeschriebene Lösung sieht den Schlichtungsausschuss für Verbraucherprobleme nicht so sehr als ein ADR-Verfahren sondern viel mehr als eine Zwangsschlichtungsstelle vor¹¹, weil bei der Streitbeilegung durch Zwangsschlichtung der Antrag zwangsläufig ist und die Entscheidungen auch bindend sowie vollstreckbar sind¹².

¹⁰ vgl. Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s.29; Warbeck, Johannes Alternative dispute resolution in the world of business: a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, Part 2, June 1998, s.109.

¹¹ vgl. Ildır, s.137.

¹² Auch in der Bundesrepublik Deutschland existiert eine Vielzahl von Schlichtungsstellen, die Verbraucher betreffende Konflikte im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung auf gütlichem Wege behandeln. Doch sie

§ 3 Verbrauchergerichte (Art.23 tVerbrSchutzG)

A. Im Allgemeinen

Die Verbrauchergerichte, sind mit dem Erlass des tVerbrSchutzG prozessrechtlich entstanden und stellen zur Lösung von Verbraucherkonflikten ein wichtiges Rechtsinstitut dar. Die Gründung der Verbrauchergerichte ist aus der Notwendigkeit entstanden, die Verbraucherkonflikte mit einfachen und zügigen Methoden zu erledigen und die allgemeinen Gerichte nicht noch zusätzlich zu belasten, denn jedem ist geläufig, wie viel Arbeit sich an allgemeinen Gerichten anhäuft. Das an allgemeinen Gerichten angewandte schriftliche Verfahren führt zu einer Verlängerung des Verfahrens, wobei an Verbrauchergerichten das vereinfachte Verfahren angewandt wird, das zu einer Verkürzung der Verfahrensdauer führt. Da die Lösung von Verbraucherkonflikten ein spezielles Fachwissen erfordert und die Zahl der Verbraucherkonflikte sich in den letzten Jahren angesammelt hat, wurde die Gründung eines speziellen Gerichtes unumgänglich. Aus diesem Grund wurde ein Rechtsinstitut geschaffen, das über das notwendige Fachwissen verfügt und sich nur mit Verbrauchersachen beschäftigt: die Verbrauchergerichte¹³.

werden zumeist von Berufsorganisationen (Kammern, Verbänden) getragen und definieren ihre Zuständigkeit demgemäß branchenspezifisch. Soweit die Streitschlichtungsstellen Empfehlungen abgeben, sind diese für die Parteien in der Regel nicht bindend. Teilweise ist der Spruch der Schlichtungsstelle jedoch für die Unternehmenseite einseitig bindend. Das Verfahren findet jedoch nur dann einen endgültigen Abschluss, wenn die Parteien sich einigen und einen Vergleich schließen (siehe http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr ger de.htm). Anders als in Deutschland ist in der Türkei der Antrag an die Schlichtungsstelle (bis zu einem bestimmten Wert) zwangsläufig und deren Entscheidungen sind somit bindend sowie vollstreckbar.

¹³ Siehe und vgl. Zevkililer, Aydın/Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, S. 440; Ulukapı, Ömer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketicici Mahkemeleri), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, S.77, 88.

So werden nach Art.23 Abs.1 Satz 2 tVerbrSchutzG „Sämtliche Konflikte, die im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes auftreten, durch die Verbrauchergerichte behandelt“.

B. Entstehung der Verbrauchergerichte

Nach Art.23 Abs.1 Satz 2 tVerbrSchutzG „Der Gerichtssprengel der Verbrauchergerichte wird vom Hohen Rat der Richter und Staatsanwälte bestimmt“¹⁴.

Und gemäß provisorischem Artikel 1 heißt es: „Der Hohe Rat der Richter und Staatsanwälte beschließt, welche Gerichte bis zur Gründung der Verbrauchergerichte, deren Klagen führen werden“. Im Rahmen dieser Regelungen hat der Hohe Rat der Richter und Staatsanwälte am 22.6.1995 mit der Beschlussnummer: 437-2 beschlossen, dass ungeachtet auf den Streitwert, die mit dem Anwendungsbereich des Verbraucherschutzgesetzes auftretenden Klagen, bis zur Gründung der Verbrauchergerichte, von den Handelsgerichten, wenn nicht vorhanden von den Landesgerichten geführt werden. Dieser Beschluss gilt zurzeit für alle Städte, ausschließlich für Istanbul, Ankara und Izmir. Denn der Hohe Rat der Richter und Staatsanwälte hat mit seinem Beschluss vom 25.1.2001 mit der Beschlussnummer: 60 den Gerichtssprengel bestimmt und die Gründung der Verbrauchergerichte in den oben genannten Städten beschlossen. Dass das türkische Verbrauchergericht ein

¹⁴ Die Gründung der Verbrauchergerichte ist durch das Gesetz zu bestimmen, der Gerichtssprengel der Verbrauchergerichte wird aber nicht nach dem Gesetz, sondern vom Hohen Rat der Richter und Staatsanwälte bestimmt. Dieser Umstand stellt eine Gesetzeswidrigkeit dar. Denn die türkische Verfassung schreibt nach Artikel 142 dieses vor: „Organisation, Aufgaben und Zuständigkeiten, Arbeitsweise und Verfahren der Gerichte werden durch das Gesetz geregelt“. Gemäß Art. 9 Abs. 1 des tZPO ist das Gericht zuständig, wo der Beklagte bei der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz hat, sofern das Gesetz etwas anderes nicht bestimmt.

einzelrichterliches Gericht ist, wurde vom Hohen Rat der Richter und Staatsanwälte entschieden¹⁵.

C. Zuständigkeiten der Verbrauchergerichte

I. Örtliche Zuständigkeit

Im tVerbrSchutzG ist in Bezug auf örtliche Zuständigkeit der Verbrauchergerichte eine besondere Vorschrift vorgesehen. Nach dieser Vorschrift können Verbraucherklagen auch an dem Gericht am Wohnsitz des Verbrauchers angerufen werden (Art.23 Abs. 3 tVerbrSchutzG). Im Rahmen dieser Vorschrift gilt auch die allgemeine Zuständigkeitsregel der türkischen Zivilprozessordnung (tZPO). Demnach ist das Gericht zuständig, wo der Beklagte bei der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz hat, soweit in anderen Gesetzen keine Sonderregelung für verbraucherrechtliche Sachen getroffen wurde. (Art. 9 Abs. 1 des tZPO). Somit ist dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben, entweder an seinem eigenen Wohnsitz oder am Wohnsitz des Beklagten eine Klage zu erheben.

II. Sachliche Zuständigkeit

Nach Art.23 Abs.1 Satz 1 des tVerbrSchutzG werden sämtliche Konflikte, die im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des Verbraucherschutzgesetzes auftreten, durch die Verbrauchergerichte behandelt.

Das Ziel dieses Gesetzes ist, die Gesundheit und Sicherheit sowie das wirtschaftliche Interesse des Verbrauchers schützende, ihn aufklärende, bildende, seinen Schaden ersetzende und ihn vor den, aus der Umwelt stammende, Gefahren schützende

¹⁵ Beim Verbrauchergericht sind ein Richter, ein Leiter der Gerichtskanzlei, ein Gerichtsschreiber und ein Gerichtsdiener tätig.

Vorkehrungen zu treffen und die Verbraucher zur Durchsetzung individueller Ansprüche anzu-spornen sowie freiwillige Organisationen zu fördern, damit die Bildung von Politiken in Bezug auf die obengenannten Zielen verwirklicht werden können (Art. 1 tVerbrSchutzG).

Mit den oben genannten Zielen verwirklichten sämtliche Geschäfte, erstrecken sich auf den sachlichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes, wobei der Verbraucher eine der Parteien ist. Solch ein Geschäft ist als Verbrauchergeschäft genannt worden, folglich werden die aus diesem Geschäft stammenden Konflikte durch das Verbrauchergericht behandelt¹⁶.

D. Das Verfahren vor dem Verbrauchergericht

Die Klagen beim Verbrauchergericht werden nach den Regeln der türkischen Zivilprozessordnung (tZPO) siebter Titel vierter Abschnitt (vereinfachtes Verfahren) durchgeführt (Art.23 Abs.2 tVerbrSchutzG). Nach dieser Regelung wird das vereinfachte

¹⁶ Das türkische Revisionsgericht (Kassationsgerichtshof) hat in mehreren Grundscheidungen ausgesprochen, dass alle Geschäfte eines Verbrauchers dem Verbraucherschutzgesetz unterliegen. Der Schutz des Verbrauchers und seiner wirtschaftlichen Interessen gehöre zum ordre public. Doch nach der Entscheidung des türkischen Revisionsgerichts werden bei, aus werkvertraglichen Streitigkeiten stammenden, Klagen das tVerbrSchutzG nicht angewandt (siehe Yarg. 15. HD., 9.4.2002 tarihli ve 2001/5915 Esas, 2002/1689 Kararı (siehe Yargıtay Kararlar Dergisi, Eylül 2002, Sayı 9, sayfa 1364-1365); H.G.K. 2003/15-498; 2003/493; H.G.K. 2003/15-127;2003/102 (siehe diese Entscheidungen, Kadioğlu, Kamil, Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2005, seite 43-52). Diese Entscheidungen stehen der Diskussion offen. Denn alle Verbrauchergeschäfte, wobei der Verbraucher eine der Parteien ist, fallen nach Artikel 2 unter dem Anwendungsbereich des tVerbrSchutzG. Auf gleicher Weise wurde im Gesetz (Art.3/d tVerbrSchutzG) die Dienstleistung definiert als „alle entgeltlichen oder nutzbringenden Tätigkeiten ausschließlich der Güterverschaffung“. Aus diesem Grund fallen alle Dienstleistungsgeschäfte wie zum Beispiel, der Werkvertrag, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, unter dem sachlichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes.

Verfahren (Art.507-511 des tZPO) angewandt¹⁷. Diese Verfahrensweise dient sowohl der Beschleunigung und Vereinfachung des verbrauchergerichtlichen Verfahrens wie auch der Entlastung der Verbrauchergerichte.

Bei den Verbrauchergerichten wird die Klageerhebung mit der Klageschrift, in zweifacher Ausfertigung, eingereicht (Art. 508 des tZPO)¹⁸. Der Klageschrift werden schriftliche Beweismittel hinzugefügt. Da bei Konflikten von einem Wert von und über 724.99 YTL die Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme bei Verbrauchergerichten als Beweis angetreten werden kann, sollte auch dieses mit der Klageschrift eingereicht werden.

Das Verfahren beim Verbrauchergericht geschieht durch mündliche Verhandlung.

E. Die Klage erhebende Parteien beim Verbrauchergericht und die Prozesskosten

Der Verbraucher, das Industrie- und Handels Ministerium und die Verbraucherorganisationen können beim Verbrauchergericht Klage erheben, wie es in der Art.23 Abs.2 und Abs.4 tVerbrSchutzG formuliert ist „Klagen, die beim Verbrauchergericht von Verbrauchern, Verbraucherorganisationen und von Ministerium erhoben werden, ...“ und „Infolge der Gesetzeswidrigkeit (gegen das Verbrauchergesetz) und zum Zweck der Unterlassung der gesetzeswidrigen Lage, können das Ministerium und die Verbraucherorganisationen in Fällen, die im allgemeinen die

¹⁷ In der türkischen Zivilprozessordnung sind verschiedene Verfahrensarten vorgesehen. Diese sind schriftliches Verfahren, mündliches Verfahren, vereinfachtes Verfahren und beschleunigtes Verfahren. Der Gesetzgeber hat sich im tVerbrSchutzG für das vereinfachte Verfahren entschieden.

¹⁸ Im Gegensatz zum deutschen Zivilprozessrecht vgl. § 495a ZPO.

Verbraucher betreffen und nicht einzelne Verbraucherprobleme darstellen, Klagen bei Verbrauchergerichten einreichen...“.

Neben dieser Klage erhebenden Personen haben auch wie zum Beispiel die Verkäufer, die Dienstanbieter und andere einen Klageanspruch. Doch diese Klagen sind abgabe- und gebührenpflichtig.

Mit der in Art.23 Abs.4 tVerbrSchutzG beschriebenen Regelung wurde im türkischen Recht die Verbandsklage geregelt¹⁹. Die Verbandsklage ist im Gesetz als Unterlassungsklage vorgesehen²⁰. Denn das Ministerium und die Verbraucherorganisationen können nach dieser Regelung eine Klage auf Unterlassung von rechtswidrigen Störungen erheben. Hierbei handelt es sich um Schutz des öffentlichen Interesses, nämlich konkreter ausgedrückt, um den Verbraucherschutz²¹.

¹⁹ In Art. 24 tVerbrSchutzG wurde eine weitere Verbandsklage vorgesehen. Nach dieser Regelung können die Verbraucher, die Verbraucherorganisationen und das Ministerium für die in Verkehr gebrachte fehlerhafte Serienware die Unterlassungsklage erheben, um die Produktion und den Verkauf dieser fehlerhafte Serienwaren zu stoppen.

Im türkischen Recht gibt es in Bezug auf die Verbandsklagen neben dieser Regelungen noch eine weitere Regelung, nämlich in Art. 58 Abs.3 des türkischen Handelsgesetzbuches. Diese Regelung bezieht sich auf den unlauteren Wettbewerb und nach dieser Regelung können die Industrie- und Handelskammern, die Kleinhändler-Vereinigungen, die Börsen und die nach ihren Richtlinien zum Schutz von wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugten, beruflichen- und wirtschaftlichen Vereinigungen, für sich selbst oder für ihre Mitglieder Klagen erheben.

²⁰ Im Rahmen des Programms zur Verbesserung des Rechtsschutzes für Verbraucher haben das Europäische Parlament und der Rat auf Vorschlag der Kommission die Richtlinie 98/27/EG vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen erlassen (ABl. EG Nr. L 166, S.51); Vgl. § 13 II des deutschen AGB-Gesetz (jetzt § 3 I UKlaG) und § 13 II UWG (Dazu Kemper, s. 464 ff.); Im Unterschied zu den Verbandsklagen in § 3 I UKlaG und § 13 II UWG, die nur auf Unterlassung gerichtet sind, kann es sich bei Gruppenklagen (in einigen angloamerikanischen Rechtsordnungen class action) durchaus um Zahlungsklagen handeln (siehe Schack, Haimo, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2003, s.83).

²¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 16. Auflage, München 2004, § 47, Nr.1; und siehe, Musielak, Hans-Joachim/Weth, Stephan, Zivilprozessordnung

Klagen, die beim Verbrauchergericht von Verbrauchern, Verbraucherorganisationen und vom Ministerium erhoben werden, sind abgabe- und gebührenfrei. Bei den von Verbraucherorganisationen erhobenen Klagen, werden die Sachverständigengebühren nach Artikel 29 seitens des Ministeriums von speziellen Fonds zur Verfügung gestellt. Wenn die Klage mit einem Ergebnis zuungunsten des Beklagten endet, werden die Sachverständigengebühren nach dem Gesetz über den Einziehungsprozess von öffentlichen Forderungen vom Beklagten eingezogen und nach den in Art.29 geregelten Grundlagen dem Staatshaushalt, als besondere Einnahme, eingeschrieben (Art.23 Abs.2 tVerbrSchutzG).

Die Entscheidungen der Verbrauchergerichte, über die Beseitigung der gesetzwidrigen Lage, werden wiederum, mit der Absicht die Kosten vom Beklagten einzuziehen, mit demselben Verfahren unverzüglich veröffentlicht (Art.23 Abs.6 tVerbrSchutzG).

F. Die Entscheidungen des Verbrauchergerichtes

I. Im Allgemeinen

Nach dem türkischen Verbraucherschutzgesetz kann der Antrag des Klägers auf zwei verschiedene Wege erfolgen. Der Antrag kann gestellt werden zum einen durch Einspruch gegen die Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme und zum anderen durch Klageerhebung direkt am Verbrauchergericht. Bestimmend hierbei ist der Konfliktwert²².

Kommentar, 3. Auflage, München 2002, § 51, Rn.33; Jouerning, Othmar, Zivilprozeßrecht, 27. Auflage, München 2002, s.76.

²² Je nachdem ob der Wert unter oder über 724.99 YTL ist.

II. Rechtliche Natur der Entscheidungen vom Verbrauchergericht

a. Einstweilige Maßnahmen

Wie oben erwähnt können die Parteien bei Konflikten mit einem Wert unter 724.99 YTL innerhalb von fünfzehn Tagen, gegen diese rechtsverbindliche Entscheidung des Ausschusses beim Verbrauchergericht, Einspruch einlegen. Der Einspruch stellt die Vollstreckung, der Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme, nicht ein. Die rechtliche Natur dieses Einspruchs ist keine Revision.

Doch der Richter kann auf Anspruch, durch Einstweilige Maßnahmen, die Vollstreckung dieser Entscheidung des Schlichtungsausschusses einstellen.

Außerdem, können im Falle einer vom Industrie- und Handels Ministerium und von Verbraucherorganisationen beim Verbrauchergericht erhobenen Klage die Verbrauchergerichte, bei Bedarf durch einstweilige Maßnahmen, sich für die Einstellung der Verletzung entscheiden. Die Entscheidungen über die einstweiligen Maßnahmen werden, mit der Absicht die Kosten nachher von der unterliegenden Partei einzuziehen und nach den in Art.29 geregelten Grundlagen dem Staatshaushalt als besondere Einnahme einzuschreiben, in einer der landesweit publizierten Zeitungen durch die Presse- und Veröffentlichungsgesellschaft und außerdem bei Vorhandensein in einer am Ort der Klagenerhebung publizierten Lokalzeitung, unverzüglich veröffentlicht (Art.23 Abs.5 tVerbrSchutz).

b. Urteil

Bei Konflikten mit einem Wert unter 724.99 YTL ist die Entscheidung des Ausschusses, für die Parteien rechtsverbindlich

und vollstreckbar. Im Falle des Einspruchs gegen diese verbindliche und vollstreckbare Entscheidung des Schlichtungsausschusses für Verbraucherprobleme, ist das Urteil des Verbrauchergerichts rechtskräftig. Gegen diese Entscheidung kann nicht Revision eingelegt werden.

Bei Konflikten von einem Wert von und über 724.99 YTL kann die Klage direkt beim Verbrauchergericht erhoben werden. Bei diesen Klagen und bei den vom Industrie- und Handelsministerium sowie von Verbraucherorganisationen beim Verbrauchergericht erhobenen Klagen ist das vom Verbrauchergericht gefällte Urteil grundsätzlich revisionsfähig. Nachdem Einreichen der Klage als zu verhandelnde Streitsache, verhandelt das Gericht den Fall und fällt sein Urteil. Durch das Urteil wird der Rechtsstreit in rechtlicher Hinsicht endgültig erledigt. Gegen das vom Verbrauchergericht gefällte Urteil ist grundsätzlich Revision zulässig. Wenn das Urteil die beweglichen Sachen oder das Geld betrifft, muss die Höhe des Streitwerts 1000 YTL überschreiten (Art.427 Abs.II tZPO), damit die Revision zulässig ist. Für die Revision ist das Revisionsgericht (Kassationshof), zuständig. Die Revisionsfrist beträgt 15 Tage. Die Frist beginnt erst mit der Zustellung des Urteils an die Parteien (Art. 432 tZPO). Das Revisionsgericht kann das Urteil des Verbrauchergerichts entweder bestätigen oder aufheben. Gegen die Entscheidung des Revisionsgerichts können die Parteien die Berichtigung der Entscheidung, bei dem gleichen Zivilsenat des Revisionsgerichts, beantragen. Aber bei Klagen mit einem Streitwert über 6000 YTL kann die Berichtigung des Urteils beantragt werden (Art.440 tZPO). Die Klage ist durch das Verbrauchergericht abzuweisen, wenn das Gericht örtlich oder sachlich nicht zuständig ist oder andere Prozessvoraussetzungen fehlen. Gegen solche erstinstanzliche Entscheidungen ist Revision und Berichtigung der Entscheidung zulässig, weil sie das Verfahren beenden. Gegen die Urteile des Verbrauchergerichtes ist Wiederaufnahme des Verfahrens auch zulässig.



TENTATION DE LA FEDERALISATION – OPPORTUNITE OU MENACE?

**ANAMARIA BUCUREANU ET
MADALIN-SAVU TICU***

Abstract

The European Union represents an entity with a dual nature, borrowing mechanisms and drafts specific to both the international organizations and to the states. The economic integration, the base of the entire Community construction, inevitably attracts the legal and political integration. The founders of the European Communities saw the economic integration like a stage in the evolution towards the European confederation. Will the European Union become, during its developpement, a federation ? Which are the factors that stimulate such an evolution and those which do it improbable? Which will be the impact on the Member States and the European citizens? The European Union constitutes the most complex model of developpement and abordation of individual and social problematic. On the international level, it enters in competition with federal states of continental size. The acceleration of historical time also accelerates decisions and actions of the men and the states. The federalism is more adequate with this reality. The lack of the current political good-will in the direction of the federalisation is obvious. However, international reality is an extremely important factor in the option of federalisation.

***ANAMARIA BUCUREANU ET MADALIN-SAVU TICU, ASSISTANTS
UNIVERSITAIRES, FACULTE DE DROIT “NICOLAE
TITULESCU”, UNIVERSITÉ DE CRAIOVA, ROUMANIE.**

CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES

L'Union Européenne est confrontée avec les plus grandes provocations de son histoire. Celles-ci sont déterminées, en principal, par les adhésions successives des pays de Centre et de l'Est de l'Europe, après la chute du communisme. Les différences de développement économique et social entre ses membres, le grand nombre des intérêts à concilier, donnent l'essence de ces provocations. "Le fonctionnement des Communautés, efficient dans une formule restreinte, se confrontera avec des difficultés dans les conditions d'un nombre élevé des pays, qui présentent assez souvent des problèmes nombreux et des intérêts divergentes, fait qui engendra entre autres la difficulté, voire l'impossibilité, d'atteindre le consensus, en définitif une fréquence accrue des crises communautaires"¹. Sur le plan international, l'Union se trouve en compétition avec des Etats fédéraux de dimensions continentales, qui actionnent rapidement et avec fermeté, grâce à leur organisation politique, force économique et militaire. Dans le nouveau contexte interne et international, après la chute du mur de Berlin, l'Europe communautaire doit aborder la fédéralisation comme une solution technique, inhérente à son développement et à l'efficacité de ses actions.

Pourtant, étant donné la spécificité de la civilisation européenne, la fédéralisation n'est pas et ne sera pas facilement acceptée par les peuples de l'Europe. Le problème essentiel ne vise pas tant les transformations fonctionnelles et institutionnelles engendrées par la fédéralisation, que les particularités de la civilisation et de l'histoire des *peuples nations* de l'Europe. L'essence de la civilisation européenne est donnée par "la diversité et l'hétérogénéité de l'espace européen – beaucoup pensent que cette diversité est une réalité insurmontable, dont le mépris peut être assez dangereux. Peuples, ayant des cultures différentes,

¹ A. Vasilescu, *Le fédéralisme et l'avenir de l'Union Européenne*, Sphère de la politique, n. 115, www.Sferapoliticii.ro

peuvent vivre ensemble sous le même parapluie économique, même s'ils ont une sanglante histoire commune, mais cela n'implique pas une cohabitation aussi bonne dans une véritable fédération, qui couvrirait tous les domaines d'importance vitale pour les nations composantes"².

Le fédéralisme est perçu, en général, comme la fin des souverainetés nationales et de l'autodétermination (principes qui ont représenté le noyau dur de la politique européenne pendant les dernières décennies), comme un péril insurmontable pour les traditions et la conscience nationale. A notre sens, cela représente un point de vue dramatique et inefficace du fédéralisme. La vie de l'individu et la vie des collectivités signifie transformation, mouvement. Le futur ne se construit pas en regardant le passé, mais *en le respectant*. Le respect des diversités représente un des principes du fédéralisme. Nous devons trouver les meilleures solutions pour notre époque, pour un développement commun, bénéfique à tous, pour un rôle politique important sur le plan mondial. Il faut qu'on donne au passé toute la considération. En même temps, il faut qu'on vive en présent, il faut qu'on sorte de l'influence néfaste du passé. Les meilleures solutions sont les solutions techniques, non pas les solutions émotionnelles.

Le fédéralisme constitue peut-être la meilleure solution technique pour les complexes problèmes de l'Europe communautaire, tenant compte des nombreux intérêts à concilier. Le fédéralisme est aussi ouvert sur l'avenir. Il réponds aux provocations de l'intégration étendue et constitue un remarquable atout face aux nouvelles provocations sociales et technologiques. Un fédéralisme complet et assumé, "la dernière brique dans la construction européenne"³, doit être considéré comme une chance pour l'Europe. Il permettait à l'Union Européenne de se transformer dans une entité fonctionnelle, de devenir un acteur politique

² Idem

³ Formule appartenant à un discours de l'ancien ministre allemand des Affaires Etrangères, Joscha Fischer, tenu à L'Université de Berlin, en mai 2000

puissant sur la scène internationale⁴.

Les craintes et les suspicions concernant le fédéralisme sont assez souvent engendrées par une mauvaise connaissance de son fonctionnement (A). En réalité, le fédéralisme suppose décentralisation et pluralité des centres politiques et administratives. De ce point de vue, les avantages sont multiples. Dans une deuxième part de l'ouvrage, nous allons souligner les possibles répercussions négatives de ce système politique (B).

A. UN FEDERALISME FLEXIBLE POUR L'UNION EUROPEENNE

Le fédéralisme n'est pas un modèle rigide, mais un ensemble des systèmes, de structures et des processus adéquats, reposant sur quelques principes fondamentaux⁵. L'Union Européenne même invente aujourd'hui un modèle d'organisation qui s'apparente au fédéralisme. Celui-ci suppose sans cesse créativité institutionnelle et politique.

Le fédéralisme repose sur une organisation et une répartition des pouvoirs, fait qui permet la sauvegarde de la diversité en unité. Nous sommes en présence d'un modèle de gouvernement, créé à partir d'une convention, "associant des communautés politiques

⁴ Dans une certaine mesure, le fédéralisme est consubstantiel à l'Union Européenne. La déclaration du Ministre Français des Affaires Etrangères, Robert Schuman, de 9 mai 1950, le premier pas politique pour la construction des Communautés Européennes, illustre l'intention fédéraliste des pères fondateurs : « Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensable à l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes. Par la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une *Fédération européenne* indispensable à la préservation de la paix. »

⁵ Dan Claudiu Dănișor, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ed. Universitaria, Craiova, 1999, pp.37-40

séparées et égales"⁶, pour agir ensemble, conservant à la fois leurs particularités. La convention fondatrice établit les institutions communes, les principes constitutifs de l'organisation et les modalités de fonctionnement, ainsi que les buts communes à atteindre⁷.

Le fédéralisme garantit la diversité, sous toutes ses formes. Son fondement est représenté par la compatibilité des régimes politiques, le respect des droits fondamentaux et des principes démocratiques⁸.

Le fédéralisme repose sur la séparation des compétences, autonomie et participation.

Conformément au principe de la séparation, les compétences législatives et exécutives sont réparties entre le niveau fédéral et le niveau fédéré. Parmi les compétences exclusives attribuées au pouvoir fédéral figurent en règle les affaires étrangères, la sécurité et la défense, la politique commerciale, monétaire et macro-économique. Ces compétences, ainsi que leur partage, sont établies par la Constitution. En général, l'Etat fédéral n'exerce que les pouvoirs qui lui sont expressément attribués par la Constitution. Les autres compétences sont soit réservées aux Etats fédérés, soit sont concurrentes. La solution des conflits de compétence entre les autorités fédérales et les autorités fédérées, est de la compétence soit d'une instance fédérale suprême, soit d'une cour constitutionnelle⁹. S'il n'y a pas des ressources

⁶ Institut pour la démocratie en Europe, «*Réflexions sur le fédéralisme* », Paris, le 26 septembre 2001.

⁷ Idem

⁸ De ce point de vue, les états européens présentent des prémisses fédérales. Tous les états membres de l'Union se caractérisent par des régimes politiques démocratiques, avec un grand degré de compatibilité. Evidemment, la compatibilité est plus accentuée entre les états fondateurs de l'U.E. et ceux qui ont adhéré au début, mais on trouve aussi des démocraties fonctionnelles dans les états du centre et de l'est de l'Europe.

⁹ Dan Claudiu Dănişor, *op. cit.*, pp. 38

suffisantes au niveau local, on recourt à la mise en commun des capacités et des ressources fédérées, conformément au principe de la subsidiarité. A présent, la subsidiarité, à cote de la proportionnalité, représentent les règles fondamentales du fonctionnement de l'Union Européenne¹⁰. Ni a présent, ni dans les conditions d'une fédéralisation, l'Union n'interviendrait pas dans les domaines ou les Etats fédéraux présentent des ressources suffisantes¹¹.

Le principe de l'autonomie suppose que chaque niveau est autonome dans ses propres compétences. Ainsi, chaque entité fédérée peut construire son propre système politique et juridique, a condition de respecter le pacte fédéral.

Le principe de la participation assure la représentation et la participation des Etats fédérés à la prise des décisions fédérales. Cette participation se concrétise dans le bicaméralisme, dans le cadre duquel la deuxième chambre représente les Etats fédérés. La fédéralisation de l'Union Européenne déterminerait la transformation du Conseil des ministres dans une deuxième chambre du Parlement européen.

L'Etat fédéral suppose l'existence d'un équilibre entre les grands Etats fédérés et les Etats moyens et petits, pour prévenir toute forme d'hégémonie. La procédure décisionnelle de l'Union Européenne a la même mission.

L'équilibre doit caractériser les intérêts des Etats fédérés. Cet équilibre s'exprime par l'intérêt général fédéral. La différence significative est donnée par la rapidité de l'obtenir, grâce à une procédure de décision reposant sur la majorité simple. La politique étrangère et de sécurité commune, ainsi que la justice et

¹⁰ Bianca Maria Carmen Predescu, *Le principe de subsidiarité*, Edit. Sitech, Craiova, 2000

¹¹ Florina Laura Neculai, *Une Europe fédérale, ça serait comment ?*, Un exercice de visionnarisme pour la jeune génération, www.medru.be.

les affaires étrangères fonctionnent selon la règle du consensus¹². Voilà la principale raison pour laquelle la réaction de l'Union Européenne a tellement attardé dans des multiples circonstances. Comme conséquence, son rôle politique international a été secondaire.

L'équilibre dont le fédéralisme suppose, n'est jamais définitif. Le fédéralisme est un processus dynamique, "reposant sur une recherche des équilibres variables entre l'intégration fédérale et les différenciations fédérâtes"¹³.

L'Union Européenne tend (évolution nécessaire pour le fédéralisme) de se rapprocher de plus en plus de ses citoyens. L'approchement se fait d'une manière directe, par l'intermédiaire de la citoyenneté européenne. Le rôle agrandi du Parlement Européen, les politiques et les normes juridiques communautaires s'adressant directement aux citoyens et l'accès direct devant la CJCE, en représentent des éléments éloquentes. "L'Union est plutôt une société des citoyens qu'une société des nations, car ses décisions sont directement applicables aux citoyens des Etats membres"¹⁴.

En conclusion, le fédéralisme crée un cadre propice à l'accomplissement des projets de chaque communauté, dans l'esprit des objectifs communautaires. Celui-ci représente la seule solution viable, si l'Europe communautaire veut aller plus loin, dans les conditions de 27 Etats membres. Rien n'empêche l'Europe de penser son propre fédéralisme, d'inventer (ce qu'elle a toujours fait) le plus adéquat système fédérale a ses besoins et a ses particularités.

¹² Cette structure, avec trois pylônes, a été introduite par le Traité de Maastricht (1993), traité qui a créé aussi L'Union Européenne.

¹³ Institut pour la démocratie en Europe, «*Réflexions sur le fédéralisme* », Paris, le 26 septembre 2001, pp. 16

¹⁴ Idem

B. LA FEDERALISATION, UNE MENACE ?

Le rêve des pères fondateurs de la construction communautaire a été la réalisation d'un climat de paix, d'équilibre conflictuel au niveau de l'espace européen. Donc on peut dire que l'Union Européenne, comme elle se présente aujourd'hui, après les métamorphoses souffertes, elle naît d'une nécessité – le besoin d'instaurer et consolider la paix. De point de vue politique, on doit observer que le moyen par lequel on pouvait conserver la paix après la deuxième guerre mondiale était la création d'une « Fédération européenne » (voir la 4-ème note de sous-sol). Donc les créateurs du « rêve communautaire » ont eu, dès le début, la représentation de la finalité de la construction qu'ils démarraient : la création d'un état européen qui puisse pondérer les excès nationaux, en promouvant en échange le fond commun européen compris comme la matrice spirituelle qui devrait donner cohésion, cohérence et solidarité aux états nationaux. Quoique plus d'un demi-siècle soit passé, la Fédération européenne n'est pas encore réalisée ; et peut-être elle ne sera guère...

A cette heure, l'U.E. se trouve au milieu, entre une confédération d'états et un état fédéral, empruntant des éléments de ces formes d'état (états) et en nous révélant une troisième forme d'état, située entre les deux déjà précisées, une forme hybride. A la première vue, l'U.E. est plus proche d'une confédération que d'un état fédéral parce qu'elle se constitue dans « une association d'états fondée sur le droit international et non pas sur le droit constitutionnel¹⁵ », les états gardant leur souveraineté et coopérant en quelques domaines. L'Union Européenne c'est un exemple classique de confédération technique, « qui évolue vers le fédéralisme, introduisant progressivement les éléments de celui-ci¹⁶ ».

¹⁵ Dan Claudiu Dănișor, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ed. Stiintifica, Bucuresti, 1997, pp.36

¹⁶ Ibidem, p.37

Le but de l'Union¹⁷ : créer un marché commun, créer un espace économique harmonieux développé, est devenu au fur et à mesure seulement un moyen, s'est métamorphosé dans un instrument par lequel « l'Union Européenne aspire à se comporter comme une fédération¹⁸ ». Sous les auspices de la formation de cet espace économique commun, la construction communautaire est ni plus ni moins qu'« une forme de fédéralisme par intégration qui se trouve au début (...) qui progresse vers un dépassement de l'état national, essayant d'unifier sous une administration commune des peuples avec des cultures, langues et niveau économiques différents¹⁹ ». Et surtout celui-ci c'est l'aspect qui nous montre le fédéralisme comme une menace : les obstacles donnés par les différences nationales, linguistiques et économiques. Et ça non parce que l'idée d'une fédération est quelque chose de dangereux par elle-même, mais parce qu'on a une trop grande diversité qui puisse être insurmontable quoiqu'on évoque toujours un substratum européen commun.

Créer une fédération n'est pas du tout si difficile que la maintenir. Peut-être la perspective de la fédéralisation est plus incitante pour un état européen moins important ou pour un état qui se trouve en train d'intégration, que pour un état développé, avec un rôle de « locomotive » dans l'engrenage communautaire. C'est bien ici le point névralgique : quelle est la disponibilité des « grands » états de céder et quelle est la disponibilité des « petits » états d'offrir.

Quoiqu'on ne se trouve pas encore « en présence d'une intégration politique, parce que les états membres n'ont pas disparu, ils ne se sont pas dissous dans un supra-état, en gardant leur identité, individualité et le caractère distinctif, y inclus sous

¹⁷ Voir l'article 2 du Traité CEE

¹⁸ B.M.C. Predescu, I. Predescu, A. Roibu, *Le principe de subsidiarité*, R.A. Monitorul Oficial, București, 2001, p.52

¹⁹ Dan Claudiu Dănișor, *op. cit.*, p. 37

aspect économique, parce que même ici l'intégration est partielle et pas totale²⁰ », on est tout de même « en présence d'un mécanisme (l'U.E. – n.n.) qui limite la souveraineté des états membres²¹ », quoique ce mécanisme ne donne pas la possibilité de naissance pour un nouveau état, comme c'est le cas du fédéralisme.

Cette limitation de la souveraineté des états membres de l'U.E. est, à vrai dire, une autolimitation parce que celui qui crée l'Union c'est l'état. L'Union actionne seulement dans les limites établies par l'état. Pourtant la tendance actuelle de l'Union est celle de « rompre », de sortir de l'empire des décisions étatiques, d'autonomisation (on est tous d'accord qu'une telle affirmation puisse paraître à moins bizarre). L'Union est presque devenue un organisme vivant, indépendant, qui s'avance en vertu d'une certaine inertie, de soi-même, ayant pour but de préserver et consolider son être. Peut-être pour cette raison le chemin vers la fédéralisation commence à paraître une nécessité. La construction communautaire, comme elle se révèle à nous aujourd'hui, n'est pas suffisamment rapide, viable et homogène en décision comme l'évolution de la société contemporaine le requiert. Ce plus de dynamisme, de rapidité et cohérence au niveau décisionnel pourrais transformer l'Union dans un acteur beaucoup plus redoutable sur la scène des grandes puissances actuelles. Et ces éléments, dans notre opinion, ne peuvent pas être apportés que par la solution technique (et on souligne : *la solution technique* !) nommé fédéralisation. Pourquoi seulement une solution technique ? Parce que la fédéralisation ne peut pas être qu'une solution temporaire, une solution de compromis. Même si on arrivera à un état fédéral, la solution ne serait pas durable parce que l'essence même du substratum spirituel européen c'est la diversité. Peut être autre serait la situation si on mettrait plus l'accent sur le fond commun chrétien que sur le développement du marché commun. Le manque de la base

²⁰ B.M.C. Predescu, I. Predescu, A. Roibu, *op. cit.*, p. 54

²¹ Dan Claudiu Dănişor, *op. cit.*, p. 41

religieuse, du fondement chrétien européen²² (nul part mentionné dans les traités) fait de l'Union Européenne une construction pragmatique dépourvue du pylône religieux qui pourrait constituer pour cet organisme artificiel un réel *axis mundi*. Le rêve communautaire ne pourra pas s'accomplir que s'il aura une très forte « armature » philosophico-religieuse. Le marché unique, la monnaie Euro, la libre circulation (dans le sens large), le tarif douanier unique ne peuvent pas constituer des fondements réels ; ils sont seulement des simples instruments dans la réalisation d'un édifice communautaire durable.

Plus qu'une menace, la fédéralisation c'est une nécessité, une solution purement technique qui aidera l'Union de sortir de cette impasse actuelle et de parcourir aussi l'autre moitié du chemin commencé il y a plus d'un demi-siècle.

Mais peut être la société européenne actuelle n'est pas encore préparée pour un tel pas. Les pulsations nationales, la diversité, le multiculturalisme paraissent tout autant d'obstacles. En réalité, un état fédéral ne signifierait point la disparition de la diversité, l'élimination des caractères et caractéristiques nationales, l'éradication du spécifique culturel des états membres. Par contre, peut être un tel état valoriserait mieux ces éléments. On ne parle pas en vain d'« une union plus étroite entre les peuples de l'Europe²³ », mais seulement « dans le respect de leur histoire, culture et traditions ». De ces idées tirent leurs racines les deux principes capitaux : la subsidiarité et la proportionnalité, des principes qui montre « le manque de volonté politique pour la

²² Pour plusieurs détails voir Herbert Schambeck, *Integration und christentum in Europa – ein beitrag zur verantwortung in unserer zeit*, pag.11-25, communication présentée à l'occasion de la conférence internationale *The "acquis communautaire" a need for the european integration*, Pitești, 7-8 aprilie 2006, Ed.Universității din Pitești

²³ Le préambule du traité instituant la Communauté européenne et le préambule du traité sur L'union Européenne.

fédéralisation²⁴ ».

On doit mettre l'accent sur la diversité qui est le concept-clef qui peut sauver la construction communautaire. Même si, pour l'instant, les états de l'Union « ne désirent pas évoluer vers une fédération européenne, parce qu'ils manquent la volonté politique en ce sens, paradoxalement il est possible que l'U.E. se transformera dans une fédération, contrairement au désir des états, mais sous la pression de la réalité internationale²⁵ ». On se trouve devant un paradoxe : on a, d'une côté, la tentation et la nécessité de la fédéralisation, et de l'autre côté on a le souvenir du sacrifice des millions de personnes qui sont morts dans la lutte pour défendre les valeurs et les idéaux nationaux. Comment peut-on concilier une telle situation ?! A l'aide du droit, compris comme un instrument qui appuie la fédéralisation, procès qui n'est ni bon, ni mal, mais qui constitue seulement une nécessité à long terme. Le droit est celui qui peut restituer l'unité, la cohérence et la continuité du spécifique européen, doublé bien sûr par le facteur religieux et moral.

C. L'UNIFICATION JURIDIQUE, UN PREMIER PAS VERS LA FEDERALISATION²⁶

Beaucoup des gens pourraient considérer comme une preuve du manque de volonté pour la fédéralisation le rejet du projet de

²⁴ Anamaria Bucureanu, Mădălin-Savu Ticu, *Le code civil européen entre opportunité et utopie*, p.494, communication présentée à l'occasion de la conférence internationale *The "acquis communautaire" a need for the european integration*, Pitești, 7-8 aprilie 2006, Ed.Universității din Pitești

²⁵ Ibidem, p.494

²⁶ Pour plusieurs détails sur l'unification du droit privé européen et l'adoption d'un Code civil européen voir Anamaria Bucureanu, Mădălin-Savu Ticu, *Le code civil européen entre opportunité et utopie*, communication présentée à l'occasion de la conférence internationale *The "acquis communautaire" a need for the european integration*, Pitești, 7-8 aprilie 2006, Ed.Universității din Pitești

Constitution européenne (qui est en fait un traité et pas du tout une constitution dans le sens classique) par la France et les Pays-Bas. En réalité, ceux qui ont rejeté ce projet qui peut nous faire penser, plus ou moins, à un état fédéral, ont été les citoyens et non pas les états. En ce qui les concerne, les états vont sinon vers la fédéralisation au moins vers une intégration plus profonde que celle actuelle ; mais ceux qui rejettent ces idées sont les citoyens ou, au moins, une partie des citoyens. Mais quelle puissance peuvent-ils avoir devant la volonté de l'entité ? Pour combien de temps pourront-ils lui s'opposer ?

On a soulevé le problème qui concerne la nécessité d'unifier le droit privé, comme une conséquence normale de l'apparition du marché unique. Est-ce que le mécanisme du marché commun impose l'unification du droit privé ? Est-ce que le modèle allemand où la monnaie, le marché et le droit sont uniques est-il viable ? Il nous semble que même dans cette situation les choses ont été sur-licitées, parce que le modèle américain prouve d'une manière si claire qu'un marché unique et une monnaie unique ne nécessitent pas obligatoirement un droit uniforme, pour qu'ils puissent fonctionner bien. Pourtant l'Union a utilisé tous les arguments et les leviers nécessaires pour imposer, quoiqu'elle manque totalement les compétences dans ce domaine, l'idée d'un Code civil européen. Ce Code civil, qui est utopique, aurait l'ambition de réglementer le comportement et les relations privées du « citoyen européen », ce modèle d'individu qui revendique seulement en subsidiaire son appartenance à une structure nationale, parce que la primauté est détenue par l'identité européenne.

Le Préambule du projet de Constitution européenne présente la devise de l'Union, cette structure « unie dans sa diversité », formule heureuse parce qu'elle exprime très bien l'idée que l'unité n'est pas identique avec l'uniformité et que, par contre, « les états

peuvent être unis en gardant leurs différences²⁷ ». Pourtant, par l'uniformisation des droits civils nationaux et, au fur et à mesure, par leur disparition, on ne se trouve pas devant un instrument (le Code civil européen) par lequel on met fin à « l'identité nationale des états membres » de l'U.E. ? Tant que les droits civils nationaux sont des parties importantes de l'histoire, de la culture, de la personnalité sociologique et juridique d'un état, on comprend pourquoi un tel projet de codification vise en fait « sans le dire, une fin hautement politique : promouvoir, par l'effacement des spécificités propres aux diverses sociétés nationales, l'émergence d'une société européenne, substratum humain d'un futur État fédéral européen appelé à prendre le pas sur les États-nations²⁸ ».

La Constitution européenne, le Code civil européen sont des tentatives de réglementer le comportement de l'individu européen et aussi de lui inculquer l'idée d'appartenance premièrement à l' « état européen » et seulement en subsidiaire à son état national. Il s'agit d'une question psychologique et subversive en quelque sorte qui nous renvoie à la question suivante : qu'est-ce que signifie vraiment être européen²⁹ ? Notre fond commun européen, la matrice spirituelle est-elle donnée par la culture, par l'idée d'appartenance à une certaine manière de vivre et penser, par la religion ? Comme le soutient Gérard Delanty, « si la culture dans le sens d'ethnicité ne définit pas l'europpéen, il y a peut être une identité culturelle plus large et plus inclusive qui est distinctement européenne. Pour beaucoup des gens cette identité culturelle est le Christianisme³⁰ ». Si on

²⁷ Laurent Leveneur, *Le Code civil et le droit communautaire*, pag.949, dans l'oeuvre collective "1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir", 2004, Dalloz

²⁸ Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 203

²⁹ Pour plusieurs détails voir Gerard Delanty, *What does it mean to be a "european"*, *Innovation: The European Journal of Social Sciences*; Mar 2005, Vol. 18 Issue 1, p11-22

³⁰ Ibidem, pag. 14

regarde de la perspective de quelques uns (voir les arguments en matière apportés par Joseph Weiler), les valeurs chrétiennes européennes, la tradition judéo-chrétienne devraient être insérées dans le Préambule de la Constitution européenne. C'est la même raison pourquoi d'autres³¹ soutient que la Turquie ne peut pas rejoindre la famille européenne, parce qu'elle n'est pas un pays avec une tradition et religion chrétienne.

