

**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](mailto:FLJ@FWPublishing.net) .**

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

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

**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](mailto: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(2) 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](mailto: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.



**A CRITICAL ANALYSIS ON THE REQUISITES OF  
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN  
JUDGMENTS IN TURKISH LAW**

**PAR DR. FÜGEN SARGIN\***

**PP. 9 TO 28: THIS ARTICLE HAS BEEN WITHDRAWN FOR RE-  
PUBLICATION IN THE IPRAX -PRAXIS DES INTERNATIONALEN  
PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS- AVAILABLE AT  
[HTTP://WWW.IPRAX.DE/](http://www.iprax.de/)**

---

**\* Assoc. Prof. Dr., Ankara University, Faculty of Law, Member  
of Department of Private International Law.**



**GENETICALLY MODIFIED ORGANISM –  
AN EU LEGISLATIVE FRAMEWORK**

**BY DR. BILJANA PETROVIĆ\***

**1. Introduction**

A genetically modified organism<sup>1</sup> is an organism whose [genetic](#) material has been altered using techniques generally known as "recombinant DNA technology". Recombinant DNA technology is the ability to combine DNA molecules from different sources into the one molecule in a test tube. The first GMO was created in 1973 by Stanley Cohen and Herbert Boyer. Very soon after the creation of the first GMO, scientists called for and observed a voluntary moratorium on certain recombinant DNA experiments. One goal of the moratorium was to provide time for a conference that would evaluate the state of the new technology and the risks, if any, associated with it. That conference concluded that recombinant DNA research should proceed but under strict guidelines. Such guidelines were subsequently promulgated by the USA's National Institutes of Health and by comparable bodies in other countries. These guidelines form the basis upon which GMOs are regulated to this day.

The term "GMO" generally does not cover organisms whose genetic makeup have been altered by conventional cross breeding or by "mutagenesis" breeding as these methods pre-date the discovery of the recombinant DNA techniques. Examples of GMOs are diverse, and include transgenic experimental animals such as [mice](#), transgenic<sup>2</sup> plants, or various microscopic organisms altered for the purposes of genetic research or for the production of pharmaceuticals.

---

\* **The faculty of law, Niš, Serbia and Montenegro.**

<sup>1</sup> IN further text - GMO

<sup>2</sup> **Transgenic** - an organism that contains DNA sequences from a foreign organism integrated into its own genome ; literally across gene.

Also, GMO include transgenic substitution of genes from another species, although research is actively being conducted in this field.

The aim of this paper is to examine the legislative framework for genetically modified food in EU, as far as it became a very important issue, especially in the last decade. So, a genetically modified food is a [food](#) product derived in whole or part from a [genetically modified organism](#) (GMO) such as a crop plant, animal or microbe such as yeast. The first commercially grown genetically modified food crop was a [tomato](#) created by [Calgene](#) called the [FlavrSavr](#). Calgene submitted it to the U.S. [Food and Drug Administration](#) (FDA) for assessment in [1992](#); following the FDA's determination that the FlavrSavr was, in fact, a tomato, did not constitute a health hazard, and did not need to be labeled to indicate it was genetically modified, Calgene released it into the market in [1994](#), where it met with little public comment. Considered to have a poor flavor, it never sold well and was off the market by 1997. However, it had improved solids contents which made it an attractive new variety for canned tomatoes.

## **2. Risks on using GMO-different experiences-scientific approach**

In August 1998, widespread concern, especially in Europe, was sparked by remarks by a leading nutrition researcher, [Arpad Pusztai](#), regarding some of his research into the safety of GM food. Pusztai claimed his experiments showed that rats fed on genetically modified potatoes had suffered serious damage to their immune systems and shown stunted growth. He was criticized by leading British politicians, the majority of scientific peers with expertise in the area and by the GM companies, not least because his remarks, in a television interview, preceded the scientific publication of his results. When his studies were published in [1999](#), no evidence of stunted growth or damage to

immune system was substantiated<sup>3</sup>.

As part of the EU regulatory process biotech company Monsanto supplied data on a 90-Day Rat Feeding Study on a strain of GM corn. In May 2005, critics of GM foods pointed to differences in kidney size and blood composition found in this study, suggesting that the observed differences called into question the regulatory doctrine of substantial equivalence<sup>4</sup>- that GM food with similar proteins and toxins is deemed no different than conventional food, without further investigation of the effects of any other differences. Some argued that this study suggested human health might be affected by eating GM food. However, the EU regulatory authorities that examined the Monsanto data concluded that the observed small numerical decrease in rat kidney weights were not biologically meaningful, and the weights were well within the normal range of kidney weights for control animals. There were no corresponding microscopic findings in the relevant organ systems, and all blood chemistry and organ weight values fell within the "normal range of historical control values" for rats. Thus, the experts concluded that there were no effects on the functioning of kidneys in rats fed a diet of GM corn.

For some, fears of the safety of GM food for human consumption remain, despite 10 years of catastrophe free consumption of such foods in the USA. However, the main public concerns have been over the environmental impacts of crops grown for food or for

---

<sup>3</sup> It caused that The Royal Society's review of the Pusztai data led to the damning verdict that the study is flawed in many aspects of design, execution, and analysis and that no conclusion should be drawn from [Royal Society Report](#), and that those data shouldn't be taken for serious.

<sup>4</sup> it was thought that if a genetically modified food was "substantially equivalent" to its traditional counterpart, a [risk assessment](#) would not be necessary. However, there were no clear and universal guidelines stipulating what to test and how similar the items in question should be. It has been said that the amount of comparative data required to establish "substantial equivalence" involved a somewhat subjective judgement .

animal feed. In March 2005 results of a farm-scale trial comparing the [biodiversity](#) impact of GM crops with equivalent conventional crops was published. Some claimed that the results showed that GM crops had a significant negative impact on wildlife. Others pointed out that the studies showed that using herbicide resistant GM crops allowed better weed control and that under such conditions there were fewer weeds and fewer weed seeds. This result was then extrapolated to suggest that GM crops would have significant impact on the wildlife that might rely on farm weeds.

In July 2005 it was reported in a town just out side of London, that those same trials had seen a possible transfer of a herbicide-resistance gene from GM [oilseed rape](#) to a wild cousin, [charlock](#), a possibility previously discounted by scientists as virtually impossible. Two other weeds (both wild turnips) were also found to be herbicide-resistant. Those were very untypical situations that have shown all of difficulty and unpredictables of using GMOs, especially related to food for human consumption.

### **3. Different reaction of the public**

Public outcry about the undue influence that the [Terminator Technology](#) (preventing plants from producing seeds) would give to Monsanto, particularly in less developed nations where seed saving is more common (in developed countries farmers usually tend to use the 1st generation seeds anyway), led to its withdrawal.

Awareness grew throughout the nineties and eventually produced a strong backlash against GM foods (discussed below), which were panned as "untested", "unlabeled" and "unsafe". Subsequently the biotech industry touted this as a boon to poor people suffering from Vitamin A deficiency, which can cause blindness. Because Golden Rice disproved many of the claims made by GM food opponents about GM food (eg GM crops

can only help the rich, GM crops will force farmers to be dependant on multinational companies etc) the critics were forced to condemn this GM crop as a ploy and a public relations move.

The Sierra Club ran several advertising campaigns that dubbed the new technology "franken foods". A Sierra Club article in the New York Times in the late 1990s compared the use of plant retroviruses as transgenes in GMOs to HIV, also a retrovirus. No plant virus cross infects humans, nor are any plant viruses remotely related to HIV.

Many prominent environmental organizations, like [Friends of the Earth](#) and [Greenpeace](#), currently consider the issue of the presence of GMOs in [conventional food](#) products to be a major issue - indeed Greenpeace has made it a centerpiece of their activism. In [2002](#), opponents placed a [measure](#) on the [Oregon](#) ballot that would have made that state the first to require labelling of GMO food. Greenpeace's activities are in spite of the views of founder Patrick Moore, who has championed the use of GMOs for food production in third world countries that are especially prone to drought and poor soil conditions.

#### **4. Application of GMOs in the present**

[Transgenic crops](#) are grown commercially or in field trials in over 40 countries and on 6 continents. In 2000, about 109.2 million acres (442,000 km<sup>2</sup>) were planted with transgenic crops, the principal ones being herbicide- and insecticide-resistant soybeans, corn, cotton, and canola. Other crops grown commercially or field-tested are a sweet potato resistant to a US strain of a virus that affects one out of the more than 89 different varieties of sweet potato grown in Africa, rice with increased iron and vitamins, and a variety of plants able to survive extreme weather.

Between [1996](#) and [2002](#), the total surface area of [land](#) cultivated with GMOs has increased by a factor of thirty. Land producing GMO crops grew from 17,000 km<sup>2</sup> (4.2 million acres) in 1996 to 520,000 km<sup>2</sup> (128 million acres) in [2001](#). The value for 2002 was 145 million acres (587,000 km<sup>2</sup>) and for 2003 was 167 million acres (676,000 km<sup>2</sup>). [Soybean](#) crop represented 63% of total surface in 2001, [maize](#) 19%, [cotton](#) 13% and [canola](#) 5%. In 2004, the value was about 200 million acres (809,000 km<sup>2</sup>) of which 2/3 were in the United States.

Four countries represent 99% of total GM surface in 2001: United States (68%), Argentina (22%), Canada (6%) and China (3%). It is estimated that 70% of products on U.S. grocery shelves include GM products. A recent study investigating the global impact of GM crops reported that they contributed to significantly reduced greenhouse gas emissions from agricultural practices. This reduction results from decreased fuel use, about 1.8 billion litres in the past nine years, and additional soil carbon sequestration because of reduced ploughing or improved conservation tillage associated with biotech crops. In 2004, this reduction was equivalent to eliminating more than 10 billion kg of carbon dioxide from the atmosphere, or removing 5 million cars – one-fifth of the cars registered in the United Kingdom – from the road for one year

### ***5. Short overview of policy regarding using of GMOs in US***

In the United States, genetically modified food is widely available and accepted by consumers. The [Food and Drug Administration](#) assists companies in testing the safety of GM foods, but this process is voluntary. Labeling food as GM or non-GM is also voluntary. The USDA's office of the animal and plant health inspection service also regulates GM crops. Some environmentalist groups believe the U.S. should regulate GM food more closely, Although [agribusinesses](#) are and have called for

mandatory labeling and testing requirements. not required to test the safety of GM foods any more than non-GM foods, they have a legal duty to ensure that all their products are safe for human consumption.

But as far as the aim of this paper is to examine the european political and legislative stands on GMOs and their using in practice, the US policy in this area should be understood as a short overview, in addition to EU legislation.

## **6. European Union- a question of acceptability in whole**

In [Europe](#), a series of [food crises](#) during the [1990s](#) (e.g. "mad cow" disease) have created [consumer](#) apprehension about [food safety](#) in general, and eroded the public trust in government oversight of the food industry. This has further fueled widespread public concern about GMOs and its application , in terms of environmental protection ,[health](#) and [safety](#) of consumers and the right to make an [informed choice](#). The apprehension might also be due to the perceived novelty of GM foods, as well as cultural factors relating to food. The mishandling of the "mad cow" disease crisis has left some consumers unwilling to consider "science" to be a guarantee of quality.

European consumers are demanding that their "right to know" the content and origin of the food they consume be respected. Regarding to that, many European [consumers](#) are wondering why any [risk](#) should be taken. However, as a result of the high quantity of GMO crops, the presence of GM in imported food products (shipments of [grain](#) for food, feed and processing for example), is now almost inevitable and largely unavoidable, and usually not mentioned<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Which can imply a lot of significant consequences, e.g. damage to health and environment.

For these reasons, the marketing of GM food is regulated in a manner that helps to provide the necessary levels of safety, transparency and reassurance. At the beginning of the 2000's, European officials insisted that new regulations were needed to "restore consumer confidence" in the [technology](#). These new regulations required strict [labelling](#) and [traceability](#) of all food and [animal feed](#) containing more than 0.5 % GM ingredients. Directives, such as directive 2001/18/EC, were designed to require authorisation for the placing on the market of GMO, in accordance with the [precautionary principle](#)<sup>6</sup>.

In April 1998, a 5 year [ban](#) was pronounced on new genetically modified crops. At the end of 2002, [European Union](#) environment ministers agreed new controls on GMOs could eventually lead the 25-member bloc to reopen its markets to GM foods. European Union ministers agreed to new labelling controls for genetically modified goods which will have to carry a special harmless DNA sequence (a [DNA code bar](#)) identifying the origin of the crops, making it easier for regulators to spot contaminated crops, feed, or food, and enabling products to be withdrawn from the [food chain](#) should problems arise. A series of additional sequences of DNA with encrypted information about the company or what was done to the product could also be added to provide more data.

## **7. The legislative framework**

The list of EU legislative act regarding GMOs is rather impressive. But in this paper we should mention only some of them, which are the most valuable sources for getting to know what are GMOs and how they can be used on a European market and industry. The complete list of all regulations, recommendations, and other

---

<sup>6</sup> if the consequences of an action are unknown, but are judged to have some potential for major or irreversible negative consequences, then it is better to avoid that action



sources will be put in the end of this paper, as a valuable source for future examinations of this problem.

Regarding that, the most important legislative resources in this area are following:

1. [Regulation \(EC\) 1829/2003](#) of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.

2. [Regulation \(EC\) 1830/2003](#) of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms" and amending Directive 2001/18/EC.

3. [Commission Regulation \(EC\) 65/2004](#) of 14 January 2004 establishing a system for the development and assignment of unique identifiers for genetically modified organisms

4. [Commission Regulation \(EC\) 641/2004](#) of 6 April 2004 on detailed rules for the implementation of Regulation (EC) 1829/2003 of the European Parliament and of the Council as regards the application for the authorisation of new genetically modified food and feed, the notification of existing products and adventitious or technically unavoidable presence of genetically modified material which has benefited from a favourable risk evaluation.

5. [Directive 2001/18/EC](#) of the European Parliament and of the Council of 12 March 2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC. It set out some very important principles such as:

- principles for environmental risk assessment
- mandatory post-market monitoring requirements, including on long-term effects associated with the interaction with other GMOs and the environment;
- mandatory information to the public;
- a requirement for Member States to ensure labeling and traceability at all stages

of the placing on the market, a Community system for which is provided for by Regulation (EC)No 1830/2003 on traceability (see below);

- information to allow the identification and detection of GMOs to facilitate post-market inspection and control;
- first approvals for the release of GMOs to be limited to a maximum of ten years;
- the consultation of the Scientific Committee(s)/European Food Safety Authority (EFSA) to be obligatory;
- an obligation to consult the European Parliament on decisions to authorise the release of GMOs and
- the possibility for the Council of Ministers to adopt or reject a Commission proposal for authorisation of a GMO by qualified majority.

### **7.1. The European approach- closer look**

The official interpretation of GMOs stands on the official web-site European Commission: "Food and Feed are generally derived from plants and animals which have been grown and bred by humans for several thousand years. Over time, these plants and animals have undergone substantial genetic changes as those individuals with the most desirable characteristics for food and feed were chosen for breeding the next generation. The desirable characteristics were caused by naturally occurring variations in the genetic make-up of those individuals. In recent times, it has become possible to modify the genetic material of living cells and organisms using techniques of modern gene technology. Organisms, such as plants and animals, whose genetic material (DNA) has been altered in such way are called genetically modified organisms (GMOs). The food and feed which contain or consist of such GMOs, or are produced from GMOs, are called genetically modified (GM) food or feed."

It is also very important to mention that on the level of EU is established a special branch of law- Food law. It's aim is to

ensure a high level of protection of human life and health, taking into account the protection of animal health and welfare, plant health and the environment. This approach is now considered a general principle for EU food safety policy. Food law, both at national and EU level, establishes the rights of consumers to safe food and to accurate and honest information. The EU food law aims to harmonise existing national requirements in order to ensure the free movement of food and feed in the EU. The food law recognises the EU's commitment to its international obligations and is being developed and adapted by taking international standards into consideration, except where this might undermine the high level of consumer protection pursued by the EU.

Food safety and the protection of consumer interests are of increasing concern to the general public, non-governmental organisations, professional associations, international trading partners and trade organisations. That is why the transparency of legislation and effective public consultation are considered as essential elements of building this greater confidence.

## **7.2. Authorisation of genetically modified food**

GM Food and Feed are regulated in the European Community under Regulation (EC) No 1829/2003 on genetically modified food and feed, which was adopted on 18 April 2004 . It provided for a single Community procedure for the new authorisation of all food and feed derived from a GMO and, as the case may be, of the GMO itself as a food or as a feed and of food or feed containing the GMO. Until 18 April 2004, GM food was regulated as novel food, and food derived from eighteen GM events that have been approved so far (essentially maize and soy derivatives, oilseed rape oil and cottonseed oil). There was no specific legislation covering GM feed, but nine GM events (five maize varieties, three rape varieties and one soy variety) have been approved under the EU environmental legislation so far, and these approvals include

the use as or in feedingstuffs. Adopting this regulation filled that gap.

Several applications for authorisation of genetically modified food and feed have been already submitted under this Regulation. A few products have already been authorized in the meantime.

A person or a company who wishes to introduce GMOs into the environment for experimental purposes must first obtain written authorisation to this end. This authorisation is issued by the competent national authority of the Member State within whose territory the experimental release is to take place, on the basis of an evaluation of the risks presented by the GMO – or GMOs – for the environment and human health. To obtain this authorisation, the applicant (called "the notifier") must submit an application (called "the notification") containing the particulars set out in Article 6 of

Directive 2001/18/EC. These particulars must include an evaluation of the environmental risks which the notifier has carried out.

The decision to authorise – or reject – the release of the GMO is exclusively incumbent on the competent national authority which has received the notification. Hence the authorisation procedure is a purely national one. This corresponds to a feature of the authorisation of release for experimental purposes: the authorisation to proceed with this release applies only in the Member State in which the notification has been submitted.

However, the other Member States and the European Commission may make observations to be examined by the competent national authority. If the competent national authority considers that the notification complies with the requirements of Directive 2001/18/EC, it authorises the release. If the competent national authority considers that the notification does not meet the conditions laid down in Directive

2001/18/EC, it rejects the notification. In the event of authorisation, the notifier may release the GMO in compliance with the conditions set out in this authorisation.

The authorizations granted after the entry into force of Regulation (EC) No 1829/2003 on genetically modified food and feed enter in the Community Register of GM Food and Feed. It provides useful product information such as the name of the authorisation holder, the exact scope of the authorisation, the designation of the authorised product, links to relevant risk assessments and the date of entry on the EU market. Thereby, the authorizations become accessible and transparent to everybody. Besides, the Community Register of GM Food and Feed contains products which were lawfully placed on the market in the Community prior to 18 April 2004 and were notified to the European Commission before 18 October 2004. The notifications received by the European Commission have been subject to the verifications and the procedures in application of Article 8 and 20 of Regulation (EC) No 1829/2003.

Applications for authorization should be referred to EFSA<sup>7</sup>, which makes a summary of the application dossier available to the public. EFSA carries a risk assessment and makes its opinion public. It is considered as the keystone of European Union (EU) for risk assessment regarding food and feed safety. In close collaboration with national authorities and in open consultation with its stakeholders, EFSA also provides independent scientific advice and clear communication on existing and emerging risks. To EFSA were transferred In May 2003 the five Scientific Committees providing the Commission with scientific advice on food safety. At the same time the Scientific Steering Committee's responsibilities relating to scientific advice on BSE/TSE were also transferred to EFSA.

On the basis of the opinion of EFSA, the Commission drafts a

---

<sup>7</sup> European Food Safety Authority

proposal for granting or refusing the authorization, which must be approved through qualified majority in the Section on GM food and feed of the Standing Committee on the Food Chain and Animal Health. It was established following the adoption of Regulation (EC) 178/2002. It replaced the Standing Veterinary Committee, the Standing Committee on Foodstuffs, the Standing Committee on Animal Nutrition. It also took over the Standing Committee on Plant Health's responsibility for plant protection products and pesticides residues. This Regulation set out the general principles and requirements of food law. It also established the European Food Safety Authority (EFSA) and laid down procedures for food safety issues which included the re-organisation of the regulatory committees system. The Committee's mandate covers the entire food supply chain, ranging from animal health issues on the farm to the product that arrives on the consumer's table, therefore significantly enhancing its ability to target risks to health wherever they arise in the production of our food. It is chaired by a European Commission representative.

Further more, where the application concerns food and feed containing or consisting of a GMO , the applicant has the choice of either supplying an authorisation for the deliberate release into the environment already obtained under Part C of Directive 2001/18/EC, or of applying for the environmental risk assessment to be carried out at the same time as the safety assessment of the food and the feed.

The risk assessment methodology, reproduced in Annex II to Directive 2001/18/EC, is as follows:

- identification of any characteristics of the GMO(s) which may cause adverse effects;
- evaluation of the potential consequences of each adverse effect;
- evaluation of the likelihood of the occurrence of each identified potential adverse effect;
- estimation of the risk posed by each identified characteristic of the GMO(s)

- application of management strategies for risks resulting from the deliberate release or placing on the market of GMO(s);
- determination of the overall risk of the GMO(s).

### **7.3. Labeling**

Products consisting of or containing GMOs and food products obtained from GMOs which have been authorised on the basis of the procedure under Directive 2001/18/EC (Part C) or Regulation (EC) No 1829/2003 are subject to traceability and labeling requirements pursuant to Regulations (EC) Nos 1829/2003 and 1830/2003.

Labeling provides information for consumers and users of the product and allows them to make an informed choice. Generally speaking, in the case of pre-packaged products consisting of or containing GMOs, Regulation (EC) No 1830/2003 requires operators to state on a label that "This product contains genetically modified organisms". In the case of non-pre-packaged products offered to the final consumer, these words must appear on, or in connection with, the display of the product.

Food products (containing or consisting of GMOs, produced from GMOs or containing ingredients produced from GMOs) delivered as such to the final consumer or to mass caterers (restaurants, hospitals, canteens and similar establishments) must be labeled in accordance with Regulation (EC) No 1829/2003, regardless of whether or not the final product contains DNA or protein resulting from genetic modification. The labeling obligation also applies to highly refined products, such as oil obtained from genetically modified maize. But there are some exemptions, as well.

Conventional products produced without genetic modification, can be contaminated unintentionally by GMOs during harvesting, storage, transport or processing. However, conventional products

"contaminated" in this way will not be subject to traceability or labeling requirements if they contain GMO traces below a 0.9% threshold level, provided the presence of GM material is adventitious or technically unavoidable. This is the case where farmers can show the competent authorities that they have taken appropriate measures to avoid the presence of GM material

In January 2002 the European Commission adopted a Communication setting out a strategic vision of life sciences and biotechnology to enable Europe to develop sustainable and responsible policies up to 2010, proposing at the same time how to address some ethical issues. On basis of the Communication, on the 5 March 2003, the Commission adopted the first report on the progress made on the implementation of the strategy on life sciences and biotechnology and it is considered as very important document, especially regarding GMOs questions. It set out what has been achieved in policy development and on the ground, and anticipates emerging issues.

#### **7.4. Adventitious presence of unauthorised material**

Traces of yet unauthorized GM material may be present in conventional food and feed, as a result of adventitious or technically unavoidable presence during seed production, cultivation, harvest, transport, or processing. This presence is tolerated up to a maximum of 0,5% for a limited number of events which have benefited from a favourable risk evaluation. Article 47 of Regulation (EC) No 1829/2003 on genetically modified food and feed provides that it is possible if the presence of GM material is adventitious or technically unavoidable; if the genetically modified material has benefited from a favourable opinion from the Community Scientific Committee(s) or the Authority before the date of application of this Regulation; if the application for its authorisation has not been rejected in accordance with the relevant Community legislation; and if detection methods are publicly available.