QUELQUE COURTES CONSIDERATIONS FINALES

Les problèmes soulevés gravitent autour des questions suivantes : est-ce que le rôle des états-nations s'est diminué, peut-on parler d'un dépassement de ces états par un supra-état européen, est-ce que cette structure est-elle la solution optimale pour la situation mondiale actuelle ? Il semble que dans la dernière période « le palier économique et administratif a été complété par un mouvement vers l'intégration politique et socioculturelle, ayant pour résultat le fait que la souveraineté n'appartient exclusivement à l'état-nation³² ». Et peut-être cette chose est bonne, parce qu'elle ouvre le chemin vers une possible fédération européenne, résultat d'une nécessité d'affirmation plus accentuée de cet organisme, à l'échelle mondiale.

Une Europe fédérale apporterait plusieurs bénéfices, mais en même temps beaucoup des problèmes pour ses citoyens, aussi longtemps que, quoiqu'on essaie de promouvoir l'idée de tradition commune, d'identité européenne, les impulsions nationales, la diversité politique, culturelle, linguistique constituent des barrières pour le développement en commun. L'unité en diversité a, quand même, ses limites, au-delà desquelles on ne peut pas passer. Peut être que l'historique

³¹ Voir les affirmations de M. Giscard d'Estaing de 9 novembre 2002

³² Gerard Delanty, *Northern Ireland in a Europe of Regions*, Political Quarterly; Apr-Jun 96, Vol. 67 Issue 2, p127,

aspiration européenne vers l'empire³³, avec les racines dans le monde européen du Charlemagne du siècle XV, c'est une preuve pour la volonté de dominer le monde dans ce contexte où autres sont les pays et les forces qui dominent le monde contemporaine. Si on regarde le problème de la fédéralisation sous cet angle, on comprend pourquoi ça c'est la direction vers laquelle la construction communautaire va : réparer l'orgueil blessé, regagner la position dominante sur la scène du monde. Ou peut être tout est réduit à une question de nécessité, à une solution purement technique destinée à faire sortir d'une impasse un monde européen un peu déboussolé ?

Les questions sont plusieurs, ainsi que les réponses. Ce qui est important c'est de saisir et de mettre en balance, au-delà des menaces du passage à un état fédéral, l'opportunité d'une telle solution.

³³ Voir Louis Cartou, *Communautés européennes*, Ed. Dalloz, Paris, 1991, p.7-8



ЉУДСКА ПРАВА-ИДЕОЛОГИЈА 21.ВЕКА ИЛИ ИНСПИРАЦИЈА ЗА "ЕФИКАСАН" СУЖИВОТ?

МР ДРАГАНА ЋОРИЋ

Abstract

Is the concept of human rights only an ideology of the 21 st century, which only aim is to constitute its own application in practice; mostly because it is possible now? Or is an inspiration for a kind of "efficient" life with all differences, which aren't tearing us appart, but uniting us?

Говор о људским правима је нераскидиво повезан са концептима демократије и поделе власти. Ово тројство има своју правну и институционалну основу¹, те се сматра основом савремених цивилних друштава. Суочена са углавном тоталитарном прошлошћу, ратним разарањима, економским кризама, ова друштва захтевају, као подстрек, стварање нове или прихватање неке можда већ постојеће идеологије, на чијим темељима могу поново изградити себе саме. Такав процес се онда своди на потпуно нову изградњу институција, или делимичну реконструкцију постојећих, али урушеног легитимитета.

Неки су зато склони да са извесном резервом посматрају посебно процес обнове у целини, првенствено због перципирања и прихватања вредности на којима исто треба настати или поново изградити. Зато може бити проблематичан и " пренагли осврт на људска права и демократске институције"², схваћене као вредности, посебно ако је степен урушености институција за њихово спровођење и заштиту велики. Обнављање у неким случајевима може

*** МР ДРАГАНА ЋОРИЋ, АСИСТЕНТ, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У
НОВОМ САДУ.**

¹ Martin Kriele: Oslobođenje i političko prosvjetljenje. Pledoaje za dostojanstvo čovjeka, Freiburg, 1980, str.42.

² Цитат преузет са www.dadalos.org

значити повратак старом порetку у целини или у оном делу у ком његова садржина није компромитована са становишта садашњег тренутка. Обновити друштво значи поново учврстити везе које постоје међу људима, пронаћи вредности на којима се оно гради. А обновити или конституисати демократско друштво значи одабрати вредности које ће гарантовати поштовање и достојанство сваке особе³. Да би се те вредности могле примењивати, треба да се испоље у правима, које ће институције друштва морати спроводити и поштовати.⁴

Још теже од тога јесте очување резултата демократизације друштва и државе, посебно ако су људска права у свим својим аспектима, једно такво достигнуће. У погледу значаја људских права се може узети као валидна и мисао Јиргена Хабермас⁵, иако упућена дефинисању места "обичног грађанина у цивилном друштву": да се људска права активно спроводе, али и да то чине из најдубље пасиве, већ самим својим постојањем, да су утицајна али не превише, и да су сви грађани укључени у њихову реализацију и заштиту, али да нису укључени превише, јер превише права води ка - анархији.

И како онда треба посматрати људска права? Као идеологију⁶

³ Које су вредности-праве? Које су пак "добре" или "лоше", ко их може таквима назвати, и дискредитовати њихову суштину, видети: Guyora Binder: Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law, Buffalo Human Rights Law Review, br. 5/1999, стр.211-223.

⁴ Tomas Flajner: Ljudska prava i ljudsko dostojanstvo, Gutenbergova galaksija, Beograd, Valjevo, 1996, str.37-39.

⁵ Јирген Хабермас: Проблеми легитимације у касном капитализму, Напријед, Загреб, 1982. Цитат према тексту Војислава Становчића: Цивилно друштво у оквиру Енциклопедије политичке културе, Савремена администрација, Београд, 1993, стр.187.

⁶ "Идеологија је систем идеја, вредновања и вредности којима се изражавају основни интереси једне групе али не непосредно, већ посредно, тако да се ти интереси мање или више свесно приказују као интереси већине у друштву да би тако рационализовани били лакше наметнути другим друштвеним групама као њихови властити интереси и властити

21 века, чији корени додуше сежу још у доба буржоаских револуција из 18 века, али чија пуна имплементација у правној и моралној свести људи постаје могућа тек сада? Или као поетски приказану инспирацију за "ефикасан" суживот, без икаквих ограничења, нешто што егзистира више као сет лепих жеља, на чије испуњење нико није обавезан? Током даље расправе, биће учињен покушај одређивања за једну од две наведене опције, које иначе једна другу искључују.

1. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

У политичким речницима појам "људска права" означава целокупност права на слободу која појединац може захтевати на основу свог постојања као човека и која му заједница мора гарантовати из етичких, политичких и социо-економских разлога. У том смислу можемо говорити о "природним", "недржавним", "урођеним" или "неотуђивим" правима, чије поштовање легитимизира својим деловањем нека политичка заједница.⁷ Људска права су заснована на вредностима која су призната сваком човеку, зато што је човек, припадник људског рода, а не услед испуњења неких додатних услова. са друге стране, њихов настанак " коинцидира са настанком правне државе"⁸, јер основ егзистенције људских права проистиче из једнакости пред законом.

Постаје очигледно позивање на филозофију природног

вредносни системи оријентације и акције". Ђуро Шушњић: Идеологија, Енциклопедија политичке културе, стр, 374-376. Проблем је са овако дефинисаном идеологијом у томе што она прописује како људи треба да мисле и да се понашају. Идеологија престаје тамо где почиње "култура дијалога", стога и термин из наслова "људска права као идеологија" треба разумети као једну интерактивну идеологију, један интерактивни систем у коме се стално пита ,захтева, констатује али и мало тога конкретно чини на плану заштите истих. Промоција људских права јесте једна активност, али све остаје на "салонском нивоу".

⁷ Bertelsmann Discovery Lexicon, преузето са www.dadalos.org

⁸ Ćazim Sadiković: Evropsko pravo ljudskih prava, Magistra, Sarajevo, 2001, str.27.

права, инспирисану хуманистичком традицијом и културном историјом Европе. Људска права према томе, нису позитивноправног већ моралног карактера.⁹ Она потичу из поретка који је супериоран у односу на државно-правни поредак, који има надуставни, надправни карактер. Као таква, држава их мора поштовати, без обзира да ли је на то изричито пристала или није, јер је поредак из кога она потичу и проистичу постојао и пре конкретног уставног одређења истих. Њихова "позитивираност", тј. регулисање истих позитивним правом јесте други признати оквир у коме се људска права могу кретати, и то прихваћена као највиши степен слободе од стране државе и државног права.¹⁰ Овакав концепт људских права посматра човека као аутономно и рационално биће, које улази у државну заједницу са неким правима која му се не могу одузети. У супротном то би значило да је та индивидуа престала да буде-људско биће, јер ова права иду заједно и нераскидиво са његовим људским идентитетом, легитимишући појединца као равноправну јединку у систему инклузија, привилегија и ограничења. Кажњавање лица које је прекршило неку од наведених норми га друштвено стигматизује али му не одузима-идентитет човека. Чак и прекршиоци ових норми су и даље адресати истих тих права и могу их увек активирати.

Са друге стране, теорије европско-континенталне провенијенције говоре о слободи не "од државе", већ "кроз државу", јер држава одређује садржину, број и начин реализовања и заштите људских права. Извршено је "институционално везивање људских права за један државни орган, чији је превасходни задатак заштита целовитости правног система"¹¹, па је и њихова садржина и значај умањена, јер иста зависи од воље законодавца инспирисане

⁹ Војин Димитријевић, Милан Пауновић, Владимир Ђерић: Људска права, београд, 1997, стр.24.

¹⁰ Александар Молнар: Основна права човека и распад Југославије, Visio mundi academic press, Нови Сад, 1994, стр.31.

¹¹ Ибид, стр.22-23

тренутним политичким стањем у држави. Људска права су у овом случају инструмент сопственог постојања и заштите, егзистирају док их устав признаје.

Људска права ипак имају много шире значење од пуког скупа правила којима се регулишу.¹² Будући да чине веома отворен систем правила, прихватају сталне утицаје других концепата, мишљења, култура. Људским правима се током њиховог постојања, другачије приступало у теоријском смислу. Почетни став је био да се људска права конституишу да би се обезбедило немешање влада, тј. целокупне егzekутиве у слободан и приватни живот грађана. Са проширењем корпуса људских права, овлашћења егzekутиве се умањују, тиме и њен утицај на сопствено окружење.

Јавља се и мишљење, које је пак неприхватљиво, да су сва субјективна права која неко лице има истовремено и људска права. Исто је неприхватљиво из разлога што поред своје дубоко етичке природе, људска права имају и извесну политичку димензију, јер се остварују у држави, односе се на државу и држава јесте једини ентитет који појединцима може легитимно помоћи у реализацији истих.

Битно ограничење, путем кога се субјективна права могу и морају разликовати од осталих субјективних права, јесте да је то онај корпус права која припадају свакоме, без ограничења, као што је раније наведено. То значи да ни сва морална права, нити сва она уставом гарантована права нису и не морају истовремено бити и људска права. Једино је извесно да је број људских права у многOME мањи од броја субјективних права уопште, као и да држава стоји у оба случаја као непосредни гарант за њихову реализацију и заштиту адресата тих права, било превентивну или потенцијално репресивну.¹³

¹² Zoran Pajić: Prava čovjeka- problem objektivne spoznaje, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1986, str. 175.

¹³ Војин Димитријевић, и др, наведено дело, стр.24.

2.ОСНОВНА ПРАВА, ЉУДСКА ПРАВА, ПРАВА ГРАЂАНИНА-СЛИЧНОСТИ И СУКОБИ

Људска права, потекла из филозофије 17 века, добила су своје место у уставима, највишим правним и политичким актима, као основна права. Тиме је њихов темељ учињен унеколико солиднијим у односу на време њиховог настанка, када је једино оправдање представљала филозофска идеологизација њиховог порекла. Грчка филозофија је развила идеју о једнакости свих људи, која се даље развијала у оквиру познате хришћанске догме да је Бог створио све људе једнакима и по узору на себе.

Ту настаје следећи проблем. Људска права захтевају универзалну важност, а обавезујући оквир за то је био постављен стриктно у оквиру појединих држава. У чему је онда разлика, када људска права називамо основним правима, а истовремено и основним правима, као правима која припадају свима, без икаквих ограничења, синонимно називамо и људска права? Разлика и није на садржајном већ на формалном нивоу. Основна права¹⁴ су дакле права која свака држава јамчи својим грађанима и права која су садржана у уставима појединих држава. Она су производ нормативне делатности једне државе и неретко представљају одраз политичке стварности у датој држави, одраз борби, колебања и политичких компромиса, који се склапају управо на овом пољу. У случају њихове повреде, кршења, или само постојања намере да се нека активност предузме, која може нарушити успостављену равнотежу, држава активира монопол принуде, који једини она легитимно поседује, и

¹⁴ Основним правима их назива и Charter of fundamental rights of the European Union, објављена у Official Journal of the European Union, br 364/01, од 18.12.2000. ПОјачана заштита Основних права"је идентификована као потреба која проистиче из сталних друштвених промена и технолошког развоја, који прети да сама основна права учини скоро " невидљивима", потиснута бројним другим достигнућима и политичком вољом појединца. Видети преамбулу исте Повеље.

кажњава починиоца.

Људска права су, са друге стране, идеја која проистиче из основних права. Тако и бројне међународне документе-декларације, конвенције и повеље које имају за тематику област људских права, треба посматрати као покушаје фаворизовања филозофски утемељене идеје и њено смештање у шире, светске, или међународне оквири, као што је то учињено са основним правима на националном нивоу. Тако се људским правима обезбеђује двостепеност заштите, која се у овом случају креће неуобичајеним током, од међународног ка националном нивоу, сходно принципу супрематије обавеза преузетих у односу на друге државе у односу на оне које су преузете у оквиру саме државе.

Чак и када се признаје да се сви људи рађају слободни и једнаки у својим правима и обавезама, ипак постоје суштинске разлике међу њима¹⁵. Стога свака људска активност мора почети и завршити се у оквирима која постављају управо људска права. Проблематична је онда не суштина и садржина конкретних људских права, већ епитет универзална који налазимо и у неким међународним документима. "Универзалност" је у извесном смислу у колизији са основним поставкама "мултисвета"¹⁶, који претендује да диверзитет у сваком смислу и облику буде основа овог бољег али и потенцијално конфликтнијег друштва. "Мулти свет" подразумева диверзитет на различитим пољима: мултилингвалност, мултиетничност, мултикултурализам, итд. Универзалност не познаје таква подвајања, нити ограничења, једнака је за сваку нацију,

¹⁵ Иван Миленковић: Политика разлике, у оквиру зборника Критички појмовник грађанског друштва, стр. 198-200.

¹⁶ Shashi Tharoor: *Are Human Rights Universal*, *World Policy Journal*, Vol.XVI, №4, Winter 1997/2000. Такође и : Dianne Otto: *Rethinking the Universality of Human Rights Law*, *Columbia Human Rights Law*, review, vol.29/1997-1998, str.1-46. Конфликт овде настаје између два концепта, "универзалних људских права" и "културно релативних људских права".

културу, језичко подручје. Неки су чак склони да тврде да постоји тиранија универзалног, јер оно брише разлике, редукује их на исто. Зато се људи у неком моменту морају повиновати таквом принципу, прилагодити се његовој садржини, и по цену насиља над разликама.¹⁷

Сва права, па и људска, као и вредности (било опште друштвене или стриктно-правне) су на извешан начин дефинисана и лимитирана културном перцепцијом друштва које их прихвата, Без тога, ни оне не могу постојати, или би њихово постојање, без битне компоненте уважавања и поштовања било сведено на- метафору. Универзалност супсумира све људе, поставља их на исто место, у исте оквире. При том, универзалност никако не треба мешати са униформитетом. Тако је обично довољно да наведена права и вредности не противрече идеалима и стремљењима једног друштва. Универзална људска права се стога могу посматрати и као културно релативна, чија интерпретација и примена зависи од етничке, религијске и друге димензије истих.

Једино демократија нуди увек исте услове за постојање и реализацију људских права, увек са истих позиција, уз могућност сталног проширења истих. Ипак ни демократија није довољан гарант људских права, али се она ни не могу ефикасно заштити без уплива демократије и њених институција.

Зато су неутемељене све теорије које признају унапред дата морална људска права само припадницима једног дела човечанства, по основу пола, припадности вишој раси, супериорној нацији и сл. Супериорност или већа људскост тих група се не могу убедљиво доказати ни по каквом изабраном мериљу. Чак и ако би постојала таква мерила, припадници условно " нижих" скупина не би никако могли да се квалификују као не-људи. Издвајање само неких група

¹⁷ Иван Миленковић, наведено дело.

као равноправнијих и заслужнијих да имају људска права, самовољно је и етички несувисло и изнад свега погрешно. Тиме се опет мешају вредност, која је за свако људско биће иста, и заслуга, која морално оправдава разликовање између људи. Учињене заслуге само помажу редистрибуцију постојећих добара, те и неједнакост постаје некако уравнотежена, јер више добијају они који то- више и заслужују. Вредност је интерна, скоро интимна категорија и егзистира потпуно одвојено од заслуге, нити утиче на формирање истих. Поврх тога, заслуге могу бити само индивидуалне а не колективне.¹⁸

Постаје небитно којој генерацији људских права припадају права припадника неке етничке, верске и др. групације. Као мерило њихове важности јављају се начини за њихову реализацију и заштита гарантована адресатима ових права. На крају , и конституционални патриотизам прихвата принципе чисте демократске државе. Скоро анархичног испољавања, оваква држава гарантује највеће и најшире слободе за све.

Дуго је била веома раширена друштвена заблуда(која је правном регулацијом стекла и свој легални, али никада свој легитимни оквир), да су људска права буржоаска творевина везана за себични индивидуализам. Колективизам је био постављен на пиједестал вредности, као највише достигнуће једног друштва, коме се треба бескомпромисно тежити. Индивидуа је била само оруђе за испуњење потреба и остварење добробити целог друштва, а о чему је опет одлучивао колектив, лишен свега индивидуалног, посебног, личног или чак и људског.¹⁹ Међутим савремена друштва прихватају као нужност да су сачињена -од појединаца, па

¹⁸ Миомир Матуловић: Људска права, увод у теорију људских права, Загреб, 1996, стр. 14. За разлику од кривице или одговорности, које могу бити и индивидуалне али и колективне.

¹⁹ Гордана Михаиловић: Заштита људских права(историјат, европска конвенција и европски суд), Правни информатор, 1/2006.

стога постављање појединца и његових права у фокус интересовања државе се више не идентификује као- себично, лоше или непримерено.

3.КАТАЛОГ ЉУДСКИХ ПРАВА

Сви они који признају да постоје људска права наилазе, међутим на прву велику препреку када треба дасе изјасне која су то права. У том погледу међу моралним и политичким филозофима постоје велике разлике: многи од њих се слажу да таква права постоје, али се међусобно разликују када их набрајају. Најјаснији су либерални теоретичари државе, који полазе од тога да је основна сврха државе да штити права својих грађана, али они могу само да укажу на нека основна права, па се ни при том међусобно не слажу у погледу њиховог значаја и домаћаја.

Основна права могу се схватити и као постулати и начела која надахњују сва људска права. Најпознатији су свакако они проглашени у Француској револуцији, који су и послужили као инспирација за Декларацију о правима човека и грађанина од 1789. године²⁰. То су слобода, једнакост и братство. Неки утицајни савремени теоретичари изводе људска права из само једног од тих начела, нпр из права на слободу²¹(при чему се не прецизира да ли се та слобода перципира као "слобода од" или "слобода за", што може произвести одговарајуће концептуалне последице или права на једнакост.

За утврђивање основног каталога људских права нарочито су важни међународни документи, јер они показују сагласност о томе која су општа, универзална и људска права и то чине

²⁰ Темели модерне демократије, Београд, 1989, стр.137.

²¹ Ако је слобода основ свих права, онда говоримо о механизмима којима се индивидуа брани од ограничавања и спутавања сваке врсте, посебно идеолошке и политичке.

сасвим јасно, јер за разлику од унутрашњих прописа не регулишу друга субјективна права појединаца.

У новије време, сваки савремени устав, који претендује да буде оглашен као демократски, отворен и без предрасуда, има поглавље о основним људским правима, а неке државе усвајају и посебне повеле или законе уставног значаја и правне снаге, у којима се набрајају таква права.²² Међутим, не може се поуздано рећи да су сва права наведена у уставима и људска права, како су до сада дефинисана. Али свакако треба придати важност либералном начелу да према сваком човеку треба да се поступа са једнаким поштовањем и бригом.

Ипак, прихватљива је следећа категоризација људских права, како следи:

1. права која се односе на интегритет и достојанство физичког лица: право на живот, забрана злостављања и нехуманог, понижавајућег понашања, забрана ропства, принудног или обавезног рада, право на слободу и сигурноист, слобода кретања
2. право на поштовање приватног и породичног живота, кореспонденције и становања
3. право на жалбу и праведан процес
4. права којима се конституише и омогућава несметано изражавање слободе мишљења: слобода изражавања и информисања, слобода мишљења и вероисповести, право на образовање и поштовање верских и филозофских убеђења лица
5. права којима се обезбеђује заштита друштвене и политичке активности: слобода састајања удруживања, право на слободне политичке изборе
6. право на поштовање имовине, које има специфичну филозофску димензију, будући да је представљено као једно од три значајна добра у Хобсовој трипартицији основних

²² Нпр: Повеља о људским и мањинским правима, која је усвојена 2003 године, истовремено је са Уставном повељом којом је конституисана Државна заједница Србије и Црне Горе.

права човека.

Постоје и нешто другачије класификације људских права. Тако људска права се могу разликовати и према томе:

1. да ли су апсолутног карактера, тј. да њихово кршење није допуштено ни под каквим околностима(право на живот , забрана мучења, забрана ропства и принудног рада, кажњавање само по закону, укидање смртне казне, забрана казне затвора за дуг, забрана протеривања сопствених држављана и забрана групног протеривања странаца)

2. да ли су условљена у извесној мери(права из конвенција која дозвољавају мешање државе у погледу њиховог ограничења, која могу бити само прописана законом и да теже легитимном циљу, а ограничење пре свега мора бити сразмерно легитимном циљу коме се тежило приликом прописивања наведеног ограничења). У ову групу улазе: право на поштовање породице и приватног живота, дома и преписке- мешање државе се дозвољава у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље или ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других; затим право на слободу мишљења, савести и вероисповести- мешање државе се дозвољава у интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда и мира, здравља морала или права и слобода других.

Даље, у погледу слободе изражавања-ограничења су могућа у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите угледа и права других, спречавање откривања обавештења добијених у поверењу или ради очувања ауторитета и непристрасности суда. Слично је и у погледу слободе мирног окупљања и удруживања- иста су ограничења као и за претходне случајеве, с тим што је посебно истакнуто законито ограничење вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.

3.права везана за спровођење правде у дело односе се на

поштовање владавине права(право на слободу и безбедност везано за незаконито лишење слободе накнаду за погрешну осуду, право на фер суђење, које укључује право приступа суду и наводи мере безбедности којима се осигурава фер суђење; даље, право на правну помоћ се гарантује само када интереси правде то налажу, као у грађанским тако и у кривичним поступцима, заштита у поступку протеривања странаца, право на жалбу у кривичном поступку, право да се лицу не суди нити да се кажњава два пута за исто дело)

4. или припадају групи права са инхерентним ограничењима(право склапање брака, које мора бити у складу са унутрашњим правом, мирно уживање имовине, ограничено јавним интересом под условом предвиђеним законом и општим начелима међународног права, право на образовање, ограничено правом родитеља да обезбеди образовање које је у складу са њиховим верским уверењем, право на слободне изборе, услов је тајно гласање али да се обезбеди слободно изражавање мишљења народа.²³

Ипак, најпознатија подела људских права јесте по генерацијама истих. Постојање генерација претпоставља неки прогрес у њиховом развоју. Међутим, овде не постоји прогрес у том смислу, већ у смислу " откривања", признавања , конституисања самих , условно "нових" људских права и механизма њихове заштите. Тако посматрана људска права, чине у извесном смислу и политичко језгро из кога се развио модерни принцип грађанства, будући да прву генерацију чине управо- политичка права.²⁴

1. прву генерацију људских права чине класична грађанска политичка права, која никако не треба схватити као инструмент борбе појединаца против државе у којој живе и њеног уређења, већ као инструмент у борби против самовољне, апсолутистичке и арбитрарне власти државе.

2. другу генерацију чине социјална и економска права. Неки

²³ Гордана Михаиловић, наведено дело.

²⁴ Милан Матић:Грађанин, Енциклопедија политичке културе, стр, 344.

аутори истичу као велики проблем неутуживост ових права. То значи да ако постојање или реализација неког права није у надлежности решавања неке државе, по истом питању се не може одлучивати ни пред Европским судом за људска права у Стразбуру, у крајњој инстанци.²⁵

3. трећа генерација људских права се уопште не спомиње у неким најважнијим међународним документима из ове области. Њихов настанак је боље речено провоциран повећањем броја мултиетничких мултиконфесионалних и мултикултурних држава. Такође, проблем настаје и приликом одређивања карактера ових права, јер људска права се углавном дефинишу као индивидуална, док ова права треће генерације имају више колективан карактер.

Освајање људских права је дуго било могуће само сходно распореду по генерација²⁶-прво су се стицала и освајала права прве генерације, јер њиховим постојањем се конституише држава и њени чланови. Даље, социјална и економска права су постајала механизам опстанка једног апарата на власти, који је сходно свом политичком програму, понекад признавао само нека, већину или сва права из ове генерације. Трећа генерација људских права је пак, својим садржајем политичка нужност у савременом свету, који тежи очувању раније споменутог мултисвета, чак и да интимно није потпуно убеђена у оправданост његовог постојања.

4. ДЕМОКРАТСКИ ОКВИРИ ОСТВАРИВАЊА ЉУДСКИХ ПРАВА

Постало је нужно дефинисати или редеофинисати појам партиципативне демократије и поново оциениати статус грађана. Многи изазови савремених друштава као што су разни екстремистички покрети, насиље, расизам, ксенофобија и друштвена изолованост и новокастинско

²⁵ Класична пример је право на рад- нико не може тужити државу зато што му није осигурала радно место, Ђазим Садиковић, наведено дело, стр.52.

²⁶ Милан Матић, наведено дело.

уређење прете демократијама. Са друге стране, ту су и глобализација и далекосежни технолошки развој као специфични изазови за демократије²⁷. С тим у вези је и нова другачије конципирана улога појединца у обезбеђивању демократске стабилности и мира у друштву. Функционална демократија, она која није сама себи сврха, већ је делотворна и "на терену", захтева информисане и одговорне грађане, тј. грађане који су свесни да живот у заједници повлачи за собом не само права него и одређене дужности. Њихова партиципативност у друштвеном и политичком животу државе проистиче из воље и жеље да својим непосредним учешћем на првом месту потврде своју слободу а на другом месту, да учествују у креирању саме државе. Сваком грађанину мора бити јасно зашто се данас тежи очувању репрезентативног и парламентарног демократског система. У супротном, власт би била у рукама неколицине експерата, или би постојала владавина неинформисане, и изманипулисане масе²⁸.

Политичка стварност говори у прилог тези да ће демократија (било да има префикс "културна" или неки други, било да остане без истог) бити доминантан облик државе у 21 веку. Без обзира на многа неиспуњена обећања исте²⁹, дубоку кризу сопственог легитимитета³⁰ и на константне нападе

²⁷ Фарид Закарија: Будућност слободе-неолиберална демократија код куће и у свету, Дан Граф, 2004, стр. 238

²⁸ Hans-Helmuth Knütter; preuzeto iz: Savezna centrala za političko obrazovanje: Demokracija, Informacije o političkom obrazovanju Br. 165 Novo izdanje 1992.

²⁹ Норберто Бобио: Будућност демократије-одбрана правила игре, Филип Вишњић, Београд, 1995. стр. 17-25. Модерна демократска држава више не почива на процедурним правилима, како их је Бобио називао, која се активирају у време избора за државне функционере, већ на демократској култури. Овде се не говори о култури у етнолошком смислу, она је претпоставка да бирачи имају могућност да се оријентишу пре него што предузму изборну радњу.

³⁰ Наведено је став Кина, "јер је филозофска(боље рећи вредносна) несигурност суштинска одлика савременог демократског идентитета", видети текст: Грађански и демократски идентитет, Република, бр 277/1999.

надолазеће друштвене хомогенизације³¹, демократија је оставила довољан простор за партиципацију у цивилном друштву свих својих чланова. Посматрано са аспекта демократије, сукоб између диверзитета и хомогенизације и не постоји, или ако и постоји, није релевантан. Концепт демократије не садржи захтев за општом сличношћу или једнакошћу свих јединки које прихватају исти као облик владавине.

Истовремено је присутна и тежња да се демократије, као облик и убеђење, сачува од напада свих "непријатеља", али и да очува и подстакне индивидуалне разлике и диверзитет уопште. Такав подстицај треба да долази од врха, без дерогирања интернационално признатих принципа, стандарда и норми. Као главни задатак данас се демократији поставља помирење поменутих тензија и "одржавање равнотеже између диверзитета, индивидуалног и колективног, а све у циљу да се постигне друштвена кохезија³² и стабилност, а самим тим и поверење појединца у институције система.

Демократија није само облик управљања и политички систем заснован на ограниченој улози грађана као гласача који обезбеђује већину за оне који спроводе власт(иако се такав концепт провлачи све време постојања демократије као режима). Поред тог формалног вида, демократија се мора посматрати и као облик заједничког живота³³, у заједници која вреди само ако се неке политичке либералне слободе

³¹ Tourane Alain: *What is democracy*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1997, str.177. Међутим, познат је Фукујамин став о универзализацији западне либералне демократије као коначног облика политичке владавине, овде универзализација нема негативан конткетс, већ постаје идеал који се прижељкује. Милан Суботић: Глобализација демократије и цивилизацијске границе: од "трећег таласа" до "сукоба цивилизација", Институт за филозофију и друштвену теорију, 1997.

³² Чак и ако је тај "непријатеља" сам народ, демос захваћен растућом изборном апатијом, Норберто Бобио, наведено дело, стр.34.

³³ Фарид Закарија, наведено дело, стр.13.

активно користе, ако те слободе сви грађани симетрично уживају и ако сви доприносе њиховом даљем развоју³⁴.

Демократија се не своди на људска права- она нису и не смеју бити њен једини садржај и *raison d' etre*, али демократије нема без људских права. Људска права су као и устав, брана од апсолутне и неодговорне власти, па се због тог њихов корпус одређује уставом. Устав проблематици људских права прилазе из два угла. Према првом, људска права се третирају октроисанима од стране власти. Према другом, она су природна и неотуђива. У важећим уставима у свету ипак преовлађује друга споменута концепција о људским правима. " Схватање о аутономности основних људских права била су у самом средишту борбе за уставност"³⁵. Управо је то оно што концепт људских права чини јединственим и јединим могућим полазиштем демократизације било ког друштва.

4.1. КУЛТУРНА ДИМЕНЗИЈА ЉУДСКИХ ПРАВА И ПРАВА УОПШТЕ

Ипак специфичан је однос између људских права и културе уопште. Наиме, неретко се дешава да се култура управо користи да би се оправдала груба кршења људских права.³⁶ Са друге стране, неки пак оптужују културу, као друштвени

³⁴ Ибид.

³⁵ Војислав Становчић: Слободе и права човека и грађанина, у Енциклопедији политичке културе, Београд, 1993, стр.1058.

³⁶ El Obaid Ahmed El Obaid: Human Rights and Cultural Diversity, Speaking about Rights, Vol. XIII, № 1, 1998. Али није само култура честа разлог кршења људских права, већ и само кршење људских права. Долазимо у парадоксалну ситуацију да се почињу кршити људска права само зато што је претходно већ дошло до неке друге повреде људских права, па се прво кршење људских права треба схватити као- санкција. У пуном смислу оно и јесте санкција, јер с људска права повређују у већем обиму, на много теже начине, али то има свој легитимацијски основ у начелу одмазде, видети: David Wippman: Change and Continuity in legal justifications for military intervention in internal conflict, Columbia Human Rights Law Review, vol.27/1995-1996, str.435-487.

етички ентитет, да јој недостају механизми за заштиту људских права, тј. да култура, сама по себи, није довољна брана за спречавање конфликта различите врсте. Такође, глобално друштво, потпомогнуто технолошком револуцијом и савременим видовима комуникације уопште, допринело је интернационализацији проблема опстанка и заштите људских права. У том смислу се говори о последицама овог процеса, који између осталог обухвата и искорењивање дискриминације и борбу против тортура, ропства и геноцида. Конципиране као највише, заједничке вредности, оне чине "културу људских права", што је још један аспект повезивања ових друштвених вредности.³⁷

Даље, нека индивидуална права су повезана, преко индивидуалних понашања, са културним нормама, тако што чине извесне процесе одлучивања одвојеним од утицаја државе на њих, Међутим треба констатовати и следеће теоријске недостатке:

1. индивидуална права увек теже да сопственим поштовањем доведу до унапређења колективних вредности. То значи да постигнута индивидуална аутономија, настала услед поштовања индивидуалних права се неће активирати ако би то било у супротности са друштвеним вредностима које оправдавају постојање тих права.
2. норме многих култура су анти-индивидуалне, јер теже уједињавању у заједништву свега различитог, налажењу заједничких именитеља и превазилажењу разлика. Индивидуалност са овог аспекта није толико битна јер као вредност се истиче оно што је свим индивидуама познато и заједничко, а не њихове појединачне одлике.
3. индивидуална права могу да заштите диверзитет који је способан да преживи на тржишту препуном индивидуалних

³⁷ Маурицио Масари: Култура људских права у 21 веку, текст објављен у листу Блиц, 10 децембра 2003. Творац синтагме "култура људских права" је иначе бивши Високи комесар УН за људска права Мари Робинсон, видети и чланак: Making Human Rights Matter- Eleanor Roosevelt's Time Has Come, Harvard Human Rights Journal, vol.16/2003, str-1-13.

избора.

Ствара се један нови светски поредак, који се заправо тако и не може у потпуности назвати, будући да је испуњен тензијама конфликтима и свеопштом конфузијом, насталом услед прилагођавања појединца на овај плурализам. Наравно, неминовни су сукоби на свим нивоима друштвеног развоја. У том и таквом светском поретку егзистира *demos*, чије дефинисање увек зависи од тренутног стања снага у једној држави. У сваком случају, утврђивање оквира демоса увек резултира неком врстом искључења. Људска права било да су прокламована као универзална, природна, грађанска, да су таквима проглашена услед убеђења у њихову суштину или због политичке потребе, постају једина валидна заштита самих себе, али и гаранција културног диверзитета³⁸.

Неки аутори говоре последњих година о формирању једног можда радикалног правца у правној и политичкој теорији, а с обзиром на учестале апеле за заштиту људских права. Наведени правац је културална демократија, која представља највеће могуће проширење идеје о демократији, будући да охрабрује појединце, као битне актере друштвених кретања да узму активног учешћа у заједничком културном животу, да партиципирају током доношења одлука у овој области, као и једнаку могућност за све приступе постојећим културним ресурсима.³⁹

Културална демократија управо подстиче културални диверзитет и инспирише⁴⁰ визију човечанства као средине у

³⁸ Margaret Moore: Political Liberalism and Cultural Diversity, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Voll VIII, № 2 July 1995. Такође и Guyora Binder, наведено дело.

³⁹ Don Adams, Arlene Godard: Cultural Democracy- a Brief Introduction У питању ј је ревизија покрета насталог у САД између 1910. и 1920. године, у време највеће експонираности ККК, са циљем одбране комплекса вредности, које доводе до еволуције целокупан културни живот

⁴⁰ О томе говори и члан 7 УНЕСКО-ове Универзалне декларације о културном диверзитету, која је усвојена на 31. седници Опште

којој људска права, посебно онај минимум који гарантује нечији идентитет, јесу предмет контроле демократски изабраних институција. Треба је свакако разликовати од демократизације културе, која представља потребу да се културна баштина и текуће стваралаштво учине доступни свима⁴¹, а што је опет сегменту културалне демократије. Оба аспекта су релевантна, као заједнички именитељи либерално-демократског државног уређења (или уређења које тежи да постане такво).

Са друге стране, могу се идентификовати правне културе, које се даље деле на поданичке ,културе (поштовања) људских права и културе држава у транзицији .⁴²У оквиру првог типа културе, не само људска права већ сва субјективна права појединаца постоје само нормативно али не и практички. Дозвола за уживање сваког појединачног права од стране државе претпоставља узвратну захвалност грађана, односно овде поданика. Са друге стране, култура људских права, гарантује сва права, а једина обавеза је признавање постојања права других као себи једнаких, чиме се аутолимитира уживање сопствених права. У држави у којој је развијена управо оваква култура, развијена је истовремено и правна свест самих грађана, а то је све последица њиховог степена партиципације у држави.

конференције у Паризу, 2. новембра 2001. годиен. Исти је постављен као "... инспирација, доказ људског искуства и стремљења...", члан 9. исте декларације га проглашава "... катализатором креативности". О подстицању поштовања културног диверзитета као вредности, а унутар постојећег концепта глобалне интеграције, видети: Stephan Dahl: Communications and Culture, European University, 2003. Слично и у чланку Scott Walker, Steven C.Poe: Does Cultural Diversity Affect Countries' Respect for Human Rights, HUMAN RIGHTS Quarterly, vol 24/2002, str.217-244.

⁴¹ Jean-Marie Moeckli, Democratie culturelle материјал за UNESCO-в скуп посвећен културној политици у Европи, EURO CULT, одржан у Хелсинкију 8—12. XII 1980.

⁴² Јасминка Хасанбеговић:Право и култура, Република,бр. 233/2000, стр. Видети и Wolfgang Benedek i Minna Nikolova: Razumijevanje ljudskih prava: Priručnik o obrazovanju za ljudska prava, Mreža za ljudsku sigurnost, ETC Graz i Istraživačko-obrazovni centar za ljudska prava i demokratsko građanstvo

4.2. СЛУЧАЈ СРБИЈЕ

Разумевање стања људских права у Србији, према мишљењу неких аутора, није могуће без разумевања ширег историјског, политичког, друштвеног, социјалног и културног контекста.⁴³ Питање правног политичког и социјалног статуса људских права, мада ограниченог домета, било је у горњем смислу, отворено још у социјалистичкој Југославији. СФРЈ је била потписница свих важнијих међународних декларација и конвенција које се односе на људска права. Но њиховој реализацији се не приступа са озбиљношћу потребној у држави која се декларише као демократска, грађанска и без предрасуда. Суштина проблема, према истим ауторима је у схватању појма грађанина, који се разуме као припадник већинске нације, а не као однос грађана и државе. Даље и блиска ауторитарна прошлост, недостатак воље за суочавање са прошлошћу и интензивирање процеса европских интеграција, процеси демократизације, који теку неуједначено и са већим застојима, доприносе целокупној атмосфери правног и политичког хаоса, где има веома мало места за промоцију и поштовање људских права⁴⁴.

У позитивном праву Србије, и после одвајања Црне Горе из Државне заједнице, још увек је актуелна Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама⁴⁵ (у даљем тексту Повеља), која је усвојена заједно са Уставном повељом саме Државне заједнице. Будући да је Државна заједница

⁴³ Оспоравање концепта људских права, Људска права и колективна одговорност-књига извештаја за 2004. годину, Хелсиншки одбор за људска права у Србији. стр.13.

⁴⁴ Видети извештај Human Rights Watch-а за 2005 годину, издат у јануару 2006, где се говори, доста сумарно о овом проблему, доступно на www.hrw.org.yu. У том контексту и чланак Michael Posner, Candy Whittome: The Status of Human Rights NGOs, Columbia Human Rights Law review, vol.25/1993-1994, str. 269-291. Реакције посебно на рад невладиних организација које се баве промоцијом и заштитом људских права су различите: од прогона, оспоравања, отпора, преко уважавања до партнерства.

⁴⁵ Објављена у Службеном листу СЦГ 6/2003

Србије и Црне Горе била орочени државно-правно-политички пројекат, из тога следи да и правни акти који су регулисали исти су били орочени на исти период. Питање које се поставља је, шта се дешава са поменутом Повелем, будући да је престала да постоји држава у којој је регулисала наведена права и грађанске слободе? Престаје ли и она да постоји као валидан акт у области заштите људских права по аутоматизму или до доношења неког другог сличног правног акта само сада на нивоу Републике Србије, или ће је Србија, као правни сукцесор "преузети" у "виђеном стању" и имплементирати у свој правни систем?

Повеља је представљала "светлу тачку на нормативном небу људских права у Србији"⁴⁶. Иста је оцењена веома позитивно и до стране Европске комисије за демократију путем права Савета Европе⁴⁷. Међутим похвале су остале само на садржинском али не и на практичном нивоу, тј нивоу примене, што је последица хроничне неусклађености прописа на различитим државним нивоима унутар Државне заједнице(који се " наслеђују" изгледа из свих заједница у којима је Србија учествовала), одуговлачења доношења новог устава Републике Србије, али и својеврсне српске правне (не)културе⁴⁸, која поштује искључиво законе и евентуално неке правне акте подзаконске снаге, док се устав и ратификовани међународни документи сматрају само скупом лепих жеља за успешан живот.

Даље, државна заједница је већ 3 априла 2003 примљена у чланство Савета Европе, и већ крајем исте 2003 године ратификовала Европску конвенцију за заштиту људских

⁴⁶ Јасминка Хасанбеговић, : Остваривање и заштита људских права у Србији- нормативни оквир и правна стварност, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год.42, 2005, стр. 55-65

⁴⁷ Људска права у Србији и Црној Гори 2005- право, пракса и свест грађана у Србији и Црној Гори и међународни стандарди људских права, извештај Београдског центра за људска права, стр. 36.

⁴⁸ Јасминка Хасанбеговић, наведено дело.

права и основних слобода. Из тог је проистекла и друга обавеза, ратификације Повеље о мањинским или регионалним језицима, што је још, увек државна заједница СЦГ и учинила априла 2006.⁴⁹ Међутим управо услед скорих догађаја и нестанка СЦГ као државе, остају отворена питања примене ових правних аката на територијама сада независне две нове државе.⁵⁰

"Србија је постала затворено друштво са малим транзиционим могућностима. Недостаје јој парадигма која ће мобилисати све грађане, без обзира на етничку, верску, политичку или другу позадину".⁵¹ Либерални потенцијал је овде битно умањен, а његов непосредни утицај миноризован до крајњих граница. С тим у вези се миноризује и значај постојања и заштите људских права у глобалу. О Србији се говори као о земљи која је "битно недовршена а истовремено и правно модернизацијски запуштена држава", посебно на пољу заштите људских права.⁵² У том контексту се и појам повреде људских права посматра само као улепшани израз за најтеже злочине које држава врши над грађанином. "Оне трују политичку климу у којој људска права и мир имају

⁴⁹ Иста је ступила на снагу 1.јуна 2006.

⁵⁰ Тек у погледу мањинских права на употребу сопственог језика могу настати, у горњем смислу нови проблеми. Наиме, Повеља о мањинским или регионалним језицима јесте ратификована у Скупштини СЦГ, али са различитим листама мањинских језика у обе државе чланице: листа у Србији обухвата 10 таквих језика, а у Црној Гори само 2. проблем може настати већ приликом доношења новог устава Црне Горе, приликом одређивања конститутивних народа у овој држави. Ако се статус конститутивног народа призна само Црногорцима, онда Срби постају-национална мањина и треба да уживају сва права у погледу језика из ове Повеље. Међутим, српски језик није споменут у таквом контексту у ратификационом инструменту у делу који се односи на Црну Гору. Ово питање је званично поставио проф др Драгољуб Мићуновић, на трибини "Србија и Црна Гора-како даље", одржаној 30 маја 2006. у Новосадској новинарској школи.

⁵¹ Сигурност грађана у недовршеној држави, књига извештаја за 2005. годину, група аутора, Хелсиншки одбор за људска преава, 2006, стр.17.

⁵² Јасминка Хасанбеговић, наведено дело.

слабе шансе за остварење"⁵³. Као такви, они су узрок будућих конфликта, којих је србијанска скорија историја имала и превише у кратком периоду.

Процес реконструкције друштва се не одвија предвиђеном динамиком, нити са потребним, чини се, еланом за такву озбиљну активност. Затвореност овог друштва још више појачава и тренутни прекид преговара са Европском Унијом о придруживању и стабилизацији, али и свеопшта атмосфера хаоса, конфузије, опетерђена етничким и политичким стереотиповима и предрасудама.

5. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Концепт људских права не нуди затворено тумачење друштва у коме постоје(чак и ако је то друштво , само по себи већ - "затворено"), већ основу за различите концепције суживота. Индивидуалност човека детерминишу многобројни фактори који утичу на понашање а тиме на начин прилажења новим искуствима, на то колико енергије се улаже у промену животних образаца, начина деловања и мишљења. Искуство, појмови који се изграђују о себи а посебно о Другима⁵⁴, вредности и ставови, представљају неке од фундаменталних варијабли у том оквиру.