For the purpose of implementing Article 47 of Regulation (EC) No 1829/2003, the Commission was obligated, on 18 April 2004, to publish a list of the genetically modified material that has benefited from a favourable opinion from the Community Scientific Committee(s) or the Authority before that date and for which an application for authorisation has not been rejected in accordance with the relevant Community legislation. Regarding to available data, it was done on 15 October 2005 for the last time, when that list was enlarged with some new authorised GM materials.

### **8. Some remarks**

It is rather obvious, that this issue- genetically modified food and its regulation in EU has become a foreground for all future releases and disputes. That is why this article should be understood as the beginning of new era in area of food law and especially consumers' protection in European Union.

On the basis of the precautionary principle, which was established with The Cartagena Protocol on biosafety, countries are aloud to ban import or export of genetically modified organisms if they aren't feeling comfortable for using them. Today, it is possible to interpret this principle in a different way, meaning, that countries are aloud to import or export food and feed based on or mixed with genetically modified materials, due to progressive food crisis, not only in Europe.

## **APPENDIX**

### **The EU legislation regarding GMOs:**

1. COUNCIL DIRECTIVE 70/524/EEC of 23 November 1970 concerning additives in feeding-stuffs.(OJ L 270, 14.12.1970, p.1)(Directive as last amended by Regulation 1756/2002 - OJ L

265, 3.10.2002, p.1

2. COUNCIL DIRECTIVE 79/112/EEC of 18 December 1978 on the approximation of the laws of the Member States relating to the labeling, presentation and advertising of foodstuffs for sale to the ultimate consumer. (OJ L 33, 8.2.1979, p.1)

3. COUNCIL DIRECTIVE 82/471/EEC of 30 June 1982 concerning certain products used in animal nutrition. (OJ L 213, 21.7.1982, p.8) (Directive as last amended by Directive 1999/20/EC - OJ L 80, 25.3.1999, p.20)

4. COUNCIL DIRECTIVE 85/7/EEC of 19 December 1984 amending a first series of Directives on the approximation of the laws of the Member States in the foodstuffs sector, as regards the involvement of the Standing Committee for Foodstuffs. (OJ L 2, 3.1.1985, p.22)

5. COUNCIL DIRECTIVE 86/197/EEC of 26 May 1986 amending Directive 79/112/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the labeling, presentation and advertising of foodstuffs for sale to the ultimate consumer. (OJ L 144, 29.05.1986, p.38)

6. COUNCIL DIRECTIVE 88/388/EEC of 22 June 1988 on the approximation of the laws of the Member States relating to flavourings for use in foodstuffs and to source materials for their production. (OJ L 184, 15.07.1988, p.61) (Directive as last amended by Commission Directive 91/71/EEC - OJ L 42, 15.2.1991, p.25)

7. COUNCIL DIRECTIVE 89/107/EEC of 21 December 1988 on the approximation of the laws of the Member States concerning food additives authorized for use in foodstuffs intended for human consumption. (OJ L 040, 11.02.1989, p.27) (Directive as last amended by Directive 94/34/EC of the European Parliament and of the Council - OJ L 237, 10.9.1994, p.1)

8. COUNCIL DIRECTIVE 89/395/EEC of 14 June 1989 amending Directive 79/112/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to labeling, presentation and advertising of foodstuffs for sale to the ultimate consumer. (OJ L 186, 30.6.1989, p.17)

9. COMMISSION DIRECTIVE 91/72/EEC of 16 January 1991

amending Council Directive 79/112/EEC in respect of the designation of flavourings in the list of ingredients on the labels of foodstuffs. (OJ L 42, 15.2.1991, p.27)

10. COMMISSION DIRECTIVE 93/102/EC of 16 November 1993 amending Directive 79/112/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the labeling, presentation and advertising of foodstuffs for sale to the ultimate consumer. (OJ L 291, 25.11.1993, p.14)

11. COMMISSION DIRECTIVE 94/54/EC of 18 November 1994 concerning the compulsory indication on the labeling of certain foodstuffs of particulars other than those provided for in Council Directive 79/112/EEC. (OJ L 300, 23.11.1994, p.14)

12. COUNCIL DIRECTIVE 96/21/EC of 29 March 1996 amending Commission Directive 94/54/EC concerning the compulsory indication on the labeling of certain foodstuffs of particulars other than those provided for in Directive 79/112/EEC. (OJ L 88, 5.4.1996, p.5)

13. DIRECTIVE 97/4/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 amending Directive 79/112/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the labeling, presentation and advertising of foodstuffs. (OJ L 43, 14.2.1997, p.21)

14. REGULATION (EC) No 258/97 of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997, concerning novel foods and novel food ingredients. (OJ L 43, 14.2.1997, p.1)

15. COMMISSION DECISION 97/579/EC of 23 July 1997 setting up Scientific Committees in the field of consumer health and food safety. (OJ L 237, 28.8.1997, p.18)

16. COMMISSION RECOMMENDATION 97/618/EC of 29 July 1997 concerning the scientific aspects and the presentation of information necessary to support applications for the placing on the market of novel foods and novel food ingredients and the preparation of initial assessment reports under Regulation (EC) No 258/97 of the European Parliament and of the Council. (OJ L 253, 16.9.1997, p.1)

17. COMMISSION REGULATION (EC) No 1813/97 of 19

september 1997, concerning the compulsory indication on the labelling of certain foodstuffs produced from genetically modified organisms of particulars other than those provided for in Directive 79/112/EEC. (OJ L 257, 20.9.1997, p.7)(This Regulation has been repealed and replaced by Council Regulation (EC) No 1139/98 of 26 May 1998).

18. COUNCIL REGULATION (EC) No 1139/98 of 26 May 1998, concerning the compulsory indication of the labeling of certain foodstuffs produced from genetically modified organisms of particulars other than those provided for in Directive 79/112/EEC.

(OJ L 159, 3.6.1998, p.4) This Regulation has been repealed at the time of entry into force of Regulation (EC) No 1829/2003 of 22 September 2003.

19. COMMISSION REGULATION (EC) No 49/2000 of 10 January 2000, amending Council Regulation (EC) No 1139/98 concerning the compulsory indication of the labeling of certain foodstuffs produced from genetically modified organisms of particulars other than those provided for in Directive 79/112/EEC.

(OJ L 6, 11.1.2000, p.13) This Regulation has been repealed at the time of entry into force of Regulation (EC) No 1829/2003 of 22 September 2003.

20. DIRECTIVE 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council of 20 March 2000 on the approximation of the laws of the Member States relating to the labeling, presentation and advertising of foodstuffs.(OJ L 109, 6.5.2000, p. 29)

21. DIRECTIVE as amended by Commission Directive 2001/101/EC - OJ L 310, 28.11.2001, p.19)

22. REGULATION (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety. (OJ L 31, 1.2.2002, p. 1)

23. COMMISSION REGULATION (EC) No 1304/2003 of 11 July 2003 on the procedure applied by the European Food Safety Authority to requests for scientific opinions referred to it. (OJ L

185, 24.7.2003, p.6)

24. REGULATION (EC) No 1642/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 July 2003 amending Regulation (EC) No 178/2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety. (OJ L 102, 7.4.2004, p.14)

25. REGULATION (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.(OJ L 268, 18.10.2003, p.1)

26. COMMISSION REGULATION (EC) No 641/2004 of 6 April 2004 on detailed rules for the implementation of Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council as regards the application for the authorisation of new genetically modified food and feed, the notification of existing products and adventitious or technically unavoidable presence of genetically modified material which has benefited from a favourable risk evaluation.(OJ L 102, 7.4.2004, p.14)

27. COMMISSION REGULATION (EC) No 2230/2004 of 23 December 2004 laying down detailed rules for the implementation of European Parliament and Council Regulation (EC) No 178/2002 with regard to the network of organisations operating in the fields within the European Food Safety Authority's mission. (OJ L 379, 24.12.2004, p.64)

### **Literature:**

1. Wikipedia, the free encyclopedia, available on [http://en.wikipedia.org/wiki/Biosafety\\_protocol](http://en.wikipedia.org/wiki/Biosafety_protocol)

2. Official site of European Commission [http://europa.eu.int/comm/food/dyna/gm\\_register/index\\_en.cfm](http://europa.eu.int/comm/food/dyna/gm_register/index_en.cfm)

3. European Food Safety Authority [http://www.efsa.eu.int/science/gmo/gm\\_ff\\_applications/catindex\\_en.html](http://www.efsa.eu.int/science/gmo/gm_ff_applications/catindex_en.html)

4. Health and Safety Executive (HSE) <http://www.hse.gov.uk/biosafety/gmo/whatare.htm>



**LA CRÉOLOGIE CRIMINELLE: L'INFLUENCE DE  
L'ACTIVITÉ CRÉATRICE SUR LA FORMATION DES TRAITS  
PSYCHOLOGIQUES DE LA PERSONNALITÉ CRIMINELLE**

**PAR LE DR ANWAR FRANGI<sup>1</sup>**

Dans une recherche précédente, nous avons posé la créologie criminelle comme la science qui étudie l'acte de créer et l'acte criminel en relation. Dans la présente recherche, nous étudions l'influence de l'activité créatrice sur le développement des traits psychologiques de la personnalité criminelle, en la personne qui s'engage à faire aboutir son activité créatrice.

1. Des recherches considérables effectuées à l'aide des tests projectifs par Schnessler et Cressey au cours de 25 années ont rejeté l'association à la criminalité un type particulier de personnalité. Néanmoins, d'autres recherches menées par Jean Pinatel ont montré qu'il existe chez la plupart des délinquants des traits d'égoïsme moral, d'indifférence affective, de labilité émotionnelle et d'agressivité, dont l'ensemble convergent définit une personnalité criminelle. Considérant l'existence persistante du crime en tout temps et en tout lieu, et considérant la ressemblance frappante entre les façons de vivre et de penser des criminels, nous voulons ériger en principe l'existence de la personnalité criminelle en ces termes: *Indépendamment de la*

---

<sup>1</sup> 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 de droit à la Faculté de droit de l'Université La Sagesse (Liban).

*nature du système pénal, toute activité criminelle reflète dans la personne qui s'en charge les composantes de la personnalité criminelle, à savoir les traits d'égoïsme moral, d'indifférence affective, d'imprévoyance sociale et d'agressivité. A ce principe nous voulons associer un autre, que l'activité créatrice est, indépendamment du domaine de la connaissance, la même en tout temps et en tout lieu.*

2. A première vue, les deux principes se déclarent incompatibles entre eux. Supposons que, dans deux Etats A et B, abstraction étant faite de la différence ou de la similitude de leurs systèmes pénaux, « a' » et « b' » s'engagent respectivement dans une activité criminelle dans l'Etat A et dans l'Etat B. Ainsi, puisque selon le premier principe toute activité criminelle reflète dans la personne qui s'en occupe les composantes de la personnalité criminelle, et puisque l'activité de « a' » et celle de « b' » sont qualifiées de criminelle par définition, l'activité de « a' » et celle de « b' » reflètent donc dans ces personnes les composantes de la personnalité criminelle.

Supposons maintenant que « a' » s'engage dans une activité criminelle dans l'Etat A, et que « b' » s'engage dans une activité créatrice dans l'Etat B, mais que pour faire aboutir son activité créatrice « b' » acquiert les traits d'égoïsme moral, d'indifférence affective, d'imprévoyance sociale et d'agressivité. Ainsi, nous disons que l'activité de « a' » étant criminelle par définition, reflète, selon le premier principe, les composantes de la personnalité criminelle. Mais que pourrions-nous dire concernant l'activité de « b' » ? Serait-elle une activité criminelle selon le premier principe, ou bien une activité créatrice selon le second principe ? Si nous disons qu'elle est une activité créatrice par définition selon le second principe, nous risquons de contredire le premier principe selon lequel l'activité criminelle seule reflète les composantes criminelles. Et si nous disons qu'elle est une activité criminelle puisqu'elle reflète les composantes de la personnalité criminelle, nous risquons de contredire le second



principe selon lequel l'activité de « b' » est créatrice par définition, à l'exclusion de tout autre type d'activité.

3. La supposition que « b' » acquiert les traits d'égoïsme moral, d'indifférence affective, d'imprévoyance sociale et d'agressivité pour l'aboutissement de son activité créatrice, à partir de laquelle nous constatons que les deux principes sont inconciliables, n'est pas si arbitraire comme il semble.

4. En effet, voué entièrement à la recherche de la vérité, « b' » ne peut s'empêcher d'être solitaire et égoïste. L'observation de l'activité créatrice en tout temps et en tout lieu, abstraction faite du domaine de la connaissance, révèle que la solitude et l'égoïsme s'imposent au créateur comme lois créatrices pour l'aboutissement de son activité créatrice. Jugée par la société comme un isolement triste, la solitude est reconnue par le créateur comme étant un moyen de peupler son monde créateur d'intuition et d'étonnement, s'évadant par là, comme disait Einstein, de la grossièreté pénible de la vie. C'est ainsi que chaque créateur cherche dans la solitude créatrice une tranquillité intérieure et une ambiance qui lui permettent d'assumer une obligation créatrice. Cratès disait que philosopher donne absence de soucis. Aussi, Simon d'Athènes répondit à Périclès qui lui a fait dire qu'il le nourrirait s'il venait chez lui, qu'il refusait de vendre sa liberté.

A côté de chercheur solitaire, on a toujours qualifié le créateur de chercheur égoïste. Voué entièrement à la recherche de la vérité, il se soucie peu de considérations sociales. Ainsi à la reproche qu'on lui adressait de négliger ses biens, Anaxagore répliqua: «Occupez-vous-en donc vous-mêmes». En effet, l'aboutissement de l'activité créatrice nécessite persévérance et attachement qui assurent au créateur que la façon de vivre sociale ne prévaudra contre sa façon de vivre créatrice. Anaxagore à qui on reprochait qu'en s'adonnant à l'étude de la nature il ne s'intéressait pas à sa patrie,

conseilla, en montrant le ciel, de ne pas blasphémer puisqu'il a le plus grand souci de sa patrie !

5. Mais se retirant de la vie sociale et s'attachant à son monde créateur pour faire aboutir son activité créatrice, le créateur ne peut s'empêcher d'être: (1) *égoцентриque*, car appliquer les lois créatrices c'est s'instruire dans l'art et la manière d'être centré sur soi-même et de ne considérer l'intérêt extérieur qu'en fonction de l'intérêt créateur qu'on se porte; (2) *indifférent affectivement*, car appliquer les lois créatrices c'est s'instruire dans l'art et la manière de rassasier une curiosité créatrice, donc d'être, et de paraître, indifférent à d'autres curiosités sociales; (3) *imprévoyant socialement*, car appliquer les lois créatrices c'est s'instruire dans l'art et la manière de manquer la prévoyance sociale, qui reste à l'origine et le moyen de toute entreprise créatrice; et (4) *agressif*, car appliquer les lois créatrices engendre chez le créateur une hyperesthésie morale se manifestant dans des réactions d'opposition à l'entourage qui prend une attitude d'étiquetage négative vis-à-vis de lui.

### ***L'égoцентrisme créateur***

6. Est égoцентrisme créateur l'attachement excessif au soi créateur, qui fait que l'on ne considère le monde extérieur qu'en fonction de l'intérêt que l'on porte sur son monde créateur vécu. Anaxagore à qui on reprochait qu'il se privait des Athéniens en s'adonnant entièrement à l'étude la nature, répliqua que, tout au contraire, c'était les Athéniens qui se privaient de lui. Aussi, Aristippe pour défendre les avantages qu'il avait d'être philosophe considérait que si les lois disparaissaient, sa vie n'en serait point changée.

L'égoцентrisme créateur se reflète tout particulièrement dans l'idée d'un monde créateur qui germe, résiste et se propage dans le monde extérieur. La construction effective du monde créateur

commence le moment où l'homme créateur forge une idée d'un soi créateur différent de celui des autres. Aristippe, par exemple, répondit à ceux qui le raillaient de s'affoler alors qu'eux, gens ordinaires, n'ont point peur, que la vie à laquelle il tenait a plus de valeur que la leur.

Cette valorisation créatrice qui unit le créateur à son monde qu'il affectionne se reflète dans une disposition conservatrice qui lui permet de résister à et de diminuer l'effet d'une force sociale, à seule fin de pouvoir transformer sa capacité créatrice encore cachée en un résultat créateur. Diogène voyant Speusippe venant en voiture à l'Académie refusa de le saluer, le trouvant si acharné à vivre.

Cette attitude conservatrice se reflète tout particulièrement dans la propagation du monde créateur sur le monde extérieur. Comme si en agrandissant tout, le créateur confirmait l'importance de son monde créateur, le monde extérieur ne devenant que le prolongement de ses aspirations créatrices inconscientes. Dumas disait que les personnages de Victor Hugo ne sont ni dans la réalité de la vie, ni dans les proportions de l'homme. Ils sont toujours au-dessus et au-delà de l'humanité, quelquefois au rebours, pour ne pas dire à l'envers.

Ainsi l'égoïsme créateur sous forme d'attitude intéressée accentuée par rapport au monde créateur, se présente parallèlement sous forme d'attitude désintéressée accentuée par rapport au monde extérieur. D'où l'indifférence affective sociale.

### ***L'indifférence affective créatrice***

7. L'indifférence affective créatrice apparaît comme l'insensibilité vis-à-vis tout événement étranger au monde créateur. Ainsi Archimède qui mit son talent d'ingénieur inventif au service de sa ville, Syracuse, allant de l'invention des machines

de guerre pour résister à l'assaut des Romains qui, vers 214, faisaient le siège de la ville, jusqu'aux fameux miroirs ardents qui enflamment les voiles des galères, était pourtant indifférent au sort de sa ville et ne se souciait que d'une chose, ses propres idées. Aussi, Einstein qui savait que sa formule  $E=mc^2$  pouvait 'faire sauter des villes entières', affirmait que personne ne pourrait libérer l'énergie de la matière. Dans les quarantaines, pourtant, grâce à Oppenheimer, l'énergie fut libérée à Hiroshima et à Nagasaki.

**8.** En plus de son sens principal, l'indifférence affective créatrice est formée d'une suite de modifications. Elle s'exprime tantôt par un sentiment de vide, tantôt par un sentiment de dégoût.

Le sentiment de vide est ce qui est ressenti par le créateur comme un manque nauséux de réalité sociale objective. Il s'exprime souvent au cours du mouvement créateur lorsqu'une vague d'inquiétude envahit le créateur, lui laissant un sentiment comme celui d'une soif d'absolu. Mozart était possédé par une aspiration qui n'était jamais satisfaite, qui durait toujours et même croissait de jour en jour.

Le sentiment de vide s'exprime aussi par une froideur marquée qui a l'air de tenir du mépris hautain de la gloire. Mozart disait que tout était froid pour lui, et que les aimables manières des gens à son égard lui paraissent si vides.

L'indifférence affective créatrice s'exprime aussi par un sentiment de dégoût. Celui-ci dévoile une absence complète d'attrait social, par abattement mêlé d'ennui dont le créateur est atteint lors ou suite à son effort créateur. Théophraste d'Erèse conseilla à ceux qui voulurent recevoir de lui un dernier conseil, de s'adonner à l'étude sérieusement. Pour le reste, dît-il, il y a plus de vanité que de profit dans la vie. Aussi, à l'époque où Hollywood connaissait son étincelant apogée, Chaplin invita Einstein au gala d'avant

première des Lumières de la ville. La foule se pressait autour de leur limousine pour contempler Einstein autant que Chaplin. Affolé, Einstein demanda à son hôte ce que tout cela signifiait, ce à quoi Chaplin répondit amèrement avec toute sa sagesse du monde qu'il avait déjà faite sienne: «rien du tout!».

**9.** L'indifférence affective s'impose donc au créateur comme l'instrument qui garde le mouvement de son activité créatrice à l'abri du mouvement social. Elle lui accorde une 'immunité individuelle' nécessaire à l'aboutissement du processus créateur, qui va de pair avec une 'immunité sociale', lui assurant ainsi d'être réfractaire à certaines influences sociales pathogènes.

L'indifférence affective créatrice prend une constellation de formes qui peuvent être réduites à deux, la fébrilité et la passion. La fébrilité créatrice est un état d'agitation intense qui naît d'une 'surexcitation créatrice personnelle', se développant dans la même direction d'une 'raideur créatrice sociale'. L'état d'excitation extrême est normalement déclenché par l'idée que le créateur apporte. L'effort que cette idée provoque pour l'aboutissement du mouvement créateur aboutit dans la plupart des cas à une raideur qui intensifie l'indifférence affective du créateur vis-à-vis des autres. Des gens reprochèrent à Pyrrhon qu'il passa à côté d'Anaxarque qui était tombé dans une mare, sans lui porter secours. Anaxarque seul le loua d'être réellement indifférent.

Le propre de la raideur créatrice est l'état de fixation morale sur l'éclosion de l'idée créatrice. Elle se développe parallèlement à une apathie créatrice. Celle-ci reflète d'ailleurs une lassitude qu'une nonchalance créatrice. Et autant le créateur lutte pour rechercher la pure et entière vérité, qui côtoie souvent l'extrême excitation et raideur créatrice d'une part et l'extrême doute et inquiétude créatrice d'autre part, autant il frôle l'inhibition affective sociale pour une meilleure stabilisation du mouvement créateur. Ainsi s'exprime la passion créatrice.

La passion créatrice est l'état affectif et intellectuel qui domine la vie du créateur par l'intensité de l'activité créatrice. Elle va de pair avec un désengagement affectif du créateur des obligations sociales, des besoins mêmes les plus pressants des personnes pour qui il éprouve une vive affection. Einstein savait que son second fils Edouard était atteint de schizophrénie, et pourtant poursuivit sans aucun souci la réalisation de ses idées créatrices. Plus tard, il éprouva un grand remord avouant que s'il lui avait apporté un peu d'affection il l'aurait peut être épargné de sa situation déplorable. L'exigence de l'activité créatrice est arrivée à un point que Miléva, sa première épouse, ne pouvant plus supporter son indifférence affective vis-à-vis d'elle et de ses enfants, lui cria: «Albert, j'existe! ». « Et je m'en réjouis », lui répondit tout simplement Einstein.

**10.** Ainsi l'intensité et la permanence de l'activité créatrice forgent un monde créateur indépendant et différent par sa nature et ses habitudes du monde social. Par une 'maturité créatrice', la façon de vivre créatrice se distingue des autres façons de vivre dont le propre est la 'maturité sociale'. Cette distance que trace l'activité créatrice entre le monde créateur et le monde social engendre une friction dans la personnalité du créateur, où la maturité créatrice côtoie l'immaturité sociale.

La maturité créatrice s'exprime par l'accès du créateur à la souffrance créatrice. La dernière conversation de Balzac avec son médecin Nacquart montre bien une souffrance créatrice voulue. De même, Aristote, lorsqu'il s'endormait, prenait dans sa main une boule de bronze et la tenait au-dessus d'un bassin, afin que la boule, en tombant dans le bassin, fit un bruit qui pût le réveiller. Cette façon de vivre donne, en effet, forme à une sagesse créatrice, qu'aucun caprice ne trouble et que rien des choses de la vie mondaine n'enflamme.