⁵³ Helmut Frenz, *Ljudska prava — Zahtjev i stvarnost*, u: Gisela Klent-Kozinowski (Izdavač), *Pravo na postojanje kao čovjek*, Baden-Baden 1988., 21

⁵⁴ " Људи који живе у плуралним срединама у прилици су да се упознају са различитим историјама , културама, традицијама, обичајима, системима вредности и тако обогате своја социјална искуства, прошире своје културне хоризонте и границе спознаје. Упознавајући другог, уочавајући његове особености, ми постајемо свесни не само разлика међу нама него и сличности. Али и још нешто- помоћу Другог ми боље спознаје и себе саме". У томе и јесте унутрашња вредност људских права као концепта, па самим тим и демократије која их подржава и одржава, као један од механизма за идентификовање сличности и разлика међу појединцима. Цитат према излагању Павела Домоњија, на семинару " Школа за демократију", Нови Сад, септембар, 2005.

Са друге стране, људска права, признајемо, су постала главна политичка идеологија нашег времена. Права и одговорности грађана, њихова свест и приврженост универзалним људским правима и слободама, једнакости, владавини права и плурализму, у самом су средишту образовања за демократско грађанство. Зато оно обухвата не само познавање чињеница о људским правима укључујући ту и познавање међународних и регионалних инструмента, него и познавање процедура и вештина за унапређење и заштиту људских права на локалном, националном и међународном нивоу. Као основна функција људских права, установљава се функција стварања правног стандарда о минимуму заштите, потребног за одржање људског достојанства.⁵⁵

И на крају: јесу ли људска права само пука идеологија и савршено оправдање за међународне интервенције или племенита идеја, која би боље ујединила Европу, помирила све зараћене стране, довела до потписивања свих примирја? Одговор, након целокупног пропитивања, не може бити једнозначан, већ једино стајати на размеђи између две понуђене опције. О већој или мањој прихватљивости сваког концепта, одлуку могу донети само појединци, суочени са постојањем, потребом поштовања и значајем људских права, у глобалној слици света у коме живе. Без тога, иста ће опстајати као политички коректна флоскула, а од ефикасног суживота и покушаја његове изградње или реконструкције, остаће управо само то-покушај.

⁵⁵ *Universal Declaration on Democracy, Inter-Parliamentary Council, 161st Session, Cairo, 16. september, 1997, II deo, tačka 10*, dostupno на www.ipu.org,



L'APPROCHE INDIVIDU-GROUPE : **UNE APPROCHE LIBÉRALE DE L'ESPRIT**

PAR LE

DR ANWAR FRANGI¹

1. Il y a un conflit fondamental entre la manière dont la recherche théorique considère l'individu et sa façon d'envisager la communauté. D'une part, on considère la population comme étant constituée d'individus et sans trace de communautés, tandis que d'autre part on traite les gens comme constitués de communautés et sans trace d'individus. En sorte que les recherches entrent en conflit si l'on aborde ensemble individu et communauté. On ne peut escompter les accorder harmonieusement. Une telle dissonance est inévitable. Comment donc remédier à cette situation?

La Solution théologique

2. Le conflit individu-communauté apparaît dans la Bible. D'une part, l'Ancien Testament fait appel au communautarisme, selon lequel les gens sont divisés en races, religions, cultures et classes. D'autre part, le Nouveau Testament fait appel à

¹ LL.M. 1995, Faculté de Droit de l'Université Harvard (Massachusetts, USA); LL.M. 1992, Faculté de Droit de l'Université Américaine (Washington, D.C.); Doctorat en droit 1986, Faculté de Droit de l'Université de Poitiers (France); D.E.A. 1983, Faculté de Droit de l'Université de Poitiers (France); Licence de droit 1982, Faculté de Droit de l'Université libanaise (Liban). Dr Frangi est professeur assistant et chercheur à l'Université Saint-Esprit de Kaslik (Liban), et professeur de droit international et de philosophie du droit à la Faculté de droit de l'Université La Sagesse (Liban).

l'individualisme, selon lequel « il n'y a plus ni Juifs ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme; car tous vous êtes un en Jésus-Christ. » (Ga. 3 :28).

3. Mais bien que réclamant l'individualisme, le Nouveau Testament a gardé un sens d'association. Témoin l'Analogie du corps (1 Co. 12: 12-30) et l'amour du prochain (1 Co. 13-13a). Or association est ou bien communauté ou bien groupe. Puisque le Nouveau Testament veut se dégager de la communauté, alors le genre d'association que Jésus réclame est bien le groupe.

4. Le groupe semble dans le Nouveau Testament être le moyen terme entre la communauté et l'individu. En effet, l'Analogie du corps (1 Co. 12: 12-30) donne expression à la diversité unie dans et pour l'un. La mission de Jésus a donc consisté à faire appel à l'individualisme comme but ultime de l'humanité, par le moyen du groupe, en vue de débarrasser l'humanité de la façon de penser communautaire ainsi qu'elle a été conçue par l'Ancien Testament.

5. Mais si Jésus veut que le monde se dégage de la façon de penser communautaire, et considère l'individualisme comme but ultime vers lequel la race humaine se dirige, par le biais du groupe, pourquoi donc le Nouveau Testament après avoir déclaré que les gens ne seront plus divisés en races, religions, ou cultures indique-t-il que le monde entier sera réuni en Christ (Col. 3 :11f)? Or 'réunion' ici exprime bien 'communauté', non pas 'groupe'. En effet, Saint Paul dit dans l'Epître aux Romains (8: 29) que le Christ est « l'image vraie de Dieu ». Or l'image vraie de Dieu n'est que 'l'humanité' en tant que telle. Ainsi, le Nouveau Testament fait appel à la réunion du monde entier dans 'l'humanité' en tant que telle. Si 'réunion' est communauté, et si la communauté est déterminée par un sentiment d'identité commune, Jésus fait donc appel à la réunion du monde entier dans 'l'humanité' comme identité communautaire. Il s'agit rien de moins que de changer la communauté de race, de religion ou de culture, en une communauté d'humanité, par l'intermédiaire du groupe. Il n'y a

rien qui puisse interpréter le fait que le Nouveau Testament réclame une communauté d'humanité comme une exclusion des communautés ainsi qu'elles ont été conçues dans l'Ancien Testament ou une inclusion de toutes les communautés dans le christianisme. Cette interprétation serait incompatible avec l'Analogie du Corps qui atteste du respect pour la diversité. Plutôt, la communauté d'humanité est une expérience transcendantale par laquelle diverses communautés discontinues sont unies dans une nouvelle communauté par une expérience d'humanité.

6. Un exemple vibrant du groupe est les Nations Unies. L'avènement des Nations Unies marque un tournant dans l'histoire car elles forment un groupe de communautés discontinues, mais unies pour vivre une expérience d'humanité. La race humaine a mis presque deux mille ans à se dégager, avec l'avènement des Nations Unies, de la façon de penser communautaire. Cependant, les Nations Unies forment un groupe inaccompli, car et seulement car il est encore au stade où la politique, non pas l'humanité, est le sentiment d'identité communautaire.

Un autre exemple vibrant de l'approche individu-groupe est l'insignifiance du dialogue interreligieux. Car il y a contradiction entre ce genre de dialogue et l'appel de Jésus à se dégager de toute façon de penser communautaire. Chaque communauté conserverait son identité sans toutefois s'unir dans l'humanité. Notre société a besoin que les différentes communautés religieuses vivent une expérience d'humanité; et l'expérience d'humanité invite différentes communautés religieuses à franchir les frontières communautaires religieuses pour s'unir dans une communauté d'humanité. Ceci ne peut être réalisé par des dialogues répétitifs et futiles, mais plutôt par une expérience d'humanité.

La Solution philosophique

7. Le conflit individu-communauté apparaît aussi dans le domaine de la démocratie. Souvent, la communauté manque à la dignité de l'individu. Un exemple contemporain est le régime communautaire au Liban. Car si nous supposons qu'un citoyen libanais décide de ne plus appartenir à une communauté religieuse particulière, il sera démuné de principaux droits civils et politiques, tels que le droit de se marier, le droit d'hériter ou le droit de gouverner, ces droits étant exercés dans le contexte de la communauté, et non individuellement.

8. Il ne s'agit pas de changer la démocratie communautaire en une démocratie individualiste. La particularité de l'expérience historique de la société communautaire commande que l'on adopte une démocratie en fonction de cette particularité. Non plus de changer la démocratie individualiste en une démocratie communautaire. Car la particularité de l'expérience historique de la société individualiste commande que l'on adopte une démocratie en fonction de cette particularité. La démocratie communautaire ou individualiste qui se transforme en une démocratie individualiste ou communautaire, à l'encontre de son expérience historique est une démocratie qui se met à une rude épreuve historique.

9. S'il existe en général deux types de démocratie, la démocratie individualiste et la démocratie communautaire, et si l'une ou l'autre n'arrive pas à résoudre les conflits auxquels l'une ou l'autre s'affrontent, car la démocratie individualiste se trouve souvent en conflit avec des communautés qui réclament des droits de race, de religion ou de langue pour assurer leur dignité communautaire, et la démocratie communautaire se trouve souvent en conflit avec des individus qui réclament des droits civils et politiques pour assurer leur dignité individuelle ; et si la notion de groupe est le moyen terme entre l'individu et la communauté, la démocratie du groupe serait donc le moyen terme entre la démocratie individualiste et la démocratie

communautaire, préservant ainsi, à la fois et la dignité de l'individu et la dignité de la communauté. Une forme de la démocratie du groupe est ce que j'appelle la Démocratie de l'histoire, selon laquelle la participation au gouvernement serait déterminée non pas sur le vote, mais par la participation des divers groupes à l'évolution de l'histoire dans tous ses aspects.

La Solution éducative libérale

10. Le conflit individu-communauté apparaît encore dans le domaine de l'éducation. La spécialité est l'ensemble des cours éducatifs qui lui confèrent son individualité éducative. Il s'agit donc d'une communauté de cours éducatifs propres qui la distinguent d'autres spécialités. C'est ce que j'appelle 'ipséité éducative'. Or la spécialité ne voit rien au-delà de son objet d'étude limité. En conséquence, la spécialité ne remplit pas un rôle essentiel dans la formation d'un étudiant-citoyen libre, membre d'une société démocratique. La résolution de ce conflit donc consiste à franchir les frontières de l'ipséité éducative pour expérimenter une suite de spécialités en nouveauté. C'est ce que j'appelle 'mêmeté éducative' selon laquelle chaque spécialité est chaque fois une spécialité nouvelle par le moyen d'une technique libérale que j'appelle 'technique différentielle' ou groupement éducatif.

11. La technique différentielle est une expérience transcendantale par laquelle les différentes spécialités perdurent mais franchies par le moyen d'une expérience de mêmeté. Ainsi, la technique différentielle est-elle une expérience d'humanité. Car elle aide indirectement à l'éradication du terrorisme. La spécialité en ne pouvant former l'étudiant-citoyen à voir au-delà de son objet d'étude le forme nécessairement au jusqu'au-boutisme, à l'extrémisme. Initier les étudiants-citoyens à une technique spécialisée serait les préparer à adopter des solutions limitées aux problèmes affrontés. Et c'est bien l'extrémisme. Car le terrorisme n'est qu'une solution limitée à un problème affronté découlant

d'une éducation limitée, et l'éducation spécialisée n'est qu'une forme d'éducation limitée. La technique différentielle aidera donc l'étudiant-citoyen à passer à une spécialité en soi modérée. Par le groupement, les différentes spécialités sont préservées mais transformées en une spécialité de mêmeté.

12. La technique différentielle éducative peut être expérimentée au sein d'une faculté, ou au niveau de l'université par la création d'une faculté différentielle, ou même à l'échelle nationale par la création d'une université différentielle. Ici, je montre comment la technique différentielle peut être expérimentée au sein d'une même faculté. Je pose comme champ d'expérimentation les programmes d'études de la faculté des lettres de l'Université Saint-Esprit de Kaslik (Liban). (v° Frangi, A., « Une Technique pour une administration éducative libérale », *Annales de Philosophie et des Sciences Humaines*, N° 19, p. 105 (2005))

13. Pour pouvoir remplir cette fonction, l'administration éducative libérale devra employer un ensemble de procédés ordonnés, scientifiquement mis au point. Parmi ceux-ci, l'administration (a) d'un thème interdépartemental, (b) d'un cours interdépartemental, et (c) d'une réunion interdépartementale (ou d'un cours interdépartemental sur place).

14. L'administration d'un thème interdépartemental: Quatre traits distinctifs caractérisent le thème interdépartemental :

- i. C'est un **thème universel** qui concerne la totalité, et s'applique à chacun, des cours offerts dans une faculté déterminée ou, rapporté à une échelle plus élevée, dans une université particulière, ou encore offerts à l'échelle nationale.
- ii. C'est un **thème multidisciplinaire** qui concerne plusieurs spécialités.

iii. C'est un **thème multidimensionnel** qui concerne plusieurs niveaux du cursus.

iv. Non seulement le thème interdépartemental est

- universel,
- multidisciplinaire, et
- multidimensionnel, mais aussi, et de manière particulière,
- multilingue.

Si nous posons, par exemple, « **la problématique** » comme thème interdépartemental, nous constatons qu'elle réunit les traits distinctifs du thème interdépartemental, posés plus haut. La problématique est un thème :

- **universel**, car chaque matière enseignée ne saurait être communiquée d'une manière compréhensible aux étudiants apprentis si, et seulement si, sa problématique n'avait pas été tout d'abord posée clairement.
- **multidisciplinaire**, car il concerne plusieurs départements et, donc, plusieurs spécialités.
- **multidimensionnel**, car il n'est pas limité à une année d'étude particulière; il jalonne plutôt toutes les années d'études.
- **multilingue**, car chacune des unités administratives d'une faculté, et donc les cours qui y sont offerts, adopte une langue particulière comme moyen d'enseignement.

Ayant montré que **la problématique** réunit les traits distinctifs du thème interdépartemental, il faudra montrer comment elle

réunit les divers cours enseignés dans les divers départements, en un cours interdépartemental.

15. L'administration d'un cours interdépartemental:

Plusieurs traits distinctifs caractérisent le cours interdépartemental:

- i. Il s'agit d'une réunion multidisciplinaire, multidimensionnelle et, le cas échéant, multilingue, à la fois, élargissant ainsi l'horizon académique et culturel des étudiants, ainsi que des intervenants professeurs.
- ii. Il traite du thème interdépartemental selon le sujet-matière de chacun des cours qui y sont impliqués.
- iii. Aucun crédit supplémentaire n'est exigé et, partant, aucune obligation financière additionnelle n'est exigée des étudiants pour s'inscrire et assister à ce cours.

Prenons, comme exemple, les programmes d'études de la Faculté des Lettres de l'Université Saint-Esprit de Kaslik (Liban). Or, quatre départements s'administrent au sein de la Faculté des Lettres, à savoir le Département de Langue et Littérature Arabes; le Département de Langue et Littérature Françaises; le Département de Langue et Littérature Anglaises, et le Département d'Interprétation et de Traduction. Ainsi, le thème interdépartemental devra concerner la totalité, et s'appliquer à chacun des cours, contenus dans le cursus de ces départements.

Il n'est pas nécessaire que les cours impliqués dans un cours interdépartemental soient des cours à dénominateur commun. Le thème interdépartemental peut réunir aussi bien des cours dont les sujets-matières sont communs, que des cours dont les sujets-matières diffèrent. Dans le premier cas, le thème est dit **unidirectionnel** ; dans le second cas, **omnidirectionnel**.

Ayant posé **la problématique** comme thème interdépartemental, nous pouvons regrouper les divers cours offerts à la Faculté des Lettres sous deux types de problématique :

- i. une problématique relative à des cours qui sortent de la spécialité d'un département donné, et
- ii. une problématique relative à des cours qui ne sortent pas de la spécialité d'un département donné.

Dans le premier cas (i), la problématique est dite *omnidirectionnelle* puisqu'il s'agit de sujets-matières différents, le thème interdépartemental, ici la problématique, les réunissant. Dans le second cas (ii), la problématique est dite *unidirectionnelle* puisqu'il s'agit d'un même cours à reflets départementaux différents ou des cours dont les sujets-matières sont communs ou convergents. Elle peut être aussi *omnidirectionnelle* puisqu'elle concerne des sujets-matières différents. Les différentes combinaisons des problématiques unidirectionnelles et omnidirectionnelles sont étudiées ci-dessous.

i. La problématique relative à des cours qui sortent de la spécialité d'un département donné :

La problématique ici peut être définie par la question suivante : comment initier les étudiants d'un département donné à une matière qui est étrangère à leur spécialité? Cette problématique couvre les cours suivants :

1. : ,
2. ,
3. L'anglais,
4. Le français,
5. La traduction,
6. La traduction de conférence, et

7. L'initiation à la traduction à vue.

Ce type de problématique, réunissant les susdits cours, est nécessairement:

- ***multidisciplinaire***, ces cours étant offerts respectivement dans le Département de Langue et Littérature Arabes (les cours « 1 » et « 2 »), le Département de Langue et Littérature Françaises (le cours « 3 »), le Département de Langue et Littérature Anglaises (les cours « 4 » et « 5 »), et le Département d'Interprétation et de Traduction (les cours « 6 » et « 7 »);
- ***multidimensionnelle***, les susdits cours étant offerts respectivement aux étudiants de la première (le cours « 1 ») et troisième (le cours « 2 ») années du Département de Langue et Littérature Arabes ; aux étudiants de la deuxième année (le cours « 3 ») du Département de Langue et Littérature Françaises ; aux étudiants de la deuxième (le cours « 4 ») et troisième (le cours « 5 ») années du Département de Langue et Littérature Anglaises, et aux étudiants de la troisième année du Département d'Interprétation et de Traduction (les cours « 6 » et « 7 »);
- Non seulement la problématique subsumant les susdits cours, est multidisciplinaire et multidimensionnelle, mais aussi ***multilingue***, ces cours étant offerts respectivement en arabe (les cours « 1 » et « 2 »), en anglais (le cours « 3 »), en français (le cours « 4 »), en arabe et anglais (le cours « 5 »), en arabe, français et anglais (les cours « 6 » et « 7 »).

ii. La problématique relative à des cours qui ne sortent pas de la spécialité d'un département donné:

Cette problématique est aussi bien unidirectionnelle qu'omnidirectionnelle. Elle peut réunir des mêmes cours, ou dont les sujets-matières sont communs ou convergents, comme elle peut réunir ceux dont les sujets-matières sont différents. Dans les deux cas les combinaisons varient, dépendant de la manière dont les cours sont rapprochés les uns aux autres par référence à **la problématique**, posée comme thème interdépartemental. En conséquence, quatre combinaisons sont possibles : la problématique peut être (i) unidirectionnelle et unidimensionnelle; (ii) omnidirectionnelle et unidimensionnelle; (iii) unidirectionnelle et multidimensionnelle, et (iv) omnidirectionnelle et multidimensionnelle.

La problématique (i), unidirectionnelle et unidimensionnelle, peut se rapporter sur la *Méthodologie de la recherche*, un cours offert aux étudiants de la maîtrise des divers départements de la Faculté des Lettres. Cette problématique est:

- **unidirectionnelle**, puisqu'il s'agit d'un même cours, et
- **unidimensionnelle**, puisque les cours qu'elle réunit sont offerts aux étudiants de la quatrième année des divers départements de la Faculté; elle est aussi
- **multidisciplinaire et multilingue**, puisque le cours est offert dans des différents départements, et dans leurs langues respectives.

La problématique (ii), omnidirectionnelle et unidimensionnelle, peut réunir du Département de Langue et Littérature Arabes, les *Eléments de linguistique* du Département de Langue et de Littérature Françaises, l'*Introduction to Poetry* du Département de Langue et de Littérature Anglaises, et l'*Initiation à la traduction* du Département de Traduction. Cette problématique est:

- **omnidirectionnelle**, puisque les sujets-matières des cours qu'elle réunit sont différents, et
- **unidimensionnelle**, puisque les cours qu'elle réunit sont offerts aux étudiants de la première année des divers départements de la Faculté; elle est aussi
- **multidisciplinaire et multilingue**, puisque les cours sont offerts dans des différents départements, et dans leurs langues respectives.

La problématique (iii), unidirectionnelle et multidimensionnelle, peut réunir la *Technologie de l'information*, un cours pouvant être offert aux étudiants de la deuxième année du Département de Langue et Littérature Arabes (), et offert aux étudiants de la deuxième année du Département de Langue et Littérature Françaises et du Département de Langue et de Littérature Anglaises, et aux étudiants de la première année du Département d'Interprétation et de Traduction. Cette problématique est:

- **unidirectionnelle**, puisqu'elle réunit des cours dont le sujet-matière est commun, et
- **multidimensionnelle**, puisque les cours qu'elle réunit ne sont pas offerts aux étudiants de la même année dans les départements concernés; elle est aussi
- **multidisciplinaire et multilingue**, puisque les cours sont offerts dans des différents départements, et dans leurs langues respectives.

La problématique (iv), omnidirectionnelle et multidimensionnelle. La réunion des cours dont les sujets-matières sont omnidirectionnels, et qui sont multidimensionnels, dépend largement de l'universalité du thème interdépartemental

posé : s'il est universel, c'est-à-dire s'il concerne la totalité, et s'applique à chacun, des cours enseignés dans les divers départements de la Faculté, toutes les matières enseignées, sans exception aucune, pourront être rapprochées les unes des autres ; s'il ne l'est pas, l'unification des matières sera ou bien limitée, ou bien impossible, d'office. Or, la problématique, posée comme thème interdépartemental, est universelle, car toute matière démunie de problématique n'est pas digne d'être enseignée. Par conséquent, la problématique unit toutes les matières. Toutefois, le choix des matières à unir devra être fait en fonction de la politique administrative menée et des questions d'intérêt tenant une grande place dans la vie des étudiants-citoyens, qui peuvent d'ailleurs varier d'une année universitaire à une autre.

16. L'administration d'un cours interdépartemental sur place:

Ayant posé le thème interdépartemental (para.'1'), puis choisi les cours à réunir (para.'2'), l'administration devra, en une troisième étape, administrer un cours interdépartemental sur place, en fonction des observations suivantes:

- i. *Les intervenants*: les interventions sont présentées par les professeurs des cours donnés dans les différents départements.
- ii. *L'audience*: l'audience est constituée des étudiants de chaque cours donné dans les différents départements.
- iii. *L'interprétation*: les professeurs (ou étudiants) interprètes, en sus de leur présentation, prêteront secours à l'audience, le cas échéant.
- iv. *Les difficultés linguistiques*: les présentations des professeurs qui ne dépasseront pas les 10-15 minutes, sont distribuées avant le séminaire aux étudiants. Elles sont traduites, par des étudiants ou des professeurs du

Département de Traduction de la Faculté, dans la langue d'enseignement du département concerné. La présentation portant sur un cours arabe offert dans le Département de Langue et Littérature Arabes sera distribuée, avant la date du séminaire, aux étudiants du Département de Langue et Littérature Françaises et du Département de Langue et Littérature Anglaises, respectivement en français et en anglais. Ainsi, les présentations portant sur « *la problématique relative à des cours qui sortent de la spécialité d'un département donné* », selon la matière des cours « 1 » et « 2 », qui sont offerts dans le Département de Langue et Littérature Arabes, sont traduits en français et en anglais aux étudiants des départements dont la langue d'enseignement est le français et l'anglais. De cette façon, les étudiants connaîtront à l'avance le contenu des présentations, et seront en mesure de préparer leurs questions en comparaison avec la problématique soulevée par les matières offertes dans leurs départements respectifs. Les questions que les étudiants préparent seront certainement enrichissantes, car d'une part elles sont comparatives par nature, et d'autre part elles développent chez les étudiants, comme chez les professeurs-intervenants, une expérience intellectuelle qu'ils n'ont pas pu vivre effectivement dans leurs départements respectifs.

- v. Les questions posées au cours du séminaire sont traduites sur le champ par des interprètes, étudiants ou professeurs, du Département d'Interprétation de la Faculté.

17. L'importance de l'administration d'une technique différentielle réside en ceci, combler les lacunes et faiblesses dans les programmes d'études. Ainsi, administrer un cours interdépartemental aidera l'administration à rechercher pourquoi tel cours fait défaut dans tel département; ou même pourquoi tel

cours est offert dans un département aux étudiants de telle année, alors qu'il ne l'est pas aux étudiants de telle autre année dans d'autres départements: la *Technologie de l'information*, par exemple, un cours qui est offert aux étudiants de la première année du Département d'Interprétation et de Traduction, est offert aux étudiants de la deuxième année du Département de Langue et de Littérature Françaises et du Département de Langue et Littérature Anglaises.

18. Aussi, l'administration d'une technique différentielle aboutit dans l'institution d'un système éducatif en remplacement du système de crédit. Elle aboutit de même sur l'institution d'un département à reflets différentiels au sein de l'Université, et d'une université à reflets différentiels à l'échelle nationale, dont le but est d'appliquer une technique différentielle permettant une perméabilité effective des diverses spécialités.

19. D'autres formes du conflit individu-communauté observées dans plusieurs domaines de connaissance peuvent être résolues par le moyen de groupe, car il est moyen terme par lequel et l'individu et la communauté perdurent, et donc le terme modéré désiré qui nous évite l'extrémisme.



THE MONEY LAUNDERING AS CRIMINAL OFFENCE IN CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

**DRAGAN JOVAŠEVIĆ PH.D. AND
BORISLAV PETROVIĆ PH.D.***

Introduction

Within the structure of national, but also of international crime, crimes aimed at damaging the property of natural and legal persons (even states) is prevailing whereas the aim of individuals, groups and whole organizations when committing crimes is illicit property gain. But it is not sufficient, so they try to legalize money or some other property gained in such a manner property, i.e. to put them into legal flows and operations. On the other hand the perpetrators of such crimes try in every possible manner to conceal the true origin of such gained money or profit.

Some states, and even the whole international community have become aware of the danger of such crimes committed by individuals and groups which aim at laundering and concealing money and other profit gained by criminal activities. Therefore the international law (in universal or regional conventions and other law acts) but also some national laws (in criminal codes) include money laundering as a criminal offence which is punishable by sever penalties in order to prevent and repress these socially dangerous activities. Similar situation in providing money laundering as criminal offence is existing in new criminal law in Bosnia and Herzegovina from 2003. year (in four criminal codes in this country). This criminal law are doing : The Criminal code of Bosnia and Herzegovina¹, The Criminal code of

***Dragan Jovašević Phd, Associate Professor of Faculty of Law in Niš, Serbia and Montenegro and Borislav Petrović PhD, Assistant Professor of Faculty of Law in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina.**

Federation of Bosnia and Herzegovina², The Criminal code of Brčko District of Bosnia and Herzegovina³ and The Criminal code of the Republic of Srpska (Serbia⁴).

MONEY LAUNDERING AS LAW PROBLEM

It has been noticed recently that new problems are accumulating regarding the matters of national and international security. The increased number of »old« and appearance of new security problems is of particular importance and their range is yet to be considered within the new security aspects.

Many of these problems are to a great extent the symptom of structural crisis in the modern world as well as new international relations and circumstances where everything is increasing including the general and organized crime as well as criminal behaviour. Not one nation can be considered safe from new forms of crime. These new and various forms endangering security become a threat to global security in two ways. First, these are the activities having jeopardizing energy which put the security of the society as a whole into danger, both by their existence and by preventing other forms of jeopardy to appear and last. Second, these manifestations provide for the appearance of even more dangerous forms of security endangering both on the national and international plan in the nearest future.

A problem which has not been considered enough or it has been considered rarely from the aspect of maintaining and improving the state of security is the mutual influence of certain forms of

¹ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Sarajevo, broj 3/2003

² Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, broj 36/2003

³ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Brčko, broj 10/2003 and 1/2004

⁴ Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, broj 49/2003

security endangering, i.e. the problem of survival of some forms because of the existence of some other. For instance, we should consider the influence of money laundering on a large number of other forms of security endangering such as terrorism, illicit drug trafficking, degradation of environment and similar. This interaction of various security problems is especially dangerous because of their influence on undermining or destruction of social structures of many countries.⁵ The above mentioned problems influence the integral security which implies the obligation to the international community to analitically consider the dangers and manners in which they act mutually in the years to come. The development of such an understanding will in fact represent the main challenge for security and criminal law analysts in the forthcoming years.

Passing the Criminal codes⁶ in Bosnia and Herzegovina in 2003. year, this state joined a large number of states which have united in their effort to prevent and repress the most dangerous forms and types of organized crime related to property as a very serious security problem which knows no borders between states even between continents. Crime in general, and organized crime in particular crosses the borders of some states and becomes the international security problem of wide proportion with the tendency to penetrate further in all spheres of society.

Individuals, groups and organizations have only one aim – gaining illicit property gain or unlawful profit. Such a gained property has to be legalized in order to be used within legal financial flows in the country but also abroad. But legalization of money does not neutralize the motives and aims of criminal activities which represents the basis of security endangering.⁷ In

⁵ Ljubomir Stajić, Osnovi bezbednosti, Policijska akademija, Beograd, 2003.

⁶ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Krivično pravo II , Posebni dio, Pravni fakultet, Sarajevo, 2005.

⁷ Ljubiša Jovanović, Dragan Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Nomos, Beograd, 2002.

such a way these persons undertake various measures and activities aimed at 'laundering' illicitly gained money and other values (securities, value markings, and other) with the assistance of financial, investment, banking, stock exchange and other organizations and institutions and thus acquire healthy and legal basis for them.

MONEY LAUNDERING AS CRIMINAL OFFENCE IN INTERNATIONAL LAW

In order to repress these unlawful activities on the international level there has been norm-setting of law and obligations of certain states in undertaking adequate measures, means and procedures for prevention and repression of money laundry. Many international laws have been passed which precise unlawful activities and certain types and forms of money laundering as well as measures and procedures by national legislations in repression of this occurrence. In European law money laundering has been given a status of independent criminal offence, but this crime has been known by many other national criminal legislations.

The term 'money laundering' originated in America in the middle of last century. The term means various activities by criminals and criminal groups aimed at legalization of money gained by criminal activities.⁸ The criminals launder money by various financial activities, financial transactions, investments and stock exchange activities in order to conceal the true origin of money and thus make it legal part of capital market. In this way they have the possibility to use normally and freely the unlawfully gained money and market it in business relations and commercial business in general both in their country and abroad.

The international community has early realized the amount of

⁸ Dragan Jovašević, Leksikon krivičnog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 2002, str. 481-482 ; Vojislav Đurđić; Dragan Jovašević, Međunarodno krivično pravo, Niš, 2003, str. 23 i dalje.

social danger in money laundry operations and has therefore undertaken a large number of activities in order to prevent and repress the unlawful activities as efficiently as possible. In the 1980s the intensifying of fight against illicit production and trafficking of narcotics brought about the ideas for coordinated activities on the international level in order to repress money laundering. Namely, the aim of these activities was directed at disabling, prevention and interrupting the organizations and activities of some crime organizations involved in illicit trafficking of narcotics, primarily the Columbian cartel.

Having realized the real danger from organized crime of the international character which knows no political, state and ideological borders between nations, states and continents, the international community begins to develop a strategy for general fight against the most dangerous types of crime – trafficking with narcotics, white slavery, weapons, etc. - all connected closely to money laundering. Many international legal acts have been passed to this effect. These are:

- 1) UN Convention against illicit trafficking with narcotics and psychotropic substances passed in 1988 in Vienna;
- 2) Convention on laundering, search and confiscation of criminally gained profit dated November 8, 1990, Strasbourg
- 3) 1991 Directive for prevention of use of financial system for money laundering
- 4) 1993 Cyprus Communiqué
- 5) UN Convention against transnational organized crime passed December 12-15, 2000, in Palermo.

These international acts establish a legal basis for governing of incriminated behaviour related to money laundering in national criminal legislation and regulation of criminal sanctions.⁹ It is

⁹ Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Službeni glasnik, Beograd, 2002.

therefore very important how individual national legislations deal with criminal-legal aspect of money laundering, all the more so as many solutions included in the said international legal acts are incorporated in the solutions of national criminal legislations.

1988 UN Convention against illicit trafficking with narcotics and psychotropic substances (known as Vienna Convention) which was accepted by more than a hundred states, our being among them, provides for the obligation of signatory countries to incriminate many activities connected to drug trafficking within their national legislation as well as to treat laundering of such earned money as criminal activity. Article 3 of the Convention defines the concept of money laundering as criminal offence. According to the definition this crime exists when the following activities are undertaken with premeditation (on purpose):

- 1) conversion or transfer of property knowing that the property is the result of committed crime in order to conceal illicit origin of the property;
- 2) assistance to any person involved in commitment of such a crime in order to avoid legal consequences of these activities;
- 3) hiding or concealing the true nature, source, location, availability and movement of derived ownership rights or property knowing that the property is the result of committed crime;
- 4) gaining, possession or use of goods or things or values (knowing at the time of its receipt) that are the result of illicit trafficking of narcotics ;
- 5) collusion in order to commit, attempt, assist, instigate, facilitate or advise to commit crime of trafficking with narcotics including money laundering.¹⁰

¹⁰ W.C.Glimore, International Initiatives in the Field of Money Laundering, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, 1995, godine, str. 260

In this way the crime of money laundering has been defined by many activities including preparatory activities, attempt and even the complicity (instigation, assistance or organization of criminal association) as the activities of commitment. This extends the sphere of punishable behaviour making it equal to commitment. Knowledge, consciousness, intention or purpose as subjective elements of psychological nature must exist as important constituting elements of this crime. The Convention has not defined the kind and amount of penalty but left that to national legislations.

The other important act in this field is the Convention on laundering, search, seizure and confiscation of profit gained by criminal activities which was passed by the Council of Europe on November 8, 1990, in Strasbourg. This Convention also defines the obligation of signatory countries of this international organization to include the crime of money laundering in their respective national legislations. The characteristics of this crime are defined identically as by the Vienna Convention with the difference that in this case there is a tendency to take away and confiscate complete property gained not only by unlawful activities related to narcotics, but also related to terrorism, trading white slavery, weapons and criminal acts by which a great profit is made.

Article 6 of the Convention defines the concept and characteristics of crime of money laundering which consists of intentional undertaking of one or several of the following activities:

- 1) conversion or transfer of property knowing that the property is the result of committed crime in order to conceal or present untruly the origin of property or assisting an individual involved in commitment of predicative crime in order to avoid legal consequences for his acts;
- 2) concealing or untrue representation of legal nature, source,

location, use, movement of rights or property in relation to the property knowing that the property is the result of committed crime;

3) gaining, possession or use of property knowing at the time of receipt that it is the result of criminal activities ;

4) participation, collusion or conspiracy in order to commit, try to commit and assist, instigate or facilitate and advise to comit any crime.

The problems of undertaking efficient measures for prevention and repression of money laundering were also included in the UN Convention against transnational organized crime with two additional protocols: the Protocol for prevention, repression and punishment of trading with human beings, especially women and children and the Protocol against smuggling of migrants by land, sea or air. The latter international legal acts were passed at the Conference sponsored by the United Nations in December 2000 in Palermo.

Article 6 of this Convention titled "Criminalization of criminally gained profit laundering" defines the concept and characteristics of the crime of money laundering which all signatory countries are obliged to include in their national criminal legislation.

Article 7 of the Convention also provides for the measures for fighting against money laundering and defines the subjects, activities and procedures by competent national authorities regarding prevention and repression of various forms and types of money laundering.

CRIME OF MONEY LAUNDERING IN COMPARATIVE LAW

Based on these international legal acts a large number of countries has in the recent years included in their national legislations the crime of money laundering carrying severe penalties.

The Republic of Slovenia first passed a separate Law on prevention of money laundering¹¹, and then in their Penal Code¹², Article 252, included the crime of money laundering. This crime takes several forms. The basic crime is committed by a person who takes, exchanges, holds, makes available or use in commercial activities or puts otherwise in circulation the money for which he/she knows that it is gained by committing a crime. Thus the various manners of putting "dirty money" into legal circulation are incriminated. The prescribed penalty for this form is prison sentence up to three years.

If a large amount of money is concerned (and which is a large amount is a fact that the court has to establish in each particular case taking into account all circumstances of crime and perpetrator's personality) the law prescribes the penalty of imprisonment up to eight years and cumulatively fine. In case that several individuals colluded in order to commit one or several activities aimed at money laundering we have the most serious form of this criminal offence for which a penalty of one to ten year imprisonment is prescribed and cumulatively fine. These are the offences of particular social danger because of which the law provides for much serious penalties.

In all above mentioned, basic and serious forms, we have intentional undertaking of some of law forbidden activities. However, the criminal law provides for the responsibility and punishability up to two year imprisonment even when an individual does an activity aimed at money laundering without knowing, but could have known, that the money is the result of a crime. In case of committing any of the above mentioned crimes the Slovenian law provides for a safety measure – obligatory dispossession of the subject of the crime of money laundering.

¹¹ Uradni list Republike Slovenije broj 36/1994

¹² Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili Boštjana Penka in Klaudija Stroliga in stvarnim kazalom Vida Jakulina, Ljubljana, 1999.

The Republic of Macedonia¹³ also passed a new Criminal Code in 1996 which in Article 273 in the group of crimes against economy includes a separate crime named "Money laundering and other illicit property gains". According to the description of this law the crime of money laundering takes several forms. The basic crime carrying the penalty of one to ten year imprisonment exists when a person in banking, financial or some other economic business transaction puts into circulation, takes, hides, exchanges or changes the money for which he/she knows that it is the result of illicit trading with narcotics or weapons or other crimes or conceals otherwise the origin or source of such money. The same penalty is prescribed for a person who puts in the market or otherwise offers for sale property, valuable objects or other goods knowing that they are the result of trafficking drugs, weapons or any other crime. This is in fact the incrimination of activities related to legalization of money and other property gains which are the result of legally precisely defined organized crimes.

In case that one of the activities of the basic form of this crime is done by a person who did not know the real origin of the money or other illicitly gained property, but was obliged and could have known the circumstances, there is a less serious form implying the fine or imprisonment up to three years.

The most serious form of this crime exists when some of the activities aimed at money laundering are done by a person as a member of group, gang or some other form of association which has been founded with the aim to launder money or for the purpose of some other property gain. For this crime there is a penalty of imprisonment of at least five years. The Criminal Code of Macedonia includes implicitly the obligatory pronouncing of safety measure – dispossession of indirect or direct property gain which is the subject of this crime.

¹³ Služben vesnik na Republika Makedonija, Skopje, broj 37/1996

The Republic of Croatia took the same path passing the new Criminal Code in 1997.¹⁴ This Code in Article 279 provides for the crime titled "Concealing illicitly gained money". This crime also takes many forms. The basic form of the crime is committed when a person in banking, monetary or some other economic business transaction deposits, takes, exchanges or otherwise hides the true source of money or things or rights gained by the money known to be the result of a crime for which the penalty of five years imprisonment can be pronounced or the crime committed by a group or other criminal organization or by a person who takes such money, things or rights for himself or other person or have them in their possession or puts them in circulation. We have here the concealing of illicit gain through the most serious organized crimes. For this crime there is a prison sentence from six months to five years.

More serious form of this crime which carrying the prison sentence form one to ten years exists when the concealing of illicitly gained money is done by a person as a member of a group or criminal organization.

The law provides for a less serious form of this crime which implies the prison sentence from three months to three years. This form of crime is committed by a person who undertakes some of the above activities related to money laundering being negligent regarding the origin or source of the money, things or rights. It is interesting that this law includes this crime even when the money, objects or rights are the result of a crime committed in a foreign country. The money and things which are the result of a committed crime are bound to be taken away pronouncing the appropriate safety measure. And finally, this Code provides for the possibility to release the perpetrator for criminal or political reasons on condition that he/she voluntarily contributes to discovering the crime of concealing of illicitly gained money.

¹⁴ Narodne novine Republike Hrvatske, Zagreb, broj 110/1997.

The Russian Federation passed the Criminal Code in 1996¹⁵; Article 174 of this Code includes a separate crime named "Laundering of money or other illicitly gained property". This crime takes three forms. The basic criminal offence refers to financial operations and other business transactions with money or other property which was acquired illicitly as well as the use of the said means for enterprising or other economic activities. There is a fine for this crime amounting from 500 to 700 minimum labour cost or salaries or other wages of a convicted person for the period of time from five to seven months or four years of imprisonment with the fine of one hundred minimum amounts of labour cost or salaries or other wages of a convicted person up to one month or without it.

CRIMINAL LAW IN SERBIA AND MONTENEGRO

More serious form of this criminal act exists if the basic crime was committed by a person as a member of a group after the previous agreement or many times (therefore, in case of repeated offense by a person who was already convicted for the same crime) or by a person who abused his authority. The penalty for more serious form of this crime is four to eight years of imprisonment with or without the confiscation of property. The most serious form of the crime of money laundering which carries the prison sentence from seven to ten years with or without the confiscation of property exists when the basic crime was committed by organized groups or to a large extent (what is the large extent or the amount of laundered money or other property gain is the fact that has to be established by the court in each particular case).

The presented comparative legal analysis shows that all considered laws (or codes) include the crime of "laundering (or

¹⁵ Skuratov J.J., Lebedev V.M.; Kommentarii k ugodovnomu kodeksu Rossijskoj federaciji, Moskva, Norma, 1996.

concealing) money or other illicit gains" in their special parts. This crime takes several forms. The provisions of international legal acts make their basis. It should be said, however, that various activities of putting illicitly gained money into legal circulation, but also the various forms of accomplicing (instigation, assistance in some other manner or criminal organization), as well as preparatory activities are considered the commitment of this crime. These crimes imply the penalty of imprisonment and most often cumulative fines. In addition to this the law prescribes the obligatory pronouncing of safety measure – dispossession of subject of criminal act as specific criminal-law measure.

MONEY LAUNDERING IN THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

The money laundry includes depositing of money gained by performing illicit activities on the accounts with banks or other financial organizations or institutions or otherwise putting such money into legal financial operations. According to law this crime may be committed in two manners as follows : 1) by depositing money on the account and 2) by putting money into legal financial operations.

For the existence of this criminal offence several cumulative conditions must be fulfilled. They must be either depositing of money on the account with banks or other financial organizations or institutions or otherwise putting such money into legal financial operations. In order to be legally relevant, these activities must refer to the money which may appear in one of the following forms: as cash, effective foreign currency or other finances. What is important is the fact that the money was gained by performing illicit, unlawful activities such as: grey economy, illicit trade in arms, narcotics or psychotropic substances and other illicit activities.

The perpetrators of these incriminated activities according to law may be domestic or foreign natural or legal persons.

In addition to the legally specifically stated activities by which a criminal offence of money laundering can be committed, but also other illicit gains, the activities on assisting with money laundry are also incriminated. These activities include all actions and procedures by which one provides for, contributes, facilitates, makes conditions or assumptions for money laundry. The activities enabling money laundry include the following:

- 1) concealing or hiding the origin of money or place where it was deposited or concealing the purpose of use of property and all rights resulting from performing an illicit activities;
- 2) exchange or transfer of property resulting from performing illicit activities;
- 3) acquiring, possession or use of property resulting from performing illicit activities, and
- 4) concealing of illicitly gained public property or public capital on the occasion of property transformation of a company.

In order to be able to deal with money laundry or enable it in any of the specified manners, we need to have the activities undertaken and directed at the money which was illicitly gained. Illicitly gained money is the money gained in an unlawful manner either as cash money or cash equivalent in domestic or foreign currency, stocks and bonds and other payment facilities in domestic or foreign currency as well as property (rights and things) bought with such money.

According to this Article 209. of Criminal code of the Bosnia and Herzegovina, Article 272. of Criminal code of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Article 265. of Criminal code of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina and Article 280. of Criminal code of the Republic Srpska the criminal offence of "money laundry" takes three forms: basic, favor and serious.

The basic form of this criminal offence carries prison sentence from six months to five years. It exists when any of the mentioned activities which are contrary to the provisions of this law is undertaken by which money is deposited with a bank or other financial organization or institution or is otherwise included into legal financial circulation in order to do legal economic or financial activities if the money is the result of a criminal activity. The awareness, knowledge of a perpetrator that the money is the result of some or any criminal activity is the basis for criminal liability of this person. Even the attempt to commit this crime (in case of intentional starting of any activity directed at money laundry) is punishable by law.

The favor form of this crime which carries the imprisonment up to three years exists or fine in case when a perpetrator did not know that the money was the result of a crime, but could have known or was obliged to know that. In this case therefore it is a lower degree of culpability when the perpetrator acts negligently regarding the origin of money which is subject to commitment of this criminal offense.

The most serious form of this criminal offense carrying a prison sentence of one to ten years exists when the amount of laundered money exceeds 50.000 KM (Convertible Mark). Therefore, the amount of 'laundered' illicitly gained money which is subject to this crime represents qualifying circumstance for this criminal offense. In any case regardless of the form of the criminal offense the court pronounces obligatorily the safety measure of dispossession of the money or profit which are subject to this crime in addition to the sentence (imprisonment and/or fine).

The perpetrator of the crime of money laundry can be natural person (domestic or foreign citizen), but also the responsible person as legal person who knew or was obliged to know or could have known that the money is the result of criminal activities.

CONCLUSION

The increase of new and various forms of criminal offences has been noticed recently especially those which include the international element, i.e. the element of organized crime. Crimes when perpetrators have the purpose of obtaining some illicit property gain for themselves or for some other person take special part within them. But this gain is not the purpose in itself but has to be legalized or laundered by putting money or other property into legal circulation. The international community, but also the individual countries are faced with the problem of suppression of the money laundry or concealing the origin or money gained by committing crime.

This law dealing with money laundry in Bosnia and Herzegovina provides for a wide range of preventive measures and procedures directed at detection, prevention and suppression of various activities of money laundry or assistance with money laundry and this law is supposed to lead Bosnia and Herzegovina into a circle of other contemporary states which try to put a stop to this dangerous social evil by organized, systematic and continuous activities of various social subjects. It is certain that in this fight the repressive measures – sanctions for criminal offences, economic torts and torts - cannot be completely efficient.

The preventive measures take special place here especially those trying to remove the conditions which lead to situations that illicitly, i.e. unlawfully gained money is put into legal financial and economic flows in various manners through various financial and other transactions. Naturally, this is the fight where every country should count on the assistance of other countries, even the whole international community, in the same way as crime which does not know the borders between countries.

LITERATURE

- Dimitrijević P., Jovašević D., Prekršajno pravo, Službeni list SCG, Beograd, 2005.
- Djordjević Dj., Prekršajno pravo, Policijska akademija, Beograd, 2004.
- Djordjević M., Djordjević Dj., Krivično pravo, Projuris, Beograd, 2005.
- Durdjić V., Jovašević D., Međunarodno krivično pravo, Nomos, Beograd, 2003.
- Durdjić V., Jovašević D., Praktikum za krivično pravo, Knjiga druga, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2003.
- Durdjić V., Jovašević D., Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Glimore W.C., International Initiatives in the Field of Money Laundering, Butternjorths, Journal of International Banking and Financial Law, 1995.
- Jovanović Lj., Jovašević D., Krivično pravo, Opšti deo, Nomos, Beograd, 2002.
- Jovanović Lj., Durdjić V., Jovašević D., Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2004.
- Jovašević D., Leksikon krivičnog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 2002.
- Jovašević D., Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Službeni glasnik, Beograd, 2002.
- Jovašević D., Komentar Zakona o privrednim prestupima sa sudskom praksom, Službeni list SRJ, Beograd, 2001.
- Jovašević D., Privredni prestupi u sudskoj praksi – Praktikum, Službeni glasnik, Beograd, 2001.
- Jovašević D., Zbirka zakona o prekršajima sa komentarom i praksom, Službeni glasnik, Beograd, 2004.
- Jovašević D., Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Službeni list SCG, Beograd, 2006.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili B. Penka in K. Stroliga, Uradni list, Ljubljana, 1999.
- Lazarević Lj., Vučković B., Vučković V., Komentar Krivičnog

zakonika Republike CrneGore, Obod, Cetinje, 2004.
Lazarević Lj., Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Savremena administracija, Beograd, 2005.
Petrović B., Jovašević D., Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Pravni fakultet, Sarajevo, 2005.
Petrović B., Jovašević D., Krivično (kazneno) pravo II, Posebni dio, Pravni fakultet, Sarajevo, 2005.
Skuratov J.I.; Lebedov V.M.,Komentarii k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj federaciji, Norma, Moskva, 1997.
Stajić Lj. ,Osnovi bezbednosti, Policijska akademija, Beograd, 2003.



**LATEST DEVELOPMENTS CONCERNING FOREIGN
DIRECT INVESTMENT IN TURKEY: FOREIGN DIRECT
INVESTMENT STATUTE**

DR. RIFAT ERTEN*

INTRODUCTION

Foreign direct investment [FDI] has gone through characteristically fundamental changes and got diversified in the twentieth century. So, especially after the World War II, the FDI became a significant instrument for the economical development of the developing countries. FDI does not only constitute a financial source to reduce the rate of balance payment and savings deficit, but creating employment, bringing in new technology and readily applicable knowledge as well as information, it also ensures more competitive market conditions and contributes to international integrations.

For those reasons, the Turkish Republic has been eager to attract FDI in the country. Despite the fact that Turkey has a large domestic market and is the largest economy in its region, it can not still attract enough FDI. Historically, two factors have been considered to underlie behind this fact. First was the lack of information on the part of foreign investors regarding Turkey, and the second was the legislative problems. As far as the second factor is concerned, many statutes have been promulgated in Turkey, latest of which is the Foreign Direct Investment Statute [FDIS], subject of this article. It must be mentioned that Turkey has entered into bilateral investment treaties with many countries for the purpose of protection FDI. In addition, it became party to Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States and Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency conventions.

* Research Assistant, Department of Private International Law, Ankara University Law Faculty

This paper will initially give background information about the FDIS, and then the legal position of FDI in Turkish Law will be determined. In this context, the scope of the FDIS, the definitions that are introduced by this Statute as well as the rights granted to the foreign investors will be mentioned. Lastly, an assessment will be made through a comparative perspective, taking previous provisions on the issue into consideration.

1. HISTORICAL BACKGROUND

Throughout the Ottoman Empire, FDI has developed in the line of the following three interdependent factors: (1) Capitulations, (2) 1939 Trade Agreement (or known as Balta Port Agreement) and others (3) Borrowing and Public Debts.

Due to these given reasons, a healthy development in the area of FDI had not been achieved and consequently the Ottoman Empire has been treated just like a colony. It was only after the founding of the Turkish Republic in 1920, it became possible to get all these burdens removed from the shoulder of the State.

Although the founders of the Turkish Republic did not intend to externalize FDI, there have been contrary applications in practice which has frightened and put off foreign investments to some extend. The main reasons that lied under such applications were dictated by the circumstances of that time, such as the 1929 World Economic Recession and the fact that Turkish War of Independence was just over which had been seen as a war of economic independency as well.¹

However, following the World War II, Turkey needed to make some rearrangements to benefit from foreign investments and tried to encourage foreign investments through newly issued legal

¹ Despite that, foreign investors in Turkey following the establishment of the Turkish Republic and even they were given monopoly in certain sectors. See ÖKÇÜN, A.G.: 1920-1930 Yılları Arasında Kurulan Türk Anonim Şirketlerinde Yabancı Sermaye, Ankara 1971.

regulations. These regulations are as follows:

- The Statute on the Treasury Giving Guarantees for Private Enterprises and Pledge for Foreign Currency, numbered 5585². Promulgated in 1950, this Statute gives transfer security to foreign investors and also the opportunity for the debtor enterprises to pay their debts in foreign currency.
- The Statute on Encouragement for Foreign Investments, numbered. 5821³. This Statute, which entered into force in 1952, annulled the Statute No. 5585 and introduced many provisions which promote foreign investments.
- The Statute of Encouragement for Foreign Investment⁴, numbered 6224. Since the previous Statute numbered 5821 did not meet the expectations, this new Draft Statute was prepared by a foreign expert, enacted in 1954 and remained in effect until 2003. Even though this Statute brought quite liberal provisions as such, in practice certain attitudes were adopted, which had eventually frightened the foreign investors. After 1980, the procedures and the principles of the implementation of this Statute were determined via decrees and directives in a way to encourage the foreign investors. According to provisions of these regulations, foreign investors had to apply to the Undersecretariat of Treasury [Undersecretariat] for approval and permission.
- FDIS No. 4875⁵.

2. GENERAL

The FDIS is enacted to express the change of perception of Turkey, concerning foreign investments. This is expressed in the last paragraph of the Memorandum of the FDIS as follows:

“A Statute that highlights the liberal characteristic of the investment environment in Turkey is prepared to replace the

² Turkish Official Gazette [O.G.], 04.03.1950, N. 7448.

³ O.G., 09.08.1951, N. 7880.

⁴ O.G., 23.01.1954, N. 8615.

⁵ O.G., 17.06.2003, N. 24141.

Statute of Encouragement for Foreign Investment, dated 18.01.1954 and numbered 6224 (No. 6224). The reason is that regulations of a country concerning investments are significant since they reflect the perspective of the given country on international investments. With this aim in mind, designed as the principle statute on foreign direct investment, FDIS reflects the liberal and egalitarian approach of our country towards foreign investments, and serves as a 'legal guideline' for the investors which gives them 'clear and understandable' messages and demonstrates the rights and liabilities of the investors, emanated from various regulations."

Under the first article, the objective of the Statute is laid down in detail. According to the mentioned article, the objective of FDIS *"is to encourage foreign direct investments; to protect the rights of foreign investors; to define investment and investor in line with international standards; to establish a notification-based system for foreign direct investments rather than screening and approval; and thus regulate the principles to increase foreign direct investments through established policies."*

As part of the requirement of the FDIS (Article 5/b), *Regulation for Implementation of Foreign Direct Investment Statute*⁶ [Regulation] has entered into force to determine the fundamental rules of the implementation of Statute. Furthermore, *Regulation on the Employment of Foreign Personnel in the FDI*⁷ [REFP] has been put into effect in accordance with article 3/g of the FDIS as to the expatriates to be employed in the foreign-owned firms. Accordingly, today, there are three basic regulatory texts about FDI under Turkish Law⁸.

⁶ O.G., 20.08.2003, N. 25205.

⁷ O.G., 29.08.2003, N. 25214.

⁸ Previously, there were also two regulatory-texts about FDI by the Statute 6224. One of them was the Framework Decree on Foreign Capital of Council of Ministers (O.G. 23.07.1995, N. 22352), and other was Communiqué on Framework Decree on Foreign Capital of Undersecretariat (O.G. 24.08.1995, N. 22384).

3. THE SCOPE OF ACTIVITY

The FDIS do not include any restriction or prohibition towards the foreign investors concerning the area of business activities. According to the FDIS *"It's free to make foreign direct investments by the foreign investors in Turkey."* (Article 3/a, 1). Therefore, foreign investors can conduct any kind of business activity within the scope of the FDIS.

Nonetheless, as the FDIS includes only general terms and rules, one needs to look at the special legislations, regulating certain sectors, in which the foreign investors wish to conduct business activity. In this regard, principles and procedures concerning the foreign investors which are provided under special legislations shall be given priority in the implementation. This fact is also mentioned under Article 3 of the FDIS which clearly provides that freedom of investment is provided for the foreign investors, notwithstanding the provisions of international conventions and special regulations.

In addition, through the decisions of the Constitutional Court on special legislation regulating sectors of foreign investments, some principles on the issue are accepted. For instance, the Constitutional Court stated in a decision dated 09.12.1994 that *`it is inconvenient for the foreign investors to have the majority of the shares in the sector of production, transfer and distribution of electricity`* in annulment decisions of the provisions that permitted the foreigners to enter in the given sectors⁹. Same approach of the Court is seen under different decisions. However, the Constitutional Court, in 2005 has refused the submission on annulment of Act No. 5189 which abolishes percentage restriction of foreign investor as regards share of the Turkish

⁹ Constitutional Court, 9.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2 <<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-42.htm>> (21.09.2005).

Telecommunication Company¹⁰. In this way %55 share of this Company could be transferred to a foreign investor.

4. THE SYSTEM OF INFORMATION

The most fundamental change that is brought by the FDIS is the abrogation of the screening and approval based system, and adoption of notification-based system. Therefore, foreign investors do not need anymore to obtain permission or approval from the Undersecretariat in order to set up a company or open a branch or going into a partnership with an existing company because of their foreign characteristic. Besides, any other obligation for seeking the approval of the Undersecretariat for changes in capital share structure or in the area of business activity as well as the obligation of registration for the agreements on know-how, technical support and franchising are also removed. However, the requirement of obtaining operation permit for liaison offices remains the same. It is therefore still obligatory for the foreign investors to seek the permission of the Undersecretariat in order to establish and operate a liaison office (Article 3/h).

Within this context, while the Undersecretariat is granted with certain authorities, foreign-owned investment and trade registry officials are ascribed some liabilities as regards information. The authorities of the Undersecretary and the liabilities of the trade registry officials, companies and their branches are regulated in detailed under Article 4 of the FDIS and Articles 4 and 5 of the Regulation respectively.

Additionally, as the FDIS strictly treats that kind of information as confidential and bans it to be used for any reason other than statistical purpose, investments' confidentiality of information is

¹⁰. The Turkish Telecommunication Company is component authority in PSTN (public switched telephone network) of Turkey. This decision has been declared by the official spokesman of the Court, but it has not been published yet.

assured (Article 4/III).

Consequently, excluding the liability of notification, FDIS and the Regulation do not provide for any extra liability to foreign investment, just because they are of foreign origin.

4.1 Authorities of Undersecretariat

The Undersecretariat is authorized to enquire about statistical information concerning foreign investments from all state departments or private vocational institutions in order to establish and develop an investment related database (Article 4/II).

Article 4 of the Regulation provides clearly for the principles on how to obtain the required information. According to the mentioned provision, the Undersecretariat obtains the required information from the Central Bank of the Republic of Turkey, the Capital Market Board, the Ministry of Industry and Trade, the Ministry of Finance, the Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges, Trade Registry Officials and all other state institutions, corporations and quasi-official independent vocational institutions as well as from the NGOs by establishing data exchange protocols or other possible means.

4.2 Liabilities of Company or Branch Office

The last paragraph of the Article 4 of the FDIS rules that the foreign investors are liable to inform the Undersecretariat of the statistical information about their investments, in line with the principles and procedures which are to be determined by the Undersecretariat. These principles are set out by Article 5 of the Regulation.

Accordingly, information to be provided to the Undersecretariat

is classified into three, first of which is periodical and regular. The other two are to be given, only when and if they occur (Regulation 8/b, c).

Thus, the companies and the branch offices, formed within the frame of FDIS are liable to send information about their capital structure and operations to the Undersecretariat, latest until the end of May each year. They need to fill in the FDI Operations Date Form and submit it to the Undersecretariat.

In addition to the regular annual reporting, such companies are required to notify the Undersecretariat on the following cases in the specified periods;

(1) Payment made to the capital account or capital-raising shall be reported by filling in a FDI Capital Data Form, attached to Regulation, within a month

(2) Any share transfer which takes place either among the company partners whether domestic or foreign, or any share transfer to any investors outside the company shall be reported within a month following the transfer, in the FDI Share Transfer Data Form, attached to Regulation.

The companies founded on entirely domestic capital are not subject to the FDIS. However, they come under the ruling of FDIS, if they admit a foreign investor into the company via share transfer or capital increase. In such a case, the company shall report the changes and share-transfer within a month, by FDI Share Transfer Data Form.

5. DEFINITIONS

FDIS has re-defined the terms and concepts of “*foreign investor*” and “*foreign direct investment*”, taking the modern standards into consideration.

5.1 Foreign Investor

FDIS does not give a general comprehensive definition of “*foreign investor*”, instead, it determines who the foreign investor is (Article 2/a).

The previous provisions of regulations were defining the foreign investor as a real person of non-Turkish nationals and the legal entities, formed in accordance with the law of a foreign country¹¹. FDIS expands such definition by including Turkish nationals who are resident abroad, international institutions as well as real and legal persons of a foreign country.

Owing to this definition, the Turkish citizens residing abroad can use their savings as foreign investments in Turkey, whether they are acquired within or outside the country. FDIS brings no time-restriction as for the period of residency abroad. According to Article 10 of the Regulation, so long as they certify that they have either residency or work permit in the given country, they are deemed to be foreign investors. In such a case, duration of residence abroad does not make any difference.

5.2 FDI

FDIS and other related regulations fall short of giving a broad definition of foreign direct investment but instead, they list the values to be considered as foreign investment in a non-restrictive way.

According to sub-paragraph 1 of paragraph (b) of Article 2, *acquired abroad*, the economic values and assets *such as* capital in cash in the form of convertible currency bought and sold by the Central Bank of Turkey, stocks and bonds of foreign companies (excluding government bonds), machinery and equipment,

¹¹ See Framework Decree on Foreign Capital Article 2/b.

industrial and intellectual property rights; and under subparagraph 2 of the same article *acquired in Turkey*; reinvested earnings, revenues, financial claims, or any other investment-related rights of financial value, commercial rights for the exploration and extraction of natural resources are deemed to be the sources of foreign investment.

Due to the word “*such as*” used in this provision, economic values and assets are not mentioned *numerus clauses*; therefore, any other value or asset which is not listed here can also be considered as foreign investment within the meaning of this article (Article 2/b).

In compliance with the modern approach, not only the values and assets acquired from abroad, but also the ones acquired in Turkey and transferable abroad, are accepted as sources of foreign investment.

FDIS also establishes the criteria upon which the non-cash capital values are assessed. FDIS suggests that the valuation of non-cash assets as capital will be assessed according to the provisions of the Turkish Commercial Code. However, stocks and bonds of companies, which are incorporated abroad, will be accepted as foreign capital share of foreign investors and the values determined by the courts of the home country, or other relevant authorities in this country, or any other international institutions performing valuations will be accepted (Article 3/h). Before this provision, all of valuation had to be assessed by the Turkish experts nominated by the Undersecretaries¹².

Previously, foreign investors were required to bring in at least 50.000\$ and in case of two partner investors, it was conditioned that the total amount shall reach 100.00\$ at least regardless of the proportion they share¹³. There is currently no limitation on

¹² See Communiqué on Framework Decree on Foreign Capital, Article 10/a.

¹³ See first paragraph of the Article 10 Communiqué on Framework Decree on Foreign Capital.

amount for the investors to make an investment in Turkey.

6. THE FORM OF OPERATION OF FOREIGN INVESTMENT

Foreign investors can set up a company or open a branch office or buy the shares of an existing company in Turkey. They can also establish partnerships with a Turkish partner, even though it is not explicitly stated in the FDIS.

The types of the companies which can be established by the foreign investors are mentioned in Article 9 of the Regulation. According to first paragraph of this article, foreign investors can open both collective, commandite, limited and corporation companies as defined in Turkish Commercial Code and also an ordinary (unincorporated) company as defined in the Turkish Code of Obligations. In the second paragraph, the companies whose characteristics do not exactly match with the ones defined in Turkish Commercial Code are said to be considered as ordinary companies and thus, scope of the definition is expanded.

Before FDIS, foreign investors were permitted only to conduct their business operations as corporate or limited companies¹⁴. As this provision had been abolished, the foreign investors can invest as they wish.

Also, certain stock exchange market sales is accepted within the scope of FDIS, providing that a minimum of 10% of the shares of a company or of an amount that gives 10% voting rights are sold to a foreign investor (Article 2/ii).

¹⁴ See first paragraph of the Article 2 Communiqué on Framework Decree on Foreign Capital.

7. THE RIGHTS OF THE FOREIGN INVESTORS

Rights and the advantages given to the foreign investors are listed under Article 3 of the FDIS, as national treatment, expropriation and nationalization, transfers, acquisition of real estate or limited rights *in rem*, dispute settlements, employment of expatriates, and commitment of alteration.

7.1 National Treatment

The new provisions mentions that foreign investors would be treated equal to the Turkish investors (Article 3.a, 2). Therefore, foreign investors would enjoy all the rights that Turkish investors are enjoying. In this sense, they can benefit from the incentives and the subsidies, provided that they meet the conditions. Acting otherwise would cause an unfair competition in disfavor of foreign investors.

7.2 Expropriation and Nationalization

Although the rights of the relevant parties in case of nationalization or expropriation have already been taken under protection in Turkish law¹⁵, these rights are repeated and

¹⁵ The Constitution of the Turkish of Republic of Turkey regulates expropriation in the article 46 and nationalization in the first two paragraphs of article 47.

Expropriation

Article 46: *“The State and public corporations shall be entitled, where the public interest requires it, to expropriate privately owned real estate wholly or in part and impose administrative servitude on it, in accordance with the principles and procedures prescribed by law, provided that the actual compensation is paid in advance.*

The compensation for expropriation and the amount regarding its increase rendered by a final judgment shall be paid in cash and in advance. However, the procedure to be applied for compensation for expropriated land in order to carry out land reform, major energy and irrigation projects, and housing and resettlement schemes and afforestation, and to protect the coasts and to build tourist facilities shall be regulated by law. In the cases where the law may

confirmed in FDIS as well (Article 3/b). The FDIS states three conditions under which a foreign investment can be expropriated or nationalized as follows:

- Expropriation or nationalization would be carried out in accordance with existing law.
- Expropriation or nationalization would be conducted for the purpose of public interest.
- The value of the expropriated or nationalized companies would be paid in full.

7.3 Transfers

As known, one of the building blocks of the policies about the FDI in general is the issue of transfers. Like the previous provisions, FDIS guarantees the transfer of net values stating that *“Net profits, dividends, the values of sales, liquidation or compensations, the sums to be paid in return to licensing, management or other kind of agreements and the payments of the capital and interests of the credit debts can be transferred from abroad via banks or private financial houses”* (Article 3/c).

7.4 Acquisition of Real Estate or Limited Rights in Rem

Foreign investors can not acquire a real estate or limited rights in rem in Turkey, just because they invest in the country. However, they can acquire real estates or limited rights in rem under the

allow payment in installments, the payment period shall not exceed five years, whence payments shall be made in equal installments.

Compensation for the land expropriated from the small farmer who cultivates his own land shall in all cases be paid in advance.

An interest equivalent to the highest interest paid on public claims shall be implemented in the installments envisaged in the second paragraph.”

Nationalization

Article 47: *“Private enterprises performing public services may be nationalized when this is required by the exigencies of public interest.*

Nationalization shall be carried out on the basis of real value. The methods and procedures for calculating real value shall be prescribed by law.”

general provisions regulating the rights of foreigners to purchase real estates in Turkey.

There were some discussions in Turkey on whether or not foreign-owned companies could acquire real estate or limited rights in rem. With FDIS, foreign-owned company is permitted explicitly to acquire real estate or limited rights in rem, and ended discussions. Article 3/d of the FDIS refers that “*Companies may freely acquire real estate or limited rights in rem through a legal entity established or participated by foreign investors in Turkey, provided such acquisitions are permitted for Turkish citizens*” (Article 3/d). The only exception to this provision is the no-access security zones as described in the Statute of Militarily Banned Areas and Security Zones¹⁶.

FDIS does not recognize the same right of acquisition of a real estate for the branch offices and liaison offices, since they have not specified under Article 3/d.

7.5 Dispute Settlement

The right to arbitration which is generated from concession agreements, that Turkey stands as a party, had faced some constitutional obstructions. Before all, the Council of State (*Danıştay*) which was constitutionally responsible for overseeing the concession agreements has not recognized the right of arbitration clause. As a natural consequence of this opinion, foreign investments have not shown enough interest to the concession agreements in Turkey.

To sign concession agreements, which contains an arbitration clause, Turkish Constitution was amended. By the Act on Changing Some Articles of the Constitution, numbered 4446 and dated 13.08.1999, arbitration clauses are accepted as regards

¹⁶ O.G. 22.12.1981, N. 17552.

some of the agreements to which Turkey is a party,. Article 2 of the mentioned Act annexed the following rule to the first paragraph of Article 125 of the Constitution *“In order to settle disputes arising out from the terms and conditions of the concession agreements about the public service, national or international arbitration can be stipulated. Disputes can be referred to an international arbitration only if it carries out a foreign element within.”* Likewise, Article 3 of the Act amended the second paragraph of the Article 155 of the Constitution as follows *“Council of State is commissioned to give its opinion about the concession agreements` terms and conditions within two months ...”*

Accordingly, Code numbered 4501¹⁷, that contains provisions about preemptory rules on stipulating arbitration for arising out of concession agreement regards public services, is enacted in 21.01.2001. The aim of this Code is to determine the obligatory dispositions in acting concession agreement which contains arbitration clauses as regards public services.

In the light of the above mentioned provisions, it has become possible to set forth the arbitration clause in the concession agreements, which contains foreign element. As the constitutional foundation of the negative view of the State Council about stipulating arbitration in case of any dispute concerning the terms and conditions of the concession agreements which relates to public services, was annulled, the right of *“examining”* thoroughly was changed as *“giving opinion”*. However it should be noted that in practice, the views of the State Council are taken into account, while the contracts are prepared. Nevertheless, as the arbitration has earned a constitutional foundation and weight, arbitration can be stipulated in the concession agreements, if the parties wish.

FDIS sets forth the means and ways to settle the disputes as well.

¹⁷ O.G. 22.01.2001, N. 23941.

It provides that “in order to settle the disputes about the investment contracts which are subject to civil law and also to settle the disputes arising out of the foreign investors about the terms and conditions of the concession agreements concerning public services, signed between the foreign investors and the public administration, can be referred to domestic courts as well as to national or international arbitration or other alternative dispute resolutions, if the stipulations accrued” (Article 3/e).

The FDIS issued a rule, expanding the dispute resolution means especially about the concession agreements which gives more flexibility to the administration. Although the first paragraph of the Article 125 of the Constitution and Article 3 of the Code numbered 4501 speak of only arbitration as a dispute resolution means, the mentioned provisions of the FDIS enables the administration to choose alternative dispute resolutions other than arbitration. That way, the contracting parties can stipulate reconciliation method in their concession agreement, either as the first dispute resolution method before arbitration or excluding arbitration altogether.

7.6 Employment of Expatriates

Generally, the employment of the foreigners in Turkey is regulated both by the Code on Foreign Personnel Working Permits numbered 4817¹⁸ and dated 27 February 2003, and the Regulation¹⁹ about the implementation of the mentioned Code.

As known, foreign investors want to employ their personnel in key positions. On this account countries legislate exceptionally employment of foreign personnel to attract FDI. In this regard, the FDIS includes some exceptions as well on general regulations about the employment of key expatriates in foreign-owned enterprises. According to Article 3/g, expatriates who can be

¹⁸ O.G., 06.03.2003, N. 25040.

¹⁹ O.G., 29.08.2003, N. 25214.

considered as the key personnel can be employed in the liaison offices, subsidies and foreign investments with special features.

Besides, as a requirement of the FDIS, principles and procedures on the employment of foreign personnel are established by the REFP, prepared by the Undersecretariat and the Ministry of Labour and Social Security. The REFP first defines the scope of the concepts used in the REFP and then determines the procedures and principles of how to apply for work permit.

FDIS brings some exceptions to the provisions on the employment of foreigners in FDI works. The first of those exceptions is the annulment of the condition on “*finding a person in the country who can be employed for the same position in four weeks*” as a legal basis for the refusal of applications for work permit or for extending the work permits which was suggested by Article 14 of the Code 4817.

The second exception is that the provisions of the first paragraph of the Article 13 of Code 4817 shall be re-regulated by the REFP²⁰. Accordingly, the REFP provides;

“Considerations of related authorities will not be asked for, on the occupational competence of key personnel to be employed in jobs outside their occupational education/training in foreign direct investments with exceptional features.

These persons are not subject to procedures on occupational requirements and competence and license requirements and competence stipulated in the Implementation Regulation for the Code on Work Permits of Foreigners.”

With these provisions, an opportunity is created for the key personnel of the FDI companies to work outside their educational background²¹.

²⁰ The rule as follows: “*the work permits of expatriates to be employed in the FDIS harmonized works shall be given by the Ministry after considering the opinions of related authorities as to their competence.*”

²¹ TEKİNALP, G.: Türk Yabancılar Hukuku, 8th ed., İstanbul 2003, p. 155.

7.7 Commitment of Alteration

Paragraph (d) of the Article 5 of the FDIS states that “*any alteration concerning the articles of this FDIS is only regulated by means of amending and appending provisions to the present FDIS*”. Turkish Legislator makes an unusual commitment in favor of foreign investors, as there has never existed a similar provision in previous regulations.

Although it carries no binding weight in terms of the Turkish Constitution, it is still a significant provision, as it demonstrates the good will of the Turkish Legislator about the rights and commitments set out in the FDIS.

8. Liaison Offices

There is only one article in the FDIS concerning liaison office. However, section 3 of the Regulation, titled as *Liaison Offices* undertakes detailed arrangements as to liaison offices.

FDIS allows establishments of liaison offices as well, however, subject to a permission. FDIS requires that permit of operation for both establishing a liaison office and also for extending the existing permit shall be obtained from the Undersecretariat (Article 3/h).

There are two main stipulations about the activities of liaison offices:

- The whole expenses of the liaison offices shall be met by the foreign currency which was transferred from abroad. Further, the obligatory Data Form for Liaison Offices which is submitted annually on information about the Office’s activities, shall be provided with documents that certify that expenses of the previous year are made through transfers of foreign currency from abroad (Regulation Article 8/b).
- Liaison office can not carry out any commercial activity (FDIS

Article 3/h; Regulation Article 6/I). It can only operate in the area that is covered by the operation permit. Moreover, liaison offices cannot claim any money transfer except residue arising due to termination or liquidation (Regulation 8/d, c).

Where FDIS differs from the previous regulation is on the issue of permission to liaison offices. As expressed in FDIS, the permit for liaison offices shall be granted only for *“the companies, established in accordance with the laws of a foreign country”*. The previous rule, however, had used the term of *“institutions and corporations established abroad”*²². Due to this broad scope of the expression under the mentioned previous provision, even some of the foreign foundations could have granted permits for their liaison offices in Turkey. However in the light of the rule of the new provision, none of the institutions other than the ones, which can be accepted as foreign companies, can open any liaison offices.

Article 6/II of the Regulation stipulates that applications for establishing a liaison office or extending the duration of permit shall be decided within five days, provided that all the required information and documents are complete. The last paragraph of the same article suggests that *“Applications of foreign companies to establish liaison offices so as to operate in sectors subject to special legislation, such as money and capital markets, insurance and the like, will be assessed by authorities and institutions authorized by the related special legislation”*. In that way, the Regulation sought the opinion of the authorized departments and institutions in the sectors which are subject to special legislation.

CONCLUSION

In Turkey, many legal regulations had been promulgated in order

²² See Article 2 of the Framework Decree on Foreign Capital.

to attract more foreign investments to the country. However, not enough had been achieved due to some other factors. Eventually, the need for a new law which would express a change of mentality as to foreign investments was deeply felt and the FDIS came into stage and was promulgated in June 2003, as a manifestation for foreign investors.

FDIS redefined the terms “*foreign investor*”, “*foreign investment*” and re-regulated the forms of foreign investment activities in accordance with modern perception.

The most radical change that FDIS introduced was to remove all the requirements of permit and approval during their establishment and operations, except for the liaison offices. Accordingly, foreign investors can operate and carry out their activities in any sector as they wish. Yet, they need to get operation permit for the establishment of their liaison offices and they need to extend this permit when it expires. A notification-based system is adopted for statistical purposes instead of a screening and approval based system. While the Undersecretariat was given certain authorities, the law accordingly makes foreign investors subject to some liabilities.

Although FDIS adopts this approach of freedom in general, one needs to look at the special legislations which regulate certain sectors, as FDIS does not nullify the provisions of special legislations.

The commitments made in favor of foreign investors were listed in FDIS. Despite the fact that most of those undertaken rights already exist under Turkish Law, repetition of them in FDIS constitutes a significant sign of good-will and desire of Turkey on the subject.

FDIS undertakes the commitments of *national treatment, transfer of profits and dividends gained through investment, commitment on the expropriation or nationalization; of the right*

to acquisition real estate and limited real right/claim, of the right to go to arbitration or choose an alternative dispute resolution especially in the public service concession agreement as a way of dispute settlement and finally of the right to employ foreign personnel, for the foreign investors.

In addition to all those undertakings, in case of a foreign investor using the securities of a company residing abroad as the capital of the company which will be set in Turkey, it suggests a valuation method of these bonds and securities which is in the compliance with internationally recognized method. Accordingly, the values determined by the courts of the home country, or other relevant authorities in the home country, or any other international institutions performing valuations will be accepted and used as the capital.

Currently Turkey continues to attract significant amount of FDI as a consequence of the liberal atmosphere created by FDIS²³. Especially privatization of state-owned assets or state-owned enterprises and sales of state-controlled companies in the country continues to be a driving force behind FDI inflows. For example, through Turkish Telecommunication Company privatization, 6.55 billion USD will inflow to Turkey in total, 20 % of which is already paid²⁴ Also, Telsim, which is the second GSM operator in Turkey, controlled by the Saving Deposit Insurance Fund, was purchased by Vodafone for the amount of 4.55 billion USD.

²³ "Foreign Direct Investment Information Bulletin", <http://www.hazine.gov.tr/YBS_20060217.pdf>, (28.01.2005).

²⁴ <http://www.oib.gov.tr/index_eng.htm>, (28.02.2005).



THE INSTITUTION OF QUESAMA IN ISLAMIC LAW

DR. AYBARS PAMİR*

INTRODUCTION

The aim of my article is to examine in detail “Quesama” which is an institution of Islamic Criminal Law (Ukubat) and forms one of the exceptions to the principle of “Personal Liability”.

Quesama is an institution which is not practiced in modern law systems today but was accepted in several societies in the past. As we can understand from this sentence, Quesama is not an institution unique to Islamic Law; it was also practiced by the Ancient Greeks, in Hebrew Society, among Arabians of the Age of Ignorance and in Medieval England¹. This proves that Quesama, like other law institutions, arose from a requirement of everyday life in ancient societies, and several societies were influenced by each other in questions of law and took some institutions and rules from each other.

Quesama must not only be considered as a historical institution; it must also be viewed as a practice which was a step in the modernization process of Criminal Law.

1. GENERALLY

In Ukubat (Islamic Criminal Law), there is a very interesting institution which stems from the practice of “Compensation”: “Quesama”. It can be defined in the following way: If the corpse of

* Research Assistant, Department of “History of Law”, Ankara University, Faculty of Law.

¹ ANSAY, Sabri Şakir; Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara, 1958, p.287 - CİN, Halil – AKYILMAZ, GÜL; Türk Hukuk Tarihi, Konya, 2003, p.217 et seq.

a person who has been assassinated by an unknown killer, is found in a private estate, a village, a district or a public place like a street or a mosque, fifty people in that place are made to swear that they have not killed him and they do not know the killer. On condition that they swear accordingly, the compensation of the person, who has been killed, will be paid by the possessor of the estate or by the people of that village or district².

As we can see, as a result of this oath, the people of the place in question are considered to have committed the crime; because their failure to prevent the act or identify the killer has negatively affected the residents. So, the compensation for the victim will be demanded from them³.

The institution of Quesama was formulated in this way in the Ottoman Digests: "If the corpse is found in a district or a village, the public officers must investigate in order to find the killer. If they cannot find him, they must apply the practice of compensation..."⁴ This expression indicates that Quesama took place in Ottoman Law and survived as one of the basic subjects of Ukubat, for centuries.

Quesama is practiced for everyone in the "Islamic Region" without any discrimination between "Muslims" and "Zimmies". Zimmies are the people who made the "Zimmet Contract" with the leader of an Islamic state or with the person authorized by him, in order to become citizens of that state. They are non-Muslims, but they believe the Holy Scriptures which were sent by God in the past. In Private Law, Zimmies are subject to the rules which their religious communities legislate, but in Public Law (of course in Criminal Law), the rules imposed by Islamic Law on

² CİN, Halil – AKGÜNDÜZ, Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, Vol. I, Kamu Hukuku, Konya, 1989, p.276 – LIPPMAN, Matthew – Mc. CONVILLE, Sean – YERUSHALMI, Mordechai; Islamic Criminal Law and Procedure, New York – London, p.72.

³ ÜÇÖK, Çoşkun – MUMCU, Ahmet – BOZKURT, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1996, p.78.

⁴ CİN – AKGÜNDÜZ; 1989, p.276.

Muslims are applied also to them⁵. The institution of “Quesama” is found in Islamic Criminal Law, so it must be valid for Zimmies, too. Namely, if a Zimmi is killed by an unknown person, his compensation will be paid by the people residing where the corpse is found, according to “Quesama”. This institution was applied in all ancient Islamic states and the Ottoman Empire, as mentioned above.

2. THE ROLE OF THE PRINCIPLE OF “PERSONAL LIABILITY” IN HISTORY AND EXCEPTIONAL APPLICATIONS OF THIS PRINCIPLE

A. Generally

The institution of “Quesama” is an exception to the principle of “Personal Liability” in Islamic Law; thus some other people, who have not committed the crime, are punished for an assassination committed by an unknown person. In fact, like “Quesama”, there were some other practices in which the principle of “Personal Liability” was not applied in history; correspondingly “Quesama” or some other similar institutions were established in different societies.

At this point, it is important first to examine the reasons for the appearance of “Personal Liability” and its exceptional application, “Collective Liability”, in the historical process. Besides, it is necessary to give some examples which distinguish it from the principle of “Personal Liability”, in different ancient societies. It is also vital to investigate how various states in history which did not apply Islamic Law incorporated the institution of Quesama in their law systems.

In the West, the concepts of “Crime” and its corresponding “Punishment” were started to examine deeply from the 17th

⁵ For details about Zimmies see; ÜÇÖK – MUMCU – BOZKURT; 1996, pp.70–71, 179 – 181.

Century. So, until that time, Criminal Law had followed a very different course of development from that of today⁶.

Firstly, it must be said that, when a crime was committed among individuals in the same society, the leader of the society used to punish the criminal, in the “Primitive Criminal Law Term”. This penalizing activity did not depend on a judicial order; naturally it was impossible to talk about the principle of legality in such crimes and penalties. Determining the acts which would be punished and their penalties depended on the leader’s private evaluation. As we can see, when a crime was committed within the bounds of a society, its punishment according to the “Primitive Criminal Law Term” posed no difficulties because of the unique sovereign power presiding over the society. We can talk about the principle of “Personal Liability” in this application⁷.

When a crime was committed between the members of two different societies, it was impossible to punish it; because there was no unique superior power presiding over both societies. This led to the practice of “Revenge”; thus a very effective reaction took place against the acts which caused the society harm. The responsibility in this situation was “Collective”, but not “Personal”; because the price of the crime was exacted by the avengers from the entirety of the perpetrator’s society. The application of “Revenge” can be considered quite usual under such conditions; because there was not an authority to judge and punish the criminal which presided over the societies. In this way, it is possible to envisage a strict adherence among the members of the families; in addition, material and spiritual values were joint and possession was collective. When a crime was committed, it was natural to demand revenge from the society on which the perpetrator was defendant and made the punishment collective⁸.

On the other hand, revenge was considered as a foundational part

⁶ ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT; 1996, p.74.

⁷ For details about this point see; DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Vol. I, İstanbul, 1987, pp.38,39

⁸ DÖNMEZER, Sulhi; Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul, 1949, p. 8 et seq.

of a society's right to defend itself, and it was thought that a society which could not defend its members would weaken and perhaps finally be destroyed. So, utilizing the right of revenge was considered as equivalent to a "state of war"; thus the members of the society were asked to join the struggle. In fact, the members of the society never hesitated to fulfill this duty and made sacrifices for it. That is to say, revenge was not only a right, but it was also a definite duty⁹.

As we can see, when an act which constituted a crime was committed against another society or its members, the punishment was performed collectively, in the earliest stages of history. At this time, Government did not have the sole right of punishing criminals. When Government acquired this right after a while, the principle of "Personal Liability" was applied to most of the crimes; other crimes were punished collectively. It can be considered as a privilege of Government, depending on the daily situations and needs of the society.

The same thing can be said for "Akile" and "Quesama" which are Islamic Criminal Law institutions. Even the Islamic Law System had already accepted the principle of "Personal Liability"; it had to deviate from this principle by applying "Akile" and "Quesama" as a necessity of daily life.

B. SOME PRACTICES WHICH WERE EXCEPTIONS TO THE PRINCIPLE OF "PERSONAL LIABILITY" IN ANCIENT CIVILIZATIONS

Not only in Islamic Law, but also in the legal systems of different states in history, various exceptions to the application of the principle of "Personal Liability" appeared as a response to the necessities of everyday life. As far as we can learn from the historical sources and documents, here are some interesting examples in the law systems of different ancient states:

⁹ DÖNMEZER – ERMAN; 1987, pp. 39 – 41.

In Babylon, the 23rd article of the Code of Hammurabi anticipated that, when a theft occurred and the thief was unknown or was not caught, the person whose property had been stolen would explain it in the presence of God. After this, the people who were living in that district would pay the aggrieved party for what had been stolen¹⁰. This article either forms an exception to the principle of “Personal Liability” or implies the existence of a social solidarity and control mechanism similar to the practice of Qesama. But here, “theft” is at issue instead of “assassinating” in this article.

Among the Hittites, when an animal was killed, the owner of the area in which the animal had been killed would pay compensation. If it was killed in an ownerless area or the guilty party was not found, the residents of the nearest place were responsible for the compensation¹¹. In this example, we find a practice similar to “Qesama”, but Islamic Criminal Law does not accept Qesama in the case of the killing of animals¹².

Among the Irani Mongols, the damage caused by an insane person not properly taken care of was paid for by his relatives¹³.

Among the ancient Turks, we find some similar examples, too. As far as we can learn from the Chinese Sources, among the Huns, if a man had committed an act of banditry, his family would have been kept hostage by the officers of the Government¹⁴.

Among the Orhons, a person, who blinded somebody, had to give his daughter or his wife’s property to the aggrieved party¹⁵. Likewise, if the property of a resident in a district was stolen, the

¹⁰ TOSUN, Mebrure – YALVAÇ, Kadriye; Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi – Şaduqa Fermanı, Ankara, 1989, p.187–AKDEMİR, Süleyman; Ceza Hukuku’nda Mağdurun Korunması, İzmir, 1988, pp.37,38.

¹¹ ALP, Sedat; Hitit Kanunları Hakkında, A.Ü.D.T.C.F.D. , Vol. V/5, Ankara, 1947, p. 480.

¹² ANSAY; 1958, p.287.

¹³ SEYDİŞEHİRİ, Mahmut Esat; Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul, 1331, pp. 126,127.

¹⁴ ÜÇÖK – MUMCU – BOZKURT; 1996, p.20.

¹⁵ ÜÇÖK – MUMCU – BOZKURT; 1996, p.27.

other residents were responsible for the compensation¹⁶.

Among the Mongols, who were relatives of the ancient Turks and whose law system was similar to theirs, we find various practices in which the principle of “Personal Liability” is not followed. Here are some interesting examples from the famous legal code of Genghis Khan: The 29th article of the Law says that a person who was with a stolen horse, had to return it along with nine horses of the same price; if he could not afford it, his children had to be taken instead of the horses. If he did not have any children, he would be sacrificed like a sheep¹⁷. The 29th article and the others which pertain to “Theft” in Genghis Khan’s Law, show us that the Mongols anticipated very high penalties for this crime. Incidentally, the practice of “...taking the children instead of horses” in the 29th article indicates that the crime of theft was not definitely personalized. Here, it can be assumed that the guilty’s children were taken as slaves and they would be used as workers.

On the other hand, the 2nd article in the 6th part of Genghis Khan’s Law, the title of which was “The Crimes Against Lives”, clearly says that the wife, the amour and the guns of a man who killed one another when sober had to be taken; if he did not have enough goods to compensate for the damage, the relatives of the aggrieved party would claim their right upon the possessions which the killer would acquire in the future or upon those of his heirs, until an equitable compensation could be paid them¹⁸. In this article too, there is an exception to the principle of “Personal Liability”. As we can see, the Mongols attributed great value to human life; so, the seizure of the most important possessions and the wife of the guilty was anticipated. As Mongols were a nomad society, they had some basic characteristics of this kind of living, like the ancient Turks: the Huns, Orhons and Uigurs. For example, men were superior to women; because they could use weapons and watch the herd. In addition, Mongols always had to

¹⁶ DANIŞMENT, İ. Hami; Eski Türk Seciye ve Ahlakı, İstanbul, p.48 et seq.

¹⁷ ALINGE, Curt; Moğol Kanunları, Translated by: Coşkun ÜÇÖK, Ankara, 1967, p.145.

¹⁸ ALINGE; 1967, p.157.

be dynamic and disciplined like other nomads; because all nomads in Central – Asia were active and fighters¹⁹. We can clearly say that, among nomads, a man's most important goods were his horse and weapons, as a warrior. According to the 2nd article, the person found guilty would be deprived of these kinds of goods, thus rendering him practically an outcast. Correspondingly, with this article, the principle of “Personal Liability” was abandoned, by taking the guilty's wife. Incidentally, the rule that “... the relatives of the aggrieved party would claim their rights upon the possessions which the killer would acquire in the future or those of his heirs, until an equitable compensation could be paid them” clearly shows that the principle of “Personal Liability” was not observed in the Mongolian Law System. But these rules ensured, nonetheless, that the damage suffered by the aggrieved party, would be compensated.

More examples of exceptions to “Personal Liability” can be given. In history, applying penalties to people other than criminals, appeared in different ways, but always with the aim of compensating the damage suffered. In these practices, the needs of the societies and the characteristic role of the Law Maker were of paramount importance.

C. QUESAMA PRACTICES IN DIFFERENT SOCIETIES IN HISTORY

Quesama is not an institution of Islamic origin. It was practiced in different kinds of societies, too.

For instance, among the Hittites, when an assassination occurred, the owner of the area where the aggrieved party was killed had to pay the compensation. If the crime was committed in an ownerless area or the guilty person was not found, the residents

¹⁹ For details about the judicial institutions and basic species of nomad Turkish societies see; ÜÇÖK – MUMCU –BOZKURT; 1996, pp. 15-17 – ÖGEL, Bahaeddin; Türk Kültürünün Gelişme Çağları, Vol.II,İstanbul,1971,p. 15 et seq. – CLAESSEN, Henri J. M. – SKALNIK, Peter; Erken Devlet, Kuramlar – Veriler – Yorumlar, Translated by: Alâeddin ŞENEL, Ankara, 1993, pp. 140 – 141.

of the nearest place were responsible for paying the compensation²⁰.