Ainsi, la maturité créatrice justifie l'immaturité sociale du créateur. Et c'est le tiraillement entre penchant créateur et

suggestion sociale qui fait que la prévoyance créatrice du créateur nécessitée par l'activité créatrice apparaît une imprévoyance sociale.

### ***L'imprévoyance Créatrice***

**11.** Une volonté individuelle créatrice nécessaire à l'aboutissement de l'activité créatrice apporte une absence de volonté sociale. Celle-ci existe dans la mesure où l'harmonisation de l'attitude créatrice et l'attitude sociale, s'avère impossible. En effet, le créateur est tellement imbu de l'ambiance créatrice que les choses mondaines s'avèrent inutiles à l'alimentation de son activité créatrice. Ainsi l'albatros de Baudelaire qui, destiné à voler en plein ciel, est embarrassé, lorsqu'il est tombé sur le pont du navire, par ses ailes de géant qui l'empêchent de marcher.

Dans certains cas, le retour du créateur à la société semble être un moyen de 'défoulement'. Mozart, à l'insu de sa femme qui se plaignait toujours de son souci créateur perpétuel, quittait sa famille, après un long travail qui se prolongeait tard dans la nuit, pour improviser du piano devant une foule enthousiasmée, et n'y revenait que le matin. Dans d'autres cas, il semble être une façon de dégager la morale des choses de la vie. Proust, par exemple, reprenait contact avec le monde social seulement pour peupler son œuvre.

Ainsi, si le 'retour créateur' à la société se fait, c'est par égard pour le monde créateur, non pour le monde social. C'est précisément l'opposition du monde créateur et du monde social qui engendre, car l'attitude créatrice est libre dans le monde créateur et figée dans le monde social, une réaction d'opposition à l'entourage.

***L'agressivité créatrice***

**12.** L'agressivité créatrice imprime le mouvement de l'activité créatrice. Le souci du créateur d'extérioriser sa capacité créatrice; son inquiétude de mener son activité créatrice jusqu'au bout et son anxiété non qu'il veuille égaler d'autres créateurs, mais se distinguer d'eux, l'appellent à rechercher un certain degré d'agressivité pour faire aboutir son activité créatrice. C'est le pouvoir défaillant de Khalil Gibran de se distinguer de Nietzsche qu'il l'avait poussé, dès son tendre âge, à prouver sa capacité créatrice, considérant que Nietzsche ne devrait pas exister.

Par là, l'agressivité cesse d'être un effet mais par un processus à rebours, une cause de l'activité créatrice. Michel-Ange, par exemple, ne pouvait créer que lorsqu'il se trouvait excité, amené à un niveau énergétique intellectuel supérieur à son niveau de stabilité maximale. Aussi, Beethoven trouvait une activité mentale plus vive qu'à l'habitude en se lavant la tête avec de l'eau froide. L'agressivité créatrice recherchée apparaît ainsi comme un moyen de rompre les habitudes, en vue de l'aboutissement du mouvement créateur.

**13.** L'agressivité créatrice présente des formes différentes. Dans certains cas, elle se présente sous forme d'accusation; dans d'autres cas, sous forme d'attitude critique; dans d'autres cas encore, sous forme d'étrangeté; enfin, de violence.

Par l'accusation créatrice, le créateur en choisissant à jamais une part de son destin créateur rejette l'autre sur les autres. Ainsi Saïd Akl rejette, par une attitude accusatrice, les jugements portés sur ses œuvres déclarant qu'elles n'ont aucune valeur en soi, puisqu'elles ne sont prises qu'en réaction contre les jugements qu'il avait précédemment portés.

Par l'attitude critique créatrice, le créateur tend, au cours du mouvement de l'activité créatrice, à émettre des jugements



défavorables à l'égard d'autres créateurs, comme si en adoptant une attitude sévère il agissait selon les convictions de sa capacité créatrice. Saïd Akl adoptait fréquemment cette sorte d'attitude.

L'attitude critique créatrice se compose, pour une large part, d'ironie et de méchanceté. L'ironie créatrice qui s'analyse aussi en une 'vengeance créatrice' se manifeste quand le créateur, fier de la réussite de son activité créatrice, repousse l'attitude négative qu'adopte le monde extérieur à l'égard de sa personne. Ainsi Albert Einstein dit, suite à la réussite de sa *Relativité généralisée*, que les esprits médiocres portent toujours des jugements défavorables sur les grands esprits. L'ironie créatrice s'exprime encore par un 'mépris créateur', le créateur se croyant d'autant plus en droit de se railler de tous, qu'il en tolérerait, moins, non seulement la moquerie mais encore l'atteinte de la plus légère critique.

La méchanceté créatrice devient l'instrument par lequel l'activité créatrice, dans des moments de défaillance, se reconstruit et se stabilise. Le créateur, car il veut que rien ne trouble son activité créatrice, dit ou fait une méchanceté à quelqu'un. Ainsi, quand sa femme lui demanda, le moment où il composait la *Parisina*, si elle lui causait de l'ennui, Byron lui répondit: «A en mourir». Aussi, la méchanceté créatrice est susceptible de se transformer en une attitude prise en réaction dans la mesure où elle favorise chez le créateur la libération des contraintes créatrices. Saïd Akl alors qu'il affectait une attitude douce et inoffensive, adopte, parvenant à la célébrité, un comportement qui marque la volonté de critiquer sans ménagement.

Sous forme d'étrangeté créatrice, l'agressivité créatrice s'exprime par une attitude hors du commun. Comme si elle pouvait confirmer la réalité de la capacité créatrice et la transcendance du monde créateur par rapport au monde extérieur. Baudelaire, par exemple, avait le plaisir d'étonner par son caractère inaccoutumé, contraire aux habitudes.

L'agressivité créatrice sous forme de violence créatrice s'exprime par une libération du corps de la contrainte créatrice. Ainsi, à la fulgurance de l'intuition succède la violence de la joie. Découvrant le fameux principe de l'hydrostatique, Archimède s'élança tout nu dans la grande rue de Syracuse en criant 'Eurêka' (c'est-à-dire 'j'ai trouvé'). Dans d'autres cas, cependant, à l'idée de détacher le créateur de sa vie créatrice succède la violence physique. Ainsi il arrivait souvent à Cratès de donner des coups de bâton à ses parents qui voulaient le détourner de sa vie consacrée à la philosophie. Aussi, Amin Rihani n'eut pas plus tôt suggéré à Khalil Gibran de détacher son attention des principes et d'adopter le commerce comme profession, que Gibran lui donna des coups de bâton.

L'agressivité sous toutes ses formes constitue un moyen pour le créateur de se défendre contre tout ce qui perturbe le mouvement de son activité créatrice, lui apportant ainsi un sentiment apaisant de sécurité créatrice.

**14.** Nous avons jusqu'à maintenant montré comment l'égoïsme, l'indifférence affective, l'imprévoyance sociale et l'agressivité forment des traits psychologiques qui, en même temps qu'ils définissent la personnalité criminelle, s'imposent au créateur par la loi de la solitude créatrice et la loi de l'égoïsme comme techniques créatrices nécessaires à l'aboutissement du processus créateur.

**15.** L'acquisition de ces traits par l'activité créatrice apparaît donc nécessaire, non pas arbitraire comme il semble. C'est de cette nécessité que découle l'incompatibilité des deux principes précités. Car si nous considérons l'activité créatrice qui acquiert les composantes de la personnalité criminelle pour son propre aboutissement non comme une activité criminelle, mais comme une activité créatrice en vertu du second principe qui pose l'activité créatrice comme étant toujours la même, nous risquons de violer l'autonomie du premier principe selon lequel l'activité

criminelle seule reflète les composantes de la personnalité criminelle. Et si nous la considérons non comme une activité créatrice, mais comme une activité criminelle puisqu'en vertu du premier principe seule l'activité criminelle reflète les composantes de la personnalité criminelle, nous risquons de violer l'autonomie du second principe selon lequel l'activité créatrice est toujours la même.

**16.** L'incompatibilité des deux principes précités, cependant, n'est qu'une apparence!

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **1. Sur la créologie criminelle :**

FRANGI, A., *La création comme facteur criminogène: Introduction à la créologie criminelle*, Thèse de Doctorat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences Sociales, Université de Poitiers (France), 1982-1986.

### **2. Sur la création :**

GOLDEWSKI, G., *Les grands esprits fragiles*, Ed. R. Laffont, Paris 1983.

HEGEL, F.G.W., *Esthétique* (4 vol.), Flammarion, Paris 1979 (notamment V.I, p. 57 et s.; et pp. 354-368).

HUYGHE, R., *Sens et destin de l'Art*, T.I, chap.1<sup>er</sup>, Flammarion, Paris 1967.

LAËRCE, D., *Vie, doctrines et sentences des philosophes illustres* (2 tomes), Flammarion, Paris 1965.

LOMBROSO, C., *L'homme de génie*, Germer Bailliere, Paris 1889.

NEDONCELLE, M., *Introduction à l'esthétique*, P.U.F., 1963.

PLATON, *Ion; Phèdre; Banquet*.

**3. Sur la personnalité criminelle en général :**

AUBER, J.L., «La personnalité criminelle», in *Perspectives Psychiatriques*, 1966, n° 12, p.15.

BANNEL, F. et CHARON, J., «La personnalité du délinquant (intérêt médico-légal de sa connaissance) », *Annales de Médecine Légale et de Criminologie*, 1957, p. 221.

DE GREEF, E., *Introduction à la criminologie*, Bruxelles, J. Vandenplas, 1946.

DE GREEF, E., «L'homme chez le criminel», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1932, p. 465.

DE GREEF, E., «La psychologie de l'assassin », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1935, pp. 153, 213, 357.

DI TULLIO, B., *Principes de criminologie clinique*, Paris, PUF, 1967, p. 24 et s.

FOISSIN, H., «Mécanismes perceptifs et structure de la personnalité», *Annales Médico-Psychologiques*, 1965 (Mai), p. 713.

FRANGI, A., « L'Etat dangereux criminologique » (2006) 2 (1) *Free Law Journal*, p. 35, 49-50.

HOUCHON, G., *Les problèmes posés par l'évolution récente du concept criminologique d'état dangereux*, 1er Congrès français de criminologie, Rennes, 1961, Imprimeries réunies, p. 9.

LEAUTE, J., *Criminologie et pénologie*, (cours de droit), Paris 1981, p. 352 et s.

LEY, J., «Personnalité et personne», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1961 (avril), p. 651.

64

**PAR LE DR ANWAR FRANGI - LA CRÉOLOGIE CRIMINELLE:  
L'INFLUENCE DE L'ACTIVITÉ CRÉATRICE SUR LA FORMATION  
DES TRAITS PSYCHOLOGIQUES DE LA PERSONNALITÉ  
CRIMINELLE**

MAILLOUX, N., «Un symptôme de désocialisation: l'incapacité de communiquer avec autrui», *Annales Internationales de Criminologie*, 1966, p. 23.

MATHIS, M., «La personnalité du mineur délinquant, analyse de travaux récents», *Rééducation*, 1966 (janvier), p. 1 et s.

PARROT, P. et GUENEAU (Melle), «L'angoisse de dévalorisation chez l'adolescent délinquant», *Annales Médico-Psychologiques*, 1957, p. 241.

PIERON, H., *Vocabulaire de la psychologie*, V° Personnalité.

PINATEL, J., «Criminologie», in *Traité de droit pénal et criminologie*, de Bouzat, P. et Pinatel, J., T.3, Paris, Dalloz, 3e Ed., n° 373.

PINATEL, J., *Etienne de Greef*, Paris, Cujas, 1967, pp. 73-82.

PINATEL, J., «Les aspects actuels de la recherche criminologique sur la personnalité criminelle», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1971, p. 162.

PINATEL, J., «Le concept de personnalité criminelle», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1962, p. 129.

PINATEL, J., «La théorie des instincts d'Etienne De Greef», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1961, p. 827.

PINATEL, J., «La théorie des fonctions incorruptibles d'E. De Greef», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1963, p. 143.

PINATEL, J., «Les rapports de la personnalité et du crime», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1955, p. 437 et s.

PINATEL, J., «Les concepts de personnalité criminelle et de la personnalité anormale dans l'œuvre de Charles Andersen», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1963, p. 583.

PINATEL, J., «Le diagnostic de personnalité», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1952, p. 636.

RAYMONDIS, L.-M., «La personnalité criminelle selon la doctrine de J. Pinatel. Etude des méthodes de validation de cette hypothèse», in *Actualités Psychiatriques*, n° 3, p. 33.

SICCAMY, N., *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, Bordas, Paris, 1980, V. Personnalité criminelle, p. 299 et s.

SUTHERLAND, E., CRESSEY, D., *Principes de criminologie*, Ed Cujas, Paris 1966, V. Part. I, «Etude de criminalité», et spécialement Chap. XII, «les processus du comportement criminel», p. 235.

VERVAECK, L., «L'étude de la personnalité du délinquant», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1939, p. 22.

YAMARELLOS et KELLENS, *Crime et criminologie*, V° Personnalité criminelle.

#### **4. Sur les traits psychologiques de la personnalité criminelle :**

##### **a. L'égoïsme :**

DE GREEF., E., «L'homme chez le criminel», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1932, p. 465 et s.

DUPRE (Dr.), «Les perversions instinctives», *Archives de l'Anthropologie Criminelle*, 1912, p. 502 et s.

LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., Paris 1968, p. 271.

PINATEL, J., «Table de prédiction et typologie criminelle», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1956, p. 581.

##### **b. L'indifférence affective :**

DE GREEF, E., «Criminogénèse», rapport général au *Ier Congrès International de Criminologie*, Paris, 1950, Actes, T 6, p. 267 et s. (notamment p. 278 et s.).

FERRI, E., *La sociologie criminelle*, 2ème éd. française, pp. 153, 169.

GAROFALO, R., *Criminologie*, 2ème éd. française, pp. 112-113.

JOLY, H., *Le crime*, Paris, Léopold Cerf, 3ème Ed., pp. 221-223.

LOMBROSO, C., *L'homme criminel*, op. cit., pp. 361-363, 420-435.

PROAL, L., *Le crime et la peine*, op. cit., pp. 119-127.

**c. L'imprévoyance sociale :**

ERRA, C., «Le congrès de criminologie de Rome», *Bulletin de la Société Internationale de Criminologie*, 1952, (2ème semestre), p. 9 et s.

GALET (Dr.), «Contribution à l'étude de l'impulsivité chez les criminels», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1921, p. 929.

KOUPERNIK, C., «L'adolescent face au temps, impatience et immobilisme», *Revue de Neuropsychiatrie Infantile*, 1964, p. 589.

LOMBROSO, C., *L'homme criminel*, T.I., 2ème Ed. Française, Alcan, 1895, pp. 106-108, 452-454.

PROAL, L., *Le crime et la peine*, Paris, Alcan, 1892, pp. 114-116.

TARDE, G., *Philosophie pénale*, Storck Ed., Lyon, 1890, p. 256.

**d. L'agressivité :**

BADONNEL (Dr.), «Frustration et agressivité», in *Revue Pénitentiaire*, 1964, p. 753.

DARCOULIDES, N.-N., «Manifestations de l'agressivité latente et de l'agressivité défensive de nos jours», *Annales Médico-Psychologiques*, 1965 (décembre), p. 617.

DUBLINEAU, J., «Maturation et personnalité criminelle», *Annales Internationales de Criminologie*, 1964, p. 403 et s. (notamment p. 411-424).

DI TULLIO, B., «Bio-criminogénèse», *Ier Congrès International de Criminologie*, Actes, op. cit., p. 5 et s. (notamment pp. 35-36).

MICHAUD, L., «L'agressivité facteur d'état dangereux», *Conférences du Ier Cours International de Criminologie*, p. 161 et s.

PINATEL, J., *Etienne de Greef*, op. cit., pp. 73-74.



**SERVICE OF THE INDICTMENT ON THE ACCUSED IN ACCORDANCE WITH THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURES OF THE REPUBLIC OF TURKEY**

**BY DR. METIN FEYZIOGLU\***

The new Turkish Code of Criminal Procedure (CCP) Law No. 5271 came into force on June 1, 2005 upon its publication in the Official Gazette dated December 17, 2004.

Article 176 of the CCP stipulates that the indictment shall be served to the accused together with a summons by the court. Since the indictment includes the accusation, the service of the indictment ensures that the accused is informed about the accusation<sup>1</sup>.

Article 176 of the CCP stipulates that the summons and the appended indictment shall be served on the accused at least a week before the date of hearing. Article 208 of the former Code of Criminal Procedures (CCP) No. 1412 envisaged that the accused shall reserve the right to request the suspension of the hearing before the indictment is read in the event that the summons and the indictment are not served to him/her within the specified

---

**\* Associate Professor Ankara University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law.**

<sup>1</sup> Article 208/2 of the Code of Criminal Procedures (CCP) No. 1412 which is the predecessor of the new CCP stipulated that "Indictments of cases filed at Magistrate Penal Courts shall not be served to the accused". This provision is abolished by the Constitutional Court (CC) on the grounds that it violated the right to defence stated in Article 36 of the Constitution. The CC also made a reference to Article 6/3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and stated that "It is apparent that the accused can not defend himself/herself appropriately without any information on the cause of the accusation, the case and its legal characteristics. This is the basis of the right to defence" (see the CC Decision, March 3, 2002, 2000/48-2002/36, www.anayasa.gov.tr). The new CCP does not involve an exceptional clause on not serving the indictment for cases filed at Magistrate Penal Courts.

time limit. The new Code does not involve such a provision. Therefore it is obviously the responsibility of the court, with or without the demand of the accused, to monitor whether this time limit is taken into consideration or not.

If a week's time is not sufficient for preparing the defence especially in a criminal case which includes a physical fact that is comprised of complex components, the accused shall be provided with more time in line with the characteristics of the fact. In other words, one week time limit is the "minimum" time limit to be allocated.

This one-week time frame is one of those "protective periods"<sup>2</sup>. The right which it protects is the right of the accused to defence. It protects the right of the accused to defence, as a rule, by prohibiting the carrying out of the hearing less than a week after the date the indictment and the summons are served to the accused. The one-week compulsory time frame between the service of the indictment and the date of hearing is envisaged for the preparation of defence. The Legislator accepts that the accused has sufficient time to prepare his/her defence against the accusation if the minimum time frame of one week is respected<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> KUNTER, Nurullah, YENISEY, Feridun: Criminal Procedure Law as a Branch of Procedure Law, Vol. 1, Istanbul 2002, p. 434.

<sup>3</sup> "The period regulated in Article 120 of the Law No. 353 on the Establishment and Trial Procedures of Court-Martial and Article 210 of the Code of Criminal Procedures is one of those periods called 'protective periods' in the doctrine. The law specifies the minimum period within which a procedure shall be carried out and it is against laws to carry out that procedure before that period. The Legislator issued a provision on the essence of the right to defence as it regulates this provision. Article 6 of the European Convention on Human Rights considers 'the right to have adequate time and the facilities for the preparation of his defence', a right that is relevant to our issue, as a fundamental right and as one of the basic requirements of 'the right to fair trial' (along with the right to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him). Both Article 120 of the Law No. 353 and Article 70

unless the specifics of the case demands a prolonged time.

The person who is served with the indictment has to sign a document which bears the date of service. This document shall prove that the indictment has been served and there is at least one week between the date of service and date of the trial.

As stated above, the court should suspend ex officio the hearing even if the accused does not declare that the period between the service of the indictment on himself and the date of hearing is less than one week and ask for the suspension of the hearing. However, we suppose that the hearing may continue without suspension if the accused clearly states that he is ready for defence and there is no need to suspend the hearing.

Since the obligation to have a minimum period of one week between the service of the indictment and the date of hearing is envisaged to ensure that the required preparations for defence are made, acting contrary to this obligation will transform a judgment that is against the accused into one which is contrary to law. Criminal procedure is conducted on the basis of the method of contradiction and adversary principle. Defence is an essential element of this method and principle. Therefore the violation of the right to defence surely affects the judgment<sup>4</sup>. However, if the

---

210 of the CCP concretized this right which is stated in the Convention. Since the failure to respect this period restricts the right of the accused to defence drastically, it both constitutes a breach of law which should absolutely result with the striking down of a court decision as stated in Article 207 of the Law No. 353 and Article 308 of the CCP and violates Article 6 of the European Convention” (Decision of the Council of Chambers of the Military Court of Cassation, February 15, 2001, 2001/26-20).

<sup>4</sup> “...in our opinion, within the framework of the criminal procedures of a state of law which respects the right to fair trial, it should not be maintained that a restriction of the right to fair trial does not have any importance with regard to the judgment, no matter how it is restricted. The restriction of the right to fair trial is always important for the

restriction of the right to defence is related to the evaluating, arguing and contradicting of an evidence by the defence and if the said evidence is not taken into consideration by the court in the judgment of conviction, it can be accepted in such a case that the restriction of the right to defence does not affect the judgment.

For the moment we would like to focus on different alternatives on whether the right to defence is restricted or not in cases when the court does not adjourn the hearing but continue with the trial.

If the hearing is concluded in one single session and a judgment of conviction is made, there is no doubt that the right to defence is restricted<sup>5</sup>.

It should be considered separately if it is possible to reach the same result in the event that the hearing is concluded after more than one session. At this point it should be discussed whether it is possible to accept that the situation which was contradictory to law at the very beginning of the hearing, that is to say not adjourning the session to enable the defence to prepare for the case, is now remedied or not if the accused had the chance to defend himself orally and in writing in the following sessions. We think that, in order to solve the problem, we should focus on the procedures carried out in the first session and their effects on the judgment. For example; if the accused is interrogated at the first hearing which is carried out in violation of the period envisaged by the law for the accused to prepare his defence and if the statement at the end of this interrogation is taken into

---

judgment” (KESKIN, Serap: Contradiction to Law as a Reason for Appeal in Criminal Procedure Law, Istanbul 1997, p. 155-156).

<sup>5</sup> “The fact that Articles 210 and 221 / last articles of the procedure are breached by the conclusion, in the same day, of the hearing which is carried out three days after the summons is served (without informing the accused that he has the right to request the adjournment of the hearing) requires the striking down of the decision” (The 4th Criminal Department of the Court of Cassation, May 7, 1964, 1770/1885, ÇAGLAYAN, Muhtar, the Code of Criminal Procedures with Annotations and Case Law, Volume 2, Ankara, 1966, p. 241).

72

**DR. METIN FEYZİOĞLU - SERVICE OF THE INDICTMENT ON THE ACCUSED IN ACCORDANCE WITH THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURES OF THE REPUBLIC OF TURKEY**

consideration for the judgment of conviction, this means that the right to defence is restricted.

If the accused is interrogated by the court more than once but that first interrogation was in breach of law because of the violation of the protective period, the verdict of guilt should be unlawful as long as the court has taken that interrogation into consideration and has not ruled out the that statement (testimony) of the defendant. In other words, the right to defence is considered to be restricted if the statement from the first interrogation is not ruled out and is *also* taken into consideration for the judgment even if the accused is re-interrogated in another session after the one that the interrogation is made. Because there is always the *objective* possibility that the statement which the accused made at the hearing without having adequate time to prepare his defence could be different if he had been allocated adequate time to prepare his defence. Therefore the fact that the consequent defences of the accused are also taken into consideration while the statement of the accused which is obtained from the interrogation is evaluated will not change the result we have achieved<sup>6</sup>. It should be accepted that there is a huge difference between making a statement that supports the defence during the interrogation or at least making a statement which does not harm the defence and making a statement which does not support and even harms the defence and then trying to compensate the previous mistakes or defects with consequent defences.

---

<sup>6</sup> The issue is directly related to the evaluation of evidences together (see FEYZİOĞLU, Metin : Moral Conscious in Criminal Procedure, Ankara 2002, p. 139-149). The court's taking the statement from the interrogation into consideration while rendering the judgment of conviction means that it is attaching importance to that statement. It is not anymore possible to say in the light of a consequent evaluation that the same result could be achieved by means of other evidences and without the statement of the accused. What should be done is re-hearing the case.

This evaluation by us is also supported by the provisions of Article 38 of the Constitution stipulating that “Findings obtained in contradiction to law can not be regarded as evidence” and of Article 217/2 of the CCP stipulating that “The charged crime can be proved with all evidences which are obtained in accordance with the law” since interrogation is the method to obtain the evidence called ‘the statement of the accused’. As the accused is interrogated in the presence of a violation of the legal period between the service of the indictment and the date of hearing, the statement of the accused obtained by interrogation is contradictory to law.

As a result, if the hearing is not carried out at least one week after the service of the indictment and if the procedures followed at this hearing form the basis of the judgment of conviction, a judgment which is contradictory to law and in breach of Article 176 of the CCP, Article 217/2 of the CCP, Article 38 of the Constitution and Article 6 of the ECHR is rendered.

## **STVARANJE MODERNOG GRAĐANINA**

**DRAGANA ĆORIĆ\***

U procesu rekonstrukcije društva, posebno na Balkanu, kada svo oružje još uvek nije u potpunosti povučeno sa scene (pri čemu oružje treba shvatiti u bukvalnom ali i figurativnom smislu), postoji izvestan rizik od brzog prelaska na ljudska prava i demokratske institucije. Obnavljanje društva i njegovo postavljanje na demokratske osnove znači ponovno učvršćivanje veza i interesa među ljudima, pronalaženje vrednosti na kojima se takvo društvo jedino može i treba izgraditi. Odabir takvih vrednosti zahteva pažljiv proces, jer one moraju garantovati poštovanje i dostojanstvo svake osobe. Da bi se zatim te vrednosti mogle i primenjivati, treba da se ispolje u okviru prava, koja će institucije društva morati sprovesti i poštovati.

S tim u vezi je postalo nužno (re)definisati pojam participativne demokratije, koja se kao politički korektiv, pojavljuje još od antike, i ponovo (pr)oceni status građana. Ekstremistički pokreti, nasilje, rasizam, ksenofobija i društvena izopštenost prete demokratijama, jer rešenja koja oni nude i ideologija na kojoj počivaju deluju običnom čoveku-jednostavnije i prihvatljivije. Postulati demokratije su apsolutizovani, idealizovani, i za njihovo poimanje je potreban zavidan umni aparat, ali i vreme, koje čovek u sred tranzicionih kretanja, nema na pretek. Sa druge strane, tu su globalizacija i dalekosežni tehnološki razvoj kao specifični izazovi za demokratije, koji iz potaje prete da unište njenu više nego korektnu sadržinu.

### **1. Demokratija kao ideološki okvir**

Zato demokratiju ne treba posmatrati samo kao oblik upravljanja i politički sistem zasnovan na ograničenoj ulozi građana kao glasača koji obezbeđuju većinu za one koji sprovode vlast (iako s etakav koncept provlači sve vreme postojanja demokratije kao režima). Pored tog formalnog vida, demokratija

\* LL.M. Assistant, The faculty of Law, Novi Sad, Serbia and Montenegro.

se mora posmatrati kao oblik zajedničkog života u zajednici koji vredi samo ako se neke političke slobode aktivno koriste, ako te slobode svi građani podjednako uživaju i ako svi doprinose njihovom daljem razvoju. Bez istovremene zastupljenosti svih komponenti, demokratija može samo da hramlje, i da dokazuje svoju potrebnost drugim sredstvima, čime će biti svakako narušena ubedljivost njenih ličnih argumenata. Ako većina nešto želi, smatra Hajek, to je sasvim dovoljno da se smatra dobrim. U tom smislu i demokratija se može posmatrati kao način određivanja šta će biti zakon, tj. šta se to ima poštovati u određenoj zajednici.

Ako demokratiju, kako je rekao Abraham Linkoln, shvatamo kao "vladavinu za narod, vladavinu naroda, i od strane naroda" onda sam izraz "građanin" ne označava samo pravni status u okviru političkog sistema; već označava kompetencije, veštine i sposobnosti koji se moraju preneti u procesu doživotnog učenja. Demokratija nije uvek bila vlast kroz narod, ali je bila vlast za narod. Narod određuje cilj vladavine, jer jedino on, po osnovu suvereniteta, ima mandat za to. Cilj je naravno blagostanje celog društva, a ne samo određenih delova društva, određenih po nekom partijskom, rasnom, imovinskom ili dr. cenzusu. Narod prepušta sredstva svojim sugrađanima koji su ga voljni voditi prema postizanju tog cilja. On prati te odabrane građane kako bi bio siguran da oni kojima je poverio autoritet neće taj autoritet zloupotrebiti<sup>1</sup>.

Ovde se prvo izdvaja tzv. građanska kompetencija, pod kojom se podrazumeva veći stepen zainteresovanosti za političke procese, spremnost za participaciju, doprinos političkim partijama ili čak i članstvo u političkim partijama, dobrovoljnim grupama i udruženjima. Navedeno ne treba mešati sa političkom kompetencijom – sposobnošću da se shvate politička pitanja i da se o njima diskutuje na informisan način. S tim u vezi je i

---

<sup>1</sup> Ludger Kühnhardt, *Budućnost demokratizacije*, u izdanju: Karl Kaiser/Hans-Peter Schwarz (Hrsg.), *Svjetska politika u novom stoljeću* (Savezna centrala za političko obrazovanje 364) Bonn 2000., str. 233-242



Heldova konstatacija da "demokratija zaslužuje to ime samo ukoliko građani imaju moć da delaju kao građani«, ako mogu da uživaju građanska prava koja im omogućuju demokratsko učešće".<sup>2</sup> To znači da se posebno apostrofira upravo građanska kompetencija, kao rezultat jednog informisanog i volontarizmom inspirisanog delovanja građana.

Šta zapravo danas znači demokratija , i demokratsko uređenje ili raspoloženje pojedinaca? Znači "postojanje unutrašnjih osećaja privrženosti principu univerzalnosti, međuzavisnosti i nedeljivosti ljudskih prava i sloboda; verovanje u vrednost, dostojanstvo i slobodu pojedinca; privrženost vladavini prava( odnosno zakona), pravdi, jednakosti i pravičnosti u svetu razlika; privrženost miru i participativnim, nenasilnim i konstruktivnim rešenjima društvenih problema; uverenje u korisnost demokratskih principa, institucija i procedura, kao i u značaj građanske akcije; poštovanje različitih kultura i njihovih doprinosa čovečanstvu<sup>3</sup>; prihvatanje principa pluralizma u životu; privrženost vrednosti uzajamnog razumevanja, saradnje, poverenja i solidarnosti i privrženost borbi protiv rasizma, predrasuda i diskriminacije; verovanje u značaj lične odgovornosti; privrženost principu održivog ljudskog razvoja shvaćenog kao ravnoteža između društvenog, ekološkog i privrednog rasta". Temeljni princip demokratije zapravo je tzv. apstraktni građanin, kao nosilac pravnog i političkog subjektiviteta, odnosno kao adresat svih prethodno navedenih ovlašćenja i obaveza. Time se i sama demokratija personalizuje, jer nju podržavaju, sprovode i za nju se opredeljuju upravo takvi-apstraktni građani.

Politička stvarnost govori u prilog tezi da će demokratija(bilo da

---

<sup>2</sup> Dejvid Held , *Demokratija i globalni poredak*, »Filip Višnjić«, Beograd, 1997. Postoje mnogi članci o tom pitanju nedostatka poverenja i participacije što u stvari predstavlja jedno od ključnih pitanja u debati o komunitarizmu. Videti: Robert T. Putnam: "Bowling Alone: America's Declining Social Capital", in: *Journal of Democracy*, 6, January 1995. pp. 65-78

<sup>3</sup>Miodrag A.Jovanović: O neophodnosti vaspitanja za demokratiju, u Zborniku radova Stvaranje prava, Beograd, 2000, str.241-247.

ima prefiks "kulturalna" ili neki drugi, ili da ostane bez istoga) biti dominantan politički oblik države u 21. veku. Bez obzira na mnoga neispunjena obećanja iste<sup>4</sup>, duboku krizu sopstvenog legitimiteta<sup>5</sup> i na konstantne napade nadolazeće društvene homogenizacije<sup>6</sup>, demokratija je ostavila dovoljan prostor za participaciju u civilnom društvu svih svojih članova. Posmatrano sa aspekta demokratije, sukob između diverziteta i homogenizacije, koji se u poslednje vreme potencira, i ne postoji, ili ako postoji, i nije relevantan. Diverzitet upravo pospešuje postojanje demokratije i njenog postulata uvažavanja i poštovanja različitosti, dok homogenizacija figurira više kao ekonomski proces usmeren na stvaranje jedinstvenog svetskog tržišta.

Istovremeno je prisutna i težnja da se demokratija, kao oblik države i kao ubeđenje, sačuva od napada svih «neprijatelja»<sup>7</sup>, ali i da očuva i podstakne individualne razlike i diverzitet uopšte. Takav podsticaj treba da dolazi od vrha, bez derogiranja internacionalno priznatih principa, standarda i normi. Kao glavni

---

<sup>4</sup> Norberto Bobio: *Budućnost demokratije-odbrana pravila igre*, Filip Višnjić, Beograd, 1995,

str. 17-25. Moderna demokratska država više ne počiva na proceduralnim pravilima, kako ih je Bobio nazivao, koji se aktiviraju u vreme izbora za državne funkcionere, već i na demokratskoj kulturi. Ovde se ne govori o kulturi u etnološkom smislu; ona je pretpostavka da birači imaju mogućnost da se orijentišu pre nego što preduzmu izbornu radnju. *Jens-Martin Eriksen, Frederik Stjernfelt: Anatomija mržnje.....*

<sup>5</sup> Navedeno je stav Keane-a, «jer je filozofska (bolje rečeno vrednosna) nesigurnost sustinska odlika savremenog demokratskog identiteta», videti tekst »Građanski i demokratski identitet«, Republika, br. 277/1999.

<sup>6</sup> *Tourane Alain: What is democracy, Boulder, Colorado, Westview Press, 1997*, str.177. Međutim, poznat je Fukujamin stav o univerzalizaciji zapadne liberalne demokratije kao konačnog oblika političke vladavine; ovde univerzalizacija nema negativan kontekst, već postaje ideal koji se priželjkuje. Milan Subotić: «Globalizacija demokratije i civilizacijske granice: od «trećeg talasa» do «sukoba civilizacija», Institut za filozofiju i društvenu teoriju, 1997.

<sup>7</sup> Čak i da je taj «neprijatelj» sam narod, *demos* zahvaćen rastućom izbornom apatijom; Norberto Bobio: *Budućnost demokratije.....*, str 34.

zadatak danas se demokratiji postavlja pomirenje pomenutih tenzija i "održavanje ravnoteže između diverziteta, individualnog i kolektivnog, a sve u cilju da se postigne društvena kohezija".<sup>8</sup>

Problem demokratije, pored svega navedenog je što će se sve više pretvarati u demokratizam bez jasnih odrednica, bez kontura. To bi bila najgora posledica koja bi mogla izrasti iz trijumfa demokratije nad totalitarnim režimima 20. veka. Zapadne demokratije jesu najstarije i zato veoma napredne i uspešne, tako da se pitanje o daljem ostvarenju ili preobražaju istih skoro i ne sme postavljati. Ali, upravo ovde mora započeti nova diskusija o budućnosti demokratije. U suprotnom, preterano isticanje dobrih strana demokratije bi moglo uništiti njenu suštinu, i učiniti je zavisnom od mehanizama sopstvene zaštite.<sup>9</sup>

Navike, prvenstveno političke, koje su u antici bile opisane kao "mores", čine duh demokratije. Duh demokratije je toliko dobar ili loš koliko su dobre ili loše navike građana i nasuprot demokratskim principima. Tamo gde se svako oseća slobodnim, mogao bi se u toj slobodi početi osećati i inkluzivno, tj. pozvanim da učestvuje u političkom životu. Nepoverenje, ako raste među ljudima, ima tendenciju da postane javno mišljenje ili da ono što zovemo javno mišljenje bude pod uticajem tog nepoverenja. Tako pritisak konformiteta sve više oduzima prostora idealu slobodnog

---

<sup>8</sup> *Universal Declaration on Democracy, Inter-Parliamentary Council, 161st Session, Cairo, 16. september, 1997, II deo, tačka 10*, dostupno na [www.ipu.org](http://www.ipu.org). Sa jačanjem društvene solidarnosti, i sama demokratija postaje stabilnija. Takva demokratija poštuje etičke principe, isključuje nasilje i samovolju i priznaje individualnu slobodu pojedinca u onoj meri u kojoj ona ne povređuje istu takvu slobodu drugih pojedinaca. Sima Pandurović: *Kriza demokratije, Hereticus*, br.4/2004, str. 127-131.

<sup>9</sup> Ludger Kühnhardt, navedeno delo. Evolucija demokratije istovremeno podriva plemenitu političku ideju iz koje je i sama nastala. Društvena povezanost i solidarnost su potisnute značajem pojedinca i njegovog statusa kao građanina, kojima je u prvom planu odbrana sopstevnih prava i identitea, a ne kolektivna prava i identitet. Dominik Šnaper: *Zajednica građana- o modernoj ideji nacije*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci- Novi Sad, 1996, str.2

čovečanstva<sup>10</sup>, jer je čovečanstvo pod konstantnim pritiscima za ostvarenje sloboda, prava i obaveza istih građana, bez vremena za promišljanje o globalnoj slici..

Demokratija se, na stranu ostavivši sve loše navike njene i njenih konstituenata, tj.građana, kao svojevrsna organizovana sloboda afirmiše i kao vladavina na osnovu iskazane volje većine u uslovima prihvatljivim za sve (što znaci i jasnu zaštitu (svih) manjina). Dakle, polazna tačka demokratske konstitucije jednog društva je konsenzus, a najviša tačka je demokratija kao organizovana sloboda. "Zahvaljujuci organizovanoj slobodi, demokratija dopušta da se i najdublje stvarne revolucije obave na zakonit, dakle miran i razuman nacin, a to je svakako poslednja tacka do koje se moze ispeti jedna društvena organizacija".<sup>11</sup> Istovremeno , treba imati u vidu i svojevrsan paradoks demokratije, tj. činjenicu da se njenim prednostima mogu nesmetano koristiti i oni koji su njeni protivnici, pa i neprijatelji, dovodeći tako demokratiju do samoukidanja.<sup>12</sup> Tako odbrana demokratije kao političkog režima , kao ideologije i misli o boljoj budućnosti deluje kao mnogo teži zadatak nego njeno osvajanje, tj. konstituisanje, jer su tada njeni neprijatelji poznati i očigledni, dok, sa druge strane, tokom svoje egzistencije, sama sebi demokratija može načiniti više štete, kako je već ranije navedeno.

## **2. Uloga države u demokratizaciji pojedinaca**

Slaganje svih aktera političkog života u jednoj državi u pogledu izvesnih političkih vrednosti treba da bude prihvaćeno kao konstanta razvoja iste države, ali i temelj za funkcionisanje države uopšte . Neki teoretičari su, od svih političkih vrednosti koje su nastale posebno tokom poslednje decenije u (novo)

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Jovica Trkulja: Sricanje demokratije- Srpska zakasnela "nadoknadjujuca revolucija", Nova srpska politicka misao Posebno izdanje 1 (2001), slično i kod Božidar S. Marković: Nacela demokratije, biblioteka "Politika i društvo", Beograd, 1937.

<sup>12</sup> Danilo Basta, "Slabosti demokratije", u: O demokratiji, biblioteka "Politika i društvo", Beograd, 1995

demokratizovanim državama, izdvojili, kao najbitnije: vladavinu prava, poštovanje sloboda i prava pojedinca i demokratsko uređenje države. Jedna iz druge proističu, i uticaj nijedne od njih ne može biti uzet izvan konteksta istovremenog postojanja i druge dve vrednosti. Takođe, sve tri moraju istovremeno biti institucionalizovane i prihvaćene od strane svih aktera društvenih kretanja.

Poslednjih nekoliko godina, očigledno je slabljenje moći države, ne u smislu suštinske vlasti, nego kao ideološkog temelja svake zajednice<sup>13</sup>. Ta erozija obuhvata različite aspekte, npr: razgradnju shvatanja države: od božanske volje i vrhunske zajednice na politički izgrađenu jedinicu; zatim izmenu shvatanja suvereniteta države, budući da međunarodni zakoni, posebno u oblasti ljudskih prava ograničavaju samovolju samih država, postavljajući ih u drugačije okvire i urušavajući njihov izvorni autoritet.<sup>14</sup>

Demokratija može tako da bude stabilna samo ako njene funkcije i zadatke obavljaju efikasne demokratske institucije, tj. državni organi. To proističe iz opredeljenosti same države da uspostavi sebe kao stabilan, moćan i nadasve efikasan entitet, efikasan u smislu ispunjavanja svojih osnovnih i izvedenih funkcija. Legitimnost demokratskih procesa dalje zavisi od kvaliteta postignutih rezultata – neuspešna politika će, barem kratkoročno ili srednjeročno, dovesti do destabilizacije dela ili čak celog društva. Zato je efikasnost institucija od prevashodnog značaja i počiva na prihvatanju institucija od strane građana u onoj meri u kojoj su te institucije, kao što su političke partije, interesne grupe i građanski pokreti, zasnovani na dobrovoljnom radu i aktivnim

---

<sup>13</sup> Lamoureux, J., Građanska svest i pluralističko razmišljanje: Praksa na četiri mesta u Kvebeku. Strazbur: Savet Evrope, 1999, dokument DECS/EDU/CIT(99)46. strana 12.

<sup>14</sup> Neretko se upravo taj aspekt narušavanja ljudskih prava od strane državnih organa u jednoj državi uzima kao povod za inostrane intervencije širih razmera. Poštovanje ljudskih prava je tako postala ne samo zvanična ideologija svih država, već i povod za uplitanje drugih država u pitanja koja se nalaze pod suverenitetom države.

doprinosa građana ili članova. Država jeste *societas civilis*<sup>15</sup>, a sloboda i nije ništa drugo do "udružena akcija slobodnih ljudi jednakog statusa (tj. građana) da zajedničkim delanjem, mudrosću i participacijom oblikuju opšte dobro političke zajednice"<sup>16</sup>.

Princip građanstva stoga je ključna ustanova moderne države. Kako to naglasava Volcer, vladavina građana nad negrađanima, punopravnih članova nad strancima, čini najsnažniju formu moderne tiranije<sup>17</sup>. Raspodela prava i obaveza, kao i svih drugih dobara i vrednosti se upravo odvija po ovom modelu. DRžava u ovom slučaju ima sporednu ulogu, jer samo faktički vrši raspodelu tih dobara, pošto je legitimnost njihovog posedovanja već izvedena na osnovu pripadnosti određenoj skupini ljudi.

### **3. Civilno društvo kao imperativ novog doba**

Pojam civilnog društva, kao segmenta izvan kontrole države, je, može se reći oduvek postojao. Ipak je njegov značaj apostrofirana tek 1993. godine, kada je na samitu svetskih lidera usvojena Agenda 21, koja je upravo istakla potrebu stvaranja jednog takvog sektora, posebno u zemljama bivšeg istočnog bloka<sup>18</sup>. Civilno društvo čini i niz drugih institucija i udruženja i pored nevladinih organizacija, koje se često poistovećuju sa samim pojmom civilnog društva. NVO-i jesu veoma značajan, ali ne i jedini segment civilnog društva, niti su njegova jedina snaga i inspiracija. Time se naravno ne iscrpljuje pojam civilnog društva, ali se više pridaje pažnju njegovim funkcijama i neposrednim aktivnostima.

"Povezujući javnu i privatnu sferu delovanja, civilno društvo omogućuje da se personalni i kolektivni identiteti shvate u njihovoj povezanosti i da se u procesu socijalizacije razvijaju obe

---

<sup>15</sup> Milan Podunavac, Princip građanstva i poredak politike, »Princip« i FPN, Beograd, 1998

<sup>16</sup> *ibid.*

<sup>17</sup> Majkl Volcer: Područja pravde, Filip Višnjjić, 2000, str. 213

<sup>18</sup> Vera Vujošević: Civilno društvo u lokalnoj zajednici, Republika, br.374-375/2006.

komponente identiteta".<sup>19</sup> Domašaj civilnog društva je u takvim situacijama uvek korektivan i komplementaran<sup>20</sup>. Tako shvaćeno civilno društvo obuhvata sve one aktivnosti građana koje proizlaze iz spontanog i slobodnog organizovanja radi rešavanja nekog problema od javnog značaja i vršenje uticaja na nosioce društvene i političke moći da bi se izvršile neophodne društvene promene. Učestvujući u takvim aktivnostima, pojedinac formira svoj građanski identitet, koji je po prirodi demokratski, budući da otvara prostor za pluralitet identiteta<sup>21</sup>.

Civilno društvo nije jednoznačan pojam. Pojam civilnog društva u sebi uključuje i element „civiliteta“, to jest uređenost društva kroz prihvatanje civilizacijskih vrednosti i odnosa izgrađenih kroz evropsku istoriju<sup>22</sup>. Ipak, ono što je zajedničko skoro svim definicijama civilnog društva i što se može uzeti kao *differentia specifica* ovog pojma jeste njegova relativna autonomija u odnosu na državu. Još jedno važno obeležje civilnog društva jeste njegov demokratski karakter koji proizilazi iz same njegove prirode koja se zasniva na principima slobode, solidarnosti, participacije, pluralizma, samoorganizovanja i dr. Civilno društvo i demokratija su nerazdvojni, pa se otuda sa pravom smatra da je civilno društvo "škola demokratije". Svaki model civilnog društva treba da obuhvati tri nivoa: nivo individualnog građanina, nivo građanskih asocijacija i nivo javnosti. Dakle, civilno društvo povezuje građane (kao nosioce civilnih prava), građanske asocijacije i javnost u zajedničko polje i na taj način spaja principe autonomije, asocijativnosti i javnosti. Neki autori u ovome prepoznaju dvostruki karakter civilnog društva – protektivni (negativna sloboda, koju omogućuje korpus garantovanih građanskih prava i sloboda) i participativni (pozitivna sloboda, koja se ogleda u mogućnosti građana da preko građanskih asocijacija, ali i individualno, raspravljaju o pitanjima od javnog interesa i da utiču na određivanje smera državne politike).

---

<sup>19</sup> Zagorka Golubović: Ja i drugi- antropološka istraživanja individualnog i kolektivnog identiteta, Republika 1999.

<sup>20</sup> Milan Podunavac, navedeno delo.

<sup>21</sup> Zagorka Golubović, navedeno delo.