Similarly, among the Irani Mongols, if it was discovered that a person had been killed by an unknown person, the compensation would have had to be paid by the people of that town²¹.

Among the Mongols too, Quesama was practiced. According to the 16th article of the 6th part of Genghis Khan's Law, if a corpse was found in an inhabited area or a person died falling down a hole, the residents of that area had to give a horse and nine animals to the heirs of the aggrieved party, as compensation. If nobody lived and there were only animals grazing there, the relatives of the deceased could take these animals as compensation²².

The practice of Quesama was found among the Ancient Greeks, in Hebrew Society, among the Arabians of the Age of Ignorance and even in Medieval England. In Medieval England there was feudalism. When a person was killed by an unknown man on the Lord's own estate, he had to catch the guilty person and receive the compensation from him within five days. If the killer had not been caught by the Lord that time or the corpse had been found in a closed place like a house or the court of justice, the Lord would have to pay the compensation, himself. But when the corpse was found in an open area, the residents of the Lord's estate would share in paying the compensation²³.

As we can see, the needs of societies brought about various similar judicial practices in different states while there was no specific difference between East and West at different times in history. This proves that all societies were influenced by each other in the matter of law and similar needs brought about the

²⁰ ALP; 1947, p.480.

²¹ SEYDİŞEHİRİ; 1331, pp.126,127.

²² ALINGE; 1967, p.158.

²³ PAINTER, Sidney; Studies in the History of the English Feodal Barony, Baltimore, 1943, pp.80 – 82.

same judicial arrangements.

3. “PERSONAL LIABILITY”; AS ONE OF THE BASIC PRINCIPLES OF ISLAMIC CRIMINAL LAW AND ITS TWO EXCEPTIONAL APPLICATIONS

“Personal Liability” is the basic principle of Islamic Criminal Law. In the 164th Verse of the Enam Sura, the 15th Verse of the Isra Sura, the 18th Verse of the Fatır Sura, the 7th Verse of the Zumer Sura and the 38th Verse of the Necm Sura of the Quran, it is clearly explained that nobody is responsible for the crimes of his father or his brother. Similarly, with the following hadith of Prophet Muhammad, the principle of “Personal Liability” was declared: “There is no doubt that, a guilty person commits a crime only against himself; namely only he himself is responsible for the crime that he has committed.”²⁴

But there are two institutions which lie outside of this basic principle in Islamic Criminal Law; they are “Akile” and “Quesama”.

“Akile” means the close relatives of the guilty. They are the people who help the perpetrator in paying compensation in the case of quasi – intentional and accidental assassinations and batteries. “Getting the ‘Akile’ to pay the compensation” can be considered as “responsibility for somebody else’s act” at the first sight; but in fact, the reduction in the amount of compensation expected from someone found guilty of a crime committed unintentionally acted as a mechanism for ensuring social solidarity²⁵. In addition, when the Akile is also expected to pay the compensation, a social control mechanism is formed for the prevention of crime²⁶.

There is no consensus among different Islamic schools about who constitute the Akile, but it is generally accepted that, in different

²⁴ RAMADAN, Said; *Islamic Law, Its Scope and Equity*, Great Britain, 1961, p.55.

²⁵ DAĞCI, Şamil; *İslam Ceza Hukuku’nda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara, 1999, p.35.

²⁶ AYDIN, M. Akif; *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1999, p.182.

situations, the co-workers of the guilty person or the military unit (for a soldier) or a town's residents or even the National Treasury can be "Akile", when the close relatives of the perpetrator are not found²⁷.

Another exception to the principle of "Personal Liability" in Islamic Law is "Qesama". As defined above, when a person is killed by an unknown man, the people who are the resident in the place where the corpse is found are responsible for paying compensation of dead person. This is "Qesama". The heirs of the aggrieved party choose fifty men who are inhabitants there, and they are invited to take an oath in the presence of the Kadi. In their oath, they say that, they are not the killer and they do not know him. After taking the oath, the compensation for dead person is shared equally among the town people. Thus, it is expected that the people in that place will preserve public security. Therefore, the residents of the town should hear the announcement, shouted from the place where the corpse was found, indicating the Kadi's decision²⁸.

Below I present two fetwas related to our topic given by the famous Ottoman Head Mufti; Ebussuud Efendi:

Fetwa No.: 1

The problem: When "Zeyd" was found dead in a cave, if a person shouted loudly from the cave towards the nearest town and the people in that town could hear the voice, would it be necessary for the inhabitants of that town to pay compensation?

The Answer: Of course, it would²⁹.

Fetwa No.: 2

²⁷ CİN, Akgündüz; 1989, p.273.

²⁸ DÖNMEZER – ERMAN; 1987, p.109.

²⁹ DÜZDAĞ, M. Ertuğrul; Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları, İstanbul, 1983, pp. 155,156.

The Problem: When “Zeyd” was found dead in a town, but the killer was not known and the voice could be heard in the town, who would pay the compensation, the people of the town or those in the district of the town where the corpse was found?

The Answer: It would be paid by the people of the town³⁰.

If the corpse is found in a distant place, the compensation will not be necessary, because the townspeople will not be considered responsible for providing public security, there³¹.

As we can see, “Akile” and “Quesama” are two examples of “Collective Liability” in Islamic Criminal Law.

4. THE PRINCIPLE OF “RELIGIOUS LIABILITY” WHICH AFFECTS PUNISHMENT IN THE APPLICATION OF QUESAMA

In the application of the institution of Quesama, the principle of “Religious Liability”, which is one of the basic principles of Islamic Criminal Law, has a special place. According to this principle, the penal sentences in Islamic Law are considered to be religious prohibitions and orders at the same time. So, obeying or disobeying these rules makes people consider the rewards and the penalties which they will receive in the “Next World”. Thus, Muslims have been encouraged to obey Islamic rules. It should be noted, incidentally that “belief in the Next World” and the divine threat are important psychological factors in the identification of criminals, when the perpetrator is unknown. On the other hand, thanks to this belief some perpetrators will be able to apply Justice themselves and accept their crimes without any police prosecutions³².

³⁰ DÜZDAĞ; 1983, p.156.

³¹ DÖNMEZER – ERMAN; 1987, p.109.

³² AWWA, Muhammad Salim; The Basis of Islamic Penal Legislation, New York, p.131.

The principle of “Religious Liability” also aims to have an effect on the social control mechanism in criminal matters. In this context, religious obligations are intended to create an atmosphere, in which people always keep themselves under control and so to prevent crime in Islamic Society³³.

This aim is quite apparent in “Quesama Crime”. Truly, when an assassination is committed by an unknown person, the residents at that place will be punished; because they have not provided the social control which must always be exercised among them, and they have not prevented the crime. If they provided the necessary control and solidarity among them before committing the crime, the crime would not occur, nor would they be punished. As we can see, those who are punished in this situation are sentenced according to the principle of “Religious Liability”.

As best we can understand, Islamic Law aims to form a “Public Union”, a Public Union which, since it is already disciplined, prevents the occurrence of crimes. It is thus demanded that evil will not be committed and that good will always be preserved in a given society³⁴. The 104th Verse of the Ali İmran Sura of the Quran accordingly states the following rule: “The society you form should always encourage goodness, enjoin honesty and forbid evil. Only such a people can achieve success”. As Islamic Law enjoins goodness and prohibits evil, it particularly emphasizes that there must be cooperation in the prevention of crime. Consequently, members of the society are under a collective responsibility either to prevent the crime or to punish it, in the application of Quesama.

On the other hand, Islamic Law considers that the crime of assassination is a crime against the whole of humanity. Thus, Islamic Law gives great importance to the life of human-beings. In the Quran, the 32nd Verse of the Maide Sura clearly expresses

³³ DAĞCI; 1999, pp.37,38.

³⁴ EBU ZEHRA, Muhammad; İslam Ceza Hukuku'nda Merhamet ve Adalet, Translated by: Hasan GÜLEÇ, D.E.Ü.İ.F.D., Vol. III, İzmir, 1986, p.257.

that a person who has killed somebody else without a good reason should be considered to have killed all the people in the World; whoever has saved a life should be considered to have revived them. As we can see, the importance of human life in Islamic Law requires that the damages suffered by the aggrieved side must be removed immediately and completely. It is possible through “Retaliation” when the perpetrator is known and with “Quesama” if he is unknown. In the second situation, the compensation is paid and the grievance of the “Akile” of the dead person is removed. The practice of “Retaliation” or “Compensation” in the crime of assassination³⁵ aims to divert society from feelings of “Revenge” and “Bloody Strife” because thanks to these two institutions, the internal peace of the society is ensured in accordance with the instructions of God and the principle of “Religious Liability”³⁶.

As we can understand, no crimes which are committed in Islamic Law are left without penalties by means of applying the principle of “Religious Liability”.

5. THE OATH OF QUESAMA

As we have explained above, in accordance with Quesama, if a dead person is found in a village, a town or a city and the killer is not known, fifty of the residents are required to take an oath swearing that they have not killed him and they do not know the guilty party.

These fifty people must be men; because women are not accepted as judges or witnesses in the crimes of “Retaliation” and “Hadd” in Islamic Law³⁷. In fact, Quesama is a kind of Retaliation (a life

³⁵ For details about the judicial meanings of “Retaliation” and “Compensation” see; ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT; 1996, p.75 et seq. – CİN-AKGÜNDÜZ; 1989, p.271 et seq. - CİN-AKYILMAZ; 2003, p.232 et seq. – AYDIN; 1999, p.202 et seq.

³⁶ EBU ZEHRA; 1986, p.258.

³⁷ ÜÇÖK – MUMCU – BOZKURT; 1996, p.82.

for a life). But here, the punishment is converted into compensation because the perpetrator is unknown. So, Quesama has been considered subordinate to retaliation and it has been accepted that women cannot be witnesses in Quesama Crime, just as in the crimes of “Retaliation” and “Hadd”.

On the other hand, the fifty men who are summoned before the Kadi must fulfill the other conditions of being a witness, too. In other words, they must be free, adult, examiner and judicious. They must also be capable of understanding what they hear, capable of expressing themselves fully, clear of any conviction for slander concerning adultery, must have lived their lives in accordance with the customs and usages and must not desire any advantage from their testimony³⁸.

If less than fifty men resident in the place of the crime are found to take the Quesama Oath, those who are present will make up the number of sworn testimonies to fifty. Hz. Muhammad and Hz. Omar were known to have made fifty people take an oath when an assassination occurred and the perpetrator was not known. By the same token, the famous Caliphs; Omar bin Abdulaziz and Abdulmelik bin Mervan carried out similar practices³⁹. These were the examples which guided the practices of Islamic jurists for the next centuries.

6. AVOIDING THE QUESAMA OATH

If the “Quesama Oath” is avoided, the general rules dealing with “the avoidance of Oaths” in Islamic Law will be applied. In Islamic history we find the following practices in the cases of those avoiding oaths. For instance, in a case involving trade, Hz. Osman ruled against the defendant who had avoided taking the oath. There was a similar decision of Hz. Omar, too. The famous Kadi of Cufe, “Shureyh”, was known for his decisions against

³⁸ For details about the provisions of being a witness in Islamic Law see; ÜÇÖK – MUMCU –BOZKURT; 1996, p.83.

³⁹ For details about this point see; ATAR, Fahrettin; İslam Adliye Teşkilatı, Ankara, 1999, p.212.

defendants who did not take the oath. Another famous Kadi, the Kadi of Basra; “Ibn Ebi Muleyke” asked Ibn Abbas, who was a mufti, how to solve the problem he was working on at that time and, he was answered in the following way: “Ask the plaintiff to bring his evidence. If he cannot bring his evidence, propose that the defendant take an oath. If the defendant avoids taking the oath, make your decision against him.”

When faced with people avoiding the oath, Hz. Ali applied similar practices, too. But he also asked the plaintiff to take the oath, after the defendant had taken it⁴⁰. This can be considered an attempt to reach the truest result.

We can see that, it is not practical to decide against a defendant in Quesama cases who avoids taking the oath because, when an assassination occurs and the perpetrator is unknown, fifty men at that place will be invited to take the oath and even if they take an oath they will be considered guilty and will be punished because they did not see the perpetrator and prevent the crime. They have not preserved order in their place of residence⁴¹. Consequently, those who are called upon to take the Quesama Oath cannot avoid it. The compensation of the aggrieved party must be paid by the people of that place. So, when someone tries to avoid taking the oath he will be put into prison until he agrees to take the oath.

On the other hand, Islamic Law fundamentally stresses the importance of acting as a witness and assisting in the adjudication of crimes according to the requirements of justice. So, a person who sees a crime must inform the Government immediately and, as in Quesama, when a person is invited as a witness, he must testify⁴². Dealing with this point, the 135th Verse of the Nisa Sura of Quran is as follows: “O believers, you must always respect justice, even if it is against you, your parents or relatives. God is closer to those who respect justice whether they

⁴⁰ ATAR; 1999, p.211.

⁴¹ ÜÇÖK – MUMCU – BOZKURT; 1996, p.78.

⁴² EBU ZEHRRA; 1986, p.252 et seq.

are rich or poor. Do not act according to your desires in your justice. If you do, believe that God is surely aware of your acts.”

In conclusion, it can be said that avoiding the Quesama Oath is impossible. The point of this in Islamic Criminal Law is to provide justice and deal with grievances.

7. THE FUNCTION OF THE INSTITUTION OF “QUESAMA” IN PREVENTING CRIME

Islam instituted “Quesama” that had existed among the Arabians of the Age of Ignorance, too. It also improved this institution and considered it a way to protect the rights of the aggrieved⁴³. It was a suitable solution in Criminal Law at that time because Islamic Law accepted the principle that, prior to the committing of a crime, the whole community was responsible for the ensuring and maintaining of order. It was also the responsibility of Muslims to help those whose rights had already been infringed. According to Islamic Law, the community must not tolerate the presence of those with criminal tendencies or intentions, nor permit them to disturb the peace. Otherwise, they will be liable for penalties such as “Quesama” or “Compensation”⁴⁴.

As we can see, the practice of Quesama is intended to act as a social control mechanism whereby members of a society will keep each other under control and crime will be minimized.

8. THE METHOD of PAYING the COMPENSATION in “QUESAMA”

There are various possibilities in Quesama concerning how the compensation will be paid, who will pay it or to whom it will be

⁴³ ATEŞ, A. Osman; İslama Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitap Örf ve Adetleri, İstanbul, 1996, p.426 et seq.

⁴⁴ ATAR; 1999, p.212.

paid; thus the applications vary.

First of all, the relatives of the aggrieved party must bring a complained or a suit before Quesama can be applied⁴⁵. But, if the relatives cannot be determined or the aggrieved party does not have any relatives, the Government will independently start to investigate. (It is known that, Hz. Omar held an inquiry for one year to find the killer of a person who had been killed and thrown to the side of a road.) In this situation, the compensation will be paid to National Treasure by the possessor of the estate.

If the place where the dead person is found belongs to the State, there will be no need to pay compensation, because the State is both creditor and debtor, at the same time.

If the dead person has relatives and it is clear who they are and the corpse is found in a private estate, the compensation will be paid by the possessor of the area⁴⁶.

If a person is killed when he is a guest in someone's house and the killer cannot be determined, the compensation will be obtained from the owner of the house, according to the Ebu Hanife. But for "Imameyn"⁴⁷ the compensation must in this situation be paid by the person resident in the house at that time. In Ottoman Law practices, the thought of Imameyn was accepted in the context of a fetwa of Ebussuud Ephenidi. His fetwa, which is related to this topic, is given here:

The Problem: "...It is asked who, when a guest in a house is killed, will be responsible for paying the compensation. According to

⁴⁵ AVCI, Mustafa; Osmanlı Hukuku'nda Suçlar ve Cezalar, İstanbul, 2004, p.82.

⁴⁶ BİLMEN, Ö. Nasuhi; Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Vol. III, İstanbul, 1975, p.160.

⁴⁷ "Imameyn" is the name of the two famous students of Ebu Hanife, who founded the Hanefi Law School. Ebu Yusuf and Imam Muhammad (Imameyn) sometimes disagreed with their teacher, Ebu Hanife, but they played a consistently important role in improving the School; so they are referred to as the founders of Hanefi Law School along with Ebu Hanife. For details see ÜÇÖK – MUMCU – BOZKURT; 1996, p.62.

Imam-1 A'zam (Ebu Hanife), "the owner of the house" and according to Ebu Yusuf of "Imameyn", "the inhabitant of the house at that time" is responsible. Which idea is valid and will be applied? It has been decided that this problem should be presented to you in the hope of a solution."

The Answer: "The firman which has already been issued and confirms the opinion of Hz. Imam Ebu Yusuf, is valid. One must proceed in accordance with that opinion"⁴⁸.

In Quesama, the president of the State does not have the authority to forgive the guilty, when he is found later. Furthermore, the President must collect from the guilty party the money previously paid by the National Treasury on its behalf. It should also be noted that, according to the Maliki School, the perpetrator who is later discovered should also be subject to retaliation.⁴⁹

CONCLUSION

"Personal Liability" is the basic principle in Islamic Criminal Law as in modern law systems. However, according to the different requirements of social life, some exceptional practices are also to be found in Islamic Law. "Akile" and "Quesama" are exceptions to the principle of "Personal Liability" in Islamic Law.

Islamic Law with the many progressive principles introduced to Arabian Society which had just left the Age of Ignorance constituted almost a revolution. It accepted some judicial institutions which had been applied by the Arabians before Islam, while improving these. Thus, Arabian Society finally achieved the peace and order which it had lacked for a long time. As Islam introduced rules that aimed to ensure "Social Peace", different kinds of arrangements were accepted in order to ensure this basic

⁴⁸ DÜZDAĞ; 1983, p.156.

⁴⁹ AVCI; 2004, p.82.

principle. One of these arrangements was “Quesama”. Even though it was in contrary to the principle of “Personal Liability”, it was applied in Islamic Society.

In accordance with this institution, when an assassination occurs and the perpetrator is unknown, fifty men who are resident there, are summoned before the Kadi to take their oaths. In this oath they assert that they are not guilty and have not seen the killer. In spite of the oath, the residents are considered to have committed the crime; thus, the compensation has to be paid by them because it is considered that they have disturbed the peace of that place by failing to see the perpetrator and prevent the crime.

As we can see, Quesama imposes a social control mechanism upon the community. The intension is that the all the members of the community will control themselves and solidarity among them will be ensured. Thus they will prevent the committing of crimes. Thanks to the practice of Quesama, the crime, that has been committed, does not remain unpunished; in addition, the relatives of the aggrieved party are always compensated for the damages they have endured.

Even though the institution of Quesama, as a product and a reflection of social solidarity may be considered an entirely suitable response to the conditions under which it arose, there is no way it can be defended in the context of modern criminal law and human rights.

BIBLIOGRAPHY

1. AKDEMİR, Süleyman; **Ceza Hukuku’nda Mağdurun Korunması**, İzmir, 1988.
2. ALINGE, Curt; **Moğol Kanunları**, Translated by: Coşkun ÜÇOK, Ankara, 1967.
3. ALP; Sedat; **Hitit Kanunları Hakkında**, A.Ü.D.T.C.F.D., Vol. V/5, Ankara, 1947, p.465.482.

4. ANSAY, Sabri Şakir; **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, Ankara, 1958.
5. ATAR, Fahrettin; **İslâm Adliye Teşkilâtı**, Ankara, 1999.
6. ATEŞ, A. Osman; **İslâma Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitap Örf ve Adetleri**, İstanbul, 1996.
7. AVCI, Mustafa; **Osmanlı Hukuku'nda Suçlar ve Cezalar**, İstanbul, 2004.
8. AWWA, Muhammad Salim; **The Basis of Islamic Penal Legislation**, New York.
9. AYDIN, M. Akif; **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, 1999.
10. BİLMEN, Ö. Nasuhi; **Hukuk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkkiyye Kamusu**, Vol. III, İstanbul, 1975.
11. CİN, Halil-AGÜNDÜZ, Ahmet; **Türk Hukuk Tarihi**, Vol. I, Kamu Hukuku, Konya, 1989.
12. CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül; **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, 2003.
13. CLAESSEN, Henri J.M. - SKALNIK, Peter; **Erken Devlet, Kurumlar – Veriler – Yorumlar**, Translated by: Alâeddin ŞENEL, Ankara, 1993.
14. DAĞCI, Şamil; **İslâm Ceza Hukuku'nda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, Ankara, 1999.
15. DANİŞMENT, İ. Hami; **Eski Türk Seciye ve Ahlâkı**, İstanbul.
16. DÖNMEZER, Sulhi; **Cezaî Mesuliyetin Esası**, İstanbul, 1949.
17. DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir; **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Vol. I, İstanbul, 1987.
18. DÜZDAĞ, M. Ertuğrul; **Seyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları**, İstanbul, 1983.
19. EBU ZEHRÂ, Muhammad; **İslâm Ceza Hukuku'nda Merhamet ve Adalet**, Translated by: Hasan GÜLEÇ, D.E.Ü.İ.F.D., Vol. III, İzmir, 1986, p.245-260.
20. LIPPMAN, Matthew-Mc.CONVILLE, Sean-YERUSHALMI, Mordechai; **Islamic Criminal Law and Procedure**, New York-London.
21. ÖGEL, Bahaeddin; **Türk Kültürünün Gelişme Çağları**, Vol. II, İstanbul, 1971.
22. PAINTER, Sidney; **Studies in the History of the English Feodal Barony**, Baltimore, 1943.
23. RAMADAN, Said; **Islamic Law, Its Scope and Equity**, Great Britain, 1961.

24. SEYDİŞEHİRİ, Mahmut Esat; **Tarih-i İlm-i Hukuk**, İstanbul, 1331.
25. TOSUN, Mebrure-YALVAÇ, Kadriye; **Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi Şaduqa Fermanı**, Ankara, 1989.
26. ÜÇÖK, Coşkun-MUMCU, Ahmet-BOZKURT, Gülnihal; **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara, 1996



PRAVO NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU KAO LJUDSKO PRAVO

DR BILJANA PETROVIC i MR DRAGANA ČORIĆ

1. MESTO PRAVA NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU U SISTEMU LJUDSKIH PRAVA

Ljudska prava su postala glavna politička ideologija našeg vremena. Prava i odgovornosti građana, njihova svest i privrženost univerzalnim ljudskim pravima i slobodama, jednakosti, vladavini prava i pluralizmu, u samom su središtu obrazovanja za demokratsko građanstvo. Unapređenje i zaštita ljudskih prava je glavna društvena akcija odgovornog građanina. Zato ono obuhvata ne samo poznavanje činjenica o ljudskim pravima uključujući tu i poznavanje međunarodnih i regionalnih instrumenata, nego i poznavanje procedura i veština za unapređenje i zaštitu ljudskih prava na lokalnom, nacionalnom i međunarodnom nivou. , kao osnovna funkcija univerzalnih ljudskih prava, ustanovljava se funkcija stvaranja pravnog standarda o minimumu zaštite, potrebne za održanje ljudskog dostojanstva.¹ Promovisanje ljudskih prava kao sistema međusobno povezanih vrednosti koje usmeravaju ponašanje uglavom počinje i završava se sa konceptima ljudskog dostojanstva i integriteta, koji su pak, dalje povezani sa pet ključnih vrednosti: ličnom slobodom, demokratskom participacijom, jednakim mogućnostima, ekonomskom pravičnošću, i održivom životnom sredinom. U tom kontekstu se govori o svojevrsnim generacijama ljudskih prava: "ljudska prava prve generacije" čine . građanska i politička prava, "drugu generaciju" čine ekonomska, socijalna i kulturna prava, i "treću

*** Dr Biljana Petrović, docent, Megatrend univerzitet primenjenih nauka, Beograd i mr Dragana Čorić, Asistent, Pravni fakultet u Novom Sadu.**

¹ P. Kovacs: The Rights and Responsibilities of the Citizen in Europe. National Contexts and European Construction. In: *Concepts of Democratic Citizenship*, Strasbourg, Council of Europe, 1999

generaciju" čine kolektivna prava čiji je titular narod, društvo ili zajednica: pravo na samoopredeljenje, pravo na razvoj, pravo na sopstvene prirodne resurse i na slobodno upravljanje istima, pravo na zdravu životnu okolinu, i dr. Treba napomenuti da posebno prava treće generacije nisu uopšte nova ljudska prava, već je samo svest o njihovom postojanju nastala kasnije, iz drugih razloga, kao što je tehnološki razvoj u slučaju prava na životnu sredinu.

Pored toga, ređanje generacija podrazumeva ideju progresa, pa prema tome i to da su nove generacije prava na neki način bolje i važnije od starih.² Međutim, upravo zato što se u takmičenju sa bogom veoma brzo približavamo toj idealističkoj tvorevini, ³kontaminirajući na različite načine sopstvenu okolinu ali i duh, nameće se potreba za restrukturiranjem samog društva i politike koju ono vodi, posebno u delu koji će s eodnositi na stvaranje jedne ekološki odgovorne politike.⁴

Međutim u pogledu nekih od prava iz treće generacije ljudskih prava(kao što je i samo pravo na zdravu životnu okolinu) postoje izvesne nedoumice , prvenstveno u pogledu njihovog karaktera, tj. da li su ista u potpunosti, uvek i isključivo kolektivna, ili je moguća i individualna koncepcija istih.⁵ Ovo naročito u kontekstu oštih sukobljavanja između različitih varijanti antropocentričkih i ekocentričkih pristupa pitanju čovekovog odnosa prema svom okruženju.

² Vesna Rakić-Vodinelić, :Prava treće generacije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 56, 1989

³ Ljubiša Despotović: Ekologija kao kritika modernosti, Noema, Novi Sad, 1993, str. 28.

⁴ Ibid, str. 34.

⁵ Koa što to ističu nemački autori. Čak s egovori o tome da ovo pravo i ne treba smatrati pravom, već pravno-političkim instrumentom, podobnim u svakoj situaciji za korišćenje i ostvarivanje i drugih, uslovno viših političkih ciljeva. MOnika Ninković: Zaštita životne sredina i ekološke parnice u SAD, Dosije, Beograd, 2004., str.80-82.

Tako se antropocentričnim pristupom ovoj problematici insistira na zaštiti čoveka od ugrožavanje okoline u kojoj živi. PRavni propisi ovde imaju kao jedini cilj postavljen zaštitu čoveka kao najveće vrednosti u društvu, bez obzira na sagledavanje jedne posebne dimenzije, a to je da je i taj i takav čovek izazivač opasnosti kojima s eugrožava ili uništava deo životne sredine u kojoj sam obitava. Sa druge strane, ekocentrični pristup postavlja životnu sredinu i njenu zaštitu na prvo mesto. Posmatrano i sa isključivo normativnog aspekta, može s euvideto veoma različit odnos postojećih izvora prava prema pitanju prava na zdravu životnu sredinu. Veliki broj država je navedeno pravo postavio u rang ustavom garantovanog prava, čime se posebno ističe i značaj istog.

POd terminom životne sredine podrazumevaju se: životni izvori kako abiotski tako i biotski kao što su vazduh, voda, zemljište, flora, fauna i interakcija među ovim faktorima; svojina koja predstavlja deo kulturnog nasleđa kao i karakteristični aspekti pejzaža. Ova životna sredina može biti ugrožena raznim izvorima opasnosti. To su: opasna aktivnost, opasna supstanca i incident. U tom smislu je i pravna zaštita životne sredine postavljena kao preventivna, tj. u cilju sprečavanja stvaranje opasnosti po životnu sredinu, kao i otklanjanju potencijalno opasnih situacija, kojima s emože ugroziti stečena ekološka ravnoteža.⁶

2. MEDUNARODNO- PRAVNO UTEMELJENJE PRAVA NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU

Deklaracija o životnoj sredini doneta na svetskoj konferenciji Ujedinjenih nacija iz 1972. godine istikla je čovekovo "osnovno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne životne uslove u životnoj sredini čiji kvalitet omogućava dostojan život i blagostanje". Navedeno je bila inicijalna aktivnost u konstituisanju novog

⁶ MOnika Ninković: Zaštita životne sredina i ekološke parnice u SAD, Dosije, Beograd, 2004., str.70-73.

"ekološkog doba" i "ekološke svesti". Ubrzo potom je usledila Pariska konferencija šefova država i vlada zemalja Evropske ekonomske zajednice (EEZ). U tada usvojenoj deklaraciji kao osnovni cilj ekološkog razvoja navodi se smanjenje rizika u pogledu uslova života, poboljšanje kvaliteta življenja, a da se u ostvarenju tih ciljeva posebna pažnja mora pokloniti zaštiti životne sredine.

Bitno je napomenuti da samo dva međunarodna ugovora u oblasti ljudskih prava izričito priznaju pravo čoveka u vezi sa životnom sredinom. To su: Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1981) i Protokol uz Američku konvenciju o ljudskim pravima (1988).⁷ Pored toga, treba imati u vidu da neki noviji međunarodni ugovori u oblasti životne sredine sadrže određene odredbe koje direktno upućuju na pravo čoveka na (zdravu) životnu sredinu kao nešto što se podrazumeva (Konvencija o biološkom diverzitetu, Okvirna konvencija UN o klimatskim promenama, itd.)⁸. Afrička povelja, koja ovo pravo vidi kao kolektivno pravo naroda, odražava aktuelne i istorijske probleme afričke civilizacije, koji očigledno zdravoj okolini ne pridaju egzistencijalnu ulogu kao individualnom ljudskom pravu⁹

Na univerzalnom planu, izuzev posrednih ukazivanja u Paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (npr. kada se štiti pravo na fizičko i duševno zdravlje, zahtevom da države preduzmu adekvatne mere za poboljšanje svih vidova industrijske higijene i higijene okoline (čl. 12. st. 2b vidi II.15.4), nema odredaba ugovorne prirode kojima bi se štitilo ovo pravo¹⁰. Ovo ne znači da su UN ostale po strani u donošenju važnih dokumenata deklarativnog karaktera. Tako je i usvojena Deklaracija UN o čovekovoj sredini (Stokholm, 1972) koja afirmiše ovo pravo, kao ljudsko pravo: jer se tvrdi da "...čovek

⁷ Vesna Rakić Vodinelić, ibid.

⁸ Podaci preuzeti sa sajta www.dadalos.org

⁹ V. Rakić-Vodinelić, :Prava treće generacije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 56, 1989 op. cit. str. 809

¹⁰ Ibid.

ima osnovno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne životne uslove, u sredini čiji kvalitet omogućava život u dostojanstvu i blagostanju, i svečanu obavezu da štiti i poboljšava tu sredinu za sadašnje i buduće generacije (Načelo 1 Deklaracije).

U prilog tezi da je pravo na zdravu životnu sredinu individualnog karaktera, navodi se i relevantna praksa Suda Evropske unije u Luksemburgu koji je strogo poštovao načelo iz Ugovora o Evropskoj uniji (Mastriht, 1992), da "ekološka šteta treba da bude ispravljena na izvoru zagađivanja i na načelu da zagađivač plaća (čl.130 R, st. 2), u sklopu cilja koji je pred Uniju postavljen, a to je očuvanje, zaštita i poboljšanje kvaliteta životne sredine (čl. 130 R, st. 1)".¹¹

Usledila je i Konferencija o zaštiti životne sredine i razvoju u Riju de Žaneiru, gde je 160 država Ujedinjenih nacija učestvovalo u donošenju Konvencije o klimi sa ciljem da se nivo emitovanja štetnih gasova u atmosferu do 2000. godine smanji i dovede na nivo emisije iz 1990. godine. Konvencija je stupila na snagu 1994. godine nakon što ju je ratifikovalo 50 država; ostale Konferencije su se održavale 1995. u Berlinu, 1996. u Ženevi, 1997. u Kyoto-u, 1998. u Buenos Airesu, 1999. u Bonu, 2000. u Hagu, 2001. u Bonu i Marrakesch-u, 2002. u Nju Delhiju i 2003. u Milanu. Ovom konvencijom je po prvi put formulisana pojam održivog razvoja i postavljen je zahtev za donošenje nacionalnih strategija o održivosti u svim državama potpisnicama KONvencije. Pored okvirne Konvencije o klimi, u Riju su donesene još dve Konvencije o zaštiti životne sredine i o razvoju, naime o biodiverznosti i borbi protiv dezertifikacije (širenja pustinja). Pored toga su postavljeni principi zaštite šuma.

Ali najvažnije od svega bilo je donošenje **Agende 21**. To je opširan akcioni program održivog razvoja u 21. veku. Unutar Agende obrađeni su gotovo svi važniji aspekti održivog razvoja: borba protiv siromaštva, ravnopravnost polova, poštovanje

¹¹ PODaci preuzeti sa sajta www.dadalos.org.

interesa domaćeg stanovništva, participacija društvenih grupa u političkom procesu, zaštita klime, zaštita različitosti, zaštita rezervi pitke vode itd.

Takođe, značajan međunarodni dokument je i Kjoto protokol, koji jenakon ratifikacije od strane 55 država, stupio na snagu 16. februara 2005. godine. Navedenim protokolom se definišu ciljevi za smanjenje emisije štetnih gasova: ugljen-dioksida, metana, azotnog dioksida, delom halogenih vodonika fluora i ugljenika i fluorida. Države-potpisnice se obavezuju da će do 2012. godine smanjiti emisije štetnih gasova na 5,2% ispod nivoa emisije štetnih gasova iz 1990. godine.

Među poslednjim konvencijama, maja 2004. godine stupila je na snagu i Stokholmska konvencija o perzistentnim organskim zagađivačima, koja definiše 12 ekstremno otrovnih perzistentnih organskih zagađivača, zahtevajući njihovu redukciju i eventualno eliminisanje, i stvara sistem za dalje proširivanje liste ovih zagađivača. Počev od aprila 2005. godine 90 zemalja je pristupilo Konvenciji.

I pored, kako se čini, veoma široke akcije međunarodnih subjekata na ovom polju, celom konceptu se mogu uputiti ozbiljni prigovori. Prvi u nizu bi bio da se međunarodna pravna zaštita životne sredine svodi se najvećim delom na međunarodno-pravnu akciju usmerenu protiv zagađivanja. Ipak, međunarodna regulativa u oblasti zaštite životne sredine još uvek nije dostigla onaj nivo koji bi omogućio miran život svih stanovnika i svih živih bića na našoj planeti. Donose se razni protokoli, konvencije, deklaracije i sporazumi, ali se to, po pravilu, čini kada je životna sredina već ugrožena, a ređe kada je to potrebno radi sprečavanja njenog ugrožavanja. Dakle, nije dovoljno proklamovati preventivan karakter akcija i akata koji se tim povodom donose, već i konkretnim sprovođenjem preventivnih aktivnosti na terenu potvrditi kao nedvosmisleno takvo raspoloženje svih relevantnih međunarodnih subjekata. Tako ni brojne konvencije i protokoli

neće ostati samo skup lepih želja i htenja, već ozbiljni programi za striktnu realizaciju istih.

3. STANJE U POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Krajem 2004. godine donet je set zakona koji za predmet imaju zaštitu životne sredine, u skladu sa savremenim tendencijama u ovoj oblasti, a prvenstveno sa zakonodavstvom Evropske Unije. Treba napomenuti da Srbija i Crna Gora nisu potpisnice nekih značajnih međunarodnih akata, kao što je Arhuska konvencija, niti su u obavezi da primenjuju neke standarde iz pravnih akata EU, kao što je IPPC Direktiva.¹² Međutim, primetno je uvrštavanje određenih segmenata navedenih akata u novo domaće zakonodavstvo, čime se, barem na ovom planu, teži približavanju EU. Novi zakoni su : Zakon o zaštiti životne sredine , Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu i Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine. Navedeni zakoni su objavljeni u Službenom glasniku Republike Srbije br. 135, od 21.12. 2004 godine, a stupili su na snagu 8 dana kasnije , tj. 29. decembra.

Usvojena su i 4 podzakonska akta : Uredba o utvrđivanju Programa izvođenja osnovnih geoloških istraživanja za 2004. godinu , Uredba o utvrđivanju programa kontrole vazduha u 2004. i 2005. godini , Uredba o izmenama i dopunama Uredbe o zaštiti predela izuzetnih odlika "Subotička Peščara " i Naredba o zabrani sakupljanja određenih vrsta biljaka i životinja na određenim područjima Srbije u 2004. godini¹³

¹² Biljana Petrović: New Serbian Legislation in the Field of Environmental Protection and its Applicability on the waterway of the Danube, Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.1/2006

¹³ Izvodi iz izveštaja o radu Uprave za zaštitu životne sredine u 2004 godini, str. 2-3.

Novi Zakon o zaštiti životne sredine stvoren je nakon višedecenijske ekonomske i političke degradacije društva pa samim tim i odnosa prema životnoj sredini. Kao jedan od osnovnih zadataka novog zakona postavljeno je ostvarivanje održivog upravljanja prirodnim vrednostima, zaštiti, unapređivanju postojećeg stanja na ovom planu i obezbeđivanju zdrave životne sredine. Sistem pravnih normi u oblasti zaštite životne sredine u Srbiji ranije je, pored Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije iz 1991. god., obuhvatao preko 100 propisa. Takav sistem sa tolikim brojem propisa i sektorski podeljenim ovlašćenjima u različitim državnim organima, javnim službama i drugim organizacijama nije mogao usklađeno da ostvari zaštitu životne sredine. Veliki problem je predstavljala neefikasna kontrola eksploatacije prirodnih dobara, koja je u nekim slučajevima, bila i čak potpuno izostavljena. Politički i ekonomski interesi su bili postavljeni iznad ekoloških.

Novim setom zakona, u potrebi za brzim privrednim oporavkom, s evrši svojevršno mirenje ekoloških, socijalnih i ekonomskih interesa države. Njegovu suštinu predstavlja načelo integralnog upravljanja prirodnim vrednostima, koje je sada jasno definisano. Pravo sadašnjih i budućih generacija na zdravu životnu sredinu ostvarice se održivim upravljanjem prirodnim vrednostima i zaštitom životne sredine, što je savremen zahtev koji obezbeđuje potrebnu harmoniju između čoveka, njegovih aktivnosti i prirode. Kao posebno značajna novina u zakonu je široka afirmacija ljudskog prava na zdravu životnu sredinu, koja s eostavljuje u različitim vidovima¹⁴, npr. obaveznim upoznavanjem javnosti o samom procesu donošenju odluka o životnoj sredini, kao i pravo na neposrednu participaciju u istom. Takođe, javnost (u celini ili posmatrano kao skup zainteresovanih pojedinaca) postaje titular prava na informisanost o stanju životne sredine, kao i prava na sudsku zaštitu ovih prava. Iz toga proizilazi jedna od osnovnih vrednosti koncepta - demokratska orijentacija samog zakona.

¹⁴ Biljana Petrović, ibid, DRagana Ćorić, ibid.

U tom smislu je u potpunosti realizovan zahtev iz Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama ¹⁵, koja članom. 46 predviđa da „...svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju.” Isto je u skladu sa još uvek važećim Ustavom Republike Srbije, koji članom 31. takođe predviđa pravo na zdravu životnu sredinu, kao univerzalno pravo, koje s egarantuje svim licima, bez ograničenja.

Za našu zemlju koja se nalazi u fazi temeljite reforme ne samo društvenog, političkog već i pravnog sistema od posebnog je značaja pitanje harmonizacije propisa nacionalnog domaćeg zakonodavstva sa međunarodnim propisima. U tom smislu sa aspekta zaštite životne sredine i otklanjanja štete izazvane mogućim izvorima ugrožavanja od posebnog su značaja dve konvencije i to: Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled aktivnosti koje su opasne za životnu sredinu iz 1993. godine i Konvencija o zaštiti živome sredine putem krivičnog prava iz 1998. godine.¹⁶

4. POJAM I MEHANIZMI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Zaštita životne sredine podrazumeva skup različitih postupaka i mera koji sprečavaju ugrožavanje životne sredine s ciljem očuvanja biološke ravnoteže. Ekološka odbrana je multidisciplinarna i treba da predstavlja trajnu obavezu svih članova društva.

¹⁵ Sl.list SCG br.6/2003

¹⁶ Prof. dr Dragan Jovašević : ODGOVORNOST ZA UGROŽAVANJE ŽIVOTNE SREDINE PO EVROPSKIM KONVENCIJAMA, Pravni informator, 1/2006. U pogledu propisa Evropske UNije koje SCG treba da prihvati , u smislu procesa harminizacije propisa, videti posebnu poublikaciju: Aleksandra Čavoški: Ekološko pravo-harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske Unije, Monografija br 148 EU(V), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004, kao i EU Direktive u fokus, urednik edicije: Slavko Bogdanović, Novi Sad ,2002.

Njena multidisciplinarnost proističe iz činjenice što zdravlje, životna sredina i socijalni uslovi predstavljaju kompleks oblasti i problema koji su u stalnoj interakciji. Stoga svaki poremećaj stanja životne sredine dovodi do ekoloških poremećaja i poremećaja socijalnih odnosa, koji su međusobno povezani i uslovljeni. Treća generacija ljudskih prava posebno se odnosi na ekologiju, zdravstvo i kulturu.

Međutim, pod zaštitom životne sredine se ne podrazumeva samo zaštita života i zdravlja ljudi već i očuvanje biljne vegetacije i životinjskog sveta. Univerzalna deklaracija o pravima čoveka sa novim 31.članom glasi: "Svako ljudsko biće ima pravo na održavanje ekološke ravnoteže u svojoj životnoj sredini, koju deli sa svim ostalim živim bićima, životinjama i biljkama, čiji opstanak kao jemstvo vlastitog opstanka treba da bude osiguran." Navedeni zahtevi su presudni za opstanak žive prirode i humaniteta, pa je radi izbegavanja ekološke katastrofe i ra anje jedne ekološke etike potrebno ograničiti neka od postojećih ljudskih prava, koja obuhvataju proizvodna i potrošačka ovlašćenja .

Zato je potrebno odrediti nove ljudske obaveze za održavanje i razvijanje prirodnih uslova života, pa i ljudskog života na zemlji. Upotreba moderne tehnologije dovodi do opšteg progressa društva, ali ta tehnologija mora biti praćena odgovarajućim merama prevencije, tj. otklanjanja potencijalno štetnih posledica. Ciljevi zaštite životne sredine su zaštita očuvanja zdravlja i života ljudi, kvaliteta ekosistema, zaštita biljnih i životinjskih vrsta i kulturnih dobara čiji je tvorac čovek, očuvanje ravnoteže i ekološke stabilnosti prirode, racionalno i adekvatno korišćenje prirodnih resursa itd.

Kao osnov novog Zakona o zaštiti životne sredine, u čl. 1 se utvrđuje integralni sistem zaštite životne sredine kojim se može obezbediti ostvarivanje prava čoveka na život i razvoj u zdravoj životnoj sredini i uravnotežen odnos privrednog razvoja i same životne sredine. Iz ovog prava se izvode dalje i druga prava, čija se sadržina vezuje za životnu sredinu u globalu, tj. floru i faunu,

ali i za pojedine segmente društvenog života (npr. pravo na rad u prostorijama gde se ne puši, ili sl.). Budući da pravo zaštite životne sredine ima dosta dodirnih tačaka sa oblasti građanskog prava, čl.108. ovog Zakona je ustanovljena shodna primena Zakona o obligacionim odnosima, u slučajevima da neka situacija nije regulisana ovim Zakonom.

Značajno u ovom zakonu je to što se članom 4. ustanovljava mogućnost da se kao subjekti sistema zaštite životne sredine pojave i građani bilo kao pojedinci ili u okviru udruženja.. Već u narednom članu Zakona, predviđa se odgovornost navedenih subjekata za nepreduzimanje mera za zaštitu životne sredine. Na osnovu ovog se može zaključiti da je u domaćem zakonodavstvu potvrđen institut *actio popularis*¹⁷- tužbe koju svako lice može podneti protiv države u slučaju nastanka štete, ili čak ako postoji opasnost od nastanka štete, koja će ugroziti životnu sredinu

Politika zaštite životne sredine ne ograničava se samo na kontrolu zagađivanja na lokalnom nivou, već ima i opšti globalni karakter, koji je, po pravilu, veoma teško kontrolisati. Globalna ekološka ravnoteža svakim danom postaje sve aktuelnija, što nameće potrebu primene odgovarajućih instrumenata koji deluju u okvirima tržišta. Iako je globalno zagađivanje problem svetskih razmera, u njegovom rešavanju primarna odgovornost leži na visokorazvijenim industrijskim zemljama.

Međunarodna pravna zaštita životne sredine svodi se najvećim delom na međunarodno-pravnu akciju usmerenu protiv zagađivanja. Ipak, međunarodna regulativa u oblasti zaštite životne sredine još uvek nije dostigla onaj nivo koji bi omogućio miran život svih stanovnika i svih živih bića na našoj planeti. Donose se razni protokoli, konvencije, deklaracije i sporazumi, ali se to, po pravilu, čini kada je životna sredina već ugrožena, a ređe kada je to potrebno radi sprečavanja njenog ugrožavanja.

¹⁷ DRagana Čorić: *Actio popularis as an instrument of the protection of environment*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2006.