<sup>22</sup> Miljenko Dereta, Izlaganje na konferenciji *Konsenzus o evropskoj budućnosti Srbije*, (Beograd, 15. januar 2005. godine)

Civilno društvo je na izvestan način ovlašćeno da stvara nove političke alternative i da nadzire vladu i državu. Kao takvo, stoji na početku i na kraju tranzicionih procesa, istovremeno učvršćujući ubeđenost u pozitivne efekte demokratije. Prema tome, u svim fazama demokratskog procesa, jedno aktivno i nezavisno civilno društvo je od neprocenjive koristi. Odsustvo demokratske političke kulture koja podrazumeva participativnost, toleranciju, nenasilje, poštovanje različitosti, jeste veliki problem i nedostatak za civilno društvo u Srbiji, jer to znači i odsustvo građanina kao nezavisne i slobodne ličnosti. Značajno ograničenje jeste i činjenica da je ovaj prostor još uvek obeležen nasleđem prethodnih režima, ratovima i multinacionalnim sukobima, kao i da postsocijalistička politička ideologija još uvek ovde nalazi plodno tle i ima izvestan uticaj na trenutna politička kretanja.

Često se kaže da demokratska država i civilno društvo žive i umiru zajedno. NJihovi zahtevi su komplementarni i često podudarni. Da bi se isti mogli efikasno zadovoljiti, to pre svega znači da treba prihvatiti izazove zaštite ljudskog dostojanstva u složenom svetu koji se brzo menja.<sup>23</sup> Postizanje ovog cilja zavisi od sposobnosti da se razvije "zajednički građanski kapital", odnosno korpus vrednosti koje će svima biti podjednako bliske i koje će svi sa istom snagom poštovati i braniti.

#### **4. Aktivni i pasivni građani**

Prema Heldovoj definiciji, građanstvo je status koji u načelu daje individuama jednaka prava i dužnosti, slobode i ograničenja,

---

<sup>23</sup> "Dostojanstvo je vrednost koja za razliku od svih ostalih vrednosti, ne može biti razmenjena za bilo koju drugu... a da bi se život učinio dostojanstvenim u najistinitijem i najstvarnijem smislu, potreban je neprekidan Napor... za to je potrebno daljudi napuste mržnju i uvrede i da streme delovanju u skladu sa lepotom i ljubavlju." Arnold Tojnbi i Daisaku Ikeda- dijalog: Izaberi Život, Dereta, Beograd, 2005, str.360-361.



moći i odgovornosti<sup>24</sup>.Ovako elastično postavljena definicija građanstva , kao statusa je univerzalna i po tome što se vezuje jedino za modernost, odnosno moderno koncipiranu državu i državnost, tj. suverenost, bez obzira na politički sistem u kome funkcioniše. Time je pređen veliki razvojni put ovog koncepta , uzevši u obzir inicijalni stav Aristotela da su građani samo oni koji mogu participirati u vlasti, u kontekstu počasnih položaja. Tada se građanstvo moralo osvajati, a ne sticati jednostavnom fizičkom egzistencijom pojedinca.Ekskluzivnost je prerasla u inkluzivnost, donoseći mnogo veći korpus sloboda ali i oabveza, mnogo veću odgovornost , ali i moć pojedinca, koji svojim glasom može uticati na mišljenje u globalu.<sup>25</sup>

Francuski ustav od 1791.godine je prvi uveo razlikovanje aktivnih i pasivnih građana, i to u kontekstu ustanovljavanja novog, demokratskijeg izbornog sistema. Zapravo je to učinio Sjejes tek 6 dana nakon simbličnog pada Bastilje, u svom obraćanju novoj Skupštini 21-22 jula 1789. godine. Aktivnim građanima , građanima u punom smislu te reči su se mogli, prema ovom konceptu smatrati samo ona lica koja svojim aktivnim učešćem doprinos erazvoju javnih službi, te stoga i zaslužuju pravo glasa. Navedeno je značilo ekskluziju prvenstveno žena i starijih lica, koji zbog svojih godina više nisu u stanju da aktivno služe svojoj zemlji. Oni drugi (*citoyens passivs*) su osobe koje su plaćale mali porez ili ga uopšte nisu plaćale, pa samim tim nisu imale pravo glas. Ovde s emože uočiti sledeći paradoks: dok je postojala nejednakost, konstituisana na temelju apsolutne monarhijske vlasti, težnja za postizanjem jednakosti sa tim vladalačkim slojem je smatrana idejom vodiljom i integrativnim faktorom, koji je mobilisao sve ljude oko te ideje. Ali kada je jednakost postala norma, tj. kada je svrgnut apsolutizam i izvršeno izjednačavanje, zbog kog je revolucija i započeta, postavilo se pitanje, ko će ipak biti -više jednak u svojim pravima od ostalih. Sa promovisanjem takve (ne)jednakosti i njene moralne komponente, zapravo se na

---

<sup>24</sup> Dejvid held: demokratija i globalni poredak, dtr.86, Filip Višnjić, Beograd, 1997

<sup>25</sup> JOvan Komšić: Teorije o političkim sistemima,Institu društvenih nauka, Beograd, 2000, str.224-225.

drugoj strani sve više otvarao krug prepreka- političkih, ekonomskih i dr. za punu realizaciju jednakosti kao principa.

Aktivno građanstvo u današnjem smislu podseća na ulogu građanstva u antičkoj Grčkoj, na participativnu demokratiju, te na tradiciju građanskog republikanizma prema kojoj građanin, osim što ima svoja građanska prava, ima i obaveze. Može li se nametati aktivno građanstvo kao ideal, posebno ako ima onih koji ne žele da budu aktivni građani? Kimlika<sup>26</sup> navodi dva argumenta u prilog ideji aktivnog građanstva – liberalni i klasični. Prema liberalnom shvatanju, građanin treba da učestvuje u javnom životu zbog instrumentalnih razloga, tj. javnom iskazivanju sopstvenog stava. U tom smislu sledi, da se uspeh može postići samo ako se aktivno govori o postojanju problema i mogućim načinima njegovog rešavanja<sup>27</sup>. Takođe, savremena demokratija nije i ni ne može biti savršeni oblik vladavine; govor o njenim nedostacima neće urušiti njen autoritet, već će ubrzati promene i procese koji će dovesti do otklanjanja tih nedostataka.<sup>28</sup>

Kimlika predstavlja i "klasični" argument za aktivno građanstvo koje se temelji na unutrašnjoj vrednosti političkog delovanja, a koji je već ranije bio istican od strane Rusoa, Makijavelija i drugih, a koji s eodnosi na participaciju u državnim, javnim poslovima.

Savremena funkcionalna demokratija zahteva informisane<sup>29</sup>,

---

<sup>26</sup> Kymlicka W., 2002.: *Contemporary Political Philosophy: an introduction*, OUP, Oxford

<sup>27</sup> Faulks K., 2000.: *Citizenship*, Routledge, London

<sup>28</sup> Davies I./ Gregory I./ Riley S.C., 1999.: *Good Citizenship and Educational Provision*, Falmer Press, London

<sup>29</sup> Đorđe Pavićević: Javnost, u zborniku *Kritički pojmovnik civilnog društva*, str.139-151. Autor ovde posebno ističe definiciju demokratije, koja po Nerberto Bobiu, predstavlja vladavinu javne moći u javnosti..Planski je upotrebljen termin javno naspram tajnog, jer život ljudi u jednoj zajednici ne sme biti uređivan tajno već to mora biti res publica-stvar svih.Dalje, sledeći ovu logiku, mogli bi zaključiti da se pod informisanošću treba ju podrazumvati dva prava: pravo das esaopšti

odgovorne, participativne i kritičke građane, tj. građane koji su svesni(tj.obavešteni) da život u zajednici povlači za sobom ne samo prava nego i određene dužnosti .Princip građanstva je uvek u sebi sadržao posebnu vrstu reciprociteta (simetrije) između građana i političke zajednice<sup>30</sup>. Ono što je bitnije odnosi se na Aristotelovo shvatanje<sup>31</sup> da čovek postajući član političke zajednice ostvaruje svoju prirodnu suštinu, koja se aktualizuje u političkom biću (*zoon politikon*). Ideja građanina ima ovde pre svega svoj metafizički smisao po kome čovek svoje potpuno ispunjenje dobija životom u političkoj zajednici. Čuvena je Aristotelova rečenica kojom se izražava ovaj metafizički *credo*: biće koje nije sposobno ili nema potrebu da učestvuje u životu političke zajednice jeste zver ili bog.<sup>32</sup> U vezi s tim je i misao Bertranda Rasela, koji je istakao da "čovek nije usamljena životinja i dokle god postoji društveni život, samorealizacija ne može biti najviši princip etike".Jedino u međusobnim interakcijama, realizacijom interesa drugih je i realizacija sopstvenih interesa moguća, Ista ne može i ne sme biti prihvaćena kao isključivi cilj ljudskog delovanja, već kao način i sredstvo da se realizuju interesi drugih. Preneto na teren građanskih prava i sloboda, npr. prava na participaciju u vlasti, navedeno znači da svako svojim ličnim učešćem u izboru predstavnika naroda zapravo omogućava isto to pravo i ostalima koji na isti način aktiviraju svoje pravo.Tako pojedinac "razvija svoju individualnost" a istovremeno i pozitivno deluje na kolektivitet iz koga izvorno potiče.<sup>33</sup>

---

gledište iakos e protivi vlasti, kao i pravo da se zahteva od drugih saopštavanje različitih stanovišta.Vi deti: Džon Kin. Mediji i demokratija, Filip Višnjić, 1995, str. 97.

<sup>30</sup> Milan Podunavac, navedeno delo. Isto i kod Heater, Derek. (1990), ***Citizenship: The Civic Ideal in World History, Politics and Education***, London: Longman,p.2.

<sup>31</sup> Aristotel. 1970. *Politika*, Beograd: Kultura

<sup>32</sup> Milorad Stupar: O pojmu građanina-nacionalizam vs. kosmopolitizam,1997, Filozofija i društvo, XI/1997

<sup>33</sup> Zagorka Golubović: O personalizmu-individualizam ili kolektivizam. personalizam kao alternativa

## 5. Moderni građanin-između nacionalnog i kosmopolitiskog

Za razliku od Aristotelovog shvatanja, moderno shvatanje građanina počiva na ideji da individua stupa u vezu sa političkom zajednicom i njenim vlastima tek pošto je svojom voljom na to pristala, čime se u stvari naglašava sloboda i lična suverenost individue, a ne metafizička suština čoveka kao bića zajednice<sup>34</sup>. Konstituisanje građanina kao samosvojne jedinice treba se odvijati unutar okvira jednog društva, u stalnom kontaktu sa ostalim članovima jednoga društva<sup>35</sup>. Jedino tako svaki pojedinac može da se u potpunosti ostvari.

Kategorija građanina razvila se na jednom jednostavnom uverenju da nijedno ljudsko biće nema pravo da u potpunosti dominira drugim ljudskim bićem<sup>36</sup>. Etničko-kulturna ravan zajednice jeste bitan, ali nije odlučujući niti sme biti jedini faktor nastanka ovog identiteta. Iz toga dalje sledi da građani mogu delovati kao članovi jedne partikularne zajednice, ali samo na univerzalistički način( način koji ih sve ujedinjuje); i to dok je zajednica sposobna i spremna da implementira univerzalističke zakone<sup>37</sup>.

Vođe Francuske revolucije su koristile ideju građanina da bi izgradile u narodu osećanje nacionalne kohezije, da bi stvorile stabilan politički sistem i da bi u narod unele osećanje političkih dužnosti. Osnova te političke propovedi je bilo načelo narodnog suvereniteta.<sup>38</sup> Načelo građanina, koje u izvornom smislu podrazumeva univerzalna legalna, politička i socijalna prava kojima se brani autonomnost i suverenost individue kao takve, definisano preko nacionalnosti, je upravo proisteklo iz narodnog suvereniteta.

---

<sup>34</sup> Milorad Stupar:navedeno delo

<sup>35</sup> Žerar Role, *Apologija građanskog (pravda i tolerancija u sukobu)*, Beograd, Beogradski krug 2004.

<sup>36</sup> Milorad Stupar: navedeno delo

<sup>37</sup> Milan Podunavac,navedeno delo.

<sup>38</sup> Milorad Stupar:navedeno delo

Zašto je bitno istaći ove dve dimenzije pojma građanina, tj. nacionalnu i kosmopolitsku, i to u periodu kada se teži pomirenju i približavanju ova dva suprotstavljena koncepta?

Kosmopolitski stav, naime, podrazumeva postojanje jednog *univerzalnog moralnog* zakona kome su podređeni svi građani sveta pa samim tim i pripadnici jedne nacije. Prema ovom zakonu, ljudi kao individue su suvereni jer imaju nenarušiva prava koja ne smeju biti dovedena u pitanje čak ni od strane države čiji su državljani Univerzalni moralni zahtevi su iznad nacionalnih zahteva i ukoliko bi došlo do njihove kolizije prednost bi morao da ima moralni zakon. Kosmopolitski stav predstavlja možda i nešto više od verovanja u univerzalni moralni zakon; predstavlja istovremeno i osećanje *solidarnosti* u smislu da verujemo u to da su nam sva ljudska bića bliska bez obzira na kulturne i nacionalne razlike, a ta bliskost se temelji na uvidu da se i drugi ljudi kao i mi nalaze kao ljudska bića u istom ili sličnom položaju u svetu<sup>39</sup>. Ideja građanina sveta stoga nije dovoljna za utemeljenje ideje o jednoj kosmopolitskoj, nadnacionalnoj državi, jer identitet takvog građanina je suviše široko koncipiran, i postoji mogućnost dase isti u takvom identitetu -izgubi.

Posmatrano sa druge strane, mora se priznati da ne postoje logičke ili druge prepreke zbog kojih sprovođenje načela građanina mora biti ograničeno na područje nacionalnog. Prepreke možda postoje na planu političko-pravne realizacije zaštite slobode i prava u smislu kompleksnosti aparata koji taj zadatak treba da obavi, odnosno ograničavanja prostora na kome taj zadatak treba da se izvrši,. Nacija se ne može prihvatiti kao jedini okvir u kome navedeni mehanizmi mogu uspešno da funkcionišu. ž

Dalje, ključno pitanje za kosmopolitu je da li se na osećanju solidarnosti može izgraditi jedna efikasna nadnacionalna država koja bi mogla da predstavlja međunarodnu političku zajednicu u kojoj bi odnos građanin-država kao i zaštita ljudskih prava

---

<sup>39</sup> Milorad Stupar:navedeno delo

konsekventno bili dovedeni do kraja<sup>40</sup>.

Savremena teorija poznaje i termin "građanskog etosa", pod kojim se podrazumeva jedinstvo slobode, spremnosti i sposobnosti za odgovornost, za tolerisanje pluraliteta i dostojanstvo građana, smisao za pravdu, otvorenost, poverenje i kooperaciju i empatiju.<sup>41</sup>Nijedna od ovih komponenti ne može samostalno egzistirati, jer je njihov samostalni značaj, u savremenom svetu, suviše mali, da bi mogao biti predodređen za velika idealizovana dela.

Savremena demokratska društva poznaju dosta razvijen konformizam i "bektstvo od slobode". To se može objasniti fenomenom "masovnog društva" u kojem mnoštvo vrši pritisak na individue, koji se moraju ponašati shodno pravilima "gomile", da se ne bi previše razlikovali. No ovakva društva, upravo zbog ranijih loših iskustava, prvenstveno zbog veoma izražene potrebe za eskapizmom svake vrtse, stalno ostavljaju otvoren prostor za razvoj slobode i za nezavisno delovanje građana, čime se eprepušta pojedincima na volju da odluče, hoće li se prikloniti autoritetu ili zadovoljenju potrebe za slobodom.<sup>42</sup> Ako se epriklone autoritetu, svesno će ugušiti realizaciju svojih osnovnih prava ali i stopirati sopstevno ispunjenje kao osobe i građanina. U drugom slučaju, zadovoljenje slobode će biti praćeno verovatno dugim i mučnim procesom osvajanja istih tih sloboda čije se zadovoljenje zahteva, ali će rezultat daleko nadvisiti trnovit put kojim se do tada hodalo.

## **6.Ljudska prava u sukobu sa pravima građana?**

Potreba za legitimitetom, posebno institucija sistema, prevazilazi okvire običnog verovanja - poverenja u principe sistema samog. Bez rešavanja ovih konceptualnih problema, skoro da je

---

<sup>40</sup> Stupar, Milorad.: "Kosmopolitski identitet i nadnacionalna država" u *Kako misliti budućnost Evrope*, Sremski Karlovci: Krovovi, 1995.

<sup>41</sup> Zagorkas Golubović: Ja i drugi- antropološka istraživanja individualnog i kolektivnog identiteta, republika 1999

<sup>42</sup> Fromm E., 1980, *Zdravo društvo*, »Rad«, Beograd.

nemoguće definisanje demokratije, posebno u postsocijalističkim zemljama<sup>43</sup>. Univerzalna ljudska prava se stoga posmatraju kao kulturno relativna, čija interpretacija i primena zavisi od etničke, religijske dimenzije istih. Ipak demokratija ne može garantovati ljudska prava, ali se ona ne mogu efikasno ni zaštititi bez upliva demokratije i njenih institucija. Dalje, iz ideje ljudskih prava proističu i demokratija i načelo podele vlasti. Ovo trojstvo ima pravno –institucionalnu zaleđinu, a njegova realizacija jeste istovremeno irealizacija postulata pravde, jednakosti i dostojanstva svakog čoveka<sup>44</sup>.

Ljudska prava ne nude zatvoreno filozofsko tumačenje, već osnovu za različite koncepcije zajedničkog života. Razumevanje stanja ljudskih prava, posebno u tranzicionoj, postsocijalističkoj Srbiji, prema mišljenjima nekih autora<sup>45</sup>, nije moguće bez razumevanja šireg istorijskog, političkog, društvenog, socijalnog i kulturnog konteksta u svakoj državi. Od toga zavisi i nivo prihvaćenosti koncepta ljudskih prava, posebno imajući u vidu da ona ni ne mogu postojati bez mehanizama koji garantuju njihovu realizaciju ili zaštitu u slučaju kršenja, kao i da "nema listinga prava koji bi omogućio ispostaviti nekoj zajednici kao univerzalni metar poštovanja prava čoveka u toj zajednici"<sup>46</sup>.

Ljudska prava su postala glavna politička ideologija našeg

---

<sup>43</sup> Koa glavna pitanja, ovde se nameću da li je demokratija moguća u državama nacionalnog tipa (zbog njihove političke i etničke jedностранosti), ili multikulturalizam označava kraj demokratije, onakve kakvom je oduvek bila? Koliko kulturni diverzitet limitira mogućnosti za nastanak i opstanak demokratije? *Andreas Johansson: Cultural diversity and the democratic dilemmas .....*, str.17

<sup>44</sup> Martin Kriele, *Oslobođenje i političko prosvetljenje. Pledoaje za dostojanstvo čoveka*, Freiburg 1980, 42

<sup>45</sup> Ljudska prava i kolektivni identitet, knjiga izveštaja za 2004 godinu, Helsinški odbor za ljudska prava, 2005, str.13 i dalje. Ovde se ne priznaje postojanje razlike između države i društva, iz čega sledi isključiva etnička dimenzija pojma građanina.

<sup>46</sup> Predrag Krstić: O protivrečijam ljudskih prava, u zborniku *Kritički pojmovnik civilnog društva*, str. 117-122.

vremena<sup>47</sup>. Svojim specifičnim osobinama kao što su univerzalnost, nedeljivost i neotuđivost ljudskih prava i sloboda treba da ukažu svim građanima ( ali i državnim organima) na potrebu suprotstavljanja nejednakostima zasnovanim na polu, etničkom poreklu, jeziku, veri, društvenom statusu i drugim diskriminatornim obeležjima . Sticanje stavova i veština za promovisanje i zaštitu ljudskih prava, kao i razvijanje sredine koja podstiče učenje i nastavu u duhu ljudskih prava, jesu postulati kojima treba težiti u procesu socijalizacije i stvaranja odgovornih građana.

Ljudska prava tako predstavljaju vrhunac principa po kojem je individua u svojoj ljudskosti nosilac najviših i neotuđivih prava,<sup>48</sup> dok je u republikanskom modelu nosilac suverenih prava upravo građanin koji svoju lojalnost zajednici iskazuje kroz određene procedure i nedovođenje u pitanje opšteg dobra. Monarhijsko ustrojstvo poznaje samo podanike, verne sledbenike određene ideologije, inspirisane nasleđem i dugotrajnom tradicijom. "Državni razlog", tj razlog očuvanja države i monarha i tradicije, je često bio razlog za pokretanje malih pobedničkih ratova ili uvođenje rigoroznih reformi. Podaništvo je isključivalo svaki vid participacije u vlast. Zajedničko i podanicima i građanima je što su bili državljani, prvi su bili bili u potpunosti obespravljeni i pokoreni višem entitetu, tj. monarhu, a drugi, iz istig razloga, su stekli mogućnost aktivne participacije u formiranju valsti i odlučivanuu u državi.

Biti građaninom podrazumeva građanski status koji se stiče državljanstvom, odnosno pripadnošću republikanski ustrojenoj zajednici. U prvom slučaju nosilac prava je čovek kao takav, pre bilo kakvog određenja, pre bilo kakvog etničkog, političkog ili društvenog statusa, dok pojam građanina počiva istovremeno i na momentu uključivanja i isključivanja: biti uključen u zajednicu podrazumeva one koji u nju nisu uključeni i koji u nju ni ne mogu biti uključeni s obzirom da se status građanina dobija ili rođenjem

---

<sup>47</sup> Dušan pavlović: O pojmu ljudskih prava, u zborniku Kritički pojmovnik civilnog društva, str.100-102

<sup>48</sup> Žerar Role, navedeno delo



(nacionalni, patriotski princip) ili se dodeljuje pod određenim, striktnim uslovima koji su propisani republikanskim zakonima.

"Pravo na građanstvo" drugo je ime za jedno univerzalno pravo koje prethodi svim drugim pravima ljudi. Postojanje negrađana, kako tvrdi Hana Arendt prikazuje u pravom svetlu odnos između "prava coveka" i "prava gradjanina"- gubitak političkog statusa, statusa građanina, statusa zoon-politikon-a, postavlja realizaciju ostalih prava izvan korpusa građanstva na nivo čiste apstrakcije.<sup>49</sup>

## **7. Građanski vs. nacionalni identitet u Srbiji**

Ljudska sposobnost za višestruki i komplementarni identitet baš je jedan od onih ključnih činilaca koji omogućavaju demokratiju u multinacionalnim državama".<sup>50</sup>"konfuzija identiteta"<sup>51</sup> ili, pak "histerija identiteta"<sup>52</sup>, nije samo plod fatalno neizbežne krize promene, u kojoj ljudi "traže nekakav čvrst pojam u svojoj svesti". Sloboda je bitno svojstvo identiteta, bilo da se on posmatra kao građanski ili nacionalni. S pravom se onda može insistirati na Habermasovoj napomeni o individualnom identitetu koji se dostiže tek "... onda kada je ličnost u stanju da uoči razliku između tradicionalnih normi i onih normi koje se opravdavaju pomoću principa"<sup>53</sup>.

U kontekstu sukoba građanskog i nacionalnog identiteta u Srbiji, već je ranije spomenuta "tačka razdora"- shvatanje pojma građanina, koja se razume kao pripadnost većinskoj naciji, a ne kao odnos građana i države.Koncept građanstva ima značenje koje je znatno šire od pojma nacionaliteta, iako se u vreme nastanka pojma građanina, posebno prilikom stvaranja modernih

---

<sup>49</sup> Milan Podunavac, navedeno delo

<sup>50</sup> Linc, Huan i Stepan, Alfred , 1998, Demokratska tranzicija i konsolidacija, Beograd, "Filip Višnjić";

<sup>51</sup> Zagorka Golubović, navedeno delo

<sup>52</sup> Navod prema: Jovan Komšić, Tranzicije, manjine i identitet, Helsinške sveske br. 12 str. 6-35.

<sup>53</sup> Zagorka Golubović, navedeno delo

država u 19. veku upravo ceo koncept interpretirao- sa stanovišta pripadnosti određenoj naciji.

Šta je to što motiviše lojalnost ljudi prema državi- pripadnost političkoj zajednici ili pripadnost određenoj naciji?. Nacionalizam odgovor na ovo pitanje daje u smislu postojanja u svesti o zajedničkom nacionalnom pripadništvu. Ali onda se javlja liberalizam pitanjem: koje uslove država mora da zadovolji da bi svakom svom građaninu mogla da osigura slobodu samostalnog izbora načina života i to u jednakoj meri u odnosu na sve ostale. Dok, tako, nacionalistički odgovor pretpostavlja da određena država može da bude samo država određene nacije, liberalni polazi od toga da država mora da se ponaša prema građanima kao jednakima samo ako je svaki građanin neposredno podređen istim zakonima<sup>54</sup>.

Globalizacija utiče na suverenitet nacionalnih država i menja prirodu nasilja.<sup>55</sup>, prvenstveno oduzimanjem dela nacionalnog suvereniteta u korist globalnog suvereniteta. Globalizacija znači da su sve nacionalne države zauzete promišljanjem svog identiteta, "restrukturacijom svoje istorije i svoje prirode"<sup>56</sup>.

Građanski (politički) identitet se dalje definiše kao preplitanje građanskog etosa, sa odgovarajucim psihičkim dispozicijama, i identifikovanje građana sa osnovnim normativnim konsenzusom<sup>57</sup>. Oblikovanje građanskog identiteta je posebno aktuelno za zemlje u tranziciji, budući da se proces transformacije iz autoritarnog/totalitarnog poretka u demokratski ne može ostvariti ako se ne izvrši takva politička rekonstrukcija koja ce omogućiti da se putem političke socijalizacije formiraju individue kao građani. Problem je složeniji utoliko što nove demokratije tek treba da pronađu svoj demokratski identitet. On ne može da se uobličiti pukim presađivanjem postojećih obrazaca. Dakle,

---

<sup>54</sup> Milan Podunavac, navedeno delo

<sup>55</sup> Entoni Gidens: Nema šanse za nezavisno Kosovo, intervju dostupan na [www.nspm.org.yu](http://www.nspm.org.yu)

<sup>56</sup> Entoni Gidens: navedeno delo.

<sup>57</sup> Schwan G., 1998, »Kako se konstituise demokratski politicki identitet«, *Filozofija i drustvo*, XIII, 1998.

demokratizacija treba da počne ne od već stvorenog društva sa svim autoritarnim talogom od prethodnih godina, već od pojedinaca , koji iskazuju spremnost da aktivno učestvuju u tom procesu "resocijalizacije".<sup>58</sup>

Da građanski identitet još nije dovoljno konstituisan pokazuje i činjenica da se populacija još uvek opredeljuje između nacionalnog identiteta i tek stižućeg građanskog identiteta; a to znači da se jedan deo potčinjava autoritetu nacije, ostajući u okviru autoritarnog shvatanja identiteta, dok drugi delimično izlazi iz tog okvira, ali nije razvio sve potrebne attribute građanstva. Stoga je i otpor prema novinama u konceptu građanstva prilično neujednačen, ali i u pogledu recepcije starih instituta.<sup>59</sup>

## **Epilog**

Biti građanin znači posedovati sposobnosti, veštine i mogućnosti koje se mogu usvajati tokom celog života, prvenstveno zbog mogućnosti da se novine u državi prihvataju otvorenog uma. Društveni život, jer jedino takav pojedinac može da vodi, u saglasju sa drugima sebi sličnima ( ili pak različitima), jeste temelj demokratije, a takav pojedinac jeste adresat prava i dužnosti koje proističu samo iz njegove pripadnosti demokratskom uređenju, bez obzira na bilo koju drugu razliku.

---

<sup>58</sup> Zagorka Golubović ,navedeno delo.

<sup>59</sup>Zagorka Golubović: Autoritarno nasledje i prepreke za razvoj civilnog društva i demokratske političke kulture



**CONVERGENCE BETWEEN THE EU AND US  
MERGER CONTROL SYSTEMS IN THE LIGHT OF  
THE ENFORCEMENT OF THE NEW EU MERGER  
REGULATION<sup>1</sup>**

**ALEXANDR SVETLICINII<sup>2</sup>**

Increasing number of international mergers, fostered by the process of globalization in international trade, has sharpened the existing problems associated with application of the laws of several jurisdictions. Because of the extraterritorial application of the antitrust laws in many jurisdictions, international mergers must get approval from all enforcement authorities concerned if the merged company is going to operate in the particular country. At the present stage, differences in merger control laws create significant impediment for international mergers. A well known *GE/Honeywell* case is an illustrative example of the consequences that differing merger control mechanisms can cause. In this regard, the initiation of a full-scale merger control reform in EU should be viewed as an attempt to converge the differing substantive and procedural regulations in order to facilitate bilateral approval of the proposed mergers. The fact that EU has followed American example in this reform is not surprising. Due to the scale of economic relations between EU and US, this convergence was intended to remove existing impediments in the business transactions between two parties.

This legislative reform, effectuated in 2004, consisted of four major elements:

---

<sup>1</sup> Present article is part of a larger research project for author's LL.M thesis regarding transatlantic cooperation in merger cases, carried out at Central European University, Hungary and Katholieke Universiteit Leuven, Belgium.

<sup>2</sup> Mr. Alexandr Svetlicinii is LL.M candidate in International Business Law at Central European University, Budapest, Hungary

- Revision of the merger regulation and modification of the substantive test;
- Adoption of the guidelines for the assessment of horizontal mergers
- Introduction of a set of best practices for the merger investigations; and
- Internal and procedural reforms<sup>3</sup>.

### Substantive Test

One of the key divergences that were present between the European and American merger control systems was differing approaches towards the substantive test that would allow assessing the compatibility of the proposed merger with the current antitrust regulations. Namely, old EC Merger Regulation had a “dominance” test as a main factor in determining the compatibility of the merger with the community competition law. It provided that “a concentration that creates or strengthens a dominant position as a result of which the effective competition would be significantly impeded in the common market or a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market”.<sup>4</sup>

In American merger control system the key of the substantive test is the “substantial lessening of competition”<sup>5</sup>. Established in the Clayton Act it was further specified in the 1982 US Merger Guidelines, which defined it as a “merger that is likely to create or

---

<sup>3</sup> Merger control: Merger review package in a nutshell, Commission Publication, at [http://europa.eu.int/comm/competition/publications/special/3\\_merger.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/special/3_merger.pdf), visited on 01.02.06.

<sup>4</sup> Art 2(3), Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30.12.1989; corrected version OJ L 257, 21.9.1990, p.13.

<sup>5</sup> Clayton Act of 1914, 15 U.S.C. Para 12-27é.

enhance market power in order to facilitate its exercise”.<sup>6</sup> Market power in its turn was defined in the following terms: “the ability of one or more firms profitably maintain prices above competitive levels for a significant period of time”.<sup>7</sup>

New 2004 EU Merger Regulation has changed the substantive test, which made it more similar with the American one. However, the wording of the Article 2(3) should not mislead the reader by creating an impression that by applying new test Commission will always arrive to the same results as its American counterparts. Before turning to the discussion of the reasons of this misleading impression, let us first analyze the new substantive test more closely. The new wording of the substantive test follows: “A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market.”<sup>8</sup> So, the substantive test has departed from the previously used “dominance principle” and approached “significant lessening of competition” standard used in US for merger assessment.

However, the question of the implementation of the newly introduced substantive test remains open. One of the main goals of the convergence process is the predictability of the application of merger control laws. While US have a long record of applying “significant lessening of competition” test, which has been tested by enforcement authorities and courts for many times thus creating a rich pool of precedents, in EU situation is different. It

---

<sup>6</sup> <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>, visited on 01.02.06.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Art. 2(3) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) Official Journal L 24, 29.01.2004, pages 1-22

is far from certain whether the Commission will apply new test in the same way.

First of all, however short it is, EU merger enforcement history has been based on the “dominance” principle, which was applied by the Commission in the numerous decisions, including international mergers. Secondly, it is very illustrative that although removed from the façade, a criterion of dominance has remained – “in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position” – as an example of impediment to the competition on the common market. This implies that Commission might be still relying on the traditional “dominance” factors that have been so far identified in the majority of cases. So, guided by the political incentives or other reasons, Commission has preserved a door to the formerly applied substantive test. Of course, this could potentially diminish the results of the expected convergence and still lead to the different outcomes when the dominance will be found. Finally, as the official statements indicate, there is a strong position inside the Commission, that the changes in the wording of the substantive test appear to solve rather theoretical than practical problem. “Indeed, the Commission believes that the dominance test, if properly interpreted, is capable of dealing with the full range of anti-competitive scenarios which mergers may engender.”<sup>9</sup>

### Definition of Relevant Market

Besides the comparison of the substantive tests applied in both jurisdictions, it is important to analyze the stages of the assessment process in order to reveal whether the differences on

---

<sup>9</sup> Opening speech, Philip Lowe at the RBB/FIPRA seminar "The future shape of European merger control", Cercle Royal Gaulois, Brussels - 17/02/2003, pp. 4-6, at [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003\\_045\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_045_en.pdf), visited on 01.02.06



particular stages can prevent enforcement authorities and courts on both sides of Atlantic to come to the same conclusion. First stage in evaluating the anticompetitive impact of merger constitutes in defining relevant market. It should be stated from the beginning that in this respect both EU and US models provide for very similar determination criteria.

In US relevant market determination is guided by the provisions of 1992 Horizontal Merger Guidelines issued jointly by FTC and Department of Justice. Both agencies are using so-called "monopolist test", which implies that hypothetical monopolist will be exercising "small but significant and non-transitory" increase in prices for certain groups of consumers.<sup>10</sup> Then according to the reaction of consumers in certain area or in relation to certain products, relevant market will be determined. Thus, here the determination of a relevant market is based on the analysis of the change in demand response of each group of buyers. Enforcement agencies also analyze whether this price increase would be profitable for the hypothetical monopolist or not, since in certain cases different groups of buyers might react on the price increase differently. The reaction of these so-called targeted buyers helps to delineate additional relevant markets.

In EU, Commission Notice on the relevant market also provides the determination criteria based on the demand response from the consumers: "a relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use."<sup>11</sup> The

---

<sup>10</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, sections 11. and 1.2 at [http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/toc.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/toc.html), visited on 02.02.06.

<sup>11</sup> Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of the Community competition law, section II, OJ C 372 on 9/12/1997, at [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html), visited on 02.02.06.

question to be answered is whether the parties' customers would switch to readily available substitutes or to suppliers located elsewhere in response to a hypothetical small (5%-10%), permanent relative price increase in the products and areas being considered. If substitution would be enough to make the price increase unprofitable because of the resulting loss of sales, additional substitutes and areas are included in the relevant market.

Additionally, Commission is also may take into consideration supply response as well. If the suppliers are able to respond to the price increase by switching rapidly to the production of the relevant products and market them in the short term without incurring significant additional costs or risks in response to small and permanent changes in relative prices, this will further assist in delineating relevant markets.<sup>12</sup> Use of the supply-side substitution has been also affirmed by the CFI.<sup>13</sup>

This brief analysis of the process of determination of the relevant market for the purposes of antitrust law allows concluding that it is virtually identical in both jurisdictions. The test of the "small but significant and non-transitory increase in price" is widely used not only in the EU or US but has also been adopted by the Canadian, Australian, New Zealand, Irish and UK competition authorities.<sup>14</sup> And although US determination of the relevant market excludes the supply-side substitution from the analysis,

---

<sup>12</sup> Ibid, II (20).

<sup>13</sup> In the *Atlantic Container Line and Others*, T-191 and 212-14/98, judgment 30.09.2003 the Court said that although potential competition and supply-side substitution are conceptually different issues,...those issues overlap in part, as the distinction lies primarily in whether the restriction of competition is immediate or not.

<sup>14</sup> Lindsay, Alistair *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 73.

this difference has been regarded as insignificant in the view of the practical application.<sup>15</sup>

### Calculation of Market Shares

Next step in the process of assessing the proposed merger consists in the determination of market concentration or in other words calculation of market shares, including those that the merging firms currently possess.

In the US, the level of market concentration is calculated using the so-called Herfindahl-Hirschman Index (HHI), a numerical data, which reflects both the distribution of the market shares of the top four firms and the composition of the market outside the top four firms. The ranges in the concentration of a particular market allow the antitrust enforcement agencies to decide whether prospective merger is likely to increase market power of the remaining undertakings and have other adverse competitive effects. Thus, markets with HHI below 1000 are reared as unconcentrated, HHI between 1000 and 1800 identifies moderately concentrated markets and HHI above 1800 is the sign of the highly concentrated market. If the merger would produce HHI increase of 100 points I the moderately concentrated and 50 points increase in the highly concentrated markets, it will raise significant competitive concerns that would lead to the further investigations.<sup>16</sup>

In EU, Commission is also using HHI for the purposes of calculating the market shares. Very similarly, if the HHI is below

---

<sup>15</sup> Butorac, Vlatka Mergers and Acquisitions in Light of the Competition Law: Comparative Study EU-USA, SJD thesis, Central European University: Budapest, May 2005, p. 287

<sup>16</sup> 1992 Horizontal Merger Guidelines, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, section 1.51 at [http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz\\_book/toc.html](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/toc.html), visited on 02.02.06

1000, proposed merger will very likely require no substantial analysis, since it is a low concentrated market. However, in the moderately concentrated markets, EU Commission applies slightly different thresholds. Thus, if HHI is between 1000 and 2000 and the potential increase is below 250, or if HHI is above 2000 and the increase is below 150, the concerns are also less likely to be identified if certain additional mitigating factors are present.<sup>17</sup>

Very much alike, Commission, FTC and Department of Justice in their respective Horizontal Merger Guidelines are aware of the fact that the determination of the post-merger market concentration using HHI method is not perfect, since it is possible to understate or overstate the likely future competitive significance of a merger due to the changing market structure, economic growth, introduction of innovations and other factors.<sup>18</sup> The Commission has also admitted that reliance on market shares might not be sensible in relation to markets where technology is developing rapidly or where the large turnover is accumulated by the large undertakings and any newcomer may rapidly increase its market share.<sup>19</sup> This similarity in the calculation methods used by the antitrust enforcement agencies in EU and US and their attitude towards the certainty and importance of these calculations serve as another example of the convergence of two merger control systems.

---

<sup>17</sup> Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings Official Journal C 31, 05.02.2004, section III (19), at [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/c\\_031/\\_c\\_031\\_2004\\_0205en00050018.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/c_031/_c_031_2004_0205en00050018.pdf), visited on 02.02.06.

<sup>18</sup> Compare sections 1.52/1.521 of the 1992 US Horizontal Merger Guidelines and section III (15) of the respective 2004 Commission Guidelines.

<sup>19</sup> Korah, Valentine An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 8<sup>th</sup> ed., Oxford: Hart Publishing, 2004, p.347

Anticompetitive Effects

There are however, other elements of the merger control systems of EU and US that raise more concerns among the proponents of the further convergence. One of the most differentiating factors that are observed between two systems is the attitude towards anticompetitive effects. For the purposes of competition law and in the economic theory as well, two kind of anticompetitive effects are recognized: unilateral effects which amount to the domination and coordinated effects which amount to the collusion between the undertakings that cooperating decrease the overall competition on the particular market. It is important to analyze how both systems are treating unilateral and coordinated effects and their impact on the competition because it is another factor which indicates the degree of convergence between EU and US models.

In the US, federal antitrust policy has been always concerned with horizontal mergers because they may facilitate express or tacit collusion or oligopoly behavior on a particular market. Since the horizontal merger involves two or more firms that might be competitors on the same market it has two-fold anticompetitive consequences. There is less competitors on the market than before and post-merger firm usually will have a larger market share than either of the partners had before mergers. This situation facilitates “coordinated interaction” or in other words makes anticompetitive cooperation among the remaining firms easier. While US antitrust doctrine recognizes that mergers might create potential single-firm’s monopolization of the market, this requires much higher concentration than one that creates oligopoly.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Hovenkamp, Herbert Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, St. Paul: West Publishing Co., 1994, pp. 445-448

In EU the emphasis on the non-coordinated, single-firm dominance effects was always predominant. Although possible anticompetitive coordinated effects were also recognized in the European judicial practice<sup>21</sup>, the relationship between these two factors has been somewhat controversial, at least before the recent merger control reform.<sup>22</sup>

The main problem with recognition of the coordinated anticompetitive effects under old EC Merger Regulation was the lack of appropriate wording that could provide Commission and the courts with other criteria for appraisal. Since old Regulation was addressing only mergers which lead to the creation or strengthening of a dominant position. Even if assumed that this wording was related to the collective/coordinated dominant position then why it wasn't spelled out explicitly? The old dominance test failed to reach situation of unilateral or non-coordinated effects on the competition that might result from the single firm behavior. As a result, Commission has encountered significant difficulties in proving that coordinated effects also fall under its powers to regulate mergers.<sup>23</sup> In response to this deficiency of the wording of the old EC Merger Regulation, Community courts have adopted teleological approach that has better reflected Community's aims and policies.<sup>24</sup> So, the

---

<sup>21</sup> Cases T-68, 77-78/89, *Societa Italiana Vetro (SIV) v. Commission*, (1992), ECR II-1403, (1992) 5 CMLR and Case T-342/99, *Airtours plc v. Commission*, (2002), ECR II-2585, (2002), 5 CMLR 317 indicate that CFI has confirmed that dominant position can be held by two undertakings connected by "economic links". However, it applied Art. 82 instead of the old EC Merger Regulation that lacked appropriate wording.

<sup>22</sup> Jones, Alison, Surfin, Brenda EC Competition Law: text, cases and materials, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2004, p.851

<sup>23</sup> For example, in Case M.165 *Alcatel/AEG Cabel*, (1992), OJ C6/23, Commission could not simply assume that oligopolistic market will not operate competitively and resorting to other way of reasoning and finally approving the proposed concentration

<sup>24</sup> Jones, Surfin, p. 935

situation became different with the introduction of the “significant impediment of effective competition” test and now it is spelled out in a direct form and the Commission does need anymore to refer to the extensive interpretation of the notion of dominance in order to reach the questionable transaction.<sup>25</sup>

Fortunately enough, this difference was partially eliminated with the adoption of the 2004 Merger Regulation and particularly – 2004 EU Merger Guidelines, which explicitly recognized that more concentrated market facilitates the firms in cooperating and aligning their operations, which should be amounted to the coordinated anticompetitive effects.<sup>26</sup> The EU Guidelines in line with the similar US document using identical language provide that “a merger may also make coordination easier, more stable or more effective for firms...allowing them to coordinate their behavior and raise prices, even entering into an agreement or resorting to a concerted practice within the meaning of Art. 81 of the Treaty”.<sup>27</sup>

Thus, European analysis of the coordinated effects has become closer to the model applied by the US antitrust authorities. Among the cases investigated in the post-2004 Regulation period there have been several examples where Commission was unable to find dominance and used coordinated effects argumentation in

---

<sup>25</sup> See Ehlermann, Claus-Dieter, Volcker, Sven B., Gutermuth, G. Axel “Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation”, *World Competition*, 28(2): 193-203, 2005.

<sup>26</sup> For detailed economic analysis of the new EMCR see Theeuwes, Jules, An Economic Analysis of the New Regulation 139/2004 in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 32, 2005-2, pp. 209-217.

<sup>27</sup> Compare Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings Official Journal C 31, 05.02.2004, pages 5-18, Para 39-43 with 1992 Horizontal Merger Guidelines, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, sections 2.11 and 2.12.

order to impose divestitures on the merging parties.<sup>28</sup> It is expected that the Commission is likely to continue to refine its unilateral effects analysis as to whether a merger significantly impedes effective competition even in the absence of a dominant position.<sup>29</sup> One of the main contributions to the case law in this area was *Airtours*, where Commission tried to catch the transaction even though no single dominant firm could be identified on the market. So the Commission attempted to extend collective dominance argument to the oligopolistic markets. The failure of the Commission to defend its case before CFI has promoted better economic analysis and caused the marginalization of the collective dominance concept.<sup>30</sup> In the meanwhile it is expected that Commission will resort much more often to the single firm anticompetitive effects, allowed under new Merger Regulation. This fact again cast some doubts in the true degree of the convergence in this area between the two merger control systems. So, while the US has always maintained a collective dominance standard in line with the monopolization concept, the European Commission seems to be reluctant in applying this concept, at least at this has been demonstrated in the cases where oligopolistic markets without a single dominant firm were analyzed.

---

<sup>28</sup> Case COMP/M.3829 *Maersk/PONL*, July 29, 2005, Case COMP/M.3765 *Amer/Salomon*, October 12, 2005, Case COMP/M.3625 *Blackstone/Acetex*, July 13, 2005.

<sup>29</sup> Weitbrecht, Andreas "EU Merger Control in 2005 – An Overview", *European Competition Law Review*, Vol. 27, Issue 2, February 2006, p. 50.

<sup>30</sup> As the outcome of *Airtours* Commission imposed restrictions only in 4 out of 29 cases using the argumentation of collective dominance, there was only one in-depth investigation based on this premise and no merger was prohibited on these grounds. Statistics cited in Baxter, Simon, Dethmers, Frances, "Collective Dominance under EC Merger Control – After *Airtours* and the Introduction of the Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?", *European Competition Law Review*, Vol. 27, Issue 3, November 2006, pp. 148-160.



Efficiencies

However, the most evident divergence between the merger control systems of EU and US is their treatment of prospective efficiencies of the proposed mergers and their role in the determination of the anticompetitive effects and ultimate approval or rejection of the concentration. It is probably the most hotly debated issue that has played one of the major roles in reforming the EU merger control system. Traditionally, two systems had cardinaly different approach towards efficiencies.

Before 1980s, American approach towards anticompetitive effects of mergers was determined by the holdings of the *Philadelphia National Bank* case<sup>31</sup>, where the Supreme Court has narrowed down the scope of the economic investigation of the proposed merger to the calculation of respective market shares and concentration indexes. This approach has changed with the arrival of the Reagan Administration in 1980, when the Chicago School of economic thought became dominant, both within the enforcement agencies and gradually in the courts. This has increased the importance of economic theory for analyzing antitrust issues, as well as generally leading to a greater tolerance for business practices that had traditionally been viewed as suspect. Relying heavily on neo-classical economic theory, this approach seeks to promote a particular type of efficiency, so called “allocative efficiency”, which refers to making optimal use of resources available in economy so that the “correct” amount of goods are produced. The amount that is considered to be “correct” depends on consumer preference; it is in this sense that Chicago School seeks to maximize consumer welfare. Chicago School theory also makes extensive use of neo-classic economic theory to describe business behavior and to judge whether particular behavior will enhance efficiency or not.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

<sup>32</sup> Hylton, Keith N. *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Boston University Press, 2003, pp. 18-20.