EPILOG

"Ekološki i ekonomski ciljevi integrišu se u Evropi. Upravo ta integracija predstavlja osnovu za razvojni korak sa Evropom. Na nacionalnom planu učinjeni su značajni koraci ka uspostavljanju efikasnog sistema zaštite životne sredine."¹⁸ U tom smislu, potrebno je intenzivirati neke procese, koji su započeti, ali usled nedostatka političke volje da se bavi pitanjem životne sredine, isti stagniraju već izvesno vreme. Tako treba intenzivirati pristupanje međunarodnim ugovorima u oblasti životne sredine prema prioritetima, specifičnostima i potrebama obe republike¹⁹. Paralelno sa ovim procesom, sledi i intenziviranje procesa harmonizacije domaćeg zakonodavstva u svim oblastim društvenog života, pa tako i oblasti zaštite životne sredine.

Dalje, blagovremen i potpun pristup informacijama u oblasti životne sredine, svakako će povoljno uticati na promenu odnosa prema zaštiti životne sredine. Tako će i opšta pravna svest ali i ekološka svest dobiti svoju pravu dimenziju, prihvaćenu i realizovanu kroz konstantni napredak od strane odgovornih i zainteresovanih građana, kao stožera svakog modernog demokratskog društva.

¹⁸ Na završnoj plenarnoj sednici Kopaoničke škole prirodnog prava, 16. decembra 2004. godine, nakon višednevnog intenzivnog angažovanja svih učesnika, predstavnici pojedinih katedri izneli su sledeće poruke, koje su, uz opštu podršku, jednoglasno usvojene

¹⁹ Ibid.



THE GROUP'S EXPECTATION OF ITS INDIVIDUALS TO BEHAVE IN A CERTAIN WAY

DR. ANWAR FRANGI [1]

The aim of this research is to delineate the complex similarities and differences between groups and communities. It may hold some vital clues to the question on who is in and out of the group or community, and to the legitimacy of classifications involving rights and responsibilities of groups or communities, and rights and responsibilities of individuals belonging to groups or communities.

1. Every question of groups must be studied in terms of the individuals' actions harmonizing with their group's standards of what is proper. For all groups are judged by the kinds of standards they set for the individuals in the group for guidance or imitation. And all individuals in the group are judged by their act being done in a way that the group thinks is correct.

2. The group's expectation approach shows not how individuals themselves behave, rather how individuals as parts of the group or community conduct or comport themselves. In contrast to the individualistic reasoning which passes judgment of proper action on the basis of fundamental liberties and the right to be let alone, that of the group's expectation approach

¹ *LL.M.* 1994, Harvard University Law School (Massachusetts, USA); *LL.M.* 1992, American University Washington College of Law (Washington, D.C.); *Ph.D.* 1986, University of Poitiers Law School (France); *D.E.A.* 1983, University of Poitiers Law School (France); *LL.B.* 1982, Lebanese University Law School (Lebanon). Dr. Frangi is assistant professor and researcher at the Holy Spirit University of Kaslik (Lebanon), and professor of international law and philosophy of law at La Sagesse University Law School (Lebanon). This article is taken in substantial part from a paper submitted by the author to Harvard Law School (Massachusetts, U.S.A.) on 23 May 1995.

gives judgment of proper action on the basis of the group's standard of what is proper and on the individuals' action meeting the group's standard of what is proper.

3. Definition of Terms. A group is an association of individuals who belong together in some way. Now a number of individuals can generally be grouped in many ways; first, if they are similar in some way, such as religious groups, linguistic groups, and racial groups; second, if they are involved in the same activity, for we say 'group activity' to denote involvement of a number of individuals in the same activity; third, if they are together for the same aim, as when we say 'a lobby group' to indicate the association of a number of individuals for the sake of one definite goal. In respect of the first, individuals belong together in sharing the same characteristics, such as religion, language or race; in respect of the second, individuals belong together in having the same interests; and in respect of the third, in having the same aim. The second and third ways of grouping originate in agreement or common interests, whereas the first way of grouping originates in the sense of identity. Now, the feeling of sharing things and the sense of belonging are much more noticed among groups in the first way of grouping, than among those in the second and third ways; for when interests in the latter ways of grouping die down or out the group ties loosen. Even when we notice among groups strong feeling of sharing things and sense of belonging in the second and third way of grouping, to the point where we often call them communities and not simply groups, such as 'local community' or 'community town spirit,' the strong feeling of sharing things and sense of belonging are often mediated by the environment where the individuals live, thus by the best interest of all. In this case, the change of environment loosens strong feeling of sharing and sense of belonging. Harmonious arrangement of houses would usually work well on approximating differences between people, and on developing a sense of good neighborliness; this is the reason this kind of environmental mediation is often encouraged by the laws. But this is not the case in respect of the first way of grouping. For

individuals' feeling of sharing and sense of belonging are mediated by the sense of group identity, which are rather strengthened than loosened when individuals in the group change environment or when they are separated or scattered over a country or around the world; of this case, we often quote the Jews or the Palestinians or the Armenians as the prime example. Now, some consider that the sense of identity originates in the characteristics the individuals in the community share, such as race, language, religion. Others, however, consider that it originates in the individuals' belief that they are bound together. But common characteristics would not bind individuals together if the individuals in the community had not first the belief that they are different. Mentally retarded, for example, have common characteristics, namely, mental retardation, but lack the belief that they are different, and consequently the sense of identity. Therefore, the origin of the sense of group identity lies in the individuals' belief that they are bound individuals, similar in a way to the belief that some linguistic forms are bound to other linguistic forms, such as 'un' in 'unknown.'

4. Now, it is admitted that 'expectation' is the general belief that someone would act or cause oneself to do something in a particular way. Thus 'group's expectation' is the group's general belief that the individuals in the group would act or cause themselves to do something in a particular way. But to act or to cause one self to do something in a certain way is measured by the group's *belief* that the individuals in the group would act in a certain way. Thus, the group's *belief* is a kind of standard of what is proper action, which should be met by the individuals in the group.

5. Accordingly, we must show what we mean by 'proper action' and 'standard,' and of what particular groups these terms may be said, and which type of expectation may be said of which particular group; and by 'particular group' I mean the kinds of group simpliciter such as mentally retarded groups or various

socio-economic groups, and the kinds of community such as religious, linguistic or racial groups.

6. Since there are different groups there must then be different kinds of 'proper action' expected of the individuals in the groups. Now 'to act' has several meanings, such as 'to behave' or 'to conduct' or 'to comport'. We must then define the type of proper action for which the group's standard is set. For the determination of the type of action expected of the individual in the group to do could probably have influence on the determination of the group's type of standard.

7. Now, since we are studying 'standards' of what is proper action set by the group before the individuals in the group for guidance or imitation then we should use the term 'behavior'; for 'behavior' actually applies to the meeting of a standard of what is proper; accordingly the terms we should ascribe to 'group' and 'community' must be kinds of behavior. 'Conduct' and 'comportment' are the terms that denote a kind of association, for 'con' comes from Latin 'com, cum' which means 'with'; but 'conduct' and 'comportment' are kinds of behavior; thus they must apply to the meeting of a standard of what is proper behavior in a group or a community.

8. 'Behavior' is a general term in respect to 'conduct' and 'comportment'; for all 'conduct' or 'comportment' is 'behavior', but not all 'behavior' is 'conduct' or 'comportment'. 'Behavior' involves simply acting in a proper manner with reference to a certain standard that is not necessarily set by a particular group before the individuals for guidance or imitation; for example, in the expression 'he has been acting in a strange way lately,' acting means behaving in reference to a general standard of what is proper, but not necessarily in reference to a particular group's standard of behavior. When the individual's behavior is deemed to be performed in a way that the group thinks is correct or not then it takes the sense of 'conduct' or 'comportment'. On the

other hand, 'conduct' suggests action or behavior that shows the extent of one's power to control or direct one self. It implies a way of acting in specific circumstances and unrelated to a particular group's standard of proper action, like when we say 'he adopted a failure conduct'. It also implies a way of behaving from a moral point of view. The power in this case to control or direct oneself is guided by group's norms. 'Comportment' also implies behavior measured by what is expected of individuals in a certain group. It requires strict standards of propriety which are usually found in communities, and are missed in groups per se. The difference between 'conduct' and 'comportment' lies in that the former usually refers to an individual whose action is taken simply in reference to society as a whole or to a group, whereas 'comportment' usually refers only to conduct measured by what is expected or required of the individual in a community.

9. Now, since 'conduct' applies both to simple action and to behavior, and since 'comportment' applies only to behavior, then the kinds of groups to which 'conduct' applies are more general in character, and the cases of groups that come under 'conduct' are more limited in number, than the kinds of groups to which 'comportment' applies and the cases of groups that come under 'comportment'. But group simpliciter is more general than community is, and extends to more cases than community does; for every community is group but not every group is community. Accordingly, 'conduct' must be said of group, and 'comportment' of community. How this is applied to particular groups and communities will be shown infra.

10. We have thus far defined the 'proper action' expected of the individuals in groups to do, and which of its types is said of group and of community.

11. Now since there are many kinds of group then the 'standard' of what is proper behavior should be conceived in many ways. Which of the different types of standard applies to which group depends on how far lack of strong individuality or of

sense of identity permeates all the levels of the group. Some groups apply the standard of what is proper behavior to all individuals in the group to be imitated under the penalty of being excluded from the group. Obviously this applies to all close-knit communities, and the standard they set before all individuals in the group for imitation suggests a 'pattern.' For 'pattern' implies forming fixed ways of behaving by copying or repeating an action which is favorable to the community, or by causing one self to do something in conformity with the sense of the community identity. For the community's standard of what is proper behavior in this case is identified with the sense of community identity. A shining example of this is the Amish or the Armenians, or other communities that show strong sense of identity and lack of strong individuality. There are other groups, however, which apply the standard of what is proper behavior to all individuals in the group for guidance, without a sense of warning; such as religious groups simpliciter. Still, there are groups which may be conceived both as a group simpliciter and as a community. Any particular religious group can be divided into a community and a group simpliciter; where the first is limited to individuals devoted to the practice of religion, such as monks, the second is extended to all individuals belonging to the group's religion. In the first case, the sense of community identity prevails over strong individuality, and the standard of what is proper behavior implies, as we have said, a 'pattern.' In the case of a religious group, however, strong individuality prevails over the sense of group identity. In this case the group's standard of what is proper behavior set before the individuals in the group for guidance suggests less a 'pattern' than an 'example' or a 'model'. For the term 'example' suggests copying something the group has set before the individuals in the group for guidance. The difference between 'pattern' and 'example' is that the former implies forming a fixed way of behaving through repetition, while 'example' implies copying something, which may indeed involve repetition, since it is set before the individuals in the group for guidance through agreement or common interests, but not as far as forming a fixed way of behaving; for to form a fixed way of

behaving involves historical development which is peculiar to communities, and not to groups. Thus, 'example' and 'guidance' are said of group simpliciter, and 'pattern' and 'imitation' of community. Both 'pattern' and 'example' are types of 'model', for 'model' implies copying, with this specific difference that 'model' does not imply repeating a behavior. 'Model' is thus more general than 'pattern' and 'example'; for the elements in the definition of 'model' are found in the definition of 'pattern' or 'example', whereas the elements of the definition of 'pattern' or 'example' are not found in the definition of 'model'. One element in the definition of 'model', namely, copying, is found in the definition of both 'pattern' and 'example'; whereas one element, 'repetition', which is found in the definition of 'pattern' and 'example', lacks in the definition of 'model'; another element, the sense of warning, is found in the definition of 'pattern' and lacks in the definition of 'example' and 'model'; still another element, 'fixed ways of behaving', is only found in the definition of 'pattern' and lacks in the definition of 'example' and 'model'. Thus, the definition of 'pattern' includes both that of 'example' and 'model'; this why it can more accurately be said of community only and not of group simpliciter, since every community is group but not every group is community. Now, there are cases where a particular religious group shows both strong individuality and strong sense of identity, though it may be taken as a religious group simpliciter, and not as a community. This can be said of the Kurds or the Amish. In this case, the group's standard would be identified, as it is the case in a religious community, with the sense of group identity, and the individual in the group would be excluded from the group if his behavior did not conform to the group's standard of what is proper or if it did not come into line with the sense of group identity. This indeed makes the sense of group identity prevails over strong individuality, and it does not matter in this particular case whether we call the religious group at hand a group simpliciter or a community.

12. We have thus far defined the group's 'standard' of what is proper, and which of the types of standard is said of group and of

community. And we said that 'pattern' is a kind of standard which is said of communities, and that 'example' is said of groups, and that these different group's standards are fixed through repetition.

'Repetition' may generate into 'practice' or 'usage' or 'custom'. Thus, the group's standard of what is proper behavior can be a sort of 'pattern' or 'example' or 'model', which is set by the group's 'practice' or 'usage' or 'custom' before the individuals in the group for guidance or imitation. Now, 'practice' suggests an act followed with regularity and usually through choice; 'usage' is 'practice' for it is an action generally accepted among the members of the group that it has become a social norm. Similarly, 'custom' applies to 'practice' so steadily associated with a group as to have almost the force of unwritten law, like the custom of Lebanese women to adopt their husband's last name. Since 'usage' and 'custom' are kinds of practice then 'usage' and 'custom' imply acts followed with regularity and usually through choice. The difference between 'usage' and 'custom' is that 'usage' is a general practice which has been observed for a long period of time, and which does not reflect legal obligation, whereas 'custom' includes usages which have been observed for a long period of time and considered as such obligatory. While both 'usage' and 'custom' can be applied to groups, since both are attributed to practice, 'usage' is rather said of group simpliciter and 'custom' of community. For 'custom' is a historical product by which individuals feel bound; and this is peculiar to communities, and not to groups. For example, Amish feel obligated on the basis of an extended practice over time, not to adopt formal American high school education beyond the eighth grade. For Amish beliefs emphasize informal learning-through-doing, and require that their children acquire Amish attitudes favoring manual work and self-reliance and the specific skills needed to perform the adult role of an Amish farmer or housewife (see *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) at 211.). This sense of obligation is not usually required of individuals in all types of groups, because their practice is not always the result of historical

growth, but sometimes only the result of agreement or common interests, and which is a modification of the group's standard behavior as we will see later. The individuals in the community are pressured since their formative adolescent period of life to conform to the styles, manners, and ways of the community, which are thus transmitted from generation to generation. Also, the community's practice is constructive; it grows slowly through history; this why it is difficult for individuals in the community to break free from it, whereas group's practice is usually normative, and often creates adverse reaction from members in the group. Thus, 'custom' is a practice which is rather said of communities, and not of groups; and since 'custom' is attributed to communities then 'usage' should be ascribed to groups. For a kind of commitment is given by the group's agreement or common interests; and the action generally followed by the individuals in the group generates into a group norm established by agreement or common interests; the group's practice may develop into 'usage' but, because it lacks strong sense of identity, stops short of 'custom'. For example, there are professional groups whose 'practice' develops into 'custom', such as professional groups in Lebanon whose custom requires fixing the broker's fees at 2.1/2 %. In this instance, the group's custom is not an expression of the sense of group identity, as it is the case in communities; rather an expression of pure agreement or common interests. We will see later how these kinds of professional groups are modifications of the group simpliciter's standard meaning. Suffice to say that it would be useful to check whether the group's behavior is 'regular' or 'normal' or 'typical'. For 'practice', 'usage' and 'custom' are ways of acting which are fixed through repetition, and 'repetition' is 'regular', 'normal' or 'typical' behavior. Thus, 'practice' or 'usage' or 'custom' can be fixed by finding out whether the group's action is 'regular' or 'normal' or 'typical' behavior.

13. Now, all regular, normal and typical actions mean actions being of the kind that are expected as average. Thus, to find out the extent to which the group's practice is 'usage' or 'custom' we

should find out how far the group's practice is of the kind that is expected as average from the individuals in the group. Now a group's regular behavior implies conformity of the action of the individuals to the group's standard; and since standard is said of both, group and community, then regular behavior is said of group as well as community. 'Normal', however, would apply to group simpliciter, for it suggests a behavior that has been established by the group as the most usual or expected of individuals in the group. What is expected of the individuals is lack of deviation from what has been established; and this why it is normal. A normal behavior does not imply lack of strong individuality and consequently would be said of group, similar to the meaning of normal in this expression, 'your temperature is back to normal,' which means that there was not lack of temperature, but only an abnormal one. A 'typical' behavior, however, is said of communities; for it reflects general traits of the community, and thus suggests lack of strong individuality, as becoming farmer or housewife is 'typical' of Amish men or women.

14. Accordingly, 'typical' is akin to 'custom' since both are said of communities, and 'normal' is akin to 'usage' since both are said of groups simpliciter, and 'regular' is akin to 'practice' since both are generally said of both groups simpliciter and communities. Now in respect of 'standard' we have distinguished 'model' from 'example' and 'pattern'. But since 'pattern' is said of communities, and 'example' is said of groups, and 'model' applies to both commonly, then 'pattern' is akin to 'typical' and 'custom', and 'example' to 'normal' and 'usage', and 'model' to 'regular' and 'practice'. And in respect of 'proper action' we have distinguished between 'behavior' and 'conduct' and 'comportment'. But since 'comportment' is said of communities, and 'conduct' is said of groups simpliciter, and 'behavior' applies to both commonly, then 'comportment' is akin to 'pattern', 'typical' and 'custom', and 'conduct' to 'example', 'normal' and 'usage', and 'behavior' to 'model', 'regular' and 'practice'.

15. Having defined the terms ‘proper action’ and ‘standard’ of proper action, we must now show, *first*, how we can use these terms as to differentiate between groups’ and communities’ behaviors. We must show, *secondly*, who should take overall responsibility for the behavior; for if it is expected that individuals in a group simpliciter or a community would behave in a way that would be conform to the group’s or community’s standards of behavior, and if this behavior is at variance with worldly standards of behavior, then we should know whether the group simpliciter or the community should assume overall responsibility for the individual’s behavior or whether the individual who performs the behavior should assume it, or whether both should share the blame for the behavior.

16. Use of Terms. The terms can be used individually or in combination. We have shown above what terms are particularly applied to a community and to a group simpliciter, and what terms are generally applied to both. Using the terms individually means using those that are usually ascribed to a group simpliciter or to a community, without combining those attributed to a group simpliciter with those attributed to a community. Now, we have stated that ‘typical’, ‘custom’, ‘pattern’ and ‘comportment’ are the terms that are attributed to communities, and ‘normal’, ‘usage’, ‘example’ and ‘conduct’ are the terms that are attributed to groups simpliciter, and that ‘regular’, ‘practice’, ‘model’ and ‘behavior’ are the terms that commonly apply to both.

17. The use of these terms individually provides, however, a static picture of the group’s behavior; for groups often move, change and develop. Thus, the use of terms in combination would provide a more real picture of groups’ behaviors. Now, in combining all the above terms, 81 possible types of group’s behavior may be distinguished, 27 of which are separately ascribed to groups simpliciter or to communities, and 27 commonly ascribed to both.

18. The Use of Terms Individually. Let us first show how the above terms can be used individually to describe a community. We have stated that the terms that are attributed to communities are 'typical', 'custom', 'pattern' and 'comportment'. Now Amish group is a community; for Amish share the same particular way of life that distinguishes them from worldly society. Amish emphasize a life of learning-through-doing, rather than a life of intellect, and thus expect that Amish acquire, during the formative adolescent period of life, the specific skills needed to perform the adult role of an Amish farmer or housewife; for all Amish are not expected to be artists or ocean geographers, which makes extended formal schooling beyond the eighth grade a threat to their way of life. Accordingly, in using the above terms individually in respect of Amish, we can state that it is 'typical' of any Amish to become farmer or housewife since it is 'customary' among Amish that the adults would be 'patterned' by childhood experiences to 'comport' themselves as farmers or housewives.

19. Now all communities are similar in the respect that the community's behavior is applied to every individual in the community. Therefore, it is possible to generalize the above statement about Amish to all close-knit communities as follows:

It is 'typical' of all individuals in a community to behave along what the community would expect of them to do, since it is 'customary' among them that their behavior would be 'patterned' as to 'comport' themselves in that way.

20. All close-knit communities would fit in with this statement, such as religious communities, linguistic communities, and racial communities. Of course, modifications to this standard statement would apply to other communities' behavior; this, however, will be studied under the section concerning 'the Use of Terms in Combination'. Still, issues may arise with regard to other groups, such as mentally retarded; for the same that we have said with regard to all close-knit communities, can also be

said of the mentally retarded group. Now, we said that what is typical of every community is that the community's behavior applies to every individual in the community. The behavior of mentally retarded can be ascribed to every one of them, since it is expected from all mentally retarded limited communication skills, impulsivity and poor impulse control, incomplete or immature concepts of blameworthiness and causation, and limitations on general ability to meet the standards of learning, and of personal independence. Can mentally retarded thus fit in with the community's standard statement above? Indeed, we can argue that mentally retarded are a community; for like individuals in the community, who are expected that they would comport themselves in such a way that would conform to the styles, manners, and ways of the community, similarly mentally retarded are expected that they would not cope with the outside world, granting the great variation in adaptive behavior to be found among them; also, like the behavior expected of the individuals in the community is an expression of forced will, for if they behave differently from what they are expected to do they will be excluded from the community, as it is the case in Amish society, the behavior expected of retarded is an expression of forced will. But unlike communities, mentally retarded groups do not expect that mentally retarded would comply with a certain standard of behavior; it is rather society that expects that mentally retarded would act in such a way that would be conform to the standards of behavior society itself has set; also, in contrast to communities where individuals are expected to act or to cause themselves to do something in a way that would be conform to the community's standards of behavior because of intrinsic factors such as the sense of community identity, in mentally retarded groups a certain behavior in conformity with the society's standards of behavior is expected of retarded because of outside factors, some genetic, some environmental, and some unknown.

21. That the mentally retarded group does not expect that the individuals in the group would behave in a particular way is clear from the definition of the term, for behavior is generally defined

as the meeting of the individual act of a standard of what is proper. But it is impossible to expect that the action of mentally retarded would meet the group's standard of what is proper; for it is actually expected of them that they would not meet the standards of what is proper, because of limitations on general ability to meet the standards of blameworthiness and causation. Now it is possible to qualify the action of mentally retarded as only behavior in reference to the standards set by society and by which their action is measured. But it would not be possible in all cases to characterize their action as 'conduct' or 'comportment', for 'conduct' or 'comportment' suggests behavior within a group simpliciter or a community. The group's behavior is qualified as 'conduct' when taken as a group simpliciter, and as comportment when taken as a community. Thus, the action of the mentally retarded is only behavior, and that of the individuals in a community is behavior as comportment. Accordingly, the mentally retarded group does not fit in with the community's standard statement above, and therefore mentally retarded are not a community.

22. Now, the nature of the behavior of the individuals in a group can help define the nature of the group's standards of behavior; and 'model' or 'example' or 'pattern' can describe the group's standards of behavior. Thus, the mentally retarded group's standard cannot be described as a 'model' set before the mentally retarded for guidance or imitation, for it is expected of all retarded limited communication skills and immature concepts of blameworthiness and causation as stated above. For 'model' suggests something proposed as worthy of imitation, which requires free will. But the mentally retarded individuals have forced will by unfortunate outside factors. Therefore, 'model' cannot describe the mentally retarded group's standards of behavior. Nor would it be possible to characterize it as an 'example' or a 'pattern' for the mentally retarded individuals to imitate, for both terms imply that something is set by the group before the individuals in the group for guidance or imitation. Indeed, the behavior of the mentally retarded is an expression of

their common characteristics, and not of the group's standards of behavior, for what is expected of the mentally retarded is a significant sub-average general intellectual functioning which put limitations on their general ability to meet the standards of maturation. Accordingly, the sort of action ascribed to the mentally retarded is qualified on the basis of their common characteristics. This action can be qualified as 'normal' because it suggests lack of deviation from what is conceived as the most usual or expected of them. Thus, mentally retarded should be conceived as a group, and not as a community, since 'normal' is usually said of group, and not of community, as mentioned above. Still, 'normal', in this case, would be the exception that proves the rule.

23. Since it is society, and not the mentally retarded group itself, which ascribes to the mentally retarded certain common characteristics, then the main distinction between the 'religious community's expectation' and the 'mentally retarded group's expectation' lies in the nature of the group. For it is expected that mentally retarded would act in a certain way attributed to all mentally retarded as a group, while it is expected that individuals in a community would act in a certain way attributed to all individuals as a community. Now, we have said that mentally retarded are a group, and not a community, because their behavior is the result of common characteristics, whether that behavior takes place within or without the group. This is not the case of communities; for the behavior of the individuals in the community is generally considered to be the result of the community's beliefs, which makes it possible to ascribe to the community distinctively standards of behavior.

24. We must take as a sign of this whether a certain behavior is *subjectively* or *objectively* expected of the individuals in the group, or still *objectively* expected of them everywhere in society. The first question focuses on whether the group expects that the individual in the group would act in a way that is conform with the group's standards of behavior, and that the individual in the

group causes himself to do it within the group only; for to say that a certain behavior is *subjectively* expected of the individuals in the group is to know, *first*, whether this group has set standards of behavior for guidance or imitation, and, *second*, whether the group expects it to be done within the group only. The second question is related to the first. For where the first question studies whether the group expects that the individual in the group would cause himself to act in a way conform to the group's standard behavior within the group only, the second question focuses, *first*, on whether society is prepared to accept such a behavior, and, *second*, on whether it is prepared to accept such a behavior everywhere. The first part of the second question, namely, whether a certain behavior is *subjectively* expected of the individuals in the group, which actually studies the legitimacy of the group's standard behavior, is irrelevant, for the freedom of individuals to belong to a particular group consists in that belonging, and indeed justifies individuals' behavior. For the right to be different, it is often said, is not limited to things that do not matter much. It actually concerns the things that touch the heart of the existing order. Any group's standard behavior whatsoever must then be allowed as long as it interferes not with rights or interests of others. However, the second part of the second question, namely, whether a certain behavior is *objectively* expected of the individuals in the group everywhere in society, studies whether society accepts that the group's behavior which it is expected of the individuals in the group, would be legitimate to be done everywhere in society. This part then studies not if the group's behavior as such is legitimate, rather if it would interfere with others' interests were it to be performed in public. If the group's behavior would interfere with others' interests in society were it to be done in public, it would be subjective in character. Now, a group whose behavior is at variance with the worldly behavior might be deemed, if accepted by society, not as group simpliciter, rather as a community; but if not accepted by society as only a group. For example, if Amish refusal to follow the formal high school education were not to be admitted by society, their way of life would have been seriously

affected. For formal education beyond the eighth grade is contrary to Amish beliefs, causing them to conform to the way of life of contemporary worldly society, thus taking them away from the community, physically and emotionally. By admitting the Amish way of life, the United States has actually recognized them as a community, and not as a group. If Amish were compelled, contrary to their own beliefs, to follow formal education beyond the eighth grade, they would have been considered as only a group. In other instances, however, a community's behavior which is at variance with the worldly behavior would not, if rejected by society, adversely affect the community's way of life, and thus would not transform the community into a group. An example of this is the Native American Church whose ceremonial use of peyote has been deemed to be in violation of Oregon's drug laws (see *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (110 S.Ct. 1595 (1990))). For not admitting such a behavior has not forced the community to separate its members from, rather than to integrate them with, contemporary worldly society. In this case, the community behavior is only a 'different behavior', and not a 'historical behavior' modeled and shaped over generations as is the case of Amish.

25. Also, discrimination against a particular group can be reflective of a community's comportment. Affirmative actions are indeed indicative that racial groups expect from their individuals to comport themselves in a particular way. Training programs, set-asides, and quotas specifying a number or a percentage of admissions or jobs to racial groups, are indeed acknowledgment that these groups are communities, and not groups.

26. We have discussed enough how the terms defined above can be used individually to describe a community, and to show what kinds of groups can be considered as groups or communities by reference to these terms. We go on now to show how these terms can be used individually to describe a group simpliciter.

27. We have stated that the terms that are peculiarly attributed to groups simpliciter are 'normal', 'usage', 'example' and 'conduct'. The standard statement of 'group simpliciter' can be then made as follows:

It is 'normal' for individuals in the group to behave along what the group would expect of them to do, when it is of 'usage' among them that their 'conduct' would be 'exampled'.

28. Many groups would fit in with this statement, such as religious groups, linguistic groups, ethnic groups, and all groups where their practice has reached the level of 'usage'. Of course, modifications to this standard statement would apply to other groups' behavior; but this will be studied under the section concerning the Use of Terms in Combination.

29. We have stated that 'example' suggests copying something the group has set before the individuals in the group for guidance; and that the difference between 'pattern' and 'example' is that the former implies forming fixed ways of behaving through repetition, while 'example' implies copying something, which may indeed involve repetition, since it is set before the individuals in the group for guidance through required or agreed standard or common interests, but not as far as forming fixed ways of behaving; for to form a fixed way of behaving involves historical development which binds the individuals in the community. Accordingly, any particular religion can be divided into a religious community and a religious group; the religious community has usually influence on the religious group of the same religion; for the religious behavior of a given religion has been shaped through custom by the religious community, and not by the religious group. Historical development makes behavior necessarily divergent, for the community behavior is much stricter than the group behavior of the same religion. Examples of this can range from human and humane relations to sexual behavior to

commitment to religious practice. Indeed, it is only when behavior becomes divergent between community and group of the same religion, and when the religious group becomes stronger than the religious community, that often schism occurs within the same religion; witness Catholicism and Lutheranism. This actually what will also happen if the Maronite group becomes stronger than the Maronite community; for the Maronites are not the same as a community and as a group, as the Jews are; for the Jews as a group are as strongly directed by the sense of Jewish identity as the Jews as a community are; the difference lies only in commitment to religious practice. Accordingly, if 'comport' is grounded in 'custom' and 'conduct' in 'usage', and 'comport' is attributed to communities, and 'conduct' to groups, then 'comport' is stronger than 'conduct' and 'custom' than 'usage'. It is when 'usage' among religious groups weighs down on the behavior of the individuals in the religious groups, and when the individuals feel bound by it, that 'conduct' becomes 'comport' and 'group simpliciter' becomes 'community', thus witnessing the inception of a new denomination. This why the behavior of the individuals in a religious group is not led by 'custom', rather by 'usage'; for individuals in the religious group are in a way freer than individuals in the religious community of the same religion; and 'usage' is not a simple practice for it is actually 'custom' missing the obligation element; this why the religious community is under the threat from the group's development of 'usage' into a kind of 'custom' different from that of the community. Of course this takes immemorial time to reach that level, but historical 'usage' develops smoothly, and once it is grounded it becomes difficult to change it; otherwise history could have spared the bloody experiences of religious wars. And the reason it is likely that, in this case, 'usage' develops into 'custom' is that the behavior of the religious group survives not only because of the influence of the community of the same religion; it survives because of the individuals exemplifying their behavior. Of course, the religious community's behavior is a major influence in the religious group's life. But, because the group's behavior is a product of 'guidance', and the community's behavior is a product

of 'imitation', the two behaviors necessarily diverge, the group's behavior developing another kind of 'usage', and ultimately into another kind of 'custom'. Thus, the group's standard statement above concerns the behavior that is the closest to the community's behavior. It applies to any group simpliciter whose behavior is divergent from the community's behavior of the same religion or language or race. All the other kinds of groups can be variations of this, and would fit in with the 26 modifications of the group's standard statement. This would be given a close study under the section pertaining to the Use of Terms in Combination.

30. Issues may arise with regard to women group, when their behavior is measured against the behavior of other groups, such as mentally retarded, which does fit in with only one term of the group simpliciter's standard statement, namely, 'normal', as stated above; for it is 'normal' that mentally retarded would behave in a certain way because of common characteristics seen as such by society, and not because it is a product of 'usage'. Thus, satisfying only one term of the group's statement, mentally retarded would fit in with one of the 26 modifications of the group's standard statement. Actually, the differences between women groups and mentally retarded groups make it possible to argue that if mentally retarded are qualified as a group, women should then be qualified as a community. For unlike the mentally retarded who are considered as a group by society because of common characteristics, women have been increasingly identifying themselves as a community, and thus shaping for themselves an expectation of a distinctive type of behavior. In this regard, 'women's expectation' would be, then, more similar to 'homosexuals' expectation' than to 'mentally retarded expectation'. For just as the homosexual behavior that is expected from homosexuals does not determine the identity of homosexuals, for the homosexual-self goes beyond a mere aggregation of a number of entitlement to engage in a specific sexual behavior, in a similar way the woman-self goes beyond a biological difference. On the other hand, biological difference has

helped women, as a reaction to historical discrimination, to determine their 'expectation' of a distinctive female behavior modeled not on men's behavior as a group, rather on women's particular historical experience. Thus, the 'women's expectation' would be similar in substance to a 'community's expectation'. But it is difficult to conceive the women's behavior as a result of a distinct culture developed over centuries, and transmitted from generation to generation for the preservation of a certain group identity. The expectation of abortion from women would always be characterized as indeterminate, and not determinate such as the community's behavior, since abortion is not a functional part of women's behavior. The fact that womanhood can be described as a determinate factor since it is not naturally chosen, leads only to one conclusion, that it is 'normal' for women to abort; for abortion, apart from the limitations which may be imposed upon it by state's interests, is a matter of choice; but 'womanhood' does not necessarily lead to the conclusion that it is 'normal' because of 'usage'. Nor is it clear how this behavior can be 'exampled', or how it can be a product of 'usage'. Accordingly, abortion can fit in with only one term of the group's standard statement, namely, 'normal'. In this regard, women cannot be considered as a group with respect to the group's standard statement above. But since one term of this statement applies to this particular behavior, then it can fit in with one of the 26 modifications of it. This will be studied under the section pertaining the Use of Terms in Combination.

31. We have thus far studied how the terms attributed to a group simpliciter or to a community can be used individually. I have illustrated this with examples of particular groups or communities, such as mentally retarded, women, homosexuals, religious groups and communities, and racial communities. Other types of groups also can be studied along the same lines, such as lobby groups, social clubs, charitable organizations, age groups, illegitimates, aliens, and various socio-economic groups.

32. We still have to show, *first*, how the above 'Terms can be Used in Combination', and, *second*, how responsibility would be attributed to a group simpliciter or to a community according to the use of terms we have made of either group individually or of both in combination.



NEW JUVENILE CRIMINAL LAW IN THE REPUBLIC OF SERBIA

DRAGAN JOVASEVIC, PHD*

PROPERTIES OF THE JUVENILE CRIMINAL LAW

In earlier versions of the criminal law of the Republic of Serbia (in former Yugoslavia)¹, since 1959., legal provisions of juveniles punishments were singled out at separately chapter, and in the Code about criminal proceedings² there were proposed partial provisions about arbitral proceeding toward juveniles - article 464-504. All material (corporeal), processing and executive provisions related to criminal law about juveniles are, in the new Law about juvenile injurers and criminal law protection of juveniles³, conjoint in one place.

That is how the juvenile criminal law has been created. It is characterized as follows⁴:

- 1) Principally, inquest of the juvenile injurers guilt is excluded.
- 2) Among criminal sanctions towards juvenile injurers the priority belongs to the educable provisions comparing to the punishment that presents the exception expressed in juvenile jail implementation. By the way of exception with the juvenile jail can be punished only the older juvenile if he committed a crime for which the proposed punishment is over five years, if he is

*** Dragan Jovašević PhD, Faculty of Law, Nis, Serbia and Montenegro**

¹ Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Službeni glasnik, Beograd, 2002. godine, str. 213-224

² Dragan Jovašević, Zakonik o krivičnom postupku, Službeni list SCG, Beograd, 2004. godine, str. 147-169

³ Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/2005

⁴ Franjo Hirjan, Mladen Singer, Maloljetnici u krivičnom pravu, Zagreb, 2001. godine, str. 87-95

sufficiently mentally mature that he can understand importance of that crime and he control his acts and if the consequences of the committed crime are that grand, and the extent of guilt that high when the application of educative provisions wouldn't be justified.

3) In the criminal proceeding towards juveniles, prosecution and juridical apparatus have wide authority in terms of starting, processing and terminating the proceeding. Those authorities consist of discrete rights to withdraw prosecution no matter what is the committed crime, if it is considered that it would be useful in terms of education and reeducation of the juvenile delinquent. The principle of utility has the priority than the principle of objectiveness. The court mandates consist of not only a wide scale of optional means and provisions, but of possibility to replace already delivered verdict with some other more convenient provision, if it is required by the specific situation.

4) In juridical system of the Republic of Serbia there are special jurisdictional bodies for struggle against juvenile criminality: special departments for juvenile delinquency in internal affairs agencies, a prosecuting attorney for juveniles and special juvenile council i.e. the juvenile court that supervises the whole criminal proceeding against any juvenile delinquent. The juvenile court is represented with lay judges that have competences and personal qualities whereby can influence the juvenile delinquent. In the process the special role belongs to the authorities of social welfare⁵.

The juveniles, in terms of the article 3 of this new juvenile criminal law, are those persons from accomplished fourteen to accomplished eighteen year of age. Those persons who haven't accomplished fourteen years, in terms of criminal law, are not treated as juveniles but as children. Children are not active subjects in the criminal law so, in the case of commitment of

⁵ Ante Carić, Problem maloletničkog sudstva, Split, 1971. godine, str. 76-84

some crime, there can not be applied any criminal sanction towards them, but the provisions of social character that are provided by the centers for social issues. The juveniles are divided into two groups, according to their age – younger and older juveniles. Younger juveniles are persons from the age of fourteen to the age of sixteen years. Older juveniles are those persons who accomplished sixteen, but still haven't accomplished eighteen years⁶.

New criminal law of Republic of Serbia⁷ anticipates three kinds of criminal sanction for juveniles: educative provisions, jail for juveniles and secure provisions (except prohibition of practice, work or duty). Educative provisions are sentenced to younger and older juveniles, until the juvenile jail can be sentenced only to the older juveniles. That means that educative provisions are basic (fundamental) criminal-law provisions for juvenile criminality repression. Towards juveniles also could be enforced secure provisions in accordance with conditions that the relevant law proposes.

Both, educative provisions and the jail for juveniles are, according to their nature, official sanctions, because their implementation doesn't depend on the will of the juvenile criminal, so they include also elements of repression. But, this repressive element is not present in some great extent. The objective of the educative provisions and the juveniles jail (article 10) is affecting to develop and strengthening of personal responsibility of some juvenile, influencing the upbringing and proper development of his personality, by supervising and providing protection and support, as well as providing general and professional qualifying, all in purpose of his renewed engagement in social community. Beside

⁶ Mirjana Obretković, Pravni status maloletnih prestupnika – između pravde i socijalne zaštite, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, broj 1/1993. godine, str. 77-92

⁷ Dragan Jovašević, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Službeni list SCG, Beograd, 2006. godine, str.22-48

that, the point of the juveniles' jail is also reinforced influencing the juvenile delinquent not to commit crimes in the future, but to the other juveniles not to commit crimes at all.

EDUCATIVE ORDERS (DIRECTIVES)

The first new-established institutes of the juvenile criminal law in the Republic of Serbia are certainly educative orders (directives and instructions). Namely, towards some juvenile who committed a crime for which there is prescriptive penal sum or sentence of confinement up to five years, can be applied one or more educative directive. The point of these directives is to avoid impeachment towards juvenile or to suspend already instituted process as regards by implementation of such educative directive to influence the proper development of the juvenile as well as to influence the strengthening his personal responsibility in purpose not to continue committing crimes in the future⁸.

Educative orders are sentenced by the prosecutor for juveniles or the judge for juveniles, under the following conditions: 1) that the juvenile confessed the crime commitment and 2) that there is specific relation between the juvenile and the crime as well as between the juvenile and the injured person.

By the selection of the educative order competent authority specially takes into account entirely concerns of the juvenile and the injured person, considering that by the implementation of one or more educative directives, the process of regular education or employment of the juvenile is not disturbed. This way define directive can last not longer than six months whereby the selection, replacement and implementation with regard to supervision in educative directive implementation by the

⁸ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Krivično (kazнено) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str.357-362

competent authority, is performed in cooperation with parents, adopters or the juvenile curators and the competent authority.

There are more types of the educative directives (article 7). Those are:

- 1) alignment with the injured person in purpose of entire or partial renouncing of harmful consequences of the committed crime, by recovering damages, apologize, work or some other way;
- 2) regular school attendance or regular going to work;
- 3) logging in humanitarian organization or jobs of social, local or ecological matter, without financial recovery;
- 4) treatment of the certain observation and weaning of addiction caused by consumption of alcoholic drinks or narcotics;
- 5) engagement to individual or group sessions in corresponding public-health facility or clinic.

EDUCATIVE PROVISIONS

Educative provisions are provisions defined by the law, whereby is provided the society protection of criminality by education and reeducation of juveniles. They are sentenced by the court towards the juvenile injurer because of the committed crime and consist of limitation of their freedom and rights. These provisions present a special kind of criminal sanctions that can be applied only towards a juvenile person who committed a crime. But their implementation doesn't depend on the existence of the criminal liability (guiltiness) of the juvenile. It makes them similar to safety provisions. So far, safety provisions are applied towards morally responsible and morally irresponsible crime executors no

matter to their age, until educative provisions are sentenced only towards juvenile crime executors⁹.

The law proposes nine types of educative provisions:

- 1) warning provisions and guiding: juridical admonition and specific obligations;
- 2) provisions of intensive custody: by the side of parents, adopters or curators, in another family, by the side of the tutorship authorities and with daily temporary abode in the adequate institution for upbringing and education of juveniles and
- 3) institutional provisions: cross reference to the educational institution, to the educative reformatory and to the specific institution for therapy and qualifying.

The court is authorized by the legislator to sentence the provision that is considered as the most convenient and the best for juvenile education, in the particular case. Which provision will be sentenced depend on personality of the juvenile who committed crime and on estimation of the court whereby provision can be best accomplished education, reeducation and proper development of the juvenile.

By the court estimation which provision will be applied, the court is obliged to take in account more circumstances like: age and maturity of the juvenile, other characteristics of his personality and the extent of disorder in social behavior, weightiness of the crime and motives that induced him to commit the crime, surroundings and circumstances that he lived in, behavior after the committed crime, and especially whether he prevented or tried to prevent ingoing of the harmful consequence, as well as

⁹ Dragan Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Nomos, Beograd, 2006. godine, str. 368-382

whether he recompensed or tried to recompensed the damage, whether towards the juvenile there was sentenced any criminal or forbidden sanction in the past, as well as all other occasions that can be of importance to the pronouncement of that provision that will provide the best accomplishment of the educative provision point.

WARNING AND GUIDING PROVISIONS

Warning and guiding provisions are sentenced to the juveniles when there is required and sufficient by such provisions to influence the juvenile personality and his behavior, so in cases when towards them is not necessary to implement more continuous educative provisions and who committed crimes as a result of frivolity and thoughtlessness, and not because their educational neglect. The law in the articles 13. and 14. recognize two kinds of these provisions: juridical admonition and specific obligations.

1) Juridical admonition is the mildest educative provision that consists of rebuke that the court refers to the juvenile person who committed the crime, in the name of society, because of the crime execution. The court will sentence this provision if it is possible, from the relation of the juvenile toward the committed crime and his expressed willingness not to commit crimes in the future, to conclude that it is sufficient that the juvenile is only rebuked for the committed crime and admonished about possible consequences. At this provision sentencing, the court is obliged to indicate to the juvenile about harmfulness and unacceptability of his dealing and to prefigure him that, in the case of repeated crime committing, there will be applied harder criminal sanction.

2) The court can sentence one or more specific obligation lasting up to one year to that juvenile person who committed crime in terms of it is estimated that it is necessary to influence the juvenile and his behavior by proper requirements and

prohibitions. In the article 14. the law conjectures a few specific juvenile obligations:

- 1) to apology to the injured person,
- 2) under his own possibilities to recover the damage caused by the crime he committed,
- 3) to attend school regularly or not to intermit from his working place,
- 4) to qualify for the profession that fits into his capabilities and proclivities,
- 5) logging in the humanitarian organization or jobs of social, local or ecological content, without financial recovery,
- 6) to participate to some sport activities,
- 7) to submit himself to the certain observation and weaning of addiction caused by consumption of alcoholic drinks or narcotics,
- 8) to take part in individual or group sessions in corresponding public-health facilities or clinics,
- 9) to attends courses for professional qualifying or to prepare and pass the exams whereby the certain knowledge is tested,
- 10) not to be allowed to leave the place of abode or residence without the court compliance and special endorsement of the tutorship authorities.

PROVISIONS OF INTENSIVE CUSTODY

The court sentences provisions of intensive custody to the juvenile when for his education and develop there is necessary to

undertake more continuous provisions altogether with adequate professional supervision and help. While all these, it is not necessary to entirely exclude the juvenile from the previous surrounding. These provisions are: intensive custody by the side of parents, adopters or curators, intensive custody in another family, intensive custody by the side of the tutorship authorities and intensive custody with daily temporary abode in the adequate institution for upbringing and education of juveniles.

1) Intensive custody by the side of parents, adopters or curators is sentenced by the court if the parents, adopter or curator neglected to provide custody over the juvenile, and they are capable to do such custody and it can reasonably be expected of them. At sentencing of this provision to the parents, adopters or curators are given all necessary instructions and they are ordered with some duties related to undertaking of individual educational provisions, respecting for removal of harmful impacts addressed to him. Beside that, the court can enjoin to the custody authority to control the implementation of this provision and to provide support (help) to the parents, or curators. This provision can last from six months up to two years.