There is a broad consensus in the United States today that efficiency is good and that there is nothing wrong with the pursuit of "competitive advantage" - that is what competition is all about and consumers benefit in terms of price, quality and innovation. US antitrust enforcement agencies follow the policy that antitrust should protect "competition" not "competitors."<sup>33</sup> So, when assessing the anticompetitive effects of the proposed merger, enforcement agencies and courts usually do not restrain themselves by simply calculating the market shares and level of concentration. After the anticompetitive concern has been raised, the assessment process always proceeds to the "efficiency defense". Unlike in EU, the rule that mergers should be condemned because they enhance efficiency has been implicitly abandoned.<sup>34</sup>

Contrastingly in EU, efficiencies are treated as an offense, since they might facilitate the post-merged firm's further acquisition and enhancement of market power, which would eventually bring to the dominant position or other negative single-firm or coordinated anticompetitive effects. Economic analysis demonstrates that circumstances in which demand-side efficiencies may lead to market foreclosure are precisely the same circumstances in which they may yield large benefits to consumers.<sup>35</sup> That is why the outcome of the assessment will depend in large degree on the approach that the court or enforcement authority has taken.

---

<sup>33</sup> Leary, Thomas B. "A comment on merger enforcement in the United States and European Union", Remarks before Transatlantic Business Dialogue Principals Meeting, Washington, October 11<sup>th</sup>, 2001.

<sup>34</sup> Hovenkamp, pp. 452-455.

<sup>35</sup> Evans, David S., Padilla, A. Jorge "Demand-side Efficiencies in Merger Control", *World Competition Law & Economics Review*, Jun2003, Vol. 26 Issue 2, The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 191-193.

Thus, under the old EC Merger regulation European Commission has clearly chosen the preference for the narrow “dominance analysis” that often overcomes the prospect of the efficiencies that might benefit the consumers.<sup>36</sup> 1989 Merger Regulation, due to its unfortunate wording has made the account of efficiencies virtually impossible and inapplicable in the merger examinations. Art. 2(1) provided that efficiencies in order to be treated in a positive light should not come out of the obstacles to the competition, which is unfeasible economically.<sup>37</sup> The mostly well-known example that demonstrates the clear divergence between EU and US merger control laws is the *GE/Honeywell* case<sup>38</sup>, where enforcement agencies from both sides of Atlantic has take diametrically opposite decisions based on the same facts.

This famous case involved two American companies that were engaged in the several product markets that encompassed a variety of aircraft and avionics products and technologies. Antitrust Division of the US Justice Department that assessed the merger on the US side has found that merging firms would have strong market power and in order to eliminate potential lessening of the competition it requested the parties to provide for certain commitments, which would allow a new entry on the relevant market and maintain effective competition. Commitments were

---

<sup>36</sup> Case No. IV/M053 - *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, OJ C128, 02/10/2001 is an example where Commission has prohibited the merger, showing the preference for protecting the competitors rather than evaluating prospective benefit for the consumers. Merger was likely to generate substantial demand-side efficiencies for airlines involved. Their customers could have derived “one-stop-shopping” savings by concentrating their purchases with only one aircraft manufacturer. Yet those same cost reductions could have led to foreclosure or exit of competitors, as the merging parties would have achieved a full line of commuter aircraft and competitors’ more limited product offerings would have been less appealing to airlines.

<sup>37</sup> Butorac, p. 302.

<sup>38</sup> Case COMP/M. 2220, *General Electric/Honeywell*, OJ L48/1, 18/02/2004.

accepted by the merging undertakings and merger has received clearance.<sup>39</sup>

When it was for the European Commission to assess the proposed merger, the commitments have been judged as insufficient for the eliminating the problem of market dominance, as it was the main concern in the Commission's analysis.<sup>40</sup> Notably, Commission's view was upheld by the CFI in the recent ruling in December of 2005. Court has agreed with the Commission on all instances, except only alleged conglomerate and vertical effects, thus adding little to the implementation of the new Merger Regulation.<sup>41</sup> And although officials from both sides of the Atlantic tried to excuse this difference in the outcome by bringing the historical and policy arguments,<sup>42</sup> the divergence has its roots in the legislative wording and interpretation as well.

The problematic nature of the efficiency assessment under old Merger Regulation have been recognized by the Commission and debated in the legal scholarship<sup>43</sup>. Differing views regarding the

---

<sup>39</sup> General Electric and Honeywell: Parties Required to Divest Helicopter Engine Business and to Authorize New Service Provider for Engines and Auxiliary Power Units, Press Release, May 2, 2001, at [http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2001/8140.wpd](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.wpd), visited on 04.02.06.

<sup>40</sup> Giotakos, Dimitri, Petit, Laurent, de Luyck, Peter "General Electric/Honeywell – An insight into the Commission's investigation and decision", *Competition Policy Newsletter*, Number 3, October, 2001, at [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001\\_037\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_037_en.pdf), visited on 04.02.06.

<sup>41</sup> "Court upholds Commission's ban on GE/Honeywell merger", Freshfields, Bruckhaus, Deringer, Briefing of December 2005, at <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2005/13776.pdf>, visited on 04.02.06.

<sup>42</sup> Leary.

<sup>43</sup> However, by the time when Commission has issued Green Paper regarding the proposed merger reform, the issue of "efficiency defence" was addressed only briefly and Commission hold somewhat reserved attitude towards the prospective introduction of such criteria in the

introduction of the “efficiency defense” and its practical applications were expressed.<sup>44</sup> Although many of the proposed ideas were not incorporated in the new merger legislation, the issue of efficiency has been finally addressed in Section VII of the Horizontal Merger Guidelines.<sup>45</sup> The Guidelines have stated “once and for all that efficiencies can be taken into account positively”<sup>46</sup> in EU. However, as it was expected the Commission has not adopted US approach that mergers cause economic efficiency which is beneficial for consumers and therefore certain anticompetitive effects of the mergers should be tolerated. Instead, it only assumed that if there is sufficient evidence that proposed merger will produce efficiencies beneficial for the consumers and will encourage merged firm to act pro-competitively, thus counteracting the adverse effects on competition, then it might be approved. This is somewhat permissive-exceptional approach, reflected in rather ambiguous wording that does not clarify the structured process of analysis that Commission will follow when analyzing efficiencies. Additionally, there are concerns about the burden of evidence that merging undertakings should provide in order to prove that efficiencies correspond to the specific criteria<sup>47</sup>, namely that they are encouraging further competition from the remaining firms,

---

assessment analysis. For details see Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89 Para 170-172, at [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/green\\_paper/en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/green_paper/en.pdf), visited on 04.02.06.

<sup>44</sup> Ilzkovtz, Fabienne, Meiklejohn, Roderick “European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol. 3(1), 03.01.2003, p.57.

<sup>45</sup> Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings Official Journal C 31, 05.02.2004, Para 76-88.

<sup>46</sup> Address of Philip Lowe, the next Director General of Competition for the European Commission, to the Third Annual Conference of the American Antitrust Institute: “Competition Policy in the European Union.”, 7/1/02, at <http://www.antitrustinstitute.org/activities2002.cfm>, visited on 04.02.06 .

<sup>47</sup> Butorac, p. 321.

directly affect consumers, and are timely, verifiable and substantial.<sup>48</sup>

Statistical data as interpreted in the legal scholarship submits that in the near future efficiencies will continue to play only marginal role in the EU merger control.<sup>49</sup> Up until now, under the new Merger Regulation no case was decided by the Commission where efficiencies would play a decisive role. At the same time, with the adoption of the Merger Guidelines that allow numerous exceptional circumstances including efficiencies that should be considered during the assessment of the proposed merger, there is a hope that the Commission will use this chance in its merger procedures. Valuable assistance and persuasion in this respect might come from the activity of the efficiencies subgroup of the EU-US Merger Group that is entitled with the task to come to the common understanding regarding this issue.

### Enforcement Procedures

There is another element, which although not related to the substantive laws of merger control, still plays a significant role in predicting the outcome of a particular merger assessment in two jurisdictions. This is the enforcement mechanism. As it was demonstrated above, recent EU merger reform has moved the substantive legislation closer in terms of regulations and wording to the US model. Thus, EU has adopted “substantive lessening of competition” test, it has admitted that coordinated effects and efficiencies can also play a role in the merger assessment, it has an identical test structure which includes determination of the relevant product market and calculation of market shares, etc. However, all these indicators of convergence can be balanced by

---

<sup>48</sup> For details see Lindsay, pp. 439-449.

<sup>49</sup> See Kocmut, Mitja “Efficiency Considerations and Merger Control – Quo Vadis, Commission?”, *European Competition Law Review*, Vol. 27, Issue 1, January 2006, pp. 19-27.

the differences in the enforcement mechanisms, which by using the identical wording of the substantive legislation can still lead to the different outcomes.

In the US merger enforcement system is very decentralized, which provides for internal independence and balances among the institutions involved. FTC, DOJ, state attorney generals and private parties share the role in the initiating the merger procedures. The overlapping jurisdiction of FTC and DOJ, clearance mechanism and their institutional independence add to the balancing and professionalized enforcement structure. Judicial system, starting with state courts up to the Supreme Court is responsible for final resolution of merger assessments.<sup>50</sup> So, in US the ultimate decisions in the merger cases are taken by the courts, which are independent both from legislative and executive branches or government and therefore are not constrained by any particular policy, rather they are forming one through the series of precedents and interpretations.

EU merger enforcement system can be characterized by the high level of power concentration in the hands of the Commission, which investigates, prosecutes and decides over merger cases at the same time.<sup>51</sup> Additionally, Commission is managing

---

<sup>50</sup> Van Cise, Jerrold G., Lifland, William T., Sorkin, Laurnce T. Understanding the Antitrust laws, 9<sup>th</sup> ed., New York: Practising Law Institute, 1986, pp. 223-228

<sup>51</sup> Although there was an attempt to share out this extensive power over competition policy and enforcement by creating an independent competition agency within the Commission that would decide competition matters in the politically neutral context and would help to reduce the workload of the Commission so that cases will be reviewed more efficiently. This proposal rose during 1996 Intergovernmental Conference by the German delegation called for inclusion of the enforcement of the merger control as well as Arts. 81 and 82 in the competence of the new agency. This idea was never seriously discussed or developed since then. For details, see Navarro, Edurne, Font, Andres, Folguera, Jaime, Briones, Juan Merger Control in the European Union: 115

community policies in many other domains, which means that the decision-making in the merger cases might be affected by other objective, rather than pure protection of competition on the internal market.<sup>52</sup> Since the Directorate IV Competition and Merger Task Force are parts of the larger structure, they are always affected by the interests reflected in the higher levels of this hierarchy. The role of community courts is one of appeal, and they focus more on the procedural issues rather than on the substantive analysis as it was interpreted by the Commission. As to the possibilities of the private enforcement of the EU merger control remain mostly outside the mainstream discussion. While the ECJ in the *Courage v. Crehan*<sup>53</sup> has explicitly recognized the individual right to damages sustained as a result of violation of Arts. 81 and 82, it is hardly relevant to mergers, where the “one stop shop” policy chosen by the EU for its merger control enforcement will not bring the intended results if allowed by the third/private parties intervention.<sup>54</sup> And although there are contrasting examples of the private enforcement cases heard by the courts of the Member States<sup>55</sup>, this issue is still far from the consideration as a community-wide reform.<sup>56</sup>

---

Law, Economics and Practice, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 409-410.

<sup>52</sup> Edwards, Geoffrey, Spence, David, Eds. The European Commission, London: Longman Current Affairs, 1994, pp. 117-121.

<sup>53</sup> Case C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001) ECR I-6314.

<sup>54</sup> See Brkan, Maja “Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?”, *World Competition*, 28(4): 479-506, 2005 discussing various aspects of the private enforcement reform: standing, period of limitations, differing provisions of the private international laws of Member States, etc. and did not refer in any respect to the possibility of private enforcement regarding merger control.

<sup>55</sup> On Oct 19, 2004 Conseil D’Etat, the highest administrative court of France has decided in a case *Cegid/CCMX* positively on the issue of the third parties right to litigate when a merger is involved. It has cancelled the decision of the Minister of Finance, which without consultation with Competition Commission has approved the merger. Thus, the competitor (Fiducial Informatique) and consumer (Fiducial Expertise) 116

**ALEXANDR SVETLICINII - CONVERGENCE BETWEEN THE EU AND US MERGER CONTROL SYSTEMS IN THE LIGHT OF THE ENFORCEMENT OF THE NEW EU MERGER REGULATION**



These fundamental differences in the enforcement structures have its roots in the political organizations of US and EU. While US is a sovereign federal state, the application of competition laws is mainly directed towards preserving the features of free market and encouraging competition. In Europe the enforcement structure reflects political powers within the EU, sometimes conflicting interests of Member States and strong political, economic and social agenda that have certain influence on the application of competition laws. Reform of the enforcement mechanism will require a change in authorities and powers of the Commission and Community courts, which could be possible only with the prior amendment of the EU Treaty. That is why the probability that the further convergence of two systems will involve reforming of the enforcement structure is very unlikely.

2004 Merger Regulation has also introduced a referral system, which resulted as a compromise among the Member States about the delegation of the authority to enforce mergers of community dimension to the Commission, leaving certain cases under jurisdiction of the national competition authorities. Thus, under Art. 9 of the 2004 Regulation, Member States can request the Commission to refer the case to the national competition authority concerned in case when the proposed merger will have an impact on the distinct market within the territory of a Member

---

of the merging companies have defended their right to litigate the merger that affects their interests in violation of the existing merger control laws. A contrasting decision was taken by the Federal Court of Switzerland on June 14, 2005 in the *Edipresse/Imprimerie Corbaz* merger. Third parties have challenged the merger approval first in Competition Commission and then in the Appeal Commission. When the case has reached the highest court it has ruled in the negative denying the third parties to litigate in the merger case adding that to recognize such a right is to compromise the principle of a simple and expedient merger examination procedure.

<sup>56</sup> For the recent developments in the private enforcement reform in the EU see Jalabert-Daury, Nathalie, Nouvel, Laurent, Simic, Igor "Competition Policies", *International Business Law Journal*, No. 6, 2005, pp. 771-786.

State.<sup>57</sup> For the purpose of the present discussion this referral mechanism significantly impedes the results which were expected from the convergence of substantive law. Again, this affects the uniformity in approach and the results of the appraisal of particular international mergers. While the new Regulation has introduced some degree of convergence with American model, this possibility of referral and application of national laws of Member States distorts the expected stability and predictability of the outcome. In such cases Commission will not have a role, national laws will be applied and the EU-US inter-agency cooperation mechanism also will not be employed.

Summarizing the analysis of the present chapter, we conclude that the degree of convergence of the substantive laws achieved after the recent EU merger reform does not necessarily mean that the outcome of the particular merger cases decided on both sides of the Atlantic will be the same. This is because similar laws can be applied differently. And this is definitely the case in EU, where although using the same substantive test Commission is often arriving to the decisions that are in conflict with those rendered in the US. There are numerous reasons that cause this difference in the outcomes: characteristics of the enforcement structure, varying political, economic and social goals, different power balance within the decision-making process, etc. There is obviously a need for some kind of coordination that could assist in the mitigation of the differences in the substantive laws and their extraterritorial application, when it affects foreign companies. This task is currently fulfilled by the interagency cooperation under 1991 EU-US Agreement.

---

<sup>57</sup> See also art. 21(4) of the 2004 Merger Regulation, which empowers Member States to take appropriate measures allowed under the Treaty to protect their legitimate interests, thus introducing another restriction of the Commission's powers to deal with mergers.

## MEDICINSKO PRAVO U RUSIJI

**DR BILJANA PETROVIĆ**

### **Apstrakt**

Teoretičari ali i praktičari dele razvoj medicinskog prava u Rusiji na dve velike etape, prva je do 1993. godine. Zapravo sama istorija medicinskog prava počinje sa nastankom prvog kodeksa pravila ponašanja lekara, među kojima je i poznata Hipokratova zakletva, kojom se svaki lekar obavezuje da će lečenju svakog bolesnika pristupiti bez ikakve predrasude, bez namere da on od toga ima lične koristi već da koristi samo pacijent u vidu saniranja narušenog zdravlja ili spašavanja života. U Rusiji se sredinom 20. veka pojavila mogućnost ali i potreba za formiranje svetske zdravstvene organizacije, kojoj su do 1997. godine pristupile 64 države sveta. Navedena organizacija je uradila dosta i na postavljanju legislativnog okvira svog rada, te je 1983. godine usvojen Međunarodni kodeks medicinske etike, zatim 1985. deklaracije o zabrani trgovine živim organima, 1987. o politici zaštite zdravlja dece, posredovanju lekara pri samoubistvu pacijenata 1994. godine. Slična organizacija, samo na nivou Rusije je formirana 1994. godine i među prvim aktima donela je kodeks etičkih pravila. Sve do druge trećine 20. veka u Rusiji nisu postojali zakoni koji su se bavili specifičnom problematikom zaštite zdravlja građana i drugih implikacija u tom smislu, već su određene situacije bile šaroliko regulisane, normama građanskog, krivičnog i upravnog prava.

***Ključne reči: medicinsko pravo, rusko pravo, odgovornost lekara, zaštita zdravlja, pravo pacijenta na medicinski tretman.***

### **RAZVOJ MEDICINSKOG PRAVA NA TLU RUSKE DRŽAVE**

U staroj Rusiji prve norme medicinskog prava su se nalazile u Ruskoj pravdi 11. veka, kao i u nekim aktima iz 1497. godine,

zapisima starih apotekarskih ustanova, kao i ustavima Petra I iz 1716 i 1720. godine. Tokom XIX veka bio je donet Lekarski ustav, koji je imao preko 2000 članova i preko 600 stranica.

Prvi značajniji akt donet u XX veku je Zakon o profesionalnoj delatnosti i pravima zdravstvenih radnika iz 1924 godine. Sledeći je bio tek 1970. godine ali nije nosio tu dozu specifičnosti, jer se uopšteno odnosio na zaštitu zdravlja. Mnoga pitanja su opet bila rešavana podzakonskim aktima Ministarstva Zdravlja Ruske Federacije.

Prelazak na demokratsko državno uređenje ustanovio je potrebu da se moraju regulisati svi vidovi medicinske delatnosti, a sa druge strane i da se ova oblast prava uskali sa normama međunarodnog prava, jer su postojeća rešenja zastarela ili uopšte ne postoje. Posebni problemi su bili regulisanje prava građana na pružanje pomoći u slučaju ugroženosti zdravlja, ili pružanja medicinske pomoći bez saglasnosti pacijemata ili njihove bliže porodice, reproductivnih sposobnosti lica, eutanazije i mnogih drugih pitanja koja su uvek nosila sa sobom specifičnu moralnu konotaciju i težinu. Činilo se da su svi ti problemi rešeni donošenjem Osnovnog zakona Ruske Federacije o zaštiti zdravlja građana, koji je stupio na snagu 1. avgusta 1993. godine. Međutim, nakon donošenja novog Ustava krajem iste godine, postavilo se pitanje ponovnog donošenja zakona u ovoj oblasti.

### **DRUGI PERIOD U RAZVOJU RUSKOG MEDICINSKOG PRAVA JE OD 1993-2005.**

Zakon koji je potom donet predvideo je samo ukratko obaveze medicinskih radnika u slučaju da su lekari opšte prakse ili da imaju ulogu porodičnog lekara, priznato je pravo na bavljenje narodnom i svakom drugom vrstom alternativne medicine, određen je odnos države prema eutanaziji, kao se određuje momenat smrti, kao i patološko -anatomske pretrage koje s emogu raditi na telu čoveka za života i posle njegove smrti, kao i da svakom prilikom prema pacijentu treba pokazivati izvestan

pijetet.

U periodu od 1991-2001 pojavilo se nekoliko veoma bitnih zakona, kao što su zakon o ekološkoj ekspertizi, o dopunskim merama zaštite majke i deteta i njihovog zdravlja, o medicinskim sredstvima, o imunoprofilaktici inefektivnih bolesti i dr. POseбно s enaglašava značaj zakona donetih u periodu od 1998-2001 , kao što su zakon o pružanju psihijatrijske pomoći, o sanitarno-epidemiološkom blagostanju stanovništva i zaštiti životne sredine.

Međutim sama oblast prava pacijenata je dosta dugo bila zanemarivana , atreba spoemnuti da su predlozi nekih od ovih zakona uključujući i poslednji spomenuti , raznatrani 8 ili više godine. Oblast medicinskog prava je tako mahom regulisana putem podzakonskih akata ministarstava ili same vlade RF, sa posebnim acentom na tome da se vćina ovih akata i ne publikuje u službenom glasilu Rf, pa je tako zanemaren značaj upoznavanja adresata sa zakonima koji se na njih odnose.<sup>1</sup>

Sama teorija i praksa bavljenjem medicinskim pravom je moguće za veliki broj stručnjaka iz različitih oblasti društvenog života, prvenstveno pravnika i lekara, a zatim i onih koji se bave zaštitom zdravlja, i zaštitom na radu uopšte. Svakako ovim treba da se bave specijalisti, a to su u prvom redu oni koji se bave pravnim aspektima zaštite zdravlja, gde veći deo svakako čine pravnici, ali i oni koji s eorijentišu na bavljenje ovom oblašću čak iako nisu po profesiji pravnici.

U tu svrhu bitno je organizovanje i učestvovanje na konferencijama i seminarima koji su posvećeni problemima medicinskog prava, koje iako ima duboke korene u ruskom pravu, ipak je relativno mlada grana modernog ruskog prava. Tako je 1999. godine organizovana konferencija Medicina i pravo, pod pokroviteljstvom Fonda za otvoreno društvo, a koja je imala za cilj da okupi stručnjake u ovoj oblasti iz cele Rusije. Iste orgine je održana još jedna konferencije, pod nazivom Medicina i pravo u XXI veku u Sankt Petersburgu

Postepeno se razvija i praktička medicinsko pravna delatnost, u čijoj osnovi je informaciona analitika, čija se saznanja upotpunjuju specifičnim saznanjima i pravnik i lekara. U tom smislu se kao obavezna pojavljuju i saznanja iz oblasti marketing, menadžmenta rizika, socijalnog i korporativnog organizacionog menadžmenta, kao i druga, čije posedovanje može koristiti potpunij edukaciji onih koji se bave medicinskim pravom. Kao posebno značajno pitanje nameće se pitanje ko ima legitimitet da zastupa interese lica u ovakvim odnosima i po kom osnovu - da li na osnovu ugovora, zbog činjenice da je nastala neka šteta ili usled postojanja bilo kakve neformalne veze.<sup>ii</sup>

Medicinsko-pravna analitika ima veoma bogat potencijal i ozbiljnu perspektivu daljeg razvoja. Svaki specijalist u ovoj oblasti izučava aspekte zaštite zdravlja i sve potencijalne posledice prvenstveno putem izučavanja njihovih pravnih okvira, tj. onako kao su regulisani u pozitivnom pravu. Sama tehnika bavljenja medicinsko-pravnom delatnošću zahteva stalnu analizu informacija. Kao objekt analize javljaju se činjenice, koje se nalaze kako u aktima opšte važnosti, kao što su opšti pravni akti zakonske i podzakonske snage, tako i individualni izvori, kao što su medicinska dokumentacija, ugovor, sudska ekspertiza i dr. Tako analiza javnog ili privatnog akta opšteg ili lokalnog karaktera predstavlja objašnjenje pogodnosti neke materija za njeno regulisanje na ovaj način, uzimajući u obzir njenu specifičnu prirodu.