2) Intensive custody in another family is sentenced if the parents, adopters or curators of the juvenile are not capable of doing the custody over him or if that can not be expected by them, reasonably, so the juvenile is consigned to another family that is willing to accept him and that is capable of doing intensive custody over him. For accomplishing of this provision it is necessary that there is a family willing to accept the juvenile and to take care of his education and that is able to influence his behavior. If the juvenile is consigned to another family, the court enjoins to the custody authority to do the custody over its execution, to provide necessary help to the family and to submit reports about that to the court. This provision can last from six months up to two years, but can be suspended even before the lapse if the parents, adopter or curator acquire the capability to

do the custody over the juvenile or if the necessity for the intensive custody discontinues.

3) Intensive custody of the tutorship authorities is sentenced when it is not possible to apply any of the two previous mentioned provisions. In the case of this provision, the juvenile stays to live with his parents, adopters or curators. The tutorship authority is responsible to take care about juvenile's education, his employment and secession from the previous surrounding that influences him badly, then about necessary remedial treatment and arranging the conditions under which he lives. These provisions are executed by a certain official that stays in contact with the juvenile and his family. About this provision suspension the court decides afterwards, but its lasting can be from six months up to two years.

4) Intensive custody with daily temporary abode in adequate institution for upbringing and education of juveniles is new established type of educative provision in the article 18 of this law. The court sentences this provision to the juvenile when beside some of the previously mentioned provisions of intensive custody it is necessary to engage professionals in a specific institution which deals with issues related to upbringing and education of juveniles. Also this provision can last from six months up to two years; during this period the juvenile stays with his family or other persons who take care of him, and during the day he spends defined period of time in the institution for upbringing and education only if this way doesn't disturb his education or employment (working).

In the aim of as successful implementation of the sentenced provision of the intensive custody, as it is possible, at time of its sentencing the court can define (determine) one ore more specific orders proposed in the article number 14. from new juvenile criminal law.

INSTITUTIONAL PROVISIONS

Institutional provisions are implemented when the court ascertains that towards the juvenile should be applied more continuous educative provisions, more continuous remedial treatment or qualifying, all these with entire separation him from the previous surrounding (environment) for the sake of doing intensive custody over the juvenile. Institutional provisions are: cross reference to the educational institution, cross-reference to the educative reformatory and cross-reference to the specific institution for remedial therapy and accomplishing qualifications.

1) Cross-reference to the educational institution (article 20. of the Law) is sentenced when it is necessary to separate the juvenile from the previous environment and provide him help and permanent custody by the professionals. This provision is executed in the educative institution for juvenile of the general type. This provision can last from six months up to two years. Determining the duration of this provision is not done in advance but the duration is decided later, every six months during the execution (implementation).

2) Cross-reference to the educative reformatory (article 21. of the Law) is sentenced to the juvenile towards whom, beside the separation from the previous environment, also should be applied the provisions of the intensive custody and particular professional educational program. Educative reformatories are special institutions with established regime in purpose of improving more educative uncared-for juvenile delinquents. In these institutions the juvenile is provided to accomplish general and professional vocation. At sentencing of this provision, the court specially takes in account: previous way of juvenile's life, the extent of disorder in his behavior, and the weight and the nature of the committed crime and circumstances whether towards the same juvenile there was sentenced any criminal or forbidden sanction in the past. This provision is sentenced for the period from six months up to four years. But, at sentencing the court

does not define the duration of this provision, but about its duration it is discussed afterward every six months.

The juvenile who spent at least six months in educative institution or educative reformatory, could be given, by the court, the parole if it is possible, according to the successes achieved during the educational process, reasonably can be expected that the juvenile will not commit crimes ever in the future and that he will well behaves in his living environment. During the duration of the parole the court can decide the juvenile to be put under some provision of intensive custody. The parole can last up to juridical expiry of this provision duration, if before the expiry the court hasn't suspended this provision or replaced it with some other. So far as the juvenile, during the parole, doesn't comply the established obligations, or behaves in the way that his staying out of the educative institution or the educative reformatory is not justifiable, the court can withdraw the parole. The time spent as parole is not counted as a part of the duration of the sentenced educative provision.

3) Cross-reference to the special institution for the remedial therapy and accomplishing qualifications (article 23. of the Law) is sentenced towards the juvenile who is retarded in his psycho – physical development (deaf, blind, deaf mute, morons and the like) or with mental disorders. This provision has twofold character: as an educative provision and as a safety provision of cross – reference to the institution for retention combined with remedial therapy. That's why this provision can be sentenced instead the safety provision of compulsory psychiatric treatment and retention in the public-health facility if by this it is possible to achieve the point of this provision and provide retention and therapy.

Here are used specific methods in processes of upbringing and education that require also specific competency. The duration of the provision is legally defined to not longer than three years, except if it was sentenced instead of the safety provision of

medical character when it wasn't defined its duration because it is not possible to determine how long it would be necessary for qualifying of the retarded person for independent life and useful work. In such institution the juvenile stays until it is necessary for the sake of his remedial treatment and qualifying, but when he becomes mature there will again be tested the necessity of his further retention in that institution.

THE JUVENILE (PUPILLARY) JAIL

The juvenile jail is a special kind of punishment, as arresting, that is similar to the sentence of confinement as to a type of a criminal sanction for adult persons who committed crimes. It is sentenced to a juvenile who committed a harder criminal act. But, according to the objectives that should achieve, this punishment is very closed to educative provisions. A punishment of the juvenile jail is characterized as follows:

1) it is a criminal sanction whereby are achieved aims of specific and general prevention. A special prevention is of a primary importance because it provides education, reeducation and proper development of a juvenile. A general prevention glasses itself in indicating and emphasizing to the juveniles that, in the case of committing hard crimes, towards them will be implemented sanction of arresting for longer period of time,

2) the preconditions for sentencing the juvenile jail are committed crime and the guilty of the criminal. But, before deciding whether this sanction will be sentenced, the court considers circumstances that are in relation with the personality of e person who committed crime (his mental development, propensities, necessity for education and reeducation, habits, motives),

3) the juvenile jail is scaled on a base of special rules among which the priority have subjective circumstances related to the personality of a person who committed crime,

4) this punishment is not sentenced for short duration. According to the fact that the juvenile jail has not been prescriptive neither for any crime, the court estimates whether and when will sentence this punishment and then it is sentenced in the range between the general minimum and maximum of the punishment. The juvenile jail can not be sentenced in duration shorter than six months. It is sentenced for a year and half of a year. It can not be sentenced in days and months,

5) for those crimes in conjuncture the juvenile jail is sentenced under specific conditions. Considering overhead estimation of crimes, the court sentences one unique punishment of the juvenile jail,

6) this punishment is not followed with legal consequences of the conviction.

The juvenile jail is a hybrid criminal sanction, which is, according to its form a criminal provision with marked elements of repression, but essentially it is an educative provision with objectives to educate and reeducate of the juvenile person who committed the crime.

This punishment can be sentenced if there the following conditions are satisfied (article 28. of the new juvenile criminal law):

1) the juvenile person who committed the crime is an older juvenile i.e. a person who accomplished 16 years at the moment when the crime was committed;

2) the juvenile committed a crime for which there is prescribed a punishment harder than five years of jail,

3) because of the high extent of guilty, nature and weight of the committed crime, it wouldn't be sustainable to sentence any educative provision,

4) according to the juvenile personal situation, there a satisfied other conditions for the guilty (responsibility and undertaking of the criminal act with premeditation or negligent, then existence of consciousness anent responsibility and capability of consciousness about illegality).

Before sentencing the juvenile jail there is necessary to provide the court estimation that in the particular case wouldn't be sustainable to sentence an educative provision. So, the juvenile jail is a punishment which implementation always has optional character. At estimation whether there will be sentenced some educative provision or juvenile jail, the court is obliged to take in consideration specially the extent of the juvenile's maturity as well as the time that is required for his education and professional qualifying.

The juvenile jail in the Republic of Serbia can be sentenced in duration from six months up to five years (in Montenegro from six months up to eight years), except in the case when for the committed crime in the Law there is proscribed a punishment as a jail in duration of twenty years or any stricter punishment, or in the case of acquisition of at least two crimes for which there is prescribed a punishment as a jail in duration longer than ten years, then the juvenile jail can be sentenced in duration of ten years.

At sentencing of this punishment the court is obliged to determine its duration by implementing the rules of punishment scaling from the Criminal statute book of the Republic of Serbia considering the general point of this kind of punishment. At punishment scaling in the case of an older juvenile for certain crime, the court however can not sentence this punishment in duration longer than there is prescribed the punishment of jail for

the same crime, but also it doesn't have to be the shortest lasting punishment of the prescribed punishment.

If an older juvenile commits more crimes in coincidence, and the court finds as a proper to sentence a punishment of the juvenile jail, it will be scaled according to its own estimation within its overall maximum. On the other hand if the court finds, for some older juvenile who committed crime done in coincidence, should be sentenced only the juvenile jail, and for the others some educative provision, for all committed crimes in coincidence, the court will sentence only one punishment as a juvenile jail. In the same way the court will proceed in case if, after the sentenced punishment of a juvenile jail there is fortified that the juvenile committed some crime, before or after it was sentenced.

The convicted juvenile conditionally can be released if he accomplished one third of the punishment, but not before he spent six months in the penitentiary. The court can assign the provision of intensive custody by the custody authority over conditionally released juvenile during the period of conditionally release. The countermand of the conditional release is executed under overall rules.

CRIMINAL SANCTIONS FOR YOUNGER ADULTS

Contemporary bio psychological and sociological investigations have indicated that entire biological, psychological and social maturity doesn't always come with accomplishing eighteen years. The process of maturation is different with different persons, so in some cases it goes faster comparing to the others, which means that biological maturity is not necessarily followed with psychological and social maturity. All these indicate that between lawful age and entire maturity, there are "intermediate goods" that have characteristics both one and another age which last from 18 to 23, even up to 25 years. Persons of that age are treated as younger adults. As a result of such characteristics these persons are given a special status in criminal law meaning.

According to our criminal law, younger adults are those persons who accomplished eighteen years until they accomplish twenty-one year.

Against the adult of the age of 21 who committed a crime as a younger adult, can not be proceeded criminal process nor sentence the punishment for the committed crime (article 40). To the adult who committed some crime when he was younger adult, and at the time of trial he didn't accomplish 21 year, the court can sentence a suitable educative provision (specific obligations, provisions of intensive custody by the custody authority or provision of cross-reference to the educative reformatory) respectively the punishment of juvenile jail or to suspend the process. Which of these provisions will be sentenced by the court is determined depending on the case circumstances, specially taking in consideration the following: weight of the committed crime, time passed since it was committed, characteristics of the criminal personality, his behaving as well as the point that should be achieved by the sentenced sanction.

By the rules, towards younger adults there are sentenced punishments and other criminal sanctions which are legally prescribed for adult persons who committed criminal acts. But in the article 41. of this law there is provided for possibility the educative provisions to be sentenced towards these persons if, concerned with their personality characteristics and circumstances under which the crime was committed, can be expected that the mentioned educative provision will achieve the same objective as it would be with the punishment sentencing.

BASIC LITERATURE

- Carić Ante, Problemi maloletničkog sudstva, Split, 1971.
- Hirjan Franjo, Singer Mladen, Maloljetnici u krivičnom pravu, Zagreb, 2001.
- Horvatić Franjo, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2003.
- Jovanović Ljubiša, Jovašević Dragan, Krivično pravo, Opšti deo, Nomos, Beograd, 2002.
- Jovašević Dragan, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002.
- Jovašević Dragan, Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2002.
- Jovašević Dragan, Zakonik o krivičnom postupku, Beograd, 2004.
- Jovašević Dragan, Krivini zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2006.
- Jovašević Dragan, Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Beograd, 2006.
- Jovašević Dragan, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Beograd, 2006.
- Lazarević Ljubiša, Vučković Branko, Vučković Vesna, Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore, Cetinje, 2004.
- Lazarević Ljubiša, Grubač Momčilo, Komentar Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Beograd, 2005.
- Lazarević Ljubiša, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2005.
- Novoselec Petar, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.
- Perić Obrad, Komentar Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Beograd, 2005.
- Petrović Borislav, Jovašević Dragan, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005.

ТЕОРИЈА СТЕЧЕНИХ ПРАВА **ФЕРДИНАНДА ЛАСАЛА**

МР ДРАГАНА ЋОРИЋ*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Теорија стечених права је била доминантна током 19 века, посебно у немачкој у француској правној теорији. Мада је сам термин “стечених права” био нејасно постављен, његова суштина се може свести на права која су појединци стекли за време важења старог закона, а нови закон битно мења услове за њихово стицање или их и укида. Стечена права су тако схватана и као интереси појединаца који су заштићени законом^{1[1]}, или као права која су резултат субјективне индивидуалне воље.^{2[2]}

О њима говори и Душанов Законик, као о очувању пређашњег стања, јер све радње учињене за време ранијег закона, имају се расправити по том закону.

Међутим, држава је од свог постанка на прво место постављала управо постављала општедруштвене интересе, које је путем монопола силе којим располаже штитила *de facto* тренутно владајућу класу и у неким моментима одређени начин производње. Сувереност, тј. правна неограниченост и независност од утицаја других држава у погледу вршења власти на својој територији је битно обележје сваке државе. На овом пољу држава поседује и

*** МР ДРАГАНА ЋОРИЋ, АСИСТЕНТ, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ**

^{1[1]} Живојин Перић: « Принцип стечених права и социјализација добара », Архив за правне и друштвене науке, стр. 122 –140.

^{2[2]} Ferdinand Lassale: “ Gesammelte Reden und Schriften ”, druck von Oscar Brandstetter, Leipzig, 1920.

могућност аутолимитације своје неограничености, и то посебно у случајевима када би њена правна неограниченост прерасла у фактичку, те произвела и неке штетне последице. У складу са тим је и примедба Жан-Жака Русоа да, поштовање опште воље и интереса значи да је она усмерена ка јавној корисности, али не значи да су и саме одлуке већине увек потпуно исправне.^{3[3]} Јер опште воља технички посматрано јесте воља већине у једној заједници, те ни не може са пуним правом да носи печат апсолутне општости и свезаступљености.

Средњевековна теорија статута је правила разлику између *ius quaesitum firmum* и *ius existens in spe non autem firmite quaesitum*, што јесте претеча подела на стечена права и правна очекивања, на којој се и базира сама теорија стечених права, али без индивидуалистичког погледа на материју.

У 19 веку у правној теорији се јавило мишљење да држава треба да своја дискрециона овлашћења примени управо у случају заштите стечених права појединаца, те да у погледу истих не предузима ништа што би сопственике права оштетило. Захтевано је чак и беспоговорно поштовање и уздржавање од било каквих чињења државе која могу повредити интегритет стечених права. Наведени став је само био последица нарастајућег политичког и економског либерализма, који је продирао у све сфере друштвеног живота, као логична последица индивидуалистичке концепције зачете још у Француској револуцији 1789. године.

Наиме, теорија стечених права је нераскидиво повезана са принципом (не)ретроактивности, чија садржина и последице су предмет изучавања правника и других стручњака још у првобитним правним изворима. Ретроактивност, која подразумева могућност важења једног прописа не само *pro*

^{3[3]} Жан-Жак Русо :” Друштвени уговор”, Филип Вишњић, Београд, 1993, стр.45.

futuro, већ и уназад- *retro agere*, је тако схватана као “ највећи атентат који закон може да учинијер тако се потиру и бришу они услови по којима друштво има право да тражи послушност и покоравање индивидуе” . Тада “....нема ни грађанских слобода ни сигурности; живот, имаће и част сваког грађанина , лишени гаранција, стајали би вечно у процесу...” и били би подложни сталним, својевољним променама које држава у оквиру вршења дискреционе власти ,чини. Теорија стечених права, представљена као субјективистичка концепција била је , мада у кратком периоду , механизам ограничавања државних овлашћења , знак за посезањем за аутолимитацијом власти.

Настанак ове теорије се везује за Француску револуцију и њене тековине, касније преточене у *Декларацију о правима човека и грађанина* из 1793. године, као и декрету из 1794. Основа наведених аката је била управо енергична забрана примене ретроактивности^{4[4]} . **Code Civil** (1804) је, не спомињући изричито принцип заштите стечених права, прокламовао забрану ретроактивног дејства закона, из чега се развила посебна и веома утицајна доктрина. Настала на принципу који налазимо још у провибитним правним изворима, касније преточена у тзв. “*Теодосијеву норму*”^{5[5]}, забрана ретроактивности је на овај начин требала да обезбеди правну сигурност и извесност грађана како у погледу њихових будућих, тако и у погледу прошлих радњи. Наведено је и тема радова првих коментатора француског и

^{4[4]} Касније је у француско право уведен и *принцип надживљавања старог закона*, што је значило продужено дејство старог закона, иако је нови закон већ ступио на снагу, али само у погледу радњи или чињеница које су егзистенцију започеле за време важења старог закона.

^{5[5]} “ *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit* “; слично и у Декрету цара Анастасија : ” *quum conveniat leges futuris regulas imponere non praeteritis calumnias excitare* ”, преузето из : F.Lassale: “ *Das System der Erworbenen Rechte*”, Leipzig, 1921, стр.59.

аустријског ^{6[6]} Законика, где се посебно истиче да је ретроактивност могућа једино у погледу нестечених права, тј. - права која остају у домену правних очекивања јер и нису испуњени услови за конституисање права. Само је у случају интерпретативних закона, због својеврсног садржинског јединства са законом који накнадно тумаче, могућа ретроактивност. Каснији коментатори су правили прецизнију дистинкцију између стечених права и правних експектатива, па је истакнуто правило да нови закони треба да се примене непосредно, у погледу правних експектатива. Наравно, остала је резерва поштовања стечених права, чија повреда би била квалификована као ретроактивност, и захтевала правичну накнаду.

Са друге стране, *Аустријски грађански законик* (1811) се изричито позива на теорију стечених права, као аргументом за забрану ретроактивности закона^{7[7]}.

Исто решење је присутно и у *Српском грађанском законик* (1844) у § 7^{8[8]}.

КАРЛ ФРИДРИХ ФОН САВИЊИ

Решење сукоба закона у времену покушао је наћи и Карл Фридрих фон Савињи у делу *System des heutigen Römischen Recht* (1856). Његово схватање је представљало основу за даљи развој теорије стечених права. Сама стечена

^{6[6]} Нпр. Пфаф и Хофман тврде да су стечена права “незгодан израз” за неприкосновена права, права која се не смеју повредити, чак ни од стране законодавца. На извештај наче ова права су орочена, чак се могу сматрати да су и условљена сталном применом или разматрањем по старом закону.

^{7[7]} У § 5 стоји да «закони не делују уназад; зато не утичу на раније свршена права и на раније стечена права», Зборник грађанских законика старе Југославије, *Законодавство и пракса*, Титоград, 1960, стр. 47

^{8[8]} Ibid, стр. 127. Поменуто начело је прихватио већ Сретенски устав из 1835, што је последица рецепције аустријског утицаја.

права су у Савињијевој теорији имала пропратну улогу. Термин је требао да премости велике недостатке и непрецизност самог основа, дефинисаног као остварење целисходности и корисности.

Наиме, Савињи разликује две врсте закона. Прва група закона садржи правила о стицању или губитку неког права (*Erwerb der Rechte*), и они не могу имати ретроактивно дејство јер би тиме била повређена стечена права. Чак, успоставља идентитет између чувања и поштеде стечених права са принципом неретроактивности. Прихват понуде овде се у, контексту наведене теорије јавља као *res iudicatum*, постављена као фиктивна апсолутна истина. Оваква изјава је могућа једино приликом доношења кривичних пресуда, док грађанским пресудама је непознат и неизводљив овај принцип.

Друга група закона, дефинисани као правна очекивања, могу поднети ретроактивност без бојазни да ће бити повређено било које право (*Dasein der Rechte – Sein/ Nichtsein, So- und Anderssein*). У питању су закони јавног поретка; који регулишу политичке, моралне и економске и друге циљеве, битне за опстанак једне државе. Акти које обухвата овако конципирано *ius publicum*, делују непосредно, одмах по ступању на снагу и добијају повратну снагу. Ретроактивност је овде оправдана јер на овај начин настављају егзистенцију сви правни односи, чак и да их је нови закон укинуо. Очување затеченог правног стања је на овај начин представљено као истовремени захтев и индивидуалних и општих интереса. Наведено правило је посебно критиковано, услед недостатка оригиналности. Наиме, у питању је потпуно «пресликано» правило из старије француске правне теорије, да сви закони јавноправне садржине имају обавезно ретроактивно дејство. Привидни идентитет ових максима је добио ширу размену на плану уједначавања теоријског становишта, али је ипак за последицу имало неприхватљивост и релативну немогућност поштовања истог.

Приметно је постављање општих интереса у други план, док су на важности добили управо индивидуални интереси , њихово остављање и заштита.

Проблем у примени ове теорије је настао због недовољно јасне дистинкције између наведене две категорије закона , без давања правне идеје или унутрашње мисли на којој се заснива наведена подела . Јер неки закони се, у одређеним случајевима могу сврстати у законе о стицању права, а неки пут у законе о суштини и начину опстанка права. Сви случајеви којима је Савињи оправдавао своје мишљење су, што је замерио и Ласал , опширни и непрецизни . Даље, Савињи је остао само на тези очувања одређених субјективних права, без прецизирања шта сама стечена права обухватају. Ипак, значај и вредност Савињијеве теорије је у томе што је први , избегавајући казуистички прилаз, дао смислено решење на пољу сукоба закона у времену.

ТЕОРИЈА СТЕЧЕНИХ ПРАВА

Половином 19 века у немачкој правној литератури владало је мишљење да је свако ефективно право које се прибавља, чак и самим рођењем, истовремено и стечено право. Чим је настало право, оно је створило обавезу за неко друго лице према коме се то право врши. Таквом праву се супротставља проста нада или очекивање, која може постојати, имати основ у неком закону, али која није створила једно потпуно и ефективно право. Свако конкретно право је истовремено и субјективно право, има карактер стеченог права и небитно је из ког извора произлази.

Наведено схватање су прихватиле и друге европске земље. У белгијском праву, субјективно стечено право представља део имовине титулара тог права. Будући да се слобода својине гарантује уставом, евентуална повреда или укидање таквог

права сматрају се повредама устава, и подлежу строгом кажњавању.

На другој страни налазе се правне наде или експектативе, које могу бити подложне режиму новог закона. Тако је закон који је укинуо феудална права учинио то одмах, самим ступањем на снагу, и тиме повредио стечена права велепоседника као и само регулисање аграрног питања. Идеја да нови закон мора поштовати стечена права истинит је за прошлост, али није за будућност. Онога дана када законодавац нађе да је одржање једног права штетно за правни поредак он га може укинути, сузити и применити одмах нов закон на сва права ове врсте, која постоје у моменту промулгације, који у том случају не вређа принцип неповратности закона

Овде имамо прилагођавање атрибута стечених права општешпознатим категоријама субјективних права, одакле долазе и тврдње да стечена права морају бити заштићена тужбом, да је то део имовине титулара права или да је то стечено право заправо субјективно право постављено као моћ делања или овлашћења на неку радњу. Овде је постављено и питање стицања таквог права, па је било речи о индивидуалном и општем правном основу стицања. Сам израз стечена права је двосмислен, јер претпоставља постојање и неких права која нису стечена, што је апсурд,^{9[9]} те се сматрало да неко право постоји само ако постоје тужба или приговор којим се то право штити.

^{9[9]} Свако право се на неки начин мора прибавити – стећи, те у том смислу сва лица која имају неко права могла би се сматрати титуларима стечених права, те тражити њихово безрезервно поштовање од стране других лица или државних органа. Постојање тужбе или приговора је у том смислу логична последица потребе да се стечено право штити, јер наведено представља валидне начине за постављање захтева за накнаду штете, причињене повредом стеченог права.

Тако , у немачкој правној литератури се разликују законска права и права стечена индивидуалним актом. Француска литература је повећала корисност оваквог разликовања јер постоје дакле и права која се стичу на основу закона , нпр. права законског наследника у ситуацији отвореног наследства под режимом старог закона. Ово разликовање добија значајну потпору управо у делу Фердинанда Ласала,^{10[10]} немачког социјалист- утописте.

^{10[10]} Фердинанд Ласал је рођен 1825 године у Бреслау, Прусија. Самоиницијативно се пребацује из трговачке школе у Лајпцигу 1843. на универзитет у Бреслау, где почиње студије филозофије, филологије и археологије. Свестраног и авантуристичког духа, прелази 1844.у Берлин где наставља студије филозофије. Његов сусрет са идејама Г. В.Ф. Хегела, Лудвига Фојербаха и других француских теоретичара утописта, чини га вагреним следбеником хегелијанске струје, иначе водеће у том периоду у филозофији. Након дипломирања 1845, вођен мишљу да постане универзитетски професор, почиње свој амбициозни пројекат- дело о Хераклиту и значају његове филозофије, писано потпуно у хегелијанском стилу. Међутим, његово напредовање на овом плану успорава интересовање за случај грофице Хацфелд. Ласал, после 36 парница, које су трајале више од 10 година, постиже нагодбу која је грофици највише одговарала- коначни развод, деца су јој додељена старање и чување а у ту сврху јој је додељена и значајна имовина. Грофица се касније појављује, поред Ласала као оснивач *Allgemeiner Deutsche Arbeitverein* . Обезбеђивала је финансијску потпору овом покрету , али је то Ласала уназадilo у политичком напредовању.

У то време, тачније 1847. године, долази до круцијелног заокрета у његовом научном развоју - познанаство са Прудоном и Хајрихом Хајнеом, социјалтеоретичарима, га потпуно одушевљава те постаје чак и један од водећих мислилаца и активиста на том пољу.У периоду 1848-1852.године живео је, са краћим паузама, у Дизелдорфу, где је активно учествовао у револуционарним превирањима 1848-1849, која су имала за циљ успостављање уставне монархије, поштовање права у свим областима, као и слободу штампе. Ласал је тада био члан Градског већа у Дизелдорфу и револуционарног Народног клуба. Међутим, средство борбе- мирне демонстарције су понекад добијале другачији епилог , те је у овом периоду Ласал био често хапшен, чак и осуђен на годину дана затвора. Након тога уследио је прогон из Берлина где се ипак , вратио 1859 године ,јер га је једино бивствовање у том граду надахњивало и чинило га потпуним ствараоцем. У том времену потраге за променама, упознао је Карла Маркса и Фридриха Енгелса, који су га у потпуности придобили својим полетним социјалистичким идејама.

Теорија Фердинанда Ласала

Ласал је изградио кохерентну теорију о стеченим правима у контексту сукоба закона у времену, са позиција индивидуалистичке филозофије. Његов став да теорија о повратној снази закона и теорија стечених права се нужно истовремено развијају, утичући једна на другу, је постао

До повратка је махом живео у Рајнској области, истовремено водећи парницу за грофицу Хапфелд, и завршавајући свој рад на *«Хераклиту»*. Наведено је дело изашло из штампе тек 1858, те је било у функцији политичке агитације. Управо му је *«Хераклит.....»* отворио врата научног света и за наведено дело је добио прве значајније критике и похвале. Повратак у Берлин, више изазван утицајем Хумболта на Краља, је назвао почетком борбе против капиталиста, и то као политички новинар и коментатор. У том смислу је и његова критика става Хегела *«да исто право важи за све људе»*, јер такво правило може бити поштовано једино у демократском друштву, а капитализам је гушио сваки покушај за успостављањем истог. Те, 1861 године се сусрео са Марксом, са којим је био прилично отуђен, и упркос сталној преписци. Сама преписка је представљала Марксов нескривени критицизам уперен на Ласалову драму (пре пародију на тре нутно стање) *«Франц фон Сикинген»*.^{10[10]}

Такође, те године је изашао и његов значајан памфлет *«О Италији и мисији Прусије»*, који је касније послужио као основа Бизмаркове ратне идеологије и успеха на међународном пољу. Наиме, Ласал је овде упозорио своје земљаке на опасност давања помоћи Аустрији у њеном рату против Француске. Истакао је, да ако Француска истера Аустрију из Италије, можда ће анектирати Савој, али да се тада не може спречити поновно успостављање Италијанске уније под Виктором Емануелом. Ласалов недвосмислен став је био да Прусија заправо треба да постане водећа сила у Немачком савезу и тро управо што ће своју помоћ упутити Француској а не Аустрији, која јој је конкурент. Памфлет је након објављивања изазвао опречна реаговања у домаћој и иностраној политичкој јавости, али након што је Бизмарк дословно поступио по наведеном рецепту, Ласалова идеја је постала опште место у политичкој теорији. Исте године објавио је дело значајно за право али и друге области друштвеног живота- *«Систем стечених права»*, у два дела, са којим започиње и његов краткотрајни политички успон.

Представљао је јединство контрадикторности, иако се представљао као противник буржоазије, повластице које је имао по том основу је користио. Тешко рањен након двобоја са влашким грофом фон Раковицем, Ласал је преминуо 31 августа 1864, три дана након рањавања, у предграђу Женеве.

основни принцип даљих теоријских разматрања. Наиме, сталне интеракције између ове две супротстављене теорије учиниле су саму теорију стечених права прихватљивијом и са позиција либералне буржоазије, којој је и сам припадао али и другим друштвеним слојевима. Прво због тога што идеју права – у овом смислу стечених права није могуће раздвојити од личности (чиме је прихватио важећу француску доктрину), њене слободе да захтева и стиче права, и аутономије воље. Даље, задатак права је да заштити неповредивост људске личности и постулата на којима се она базира.

Право је и у овом периоду било погрешно изједначавано са моћи, односно власти у држави. Погрешно, јер право проистиче из власти, као њена потврда и носи својеврсно самоограничавање у себи, али и власт проистиче из права, које му даје оквир, простор у коме ће се кретати, довољан да обавља своје функције.^{11[11]} Зато је ретроактивност у суштини недопустива, јер се тако вређа слобода људске личности, атак је на слободу и одговорност ^{12[12]}људи. У присуству ретроактивности, појединац не може да се понаша у складу са законом, јер је каснијим законом предвиђена последица његовог акта који је био легитиман у време кад је био предузиман. Као активни чланови друштва, људи јесу и морају бити слободни у погледу избора које ће учинити. Када прекршилац , у односу на сопствену кривицу искаже одговарајући став,, он то чини знајући који закон ће се применити у погледу његове радње, па има слободу да изабере коју последицу жели да трпи. ^{13[13]} Ретроактивно дејство закона тако стално појединцима приређује

^{11[11]} Ferdinand Lassalle :” Macht und Recht “, Offenes Sendschreiben, Verlag von Meyer und Zeller, Z)rich, 1863, стр.15.

^{12[12]} Заправо Ласал спомиње *Zurechnungsfähigkeit*, што *stricto sensu* означава урачуњљивост (у кривичноправном смислу), што се може на неки начин прихватити, јер настаје деликт услед непоштовања услова које поставља нови закон.

^{13[13]} Ibidem, стр.120.

изненађења, али изазива и сталну бојазан, да ли ће извесно ћињење или нечињење постати накнадно основ за њихово кажњавање. Закон који овако повреди права личности је антилибералан и не сме бити у примени. *Ex post* се нарушава природна способност сваког лица да слободно одлучује те ни позитивно право више не пружа никакву сигурност и заштиту интереса индивидуа.

Када се у закону појави забрана ретроактивности (прокламовањем поштовања принципа неретроактивног дејства закона), Ласал то тумачи као « растакање европског духа, посматрано са аспекта појма субјекта »^{14[14]}. Самосвојност и специфичност воље индивидуе произлази из независности њеног бивствовања, и немоновно упићује на разликовање између бића и радњи

Установио је битне принципе:

а) закон који утиче на индивидуу и права која је она стекла вршењем неке индивидуалне радње своје воље не сме бити ретроактиван. При том, вољу дефинише као индивидуално самоодређење сваког правног субјекта, да одлучује слободно и тако производи одговарајуће правне последице. Воља увек постоји, без обзира на то да ли је њен основ правно дозвољен и могућ или је противправана те дејствује ограничавајуће на испољавање воље других лица. Тако, воља је изјављена иако има долусну основу, с тим да из тога следи право на утужење, реституцију или приговор друге врсте, чак и ако лице својом изјавом приступи некој другој већ изјављеној вољи. С тим у вези је наведен и Хегелов став, да « разлика између мишљења и изјављене воље личи на разлику између теорије и праксе, али овде не постоје две могућности, већ у основи стоји једино вољна, слободна, индивидуална радња, који каснији закон може својом садржином да поништи или учини изопаченом ».^{15[15]}

^{14[14]} Ibidem, стр.101.

^{15[15]} Ibidem, стр. 120.

Изјава воље се и иначе у приватном праву дефинише као « индивидуално самоодређење», при чему је онда оправдано и разликовање радњи на жељене (посебно опасно их је посматрати у контексту почетно постојеће заблуде) и заслужене(или очекиване, где резултат долази од споља и не зависи од воље лица у питању) .

б) закони који се примењују на лица непосредно , тј. који погађа индивидуу само посредством њене вољне акције, могу бити ретроактивни. То значи да нови закон може добити ретроактивно дејство и ако се садржински односи на стечена права, само ако је одржавање тих права или евентуално испуњење уговора условљено вршењем неке радње од стране титулара таквог права, а он је потпуно слободан да одлучи да ли ће тај услов испунити или не.^{16[16]} Дакле, опстанак конкретног стеченог права зависи од вршења одређених формалних радњи. Због тога у новом закону мора бити остављен један примерени рок да се титулари права изјасне желе ли да изврше новопостављене захтеве и услове или не . Тако се ретроактивност у овом смислу треба прихватити као изузетак од правила, која ограничавајуће делује на стечена права са ваљаним правним основом или без истог.

Извесно је да у одређеним случајевима законодавац има моћ , да према природи ствари или друштвених односа, чије је одржавање нужно, неком правном акту додели ретроактивно дејство. Као оправдање, истиче се потреба , да у случају примене новог закона у већ постојећим друштвеним и политичким условима , без ограничавања дејства таквог

^{16[16]} А) Kein Gesetz darf ruckwirken, welches ein Individuum nur durch die vermittlung seiner willensaktionen trifft.

б) Jedes Gesetz darf ruckwirken, welches das Individuum ohne Dazwischwnschiebung eines solchen freiwilligen Aktes trifft, welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkurlichen, allgemein-menschlichen oder naturlichen oder von der Gesellschaft ihm ubertragenen Qualitaten trifft, oder es nur dadurch trifft, dass es die gesellschaft selbst in ihren organischen institutionen andert.

F. Lassalle: " Gesammelte Reden und Schriften," , Leipzig, 1920, стр. 119- 120.

закона, ретроактивност би могла егзистирати као недопуштена, чак и поред правоваљаног правног основа за то.^{17[17]}

Ретроактивност у наведеним случајевима не мора обавезно наступити, ако су неке правне околности промениле целу ситуацију, било путем пресуде или приговора. (*iudicatum vel transactum*). Наведени принцип је био заступљен у римском праву, али је овде наведен јер припада истој категорији случајева. У ситуацији стицања пословне способности пунолетством, када је прописана граница била 21 година живота, а променом закона је иста граница померена на 25 година, ретроактивност је дерогирала све правне радње предузете од стране лица млађих од 25 година., иако су презентовали озбиљну вољу за закључење неког уговора, и постали су пунолетни прена одредбама претходног закона.. Ласал овде остаје на позицијама Савињија и Борнемана,^{18[18]} који су сматрали да је овде ретроактивност недопустива, у сврху толерисања раније предузетих аката. Као додатни аргумент, наводи део *Code Napoleona*,^{19[19]} који говори о пунолетству као о начину ослобађања од очинске власти, поред других начина (нпр. браком). Каснији закон , ако промени старосну границу или начин ослобађања од власти *pater familias*, више се не би заснивао на наведеном основу већ би основ имао у индивидуално датој изјави воље *pater*

^{17[17]} Као пример Ласал наводи Законе од 5. бримера и 17. нивоса II године, којима је Конвент поништио све фидеикомисарне супституције и уговоре о наслеђивању, који су као резултат имали стицање извесних права а закључени су најраније 1789 године- добар пример за ограничавање дејства закона са ретроактивном снагом . Ibid , стр. 87.

^{18[18]} Борнеман је стечено право дефинисао као « фактичку могућност да се у неком случају извршење неке радње учини зависним од индивидуално исказане воље, што се касније подводи под неку правну категорију, из које би та индивидуела воља свакако произашла ». Ibid, стр. 436.

^{19[19]} Овом приликом Ласал је упутио и оштру критику Наполеоновом законодавству, истичући да је попримило многе карактеристике законодавства и друштва самог пре револуције – изнуреност, друштвену уназађеност, чиме су оквири принципа ретроактивности добили недозвољене размере.

familiasa (без чије сагласности се није ни брак могао закључити, тако да је еманципација у потпуности зависила од његове воље) . Потврду налазимо и у старијим изворима, нпр. код Бартолуса, да закон који има дејство као *contractus vel quasi contractus* (*do ut facias, facias et facias*) не може путем каснијих закона да се изузме на основу *praejudicium quasi contractus* .^{20[20]}

Тако, раније учињене радње, које су према старом закону, услед формалних недостатака оглашене ништавима,могу бити конвалидиране новим законом . Будући да се у неким случајевима форма предузимања неке радње третира као доказно средство, прихватање максиме *tempus regit actum* ,се поставља као основ за доказивање форме правних послова. Тада се доказна снага, коју закон даје форми испољавања неке индивидуалне радње, и последица која проистиче из тога, имају сматрати за стечена права, те подлежу захтевима за непроменљивошћу и неповредивошћу.

Наведени принципи су постављени као суштина како теорије стечених права, тако и самог принципа неретроактивности. Законима се успоставља једна посебна духовна садржина, преточена у језички облик који је такав разумљив целини друштва, а не само сегменту друштва који је ту садржину открио, као резултат здраворазумског промишљања . Закон представља израз правног знања целог народа. У овом контексту, и сама ретроактивност закона се појављује, као природноправни, општеважећи и здраворазумски основан феномен и као последица опречности карактера сазнања и мишљења, али и као производ историјског духа и његових мисаоних процеса. Закон са повратном снагом се стога не може сматрати законом већ апсолутним неправом (*absolute Unrecht*) , и поништајем свега правног и праведног. Наравно, прво ће бити поништена слободно изјављена воља индивидуа (овде схваћена као посебна природноправна способност

^{20[20]} Ibidem, стр. 250- 251.

људи) , којом су засновали неки правни однос или стекли неко право .

Ласал је сам појам стечених права схватао као политички појам, који је због свог значаја продро у све сфере друштвеног живота, а посебно је прихваћен од стране либералне буржоазије тога доба, као мисао водиља. У свом “ научно- филозофском програму ” под насловом ***Das System des Erworbenen Rechte*** (1861) је истраживао оквире и природу стечених права те је закључио да је стечено право само оно које је производ воље појединца, испуњавајући све законске претпоставке које је предвиђао тај стари закон. Такво право , изједначено са индивидуалном и вољном радњом појединца, морају поштовати и нови закони, чак и да укидају могућност за даље стицање таквог права.

Карактер неприкосновености и недодирљивости добијају, дакле права која изражавају индивидуалну вољу као битно обележје човека.. Јер у друштву, људи и треба да буду слободни и да све акте предузимају добровољно, без икакве присиле од стране државе или других субјеката. Једино на тај начин има сврхе борити се за стицање неких права и њихово одржавање.

Следи даљи развој ове идеје :

а) Права, која не проистичу из радњи трећих лица , могу се након детаљнијег разматрања , узети као права стечена индивидуалном слободном вољом. Као даља последица претходне дефиниције, јавља се захтев да се иста, путем касније донетих закона не смеју мењати. Ништавост тако изјављене воље је могућа,(посебно када та изјава води ка закључењу уговора), као и у сваком другом случају манљиве воље

(заблуда у погледу личности, *error in corpore, error in substantia*).

б) Сличне природе су и права која барем привидно проистичу из радњи трећих лица, где се закон, са својим

дејством, јавља као посредник приликом изјављивања воље. У случају да се изјава даје под принудом, она се јавља као јединствени мотив те воље. Ако је лице било присиљено на чињење, производ његове воље се чини као слободно располагање својом вољом, све док не истакне манљивост своје воље у наведеном смислу.

в) Као нужно, гарантује се појединцу могућност употребе правних средстава против таквих манљивих радњи, у виду жалбе, приговора или ретситуције, којим ће се исправити аномалија у правном промету.

г) Права која проистичу из нечињења или пропуштања, могу посредним путем стећи квалитет стеченог права, јер се иза нечињења или пропуштања увек крије једна радња, са својом консеквентном садржином. Могућност за наведено је још већа у случају да је дошло до одрицања од неког права.

Ипак, неправедно је и неприродно наведено ограничавање извора стечених права на индивидуалну вољу лица јер многа права фигурирају као стечена иако приликом њиховог стицања воља стицаоца није узимана у обзир (што је случај код отвореног наслеђа, легата, права на накнаду штете код деликата и др.). Као посебно проблематичан показао се став Ф. Ласала поводом интестатског наслеђивања, јер одређена лица постају наследници без изричито наглашене воље оставиоца, чак претендују на наслеђе и без своје воље већ по принципу сродства. Основ за стицање наследних права овде настаје самим фактом рођења лица (као потенцијалног наследника), те се фингира да постоји и презумирана воља наследника да наследе део будуће заоставштине. Та будућа заоставштина се сматра заједничком породичном својином, и као таква се стиче и увећава, егзистирајући као продукт воље свих чланова породице.

У овом случају не постоји стечено право наследника у погледу оставинске масе, већ само правно очекивање (да ће ступити, након смрти оставиоца, у посед заоставштине, и све то под условом да нема тестаментa). Ласал је овде прибегао

фикцији те је тако претпостављену вољу оставиоца (а претпоставка долази од стране законодавца) представио као валидну вољну акцију на основу које се у контексту његове теорије стиче неко право. Међутим, ту је исправно приметио Ђорђе Тасић^{21[21]}- треба одредити место где ће се успоставити граница између индивидуе и остатка друштва и њихових супротстављених интереса. Ипак, Ласал је имао савршено оправдање и за овај став- истоводно решење је познавало римско право у Закону 12 таблица, а практиковао га је Солон у Атини вековима пре поменутог Закона, чак и нека германска племена.

Даље, поводом способности тестатора да сачини тестамент, поставило се питање да ли ту способност треба ценити по старом или новом закону, посебно у ситуацији ако је тестатор био неспособан по закону у време прављења тестамена , а умро за време важења новог закона који му је дозволио ту способност ? Ласал је овде заузео став супротан тада важећем, опет прибегавајући фикцији. Наиме, тестамент је изложен променама за живота тестатора, јер тек после његове смрти тај акт производи дејство. Нови закон *de facto* више не признаје ранију неспособност тестатора, те треба наведену способност ценити по новом закону.^{22[22]}

С тим у вези је уследила и критика Јеринга и других тада истакнутих правника, посебно на пољу тумачења материјала из области наследног права. А због њихових захтева за што потпунију рецепцију римскоправних решења . Наиме, римско наследно право је настало на потпуно другачијем основу, из деловања другачијег народног духа и развојно је одвојено од других правних система данашњице. Volkgeist је овде

^{21[21]} Ђорђе Тасић.: « Закон нема повратне силе», *Архив за правне и друштвене науке* «, бр.XXV, 6/1932.

^{22[22]} F.Lassalle:” Das System der Erworbenen Rechte”, Leipzig, 1920, стр. 257; Андра Ђорђевић: » Систем приватног (грађанског) права», *Службени лист CPJ* 1996, стр 175- 177.

прихваћен тек кроз разматрање његове многовековне традиције, са освртом на митологију и зачетке релigioзног.

Тако, ако би нови закон изменио или отежао услове прирођења, његово дејство се простире само *pro futuro*, дакле- лица која су стекла држављанство по раније предвиђеним условима задржали би то држављанство, јер се оно у овом контексту сматра стеченим правом. Исто важи и у случају измене услова за стицање пунолетства, стицање или губитак својинских или државинских овлашћења, облигација насталих *ex delicto* , и др. Са друге стране, ако нови закон мења правну природу туторства или старатељства нови закон би се односио на све постојеће односе..

Даље, породична права, посебно она која се стичу рођењем а њихово уживање се протеже до смрти лица, могу се посматрати једино кроз призму валдајућег појединца у породици и његове воље. Воље других чланова породице морају успоставити идентитет са претходном , или неће бити валидне. У вези с тим је и стечено право *pater familias* , да све време брака сина или ћерке истиче своју заблуду у погледу неких својстава другог брачног друга. Право приговора на сопствену вољу отац је имао као посебно конципирано законско право, које ниједним каснијим законом није смело бити дерогирано. Најчешће се ово право активирало у случају брака детета противно вољи оца, јер је *de facto* дете својом вољом замењивало очеву вољу, што је својеврсни *contradictio in adiecto*. ^{23[23]}

Посебно је интересно помињање тзв. *Optionsrecht* , у вези са постављањем захтева за процесно доказивање свог законски стеченог права. *Optionsrecht* представља факултативно постављено право избора индивидуе, да

^{23[23]} У питању је « чудновата» логичка конструкција. Ласал овде истиче и *fictio cedit veritati* , -класичан пример приговора који је отац могао улагати, с обзиром на већ видно ослабљену очинску власт коју је поседовао. Ibid, стр.256.

предузимањем једне од више понуђених радњи, стекне неко право. Дакле, избор једне од више понуђених опција аутоматски квалификује лице као титулара неког стеченог права, са свим даљим последицама које из тога могу проистећи.

Такође, Ласал је подвргнуо сумњи и Савињијеву тврдњу да је могућ опозив поклона због незахвалности поклонопримца или касније рођеног детета, које би тим поклоном могло бити оштећено у свом имовинском статусу. Главна примедба се односила на различити квалитет тих разлога, а нејасно је, са ког аспекта се посматра наведено, старог или новог закона. Наравно, нуди и сопствено решење, да у горњем случају не може деловати нови закон, јер је поклонопримцу учињен неопозив поклон, који је он прихватио. Да је поклон постављен као опозива правна радња, поклонопримац би могао прихватити исти, или га не прихватити, са резервом, да у случају повећања имовинске масе поклонопримца а за живота поклонодаваца, поклон може бити и враћен. Тако, нови закон оставља простор за опозив изјављене воље или барем њено суспендовање све време живота имаоца неког права.

Посебну пажњу, приликом оправдавања своје теорије, Ласал је посветио приказу и критици немачког теоретичара неоплатоновске оријентације Шталу. Наиме, Штал почиње своје учење о стеченим правима, дефинишући их као одређене радње или догађаје, који наступају као продукт воље појединца, али и као положај за који се претпоставља као жељени. Заштита стечених права је овде потпуно другачије конципирана- појединац је делујући субјект који сопственим радњама ствара свој нови положај у правном промету и на исти начин га осигурава. У једном се слажу – као једина граница стечених права јавља се људска слобода, поред идеје заједништва и развоја правног поретка. Свакако да народ који се није развијао на материјалном или духовном плану не може гарантовати ни могућност стицања извесних

права, а камоли њиховог одржавања. У системима где је одржавање егзистенцијалног минимума горуће питање, где ни држава као врховна институција не напредује, већ стагнира, појединац губи интерес и за лични просперитет.

Можда најбољи пример јесте робовласништво. Јачање свести о једнакости свих људи уздрмало је темеље већ нарученог робовласничког система. Узалуд су се робовласници позивали на своје право поседовања « ствари које говоре » као *ius quaesitum*, јер то право се ни у ком случају није могло третирати као неприкосновено, посебно због немогућности човека да егзистира у складу са основним захтевима свог бића. Даље, први устави су омогућили сваком појединцу да се упозна са својим положајем у органској целини званој држава. Више није могло бити говора о стицању нових политичких или других права; сва права су задржала своју основу, само су временом трпела надоградњу путем гарантовања све ширих личних права појединцима. Ласалова критика је овде била уперена на изразит « јакобински дух » Шталових размишљања, посебно због прикривене искључивости.

Даље, постоје и интерпретативни закони који по својој садржини просто захтевају ретроактивност, чак и кад се тако противе правоснажно утврђеним решењима. Интерпретативни закони « вређају » и правоснажну пресуду, јер установљавањем другачијег правила (путем тумачења већ постојеће норме), истичу неистинитост пресуде, која « пада » јер више не постоји правни основ за њен опстанак. У таквој ситуацији, без икаквих гаранција, смисао судске заштите се губи и постаје пука декларација, установљена да би се задовољила форма. Са друге стране, нарушава се и спољна независност судова, јер објављивањем једног таквог правног акта, и њихове процесне радње постају неважеће. *Iura novit curia* постаје захтев немогућ та испуњење, јер ни сам суд никад не може гарантовати потпуно познавање права. Самим тим, и пресуде постају веома рањиве, и подложне променама

своје садржине и без употребе редовних или ванредних правних лекова, већ само *ex lege*.

Без обзира на то што интерпретативни закони чине садржинско јединство са ранијим законом, те се скоро као нужна, намеће њихова ретроактивност, у питању је свакако својеврсни атак на познавање права, те и усклађивање људских материјалних радњи са садржином норми. Иако само у овом случају, ретроактивност јесте једини начин да се задовоље захтеви правде и правичности, много су теже реперкусије које као такав може произвести, како правне, тако и на плану друштвене свести, која би била у сталном страху од нових решења са повратним дејством.

СУШТИНА

Учење Ф. Ласала је више постављено на терен филозофије (ставом да мисао о неретроактивности почива на појму субјективног духа), а мање на терен позитивног права. Изгледа неправично да се индивидуална права ограниче само на она права која је створила воља. Граница између стечених права и правних очекивања је веома покретљива и не може се правилно и тачно одредити.

Ласал у духу хегелистичке филозофије признајући постојање воље индивидуалном духу, у ствари признаје и објективан дух, који се може развити тако да се раније развијене индивидуалне вредности више не поштују. Тада се индивидуална права повлаче пред новим законима на име прохибитивних, тј. права заједнице и општим интересима.. Оно што је једнодушно објавила морална свест да је рђаво и недопуштено, закон то може одузети путем ретроактивности и сматрати као да није ни постојало. Лице остаје у поседу

неког права онолико дуго колико законодавац неко правно стање сматра одговарајућим и дозвољеним.^{24[24]}

Стога Ласал пандектистичко схватање посматра као неприхватљиво и немогуће са становишта тадашњег права. Наиме, присталице пандектистике не потнају ништа друго сем законског текста. Вођени стриктним познавањем наведеног у закону, а што је став настао развојем теорије о прохибитивним законима, уопште не признају стечена права нити неку њихову заштиту. Индивидуална воља, као аспект, постоји ипак у сфери државне власти, која услед тога поставља друштву оне захтеве чије остварење иде искључиво њој у корист. Таква воља је преносива- на друге носиоце државне власти док о појединцима нема ни речи. Свакако основ Ласаловог неслагања овде треба тражити у његовој срчаној борби за успостављање и заштиту социјалних интереса становништва, посебно новостворене радничке класе.

Право је посматрао као један здраворазумски, сам по себи способан да се развија организам. Упливом у Хегелову филозофију права, коју је доживео као покушај поимања света, своју теорију је развијао углавном на критичким основима. Иако је *de facto* реформисао Хегелову филозофију, у циљу истраживања и достизања најпотпунијег дефинисања историјског духа, ниједног момента није одступио од његових основних постулата. Ласалов интерес посебно за функционисање принципа стечених права у области породичног и наследног права, свакако је испровоциран његовим политичким деловањем у том периоду, а и ставом, да све што чланови породице допринесу, треба да остане њима, у циљу обезбеђивања што бољих услова за живот.

^{24[24]} Ibid, стр. 304.

ЕПИЛОГ

Теорија стечених права је имала ограничено временско трајање, као и вредносну димензију првенствено због своје индивидуалистичке основе . Предмет Ласалове теорије је у том смислу порналажење модалитета заштите права стечених на таква начин да их ниједна законодавна реформа не сме повредити. Управо зато што је целу теорију базирао на испољавању људске слободе, а сама слобода је апстрактан појам, и теорија стечених права је остала на апстрактном степену, без прилике за даљи развој .Ниједног момента, није тражен компромис између општих и индивидуалних интереса, што би била нужна последица снаге закона, којој се сви покоравају. Индивидуални интереси су постављени на пиједестал, учињени јачима и од закона који их признају и дозвољавају њихово остварење , те је појединац као део друштва постао важнији сегмент него друштво у целини.

Битан недостатак је представљала нејасно постављена граница између стечених права и правних експектатива, што је на неки начин реликт проистекао из делимичне рецепције Савињијеве теорије. Чак ни само стечено право није прихватљиво дефинисано. Даље, сам критеријум стицања права на основу акта воље индивидуе није прецизиран, а сукобљавао се са стицањем права на основу законских овлашћења. . Ова теорија је касније претрпела извесне модификације у смислу дозволе да стечена права могу произлазити из закона. У случају повреде ових права појединац би могао тражити и добити судским путем накнаду штете.

Међутим, остаје као констатација да је теорија стечених права представљала производ одређеног историјског момента , те су и њени домети били и остали прилично ограничени. Посматрано са гледишта савременог права, наведена теорија би пустила анархију и самовољу појединаца на мала врата, те завела систем оцене деловања појединаца

кроз призму индивидуалних интереса. Стога, теорију стечених права треба сматрати значајним степеном развоја разматрања сукоба закону времену, а у контексту учвршћивања важности и неопходности објективистичке концепције у комбинацији са теоријом друштвеног интереса. На крају, то је и захтев савременог демократски уређеног друштва, које на прво место ставља поштовање сасвим оправдано, интереса целог друштва.

Дело Фердинанда Ласала: « ***System der erworbenen Rechte*** » представља реконструкцију и последњу фазу борбе са наслеђем, на коју је и сама је политичка историја ставила посебан акценат. У фокусу су посебно била *wohlerworbenen Rechte*, као пандан « умирућих остататака структуре феудалног друштва ». Иако као сама теорија није имала бољи прихват у правничкој јавности, теорија стечених права Фердинанда Ласала је започела борбу за признавање права појединаца. Питања која су овде постављена и данас су актуелна, са призвуком либералног и свемогућег интервенционизма државе у овој области.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Biographisch – Bibliographisches Kirchen Lexicon
2. Marx to Ferdinand Lassalle: Problems of Revolutionary Tragedy: Marx and Engels to Ferdinand Lassalle on his drama Franz von Sickingen (*Alliance Reprint Sreies-Transcribed for the Internet on Avgust 25, 2001.*)
3. Berlin Lexicon, *Edition Luisenstadt*, 1998- 2002.
4. Projekt Gutenberg- DE (Spiegel online) :” Zur Kritik der deutschen Inteligenz “ , *www.gutenberg2000.de*
5. Ferdinand Lassalle : “ Gesammelte Reden und Schriften- Das System der Erworbenen Rechte”, *druck von Oscar Brandstetter*, Leipzig, 1920.
6. Андра Ђорђевић : « Систем приватног (грађанског) права », *Службени лист СРЈ*, Београд, 1996.
7. Слободан Перовић: « Ретроактивност закона и других општох аката- теорија сукоба закона у времену », *ИРО Светозар Марковић*, Београд, 1984.
8. Слободан Перовић :» Правно- филозофске расправе », *Службени лист СРЈ* , Београд , 1995.
9. Ђорђе Тасић: « Проблем оправдања државе, Увод у правне науке », *Службени лист СРЈ* Београд, 1995
10. др Жарко Миладиновић: « Стечена права – iura quaesita», *Књижара Геце Кона*, Београд, 1926.
11. Ђорђе Тасић:» Закон нема повратне силе» ,*Архив за правне и друштвене науке* , Београд, бр. 6/ 1932
12. Ralf Hansen: “ Dimensionen des Majorats”- Rezension zu Bernhard Bayer:
” Sukzession und Freiheit” (*www.jurawelt.de*)
13. Ferdinand Lassalle :” Macht und Recht “, *Offenes Sendschreiben, verlag von Meyer und Zeller*, Zurich, 1863
- 14.Creifelds :» Rechtswörterbuch «, *Verlag C. H. Beck*, Munchen, 2000.



THE NOTION OF 'EUROPEAN UNION'

DR. ANWAR FRANGI*

Understanding the European experience is a matter of great importance. For the Europeans, uniquely, can freely declare: "We the peoples of the European Union"; indeed, they have experienced the sense of union, from the embryonic French-German form to the developed entity it has become. For how is it possible that the American Constitutional Convention created the basic law in Philadelphia in 1789 for a nation that did not yet exist? And how is it possible that the Charter of the 'United' nations was shaped at the Congress of nations in San Francisco in 1945, for a world nation that did not yet exist? The unification of the World, be it presented under the guise of globalization or democratization, must be modeled on the European experience. Experiencing the sense of a world union should pave the way for 'the peoples of the United Nations' to declare a 'United Nations'.

INTRODUCTION

1. The inclination to form a union belongs by nature to all states. For just as in order for a part to be considered perfect it must be united to its whole, so every state finds its completion by its place within its united whole. An example of this is the inclination of the European states to form a single Union amongst themselves. The fact that the history of Europe displays rather differences¹ than union does not exclude the fact that the

* LL.M. 1995, Harvard Law School (Massachusetts, USA); LL.M. 1992, American University Washington College of Law (Washington, D.C.); *Doctorat en droit* 1986, University of Poitiers Law School (France); D.E.A. 1983, University of Poitiers Law School (France); *Licence de droit* 1982, Lebanese University Law School (Lebanon). Dr. Frangi is assistant professor and researcher at the Holy Spirit University of Kaslik (Lebanon), and professor of international law and philosophy of law at La Sagesse Faculty of Law (Lebanon).

¹ The differences that had divided Europe have been mainly of economic and political nature. Economically, differences started during late nineteenth

century to early twentieth century with European States like Great Britain, Germany, France, and others, racing to a thrilling monopolization in the external market. Politically, differences started with the emergence of competing ideologies, such as liberal democracy, Nazism, and Fascism. Dividing Europe for at least half century, both economic and political differences have led to tensions, conflicts and wars, which stimulated interests in coming to arrangements over some common ground. Now, since the European differences have been of economic and political order, these arrangements have also been of economic and political order. Thus, in order to understand the European Union, we should bring into sharp focus those differences that led to tensions, conflicts and wars in the European Continent, promoting new arrangements for their resolution.

A. Economic Differences: Competition for economic power and prestige among the emerging economic powers, namely, Germany, France, and Italy, and Great Britain, the then only predominant economic force, led to Imperialist Activity and the Alliance System which divided Europe into armed camps, resulting in a series of crises, and ultimately leading to the First World War.

1. Economic Differences as Source of Tension in Europe: It was not until the late years of the nineteenth century and early twentieth century that Germany, France, and Italy, challenged Great Britain's economic leadership. During the 1870s, the European powers developed a new interest in overseas expansion. In Great Britain, the acquisition of additional colonies became an object of government policy and won wide support among the public. France achieved a measure of domestic political stability under the Third Republic, and began to look outward. In Germany and Italy which had recently achieved their national unification regarded imperial expansion as evidence of national greatness. A number of factors contributed to the drive for imperialism in the final decades of the nineteenth century. The growth of European industry led to demands for new sources of raw materials, as well as to a need for new markets for the products of industry. This imperial expansion provided a dramatic manifestation of Europe's power and dynamism. As the imperialist powers increased their activity, rivalries intensified, increasing tensions among the powers.

2. Tensions as Source of Conflict in Europe: The European international relations centered during the 1870s and 1880s around Otto von Bismarck, Germany's chancellor. During these decades, Germany held sway over the European political power, establishing close ties with Austria-Hungary, Russia, and Italy (The Triple Alliance). Following Bismarck's removal from office in 1890, the balance of power swung in France's favor, opening the way for the Franco-Russian rapprochement in 1894, and the Anglo-French Entente a decade later (The Triple Entente). As the alliance system propelled imperialistic interests in monopolizing external market, and divided Europe into armed camps, a series of international crises in the early years of the twentieth century moved the powers closer to the First World War.

But economic differences were not the only factors that led to tensions

and conflicts in the European Continent. Political differences have also contributed to that effect.

B. Political Differences: Political differences which led to tensions, conflicts and wars in Europe can be observed at the “community” and the “state” level.

1. Political Differences at the “Community” Level

a. Linguistic Differences: Linguistic differences among communities have always existed throughout Europe. Fifteen linguistic communities in Italy, five at least in France, three in Belgium (French, Dutch, German), three in Austria (German, Croat, Slovene), let alone Switzerland, where 75% of the population belong to the German linguistic community, 20% to the French linguistic community, 4% to the Italian linguistic community, and 1% to the Romansh linguistic community.

Linguistic differences among communities were a source of tensions and conflicts in the European Continent. The 1919 Paris Peace Conference following the World War I established a Minority Treaties System by which a number of States in Central and Eastern Europe undertook specific obligations concerning the protection of, *inter alia*, linguistic minorities, and these obligations were placed under the guarantee of the League of Nations. The establishment of a Minority Treaties System implies that the origin of First World War may be attributed to differences among communities in Europe. This fact was again repeated during the Second World War, where the protection of the German-speaking minorities throughout Europe provided an excuse for Germany's expansionist policy.

In addition to linguistic differences, religious community differences also existed throughout the European Continent.

b. Religious Differences

i. Religious Differences as Source of Tension:

During the first half of the sixteenth century, and the seventeenth century, the unity of medieval Christendom shattered as dissenting Christian groups in Germany, England, Netherlands, and others, rejected the authority of the Church of Rome. This reform movement has engendered at least thirteen religious communities, namely, Lutherans, Calvinists, Anglicans, Puritans, Quakers, Baptists, Unitarians, Pietists, Congregationalists, Methodists, Gallicanists, Ultramontanists, Jansenists, and Quietists. By 1560, the religious realignment of Europe was essentially complete. England, Scotland, Northern Ireland, Holland, northern Germany, parts of Switzerland, and Scandinavia, were overwhelmingly Protestant; while Italy, Spain, southern Germany and Eastern Europe, were mainly Catholic. This division along religious lines boded ill for the peace of Europe; for the spread of Protestantism created social and political tensions that sparked a century of bitter strife.

ii. Religious Differences as Source of Conflict:

The religious differences among groups engendered by the Protestant Reformation caused much turmoil during this period. France, Spain, and the

Netherlands, were engaged in religious warfare during the second half of the sixteenth century. Harpsburg attempts to eradicate Protestantism led to the Thirty Years' War. Following the First World War, it was recognized early in the course of the Peace Conference that assurances for the protection of religious minorities must be given as one of the essential conditions for a peace settlement. In fact, the Minority Treaties System was established with a view to prevent the possibility of a new war, acknowledging thus that religious differences were fertile sources of the First World War.

b. National Differences: National groups have also existed throughout European Continent. In Central Europe, nationalism was the most powerful ideology in the early nineteenth century. In his treatise *Ideas on the philosophy of the History of Humanity* (1784-1791), J.G. von Herder (1744-1803) defined nationalism in terms of a people's language, literature, and history, which gave them a sense of identity.

i. National Differences as Source of Tension: Nationalism had dangerous political implications. The Hapsburg Empire was a multinational State, inhabited by Germans, Magyars (Hungarians), Poles, Lutherans (Ukrainians), Czechs, Slovaks, Rumanians, Serbs, Croats, Slovenes, and others. an and history, they also come to desire a state of their own. Nationalism promoted the disintegration of the Austrian Empire, as the various subject peoples of the Hapsburg emperor came to acquire appreciation of their language and literature, and their own historical consciousness.

ii. National differences as Source of Conflict: In 1848, widespread and growing discontent resulted in a wave of revolutions in Europe. Although defeated, the revolutionary ideas of liberation and nationalism lived on. Italy was united in 1861. Hungary gained the right to self-government in 1867, and a united German Empire was proclaimed in 1871.

2. Political Differences at the "State" Level: The ideological orientations of European governments aggravated the linguistic, religious, and national differences even further. During the late years of the nineteenth century, and the early years of the twentieth century, autocracy opposed other more liberal orientations.

a. Autocracy v. Democracy: In the late nineteenth century, there were two opposing forces: Autocracy and democracy. Authoritarianism in Germany, the Austrian Empire, and Russia resisted change for democracy. During the period prior to the outbreak of World War I in 1914, Germany's rulers refused to consider any real democratization of the country's political system. In the Austrian Empire, Emperor Francis Joseph was forced to make concessions to the Magyars of Hungary. The desires of other nationalities remained unsatisfied, however, and their intensifying nationalism challenged both Francis Joseph's control of Austria and the Magyars' domination of Hungary. In Russia, the tsarist autocracy appeared to be in firm control. While Alexander II abolished serfdom and introduced other reforms, his successors were totally committed to reactionary principles. A small but growing number of middle-class intellectuals embraced liberal or socialist ideas, however, and

Russia's defeat by Japan resulted in the Revolution of 1905, which led to the establishment of an elected parliament.

On the other hand, the cause of democracy advanced in Great Britain, France, and Italy. In Britain, the Reform Bill of 1832 marked a decisive step in the shift of political power from the landed aristocracy to the middle class, by redistributing seats in the House of Commons and granting the right to vote most adult middle-class males; the Reform Bill of 1867 extended the right to vote to most of Great Britain's urban workers; the Education Bill of 1870 provided financial support to local school boards to operate free non-sectarianism elementary schools; the Ballot Act of 1872 introduced the secret ballot in British elections, and the Reform Bill of 1884 extended the right to vote to most farm workers. In France, following the overthrow of Napoleon III in 1870, the democratic Third Republic was established. France remained a deeply divided nation, however; for monarchists and clericals rejected the Republic, and France's political leaders were slow to enact economic and social reforms to meet the needs of the working masses. Italy lagged considerably behind Great Britain and France in advancing the cause of democracy. In the years following the achievement of unification in 1861, political power was the monopoly of an upper-middle-class and upper-class oligarchy, and universal manhood suffrage was not established until 1912.

b. Ideology v. Democracy: In the inter-war period, parliamentary democracy was also attacked by ideological orientations like fascism in Italy in 1992, and Nazism in Germany in 1933.

i. Fascism v. Democracy: Although fascism offered little in the way of a firm ideology or definite program, it did possess certain distinct characteristics. Fascism was intensely nationalistic, militaristic. It was anti-Marxist with its emphasis on the class struggle as an inherent force in national life. Fascism was also anti-liberal democracy, emphasizing the obligation of the individual to serve the state rather than the freedom of the individual. Under Fascism Press censorship was tightened. All elected local government officials were replaced by Podestas, who were appointed by the central government. Fascist economic policy emphasized regimentation, with strict controls over the economy, while at the same time the interests of the capitalists were protected.

ii. Nazism v. Democracy: Similarly, Nazism denounced liberal democracy in many ways. Opposition political parties were eliminated in the Spring of 1933. And in May 1933, the Nazis moved to abolish independent labor unions. The word "socialist" in the name of the Nazi Party did not refer to the nationalization of the means of production but to requiring the economy to serve the interests of the state.

The fear of governments with liberal tendencies, like France and Great Britain, from the rise of governments with ideological orientation, like Nazism and fascism, contributed to tensions in European international relations. In their effort to quench this fear, a new system of alliances, similar in substance to that

inclination to form a union among themselves has always belonged to Europeans. For although European economic and political arrangements appeared to be late in European history, they do reflect the culmination of a long-established European struggle in spite of all obstacles and wars to get together and meet common understandings to apparently unresolved relational issues.

2. The establishment of the European Union² has brought

of the pre-First World War, was to be established. The French search for security in the face of a possible German resurgence was the central issue in European international relation during the 1920s. In their pursuit of security, the French established a new system of alliances signing treaties with Belgium in 1920, and Poland in 1921. A downturn in European international relations began soon after Adolf Hitler came to power in Germany in January 1933. Charging that the Treaty of Versailles had been unduly harsh on Germany, Hitler withdrew Germany from both the League of Nations and the Geneva Disarmament Conference in October 1933. The attempted Nazi coup in Austria in July 1934, and the German rearmament in March 1935 met remarkably little resistance from France and Great Britain. In fact, both western democracies intense memories of the carnage of World War I created a powerful interest in avoiding another conflict, boring the primary responsibility for maintaining the post-World War I peace settlement.

Thus, Europe has always been divided by differences, and a great variety of these differences led to tensions and conflicts, that Europeans tried to resolve, first, by confrontation (the two great wars), then gradually by “cooperation” and “integration”, ultimately by forming a single “Union.”

² The characteristics of the Treaty on European Union can be summarized as follows: First, it modifies each of the Founding Treaties which instituted the ECSC, the EEC, and the EURATOM. Second, the term “European Economic Community” in the Treaty of Rome was replaced by the term “European Community” (EC); and third, it contains autonomous provisions which establish a European Union that is “founded on the European Communities, supplemented by the policies and forms of co-operating established by this Treaty. Its task shall be to organize, in a manner demonstrating consistency and solidarity, relations between the Member states and between their people.” (Article A, Common Provisions). Article C of the Common Provisions, states that “The Union shall be served by a single institutional framework which shall ensure the consistency and the continuity of the activities carried out in order to attain its objectives while respecting and building upon the *acquis communautaire*.” It is also said that the Union is of “three pillars,” the

into being a new legal order whose task is to promote integration, by introducing in the Member States uniform rules, leading ultimately to a union of the European States and peoples. This task has been pursued at different levels, economically by breaking down the barriers to trade between States; financially, by creating a single currency; politically, by creating a single Union Citizenship; legally by providing uniform interpretation to European Union law, and nationally by requiring courts to interpret all national laws in the light of relevant European Union laws. The European Union legal order reflects then on the laws pertaining to the European Union integration process.

3. On the other hand, the establishment of the European Union has brought into being a new legal order in which the Member States relinquish their powers to the European Union, and whose laws give rise to rights and duties to individuals before national courts. This indicates the existence of an autonomous legal order, and is manifest in the unity of the European Union making reference to the same institutions to attain its integrative objectives. Thus, the European Union legal order points out also to the laws pertaining to the European Union's autonomous entity.

4. Thus, the originality of the European Union legal order lies not in creating a unique entity existing outside the Member States, rather in being an integral part of the legal orders of the Member States.

A. The Concept of "European Union"

5. There are treaties which conceived the European Union as a process, where the *acquis communautaire* is preserved, and in

"Community pillars" whose competencies have been extended, and the "intergovernmental pillars," governing the Common Foreign and security Policy (CFSP) on the one hand, and the Co-operation in the Fields of Justice and Home Affairs (CFJHA) on the other hand.

several important respects, extended and strengthened.³ On the

³ The repeatedly affirmed hypothesis of a European Union conceived as a process has been the trend that Europeans have usually followed. The first attempt goes back to the European Political Community adopted in March 1953 by the *ad hoc* Assembly of the European Coal and Steel Community, in application of Article 38 of the Treaty on the European Defense Community that was signed by the Six Founding States (France, West Germany, Benelux, and Italy) on May 30, 1952. The project provides for an institutional structure endowed with supranational powers in foreign affairs and defense, and in social and economic matters. It, however, had the same fate as that of the European Defense Community to which the European Political Community was attached. The project became null and void at the time the European Defense Community was rejected after the French National Assembly refused to ratify it on August 30, 1954. Another effort was made by Europeans to institute a Union among themselves. During the Summit of Paris of October 21-22, 1972, the Member States declared their will to transform all their economic and political relations by 1980 into a European Union. This will, however, did not take form, nor did the nine States (the original Six, plus the United Kingdom, Ireland, and Denmark) provide for a definition of their European Union. Nevertheless, they invited the institutions (the Commission, the Parliament, the Court of Justice, and the Economic and Social Committee) of the Community to elaborate reports on the topic. In this line of thought, the Summit of Paris of December 10-11, 1974, entrusted the Belgian Prime Minister Tindemans with the task of writing up a report on the content of the European Union, and on the means of realizing it. The Tindemans Report, submitted on December 29, 1975, includes a number of propositions aiming at furthering the internal and external cohesion of the European Community (See VII General Report on the Activities of European Communities (1974) at 332). It takes the existing institutions as a basis, with the main object of strengthening them (direct election of the Parliament, or grant of legislative initiative to the Parliament), and combating the intergovernmental decision-making structure in them (by, for example, instituting majority vote in the Council). The Tindemans report proposes also to the Member States to transform progressively their Political Co-operation into a Common External Politics. Contrary to the Political Co-operation, where decisions must be reached unanimously, in Common External Politics decisions must be reached commonly, with minority views joining majority views at the conclusion of debates. The attempt made by Tindemans Report has received the same fate as the previous European attempts. The hypothesis of establishing a European Union, as instituted by Tindemans Report, which was several times at the European Council agenda without avail, was again rejected. Conceiving a European Union as a “process” was also pursued by the Solemn Declaration on European Union adopted by the European Council of Stuttgart on June 19, 1983, inspired by a joint initiative made by the ministers of Foreign Affairs of Germany and Italy (‘The Gensher-Colombo Initiative’). According to this initiative, “the European Union is realized by deepening and extending the scope

other hand, there are treaties which conceived the European Union as an entity, where European Communities are fused into one single Union.⁴ Still, the Maastricht Treaty on European Union of 1992 conceived the European Union as both a process and an entity,⁵ but was short of formally incorporating all

of European activities as to cover in a coherent way the relations between the Member States and their external relations.” Following this line of thought, originated by the Gensher-Colombo Initiative, the Twelve Governments adopted the Single European Act of February 1986, stressing their will “to pursue the task undertaken by the creation of the treaties instituting the European Communities, and transform all the relations between their States into a European Union.” The Single European Act has made important amendments to the Founding Treaties. It has also contained provisions that are foreign to them, like, for example, the “Provisions on European co-operation, relating to foreign politics” (Article 1 of the Single European Act states that “the European Communities and the European political co-operation have as object to contribute together to the progress of the European Union.”). Important as it was in approximating economic differences among Europeans, the Single European Act stopped, however, short from formally instituting a European Union.

⁴ Only the European Parliament Project has opened a new direction in the effort of establishing a European Union. For, contrary to the previous attempts, the European Parliament Project Treaty conceived the European Union as a unique entity that replaces the existing Communities. Elaborating a European Constitution in 87 Articles, the Project Treaty on the European Union of February 14, 1984, substitutes the three Communities for a unique entity - the Union - whose competence was extended to foreign and defense policies. It also introduced reformation in the institutions, like the grant of the co-decision procedure to the Parliament, and the establishment of European Council as an institution.

⁵ The Maastricht Treaty comes in between Tindemans’ report and the European Parliament’s Project. On the one hand, “the Union [is] founded on the European Communities, supplemented by the policies and forms of co-operating established by this Treaty” (Article A, para. 3, Common Provisions of the Treaty on European Union). On the other hand, the Union although conceived as a separate political entity, does not eliminate the European Communities by replacing them. Its task is only limited “to organize, in a manner demonstrating consistency and solidarity, relations between the Member States and between their peoples.” But if the Union is conceived in its process, how can it possibly be also conceived as being an entity, a single whole? In order for union to form a single whole, it should not be conceived as being one of its components to the exclusion of the others. Now the unity of the European Union is ensured since reference is made to the same institutions to carry out the Union’s activities: Article C, para. 1, Common Provisions of the Treaty on European Union, states

the principles that the European Court of Justice had introduced, such as the principle of direct effect and of supremacy of the European Union laws. This task was accomplished by the Constitutional Treaty of 2004.

1. Definition of “European Union”

6. No treaty on European Union has provided the perplexed European citizen with a definition of the European Union. Most European Union scholars consider that this entity means an international organization. Now, an organization is commonly defined as an (a) association of States, (b) established by a treaty between two or more States, and (c) whose functions transcend the national boundaries of the Member States (*See* R. Bledsoe & B Boczek, *The International Law Dictionary* (ABC-CLIO: California & Oxford, 1987) at 75-76). But, the European Union is clearly (a) an association of States, (b) formally established by the Treaty of Maastricht, and its (c) functions transcend the national boundaries of its Member States; witness the objectives set under Title I of Part I of the Constitutional Treaty and under Article B of the Common Provisions of the Treaty on European Union. Accordingly, the European Union is an international organization.

7. But public international organizations are, generally, considered to be subjects of international law, as are States, even though their legal personality is not comparable to that of the States establishing them, the legal personality of international organizations being limited to the specific rights and duties outlined in the Treaty establishing them.

8. ***There is no question that the Constitutional Treaty endowed the European Union with a legal personality.⁶ It does not, however, characterize the***

that “The Union [is] served by a single institutional framework which...ensures the consistency and the continuity of the activities carried out in order to attain its objectives...” Therefore, the European Union can also be conceived as a single whole.

nature of the Union's legal personality. Since the Constitutional Treaty merged the European Community with the European Union, and the European Community was endowed with legal personality, and the European Union's legal personality is explicitly recognized under the Constitutional Treaty, it is possible then to draw an

⁶ Article I-7 of the Constitutional Treaty states that "The Union shall have legal personality." The Constitutional Treaty fused the two intergovernmental pillars of the European Union into the European Community, and merged the European Community with the European Union. Now the European Community had expressly been endowed with a legal personality under the Founding Treaties which were maintained by the Treaty on European Union. Therefore, a formal recognition of the Union's legal personality was needed, which the Constitutional Treaty did.

An argument with a backward glance is useful in this regard: The lack of an explicit recognition by the Maastricht Treaty on European Union of the Union's legal personality does not necessarily exclude it. For it is possible, according to the rulings of the European Court of Justice and of the International Court of Justice, to infer such a personality from other provisions. In the *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* case, the International Court of Justice stated in its advisory opinion (ICJ Reports, 1949), where the United Nations Charter did not contain any explicit provision on the legal personality of the Organization, that "the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purpose and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice." Now, some scholars claim that it is possible to implicitly infer the legal personality of the European Union from that of the European Communities. In fact, it is clearly understood from the Treaty on European Union that the Union does not replace the European Communities. Article A(3) of the Treaty on European Union, by stating that the Union is founded on the European Communities, considers, to the contrary, that the Communities are preserved, whose treaties are modified by the Treaty on European Union. The legal personality of the European Communities then is maintained; and it is through these Communities that the European Union's activities are realized. This argument, however, appears to be brittle. For if the Union's legal personality should only be found through that of the European Communities, it is then incomprehensible why the Treaty on European Union had established the Union as an entity. The Maastricht Treaty on European Union could have limited its task to strengthen and modify the *acquis communautaire* with no need to create any new entity. By conferring a separate legal personality to the Union, the Constitutional Treaty comes, therefore, as a decisive step in this regard.

analogy between the legal personality of the European Community and that of the European Union.

9. *It might be argued that the Union has only internal legal personality, because of the lack of an express reference to an international personality attributed to the Union by the Constitutional Treaty. On the other hand, it might be argued that the Union has an international legal personality. For the European Court of Justice had clearly stated, with regard to the Community that the concept of legal personality expressly mentioned by the Founding Treaties included that of international personality. It might still be argued that the Union possesses a Union legal personality where its decisions do not only affect Member States but also the particulars belonging to the Member States.*

The argument of the Union legal personality would state that the Union possesses the powers and competences that habitually belong to States or moral persons under public law, such as the power to enact legislations, to have agents, etc. (See, by analogy, ECOJ, 15 Jul.1960, Lechmüller, Rec. 953). This means that, in addition to the powers that put the Union Institutions in relation to Member States, the Union would have especially the powers that could affect directly the citizens of the Member States. Regulations, for example, which are directly applicable within Member States (Art. 189 EC), or the Council and Commission decisions which bind particulars (Art. 189 EC), are clearly an evidence of the Union legal power.

The argument of the internal legal personality would state that the Union possesses a legal capacity within the internal legal order of each Member State. The Founding Treaties had clearly stated that the Communities have in every Member State the legal

capacity recognized to the moral person by national legislations. As such, they can purchase or sell real estates or personal properties (Articles 6 ECSC, 211 EC, and 185 Euratom), or enter into contracts especially for the recruitment of personnel who they are engaging under their responsibilities.

The argument of the international legal personality would refer to the European Court of Justice which had clearly ruled in *Commission v. Council* that the statement of the Treaties according to which “the Community has a legal personality” (Articles 6 ECSC, 210 EC, and 184 Euratom) includes specially the “international personality” of the Communities (See ECOJ, 31 March 1971, *Commission v. Council*, case 22/70, Rec. 262). The Court reasoned that the formal recognition of the legal personality of the European Community under Article 210 EC embodied this meaning, that with regard to external relations, the Community enjoyed the capacity to enter into engagements with third States within the objectives defined in the second part of the Treaty. And the Court stated that in order to know whether the Community had the competence to conclude international engagements, the Treaty as a whole must be taken into consideration as well as its material provisions; for such a competence did not only result from an explicit attribution given by the Treaty, but also from other provisions of the Treaty, and from various acts taken by the Institutions of the Community (See ECOJ, *id.* at 263). Now, since the European Community was merged with the European Union, and the European Community was endowed with legal personality, and the Union’s legal personality is formally recognized under the Constitutional Treaty, the Union then takes place among the subjects of international law, meaning that it is entitled to use all the means that may help it carry out international activities, such as the right to conclude treaties, the right to legation, the right to pledge action before international jurisdiction, and the right to become member of an international organization. Of course, this personality that the Constitutional Treaty explicitly recognizes to the Union cannot be imposed on third States. The effective

exercise of its international capacities supposes the recognition of the European Union as an international person by third States and international organizations.

10. We have shown so far that the European Union is an international organization explicitly endowed with legal personality under the Constitutional Treaty, and that the nature of the personality with which the Union is endowed is internal, international, and union legal personality. We still have to show what the nature of the European Union is.

2. Nature of “European Union”

11. There is no question then that the Union is a legal entity. There is no question either that it is also a political entity. For the Constitutional Treaty has as part of its phraseology a determination of the peoples of Europe to be “united ever more closely.”⁷

12. During the debates in the intergovernmental conference on Political Union, held in Rome on December 14, 1990, and which resulted in the Treaty on European Union, most States wanted to describe the European Union’s political entity as federal. The term “federal,” however, at the instigation of the United Kingdom, was replaced by “This Treaty marks a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe...” (Article A(2), Common Provisions). Should it be inferred from this that the Union is federal or non-federal?

13. Several features normally found in a federal system are also present in the European Union:

⁷ See the Preamble of the Constitutional Treaty (“the peoples of Europe are determined to transcend their former divisions and, united ever more closely, to forge a common destiny”). See also the Preamble of the Protocol to the Draft European Constitution on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, where the Member States of the Union wished “to ensure that decisions are taken as closely as possible to the citizens of the Union.”

Policy responsibilities. Similar to a federal system where there is a clear and balanced distribution of responsibilities between central and regional levels, also in the European system important policy responsibilities are exercised at both the Union and the States levels. This is clear from the Principle of Subsidiarity,⁸ which means that the Union, contrary to the

⁸ The word subsidiarity is derived from the Latin word *subsidiarius*. It has its origins in Catholic social teaching. It is presently best known as a fundamental principle of European Union Law. The principle was established in the 1992 Treaty of Maastricht, and is contained within the proposed new Treaty establishing a constitution for Europe. The principle was developed in the encyclical *Rerum Novarum* of 1891 by Pope Leo XIII, as an attempt to articulate a middle course between the perceived excesses of laissez-faire capitalism on the one hand, and the various forms of totalitarianism, which subordinate the individual to the state, on the other. The principle was further developed in Pope Pius XI's encyclical *Quadragesimo Anno* of 1931 and *Economic Justice* for All by the National Conference of Catholic Bishops.

Mentioned in the Preamble of TEU, and made applicable by Article B, last paragraph, Common Provisions, to all the EU, the Principle of Subsidiarity is formulated under Article 5 of the Treaty Establishing the European Community (consolidated version following the Treaty of Nice, which entered into force on 1 February 2003, as follows:

In areas that do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

The present formulation of the Principle of Subsidiarity is contained, with no substantial changes to the previous version, in Article I-11(3) of the Constitutional Treaty of 2004, as follows:

Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.

The idea of the Principle of subsidiarity can be reduced to the question of how the Union should act, and is closely linked with the question of whether the Union should act. The Union is limited to taking action that seeks to achieve an objective which cannot be sufficiently achieved by Member States, and which can be better achieved by the Union, “by reason of the scale or effects of the proposed action.” The principle according to which the Union must not act unless an objective can be better realized at the Union level than at the level of Member States, had already been in germ under Article 5 ECSC, implicit under Article 232 EEC, and had expressly been mentioned under Article 130R(4) of the SEA of 1986 which authorized the Community to take action “relating to the environment to the extent to which the objectives of [environment policy]...can be attained better at Community level than at the level of the individual Member States.”

The idea of the principle of subsidiarity as provided under Article I-11(3) of the Constitutional Treaty is different from that provided under Article 130R(4) SEA. Article 130R(4) established a kind of competition between the Member States and the Community who exercises its competence provided that its action be more efficient than that of the individual Member States, even if the action taken by the latter states were deemed “sufficient” or “efficient.” The Constitutional Treaty, however, confers upon the Union a secondary role by which the Union cannot intervene unless the action taken by the Member States is deemed “insufficient.” In this context, Article I-11(3) Constitutional Treaty must be read in conjunction with the assertion made by the Preamble of the Constitutional Treaty which institutes a European Union in which decisions are taken as closely as possible to the citizen. Furthermore, the possibility of Union intervention seems limited because its action is qualified more “efficient” only “by reason of the scale or effects of the proposed action.” The system, then, is based on the idea that the “exercise” of competence goes, in principle, to the Member States, unless the Union “proves” that its intervention is justified according to the criteria and conditions defined. National competence is thus presumed, absence to the contrary any reasoned motives presented by the Union. On the other hand, it is evident that the principle of subsidiarity applies only to the “shared competences,” and not to the “exclusive competence” of the Union. But competitive competence leads to progressive exclusion of national competence. Therefore, the principle of subsidiarity is also conceived as a means to progressive inclusion of Union power, and progressive harmonization or approximation of different national laws.

Principle of Conferral of competences whereby the Union can only act within the limits of the competences conferred on it to attain the objectives set out in the Constitution, can act beyond these limits if action by the Union is deemed necessary to attain one of the objectives set by the Constitution. National competence is, then, similar to a federal system, the rule, and the Union competence the exception.

Central Judicial Body. Similar to a federal system, where a central judicial body rules on who-does-what disputes between the federal and federated states, also in the Union System a central judicial body (the Court of Justice) has the authority to rule on who-does-what disputes between the European and the Member States. An indication of this is also the Principle of Subsidiarity on the basis of which the Union's Court of Justice defines the distribution of responsibilities between the European and the Member States.

Union Citizenship. Similar to a federal system where a common citizenship defines one people belonging to one State, also the Constitutional Treaty establishes a Union Citizenship with "every national of a Member State shall be a citizen of the Union." (Article I-10(1))

Principle of Supra-nationalism. One of the main characteristics of the European Union is that its decisions have a binding force. These decisions constitute the European Union Law which takes precedence over national law should the two conflicts, and which,

Thus, the Principle of Subsidiarity is a regulatory principle rather than a constitutional principle. It is a principle that regulates the exercise of competences, and is not an attributive principle out of which one may deduce a list of national and/or Union competences. The principle of subsidiarity does not draw a clear rigid line between the Union and national competences. Rather, it allows organization for every field falling within competitive competences, of a division which actually varies in time according to the circumstances and necessities of the objectives set forth for the Union.

in the event of a dispute, finds its final authority in the interpretation provided by the Union's Court rather than in that provided by national courts.

14. Although several features normally found in a federal system are also present in the European Union, several other features, however, found in a non-federal are also present in it:

Origin of the European Union. The European Union finds its origin and status in a treaty which is an act falling within international law and not in a constitution as is the case in a federal state which is an act falling within national law.

Member States as Subjects of International Law. Contrary to a federal system, where the Member States relinquish to the federal state their capacity to act as subjects of international law, the States members of the European Union have kept their full capacity as subjects of international law, except with regard to the obligations they engaged themselves in the treaties. Article I-10(1) which is cited above to show a federal aspect of the Union can also be cited here to prove a non-federal aspect of the Union. For after stating that "every national of a Member State shall be a citizen of the Union," Article I-10(1) states that "Citizenship of the Union shall be additional to national citizenship and shall not replace it."

15. The ambiguity of the European Union's nature is also manifest in "the use of Union competences" which "is governed by the principle of subsidiarity."⁹

On one hand, the principle of subsidiarity may lead to progressive exclusion of Union centralism. It was originally instituted with the aim of ensuring that decisions are taken as closely as possible to the citizens, as to protect them from excesses of central power.

⁹ Article I-11(1) states as follows: "The limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality."

As introduced in the Union Law, this principle must logically favor Member States and regions vis-à-vis the Union whose action should be only subsidiary to national and regional authorities. It is in this line of thought that Denmark in its unilateral declaration which has accompanied its adhesion and which was affirmed by the European Council of Edimbourg of 11 and 12 December 1992, asked among other reforms the effective application of the principle of subsidiarity.

On the other hand, the principle of subsidiarity may lead to progressive inclusion of Union centralism. For there is some doubt about the efficiency of the principle of subsidiarity preserving the attributions of the Member States. Having been applied in Germany for more than one century now, the Principle has rather contributed to strengthen the prerogatives of the Bund to the detriment of those of the Länders. Transposed to the Union which could well have certain likenesses with Germany, it cannot but worry those who are still attached to the sovereignty of the states.

The Principle of Subsidiarity which is yet indispensable to better understand the federalist development of the Union, is increasingly being associated with democracy, since decisions are taken as closely as possible to the citizens. Thus, it is not astonishing that the importance of the Principle has been reaffirmed by the Constitutional Treaty.

16. From what has been said, then, we have shown that the European Union is both legal and political, displaying both federal and nonfederal characteristics.

CONCLUSION

17. The European Union, uniquely, has not had to fuse different states into a single entity, and then to construct the union. Differently, the sense of union has been experienced progressively, from the embryonic French-German form to the

developed entity that it has become, ultimately to be crowned with a constitution.

18. Uniquely, the Europeans can freely declare: “We the peoples of the European Union”; indeed, they have experienced the Union. For how is it possible that the American Constitutional Convention created the basic law in Philadelphia in 1789 for a nation that did not yet exist? And how is it possible that the Charter of the ‘United’ nations was shaped at the Congress of nations in San Francisco in 1945, for a world nation that did not yet exist?

19. The unification of the World, be it presented under the guise of globalization or democratization, must be modeled on the European experience. Experiencing the sense of a world union should pave the way for ‘the peoples of the United Nations’ to declare a ‘United Nations’.

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