Analiza pozitivnog prava podrazumeva objašnjavanje stepena uskalđenosti date materijesa ostatkom pravnog sistema, njena svojstva, i dr. U oblasti zaštite zdravlja preduzimaju se najrazličitije radnje, aktivnosti, vrše se usluge medicinskog ali i nemedicinskog karaktera. Ove aktivnosti realizuju različita lica, koja učestvuju u tim odnosima bilo da zastupaju javni ili svoj lični privatni interes. Sva ova činjenja podležu različitim pravilima, koja opet mogu primenjivati različiti organi koji istupaju sa instanci državnih organa ili medicinskih institucija, koje mogu biti i u privatnom vlasništvu.<sup>iii</sup>

Sam odnos između lekara i pacijenta je imao paternalistički karakter, koji je dugo bio prisutan u Rusiji, ali sada polako i izumire zahvaljujući razvoju tržišnih odnosa i ustanovljavanju novog političkog režima. Vreme lekara-oca (ili pahana, što je sinonim za stariju strožu braću) postepeno prestaje, jer svi postaju ravopravni učesnici u odnosima koji nastaju natržištu pružanja medicinskih usluga. Njihova ravopravnost dobija obezbeđuju mehanizmi koje uvodi moderno rusko pravo, težeći da se prilagodi normama međunarodnog prava u ovoj oblasti. I tu počinje ono najinteresantnije. sa jedne strane se pojavljuje veliki broj zaštitnika prava pacijenata, advokata akogi se isključivo time bave, čak i advokatskih komora sa specifičnom problematikom koju zastupaju, i koji stalno govore o pravnima spektima medicinske delatnosti. sa druge strane, postoji strahovita nepismenost medicinskih radnika u smislu kako je ranije nevađeno, jer ni oni sami dovoljno upoznati sa elementarnim pitanjima ne samo svoje profesije, već i svakodnevnog života. Zatvoreni u svojim operacionim salama, ordinacijama, u stalnoj trci da očuvaju ljudske živote, nisu u mogućnosti da posećuju mnogobrojne seminare i konferencije koje se abve pravim aspektima njihovog posla. Što s etiče zaštite zdravlja i pravne regulative u ovoj oblasti, ona je, u poređnju sa drugim državama u svetu, još uvek na svom početku. U slučaju da se zaista pojavi neki problem rešenja koja s etrenutno nude na tržišti su prilično kontradiktorna, budući da dva pravnika koja se bave istom oblašću imaju dijametralno suprotna mišljenja o rešenju nekog problema.

1995. godine je na Univerzitetu koji nosi ime Sečenova formirana prva Katedra za medicinsko pravo, danas je takvih katedra pet, a 1999. godine je osnovana i Rusko nacionalno udruženje za medicinsko pravo. Juna 2003. organizovana je Sveruslka konferencija o medicinskom pravu, koja je privukla oko 20% pravnika, 5% lekara, i oko 35% onih koji poseduju znanja iz obe oblasti. Osnovna ideja za rganizovanje navedenog je bila dovođenje zakonodavstva u obalsti zaštite zdravlja u takvo stanje da bi istovremeno bili zaštićeni i prava pacienata ali i medicinskih radnika. Odavde su podneti i predlozi nekih značajnih zakona u

tom smislu, kao što su zakon o zdravstvenoj zaštiti, o zaštiti prava pacijenata, i o pravima i obavezama medicinskih radnika prilikom obavljanja njihove delatnosti.<sup>iv</sup>

Moderno rusko društvo karakteriše burni razvoj i države i prava. Dolazi do stvaranja potpuno novih oblasti prava i novih pravnih instituta. Povećanje socijalno-ekonomskog značaja ovih oblasti uslovljeno je povećanjem značaja odnosa koji oni regulišu. Takva situacija je i sa medicinskim pravom. Medicinsko pravo se sinonimno naziva i pravom zaštite zdravlja, ali je ono samo jedno od graničnih oblasti prava, koja u svom sastavu sadrži i mnoga druga pitanje posredno ili neposredno vezana za zaštitu zdravlja građana. Ovdje se misli na istvarivanje prava građana na zaštitu zdravlja organizacija lečenja i dijagnostičkog procesa, kao i preduzimanje odgovarajućih profilaktičkih i epidemioloških mera. Takođe su u pitanju i odnosi sa organizacijama za obezbeđivanje zdravstvene zaštite, organizacijama za obavezno i dobrovoljno zdravstveno osiguranje, sprovođenje licenciranja i akreditacije lekara i drugih medicinskih radnika za obavljanje njihove delatnosti.

Potrebno je postaviti granicu između medicinskog prava i drugih grana prava koje se bave srodnim pitanjima, kao što je socijalno pravo, koje se bavi uopšteno načinima i mehanizmima socijalne zaštite građana. Odnos između medicinskog prava zapravo čini odnos između pacijenta i lekara kao i svi drugi odnosi koji mogu iz istog da proisteknu. Navedeni odnosi su po svojoj prirodi, javnopravnog-građansko pravnog karaktera. i regulisani su Građanskim zakonom iz 1995 u čl.2, stavom 779. Određeni su kao pružanje usluga. U naučnim krugovima se dugo vodila rasprava da li medicinsku delatnost treba striktno prihvatiti kao pružanje usluga ili je moguća i neka druga interpretacija. Istaknu je stav da biti lekar jeste veoma značajna delatnost jer se na taj način služi čovečanstvu te njeno svrstavanje u usluge može samo da podrije njen integritet.

Sa pravnog aspekta, ova rasprava je bila bespredmetna. Zakonodavac je bio jasan, da pravo, čija je glavna karakteristika



formalna određenost, ne može da operiše sa prirodno-etičkim i moralnim vrednostima. Sa druge strane i sama Svetska zdravstvena organizacija je isto okarakterisala kao pružanje usluga. Tako je pacijent-korisnik medicinskih usluga, a lekar je lice koje iste te usluge pruža. Usled toga bavljenje medicinskom delatnošću podleže javnom -upravnom nadzoru državnih organa i reguliše se instrumentima i mehanizmima javnog prava. Tako je i samo medicinsko pravo dobilo karakter granične pravne oblasti.

Pored normi o zaštiti zdravlja, koje čine veliki deo medicinskog prava, njega čine i određene norme koje generalno pripadaju građanskom i upravnom pravu. Medicinsko pravo, budući da je sasatvani deo ruskog pravnog sistema, samo sebi određuje karakter, a njegovi najvažniji instituti su: pravo građana na zaštitu zdravlja, prava pacijenata, medicinsko osiguranje, kontrola sadržine medicinske pomoći, zaštita prava građana u obalsti zaštite zdravalja i prava pacijenata i dr.

### **FUNKCIJE MEDICINSKOG PRAVA**

Medicinsko pravo je dužno da ostvari sve tri glavne funkcije svake pravne oblasti a to su vaspitno-motivacionu, ekonomsku i političku. Ulogu same pravne oblasti u okviru pravnog sistema opredeljuju regulisanje odnosa koji doprinose realizaciji prava građana na zdravstvenu zaštitu i dostupnost pravilne medicinske pomoći. To određuje dalje karakteristike med. prava a to su:

1. regulativno-statistička funkcija-zaštita prava građana prilikom realizacije prava na zaštitu zdravlja, kao i obezbeđenje valjanih osnova za organizovanje sistema zaštite zdravlja.
2. regulativno dinamička funkcija delovanje na druge društvene odnose, prvenstveno u pogledu njihovog daljeg razvojai realizacija mogućnosti koje se garantuju građanima u ovoj oblasti.
3. zaštitna funkcija, ono što je ovde specifično jeste da su kao subjekti zaštite predviđeni ljudski život i zdravlje.<sup>v</sup>

Potpuno je izvesno da zaštitu zdravlja građana treba prihvatiti kao jedan od bitnih uslova opstanka samog čoveka<sup>vi</sup>. Navedeno pravo ima ustavni karakter jer se isto garantuje čl.41 Ustava Ruske Federacije. Inače se smatra da sistem prava nije hermetična tvorevina, njemu svojstveni procesi integracije i diferencijacije, kao i izmena načina regulisanja nekih društvenih odnosa pa i pojavljivanje novih društvenih odnosa utiče na stvaranje i novih grana. Zdravlje jeste jesete jedna od najviših vrednosti, neotuđivo dobro, koje se pojavljuje kao preduslov za ostavrenje svih ostalih prava i sloboda. Ono predstavlja potpunu uranoteženost ljudskog organizma sa biosferom i odsustvo bilo kakve bolesti ili promena koje mogu nastati usled iste.

Neki autor, npr.A.V.Tihomirov<sup>vii</sup>, smatraju da postoje tri subjekta u okviru medicinskog prava , a to su medicinska organizacija, medicinsko osoblje i pacijent. Prva je ustanova ovlašćena za pružanje svih ili određenih vidova medicinske pomoći,a tu svrhu koristi odgovarajuća znanja, prostorije instrumente i dr.Tako su oni subjekt pružanja pomoći. Dalje kao subjekti koji neposredno pružaju pomoć javljaju se medicinskoosoblje, pa se neretko dešava da se pomešaju med.ustanova i lice koje neposredno pruža takvu pomoć. Na kraju pacijent je subjekt primanja pomoći, tj. onaj koji pomoć zahteva.

Odnosi uvek nastaju povodom ličnog zdravlja nekog lica koje je u nekom smislu narušeno, te su subjekti u tom pravno odnosu lice kome se ukazuje pomoć i lice koje istu ukazuje, a kao objekat ovog pravnog odnosa smatra se ljudski organizam.U svakom ovakvom odnsou se indirektno pojavljuje u treći subjekat, a to je med, ustanova, gde se data pomoć pruža , koja obezbeđuje potrebna sredstva i instrumente za to, koja kontroliše sam proces pružanja pomoći i dr.Upravo zbog složene prirode, ove pravne odnose regulišu norme građanskog, upravnog i ustavnog prava. Pošto su ova prava , a posebno opšte pravo na zaštitu zdravlja garantovani ustavom , to nastaju probelmi ograničavanj predmeta jedne pravne oblasti u odnosu na drugu, koja po svojoj prirodi ovde pripada više ustavnom pravu. Neki teoretičari smatraju da navedene norme ustavnog prava ispituju celokupnu

sferu ljudskog života, njegove političke, ekonomske, socijalne i duhovne aspekte. Takve norme tvore predmet ustavnog prava ali i utiču na stavljanje posebnih grana prava, koje će za svoj predmet imati neki od navedenih aspekata. Tako se ustavnopravna osnova medicinskog prava javlja kao apsolutna norma, koja garantuje celom stanovništvu RF pravo na zaštitu zdravlja.

Mehanizmi realizacije ovog prava su raznovrsni, a ogledaju se šprvenstveno u pružanju besplatne pomoći svim licima i da se isto to finansira iz državnog budžeta<sup>viii</sup>. Ovo je u saglasnosti sa nacionalnim programom u ovoj oblasti koji su zajednički izradili Ministarstvo zdravlja i Vlada RF, regulišući obavezno zdravstveno osiguranje. Na ovaj način s egrađanima obezbeđuje besplatno dobijanje određenih vrsta med.usluga, a za sve van tiog spiska trebaju lično oni finansirati<sup>ix</sup>

Dalje u vezi s tim što se građanskim pravom regulišu odnosi imovinske prirode, može se govoriti o njegovom značaju na ovom polju u pogledu toga da zdravlje određuje pravnu sposobnost svakog lica, čak i delatnost kojim se može baviti<sup>x</sup>.

Svaki vid društvenih odnosa ima svoje posredne i neposredne posledice. a ovde su u pitanju one koje, bilo pozitivne bilo negativne mogu nastati između lekara i pacijenta.<sup>xi</sup> Svakako da je ovde značajna uloga i med. ustanove, budući da ona obezbeđuje prostor i sredstva za kvalitetno pružanje pomoći, posebno prilikom postavljanja dijagnoza, jer to lekari teško da bi mogli da učine bez pomoći ovih sredstava.

Kao važna etapa razvoja med. prava nameće se i pitanje njenog mesta u okviru prava RF. Neki autori smatraju da je ona podoblast građanskog prava, za šta daje osnov čl.39 Građ-Zakonika, koji je stupio na snagu 1.marta 1996. godine (do sada je nekoliko puta menjan, ali ništa značajno za ovu oblast). Ovde se tvrdi da potpuno regulisanje odnosa između lekara i pacijenta sledi putem normi građanskog prava, jer se prilikom ovog odnosa stavlja prava i obaveze koje samo civilsika reguliše. Med.

pomoć, treba posebno naglasiti, ima imovinski karakter za med. ustanove u kojima se pomoć pruža, budući da država ili građani pokrivaju troškove iste, a sa druge strane, i građani imaju pravo da im se besplatno pruži nužna pomoć u cilju očuvanja njihovog zdravlja i života.<sup>xii</sup> U ovom smislu je veoma bitna i norma sadržana u čl.8 istog zakonika, gde se kaže da građanska prava i obaveze mogu nastajati iz neposrednih ili čak i posrednih odnosa između građana i organizacija, tj. fizičkih i pravnih lica, ali čak i van toga, na osnovu opštih načela građanskog prava i opštih načela pravnog sistema uopšte.<sup>xiii</sup> Ovde se prvenstveno misli na slobodu ugovaranja, ustanovljavanje prava i obaveza isključivo u svom interesu, kao i postavljanje individualnih interesa na prvo mesto. No, kada se posmatra sa aspekta med. prava, pružanja med. pomoći, i posebno etičkih pravila koja su tu ustanovljena, a posebno pravilo da lekar ne sme da odbije pružanje pomoći bilo kom pacijentu, dovode se u sumnju mnoga načela i gđrađanskog prava i opšteg pravnog sistema.

Veoma značajno pitanje jeste i mesto med. prava u okviru pravnog sistema Rf,<sup>xiv</sup> da li ono pripada privatnom, javnom, ili ima segmente koji mogu pripadati u obe oblasti prava. Prema mišljenju S.S. Aleksejeva, privatno pravo se temelji na tzv. pravičnom metodu regulisanja društvenih odnosa, te njegove norme jesu na izvestan način decentralizovane, dispozitivne, - što čini metod koordinacije. Sa druge strane, javno pravo podrazumeva učesće predstavnika vlasti barem sa jedne strane u okviru nekog pravnog odnosa, te njegove norme imaju karakter centralizovan, subordinantan.<sup>xv</sup> Sav normativni materijal se prvo razvrstava u bazične oblasti prava, što su prema mišljenju ovog autora ustavno, građansko, krivično i upravno, pa tek dalje, ono što se ne može uklopiti u sadržinu, ide u niže oblike pravnih oblasti - procesualno pravo, a na kraju, ona specifična znanja i odnosi se razvrstavaju u specifične pravne oblasti kao što su finansijsko, zemljišno, vodno pravo i dr. Sledeći ovu misao, med. pravo ulazi u poslednju grupu, budući da se njime reguliše zaštita zdravlja i svi posredni ili neposredni odnosi koji mogu nastati tim povodom: realizacija prava građana na zaštitu zdravlja, obezbeđivanje sredstava i znanja potrebnih u tu svrhu,

Međutim, pošto autori danas dosta često mešaju javnopravnu i privatnopravnu sferu odnosa, to se isto dešava i prilikom određivanja mesta med. prava.<sup>xvi</sup> Posebno što neki sam proces pružanja med. pomoći smatraju odnosom administrativnog, upravnog prava, što se odnosi na ceo proces dijagnostikovanja i lečenja. Kao način regulisanja odnosa u ovoj oblasti javlja se edispozitivni, način, jer rešenje mnogih situacija zavisi u mnogome od samog pacijanta, Tako pacijent ima pravo da odbije da mu se druži med. pomoć iz religioznih ili nekih drugih razloga, ali sa druge strane u poslednje vreme je slično pravo dato i lekarima, tj. da mogu da odbiju lečenje nekog pacijenta. Pri tom je veoma bitan metod mišljenja pacijata.

### **UMESTO ZAKLJUČKA**

Posebno je značajan odnos med. prava sa ustavnim pravom. Čak neki smatraju da postoji njihovo svojevrsno jedinstvo ne samo po osnovu predmeta regulisanja-zaštita zdravlja, nego i po metodu. U veliko broju naučnih radova metodom ustanovljavanja ustavnih normi smatra se proglašenje nekog prava ili slobode, Navedeno je uslovljeno socijalnom funkcijom istog koje ono ima u društvu, Ceo ovaj proces karakteriše sposobnost garantovanja realizacije navedenih prava. Slično je i sa med. pravom, jer se licima ne proklamuje neko pravo, već se i garatuje njegovo ispunjenj, pri čemu se predviđaju i posebni mehanizmi u slučaju da do ispunjenja ne dođe.<sup>xvii</sup> Tako se u stvari garantuje pravo na zdravstvenu zaštitu i pomoć svakom licu u RF.

---

<sup>i</sup> учебно-методического пособия В.И.Акопова и А.А.Бовы "Юридические основы деятельности врача", РнД, 1997 г., с.6 - 16.

<sup>ii</sup> А.В.Тихомиров, 2001 год

<sup>iii</sup> А.В.Тихомиров, 2001 год

- <sup>iv</sup> *Теймураз Рамазиевич Табатадзе* МЕДИЦИНСКОЕ ПРАВО В РОССИИ СЕГОДНЯ *Elektronska verzija časopisa Dental Jug, na www.stom.ru*
- <sup>v</sup> Павел Литовка, МЕДИЦИНСКОЕ ПРАВО - КОМПЛЕКСНАЯ ОТРАСЛЬ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА РОССИИ <http://www.doktor.ru/econom/law/intro.htm>
- <sup>vi</sup> **Preambula** Закона о основах защиты здоровья
- <sup>vii</sup> Тихомиров А.В. медицинское право-практическое пособие, 1998, стр.10
- <sup>viii</sup> Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения, 1999., стр. 177-178.
- <sup>ix</sup> Е.Шленева : Медицинское право. Предмет отрасли (ПиЖ 2000 № 26 *www*-версия бумажного журнала
- <sup>x</sup> Ардашева Н.А. Проблемы гражданского- правового обеспечения прав личности в договоре на оказание медицинской помощи. Тюмень, 1996, стр.13-14.
- <sup>xi</sup> **Бельский К.С.** К вопросу о предмете административного права//Государство и право. 1997. № 11. С. 15.
- <sup>xii</sup> **Тихомиров А.В.** Медицинская услуга. Правовые аспекты. М., 1997. С. 97
- <sup>xiii</sup> **Малеина М.Н.** Человек и медицина в современном праве: учебное и практическое пособие. М., 1995. С. 5.
- <sup>xiv</sup> **С.В. Поленина.** Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России//Государство и право. 1999. № 9
- <sup>xv</sup> **Алексеев С.С.** Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 45-46. **Тихомиров Ю.А.** Публичное право: падения и взлеты//Государство и право, 1996. № 1. С. 3.
- <sup>xvi</sup> **Попондопуло В.Ф.** О частном и публичном праве//Правоведение. 1994. № 5-6. С. 53
- <sup>xvii</sup> **Миронов О.О.** Конституционное регулирование общественных отношений в СССР. Автореф. дисс...докт. юрид. наук. М., 1986. С. 15., **Еременко Ю.П.** Предмет российского конституционного права. Ростов/н/Д. 1996. С. 28

**SUBMISSION OF WITNESS TESTIMONIES AND DOCUMENTS CONTAINING STATE SECRETS IN ACCORDANCE WITH THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF TURKEY**

**DR. METIN FEYZIOGLU\***

The new Turkish Code of Criminal Procedures (CCP) No. 5271 came into force on June 1, 2005 upon its publication in the Official Gazette dated December 17, 2004.

The new CCP belongs to the Continental Europe criminal procedure family just like the previous Law No. 1412 which was abolished. The new Code did not bring about a change in the system despite amending many rules and causing changes in many institutions.

Some of the changes that are introduced or intended to be introduced with the new Code No. 5271 are briefly explained in the following lines: The legal causes that push a Public Prosecutor to the background with regard to the handling of an investigation and make him / her more passive in office are determined and provisions to compensate for these are adopted. It is stipulated that at the end of the investigation the Public Prosecutor shall prepare an indictment after carrying out a sufficient, comprehensive and systematic assessment, that the accusation shall be concretized in the indictment and the false or incomplete indictments be returned. What is intended by this is implementing the principle of being bound of the judicial organ by the act (deed) as defined in the indictment<sup>1</sup>, and preventing the filing of criminal cases which should not be filed at all. Moreover,

---

**\* Associate Professor, Ankara University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law.**

<sup>1</sup> For the criminal proceedings bound by the act stated in the indictment, look at CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Criminal Proceedings Code, Istanbul 2005, p. 427, etc.

131

**DR. METIN FEYZIOGLU - SUBMISSION OF WITNESS TESTIMONIES AND DOCUMENTS CONTAINING STATE SECRETS IN ACCORDANCE WITH THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF TURKEY**

starting a case with a well-prepared file, proceeding with the hearing as uninterruptedly as possible, and by granting the parties the right to ask questions to the witnesses and experts directly, involving them actively in the trial and implementing the principle of orality and the method of contradiction are aimed. On one hand, the scope of the obligatory situations when the defence lawyer of the accused or the suspect shall be present is extended. On the other hand, the individual claim is reinforced by considering the victim to be the subject as of the investigation stage. The District Court of Appeals is included between the Court of First Instance and the Court of Cassation, so not only the status of the Court of Cassation as a supreme court is strengthened but also the sound legal reviews of the final judgments of the courts both from legal and evidentiary point of views is made possible<sup>2</sup>. However, the district courts of appeals have not been established yet due to the lack of personnel and infrastructure. The legal reviews of the judgments will be single-staged until the district courts of appeals start to function.

The purpose of this article is to go through the provisions of the CCP which regulate the acquirement by the court of witness testimonies which constitute a state secret and the submission to the court of the documents which constitute a state secret.

Article 47 of the CCP which regulates the witness testimonies that constitute a state secret is as follows:

*“(1) Information regarding a criminal case shall not be kept a secret from the court as a State secret. Information which can harm the international relations, national defence and national security of the State and which can pose threats against its constitutional order and*

---

<sup>2</sup> For the tangible supervision to be carried out by the Court of Cassation, look at KESKİN, Serap: Breach of Law as a Cause of Appeal in Criminal Procedure Law, Istanbul 1997, p. 79.



*international relations are considered to be State secrets<sup>3</sup>.*

*(2) In the event that the information from the witness is a State secret, the judge or the court delegation shall listen to the witness in the absence of even the court clerk. The judge or the presiding judge shall have solely that part of information which will help shed light on the charged crime.*

*(3) This provision applies for offences which has a minimum imprisonment of five or more years.*

*(4) It is at the President of the Republic's own discretion to determine the nature of the secret and the issue of its submission to the court if the President is to act as a witness."*

This provision which allows closed hearings and seriously violates the right to defence is clearly contradictory to the right to fair trial secured in Article 36 of the Constitution and Article 6 of the European Convention on Human Rights.

Moreover, this regulation will not help the court reach the material truth since the court, due the nature of the State secret, is mainly devoid of the opportunity to supervise whether the witness is telling correctly and completely what he/she knows.

In the implementation of the Law No. 1412 (Article 49) which is the predecessor of the Law No. 5271, there have been complaints that the civil servants are not let by their seniors to act as witnesses with regard to State secrets and these complaints have

---

<sup>3</sup> For information on State secret, look at BAYRAKTAR, Koksal: Political Crime, Istanbul 1982, p. 48;

SOYASLAN, Dogan: Power of the Executive Organ to Determine the Crime and the Punishment, Ankara

1990, p.3, etc.; FEYZİOĞLU, Metin: Witness Testimony in the Criminal Procedure Law, Ankara 1996, p.181, etc.

been the rationale for the aforementioned regulations. As explained above, it is very difficult for the court to supervise whether the witness is telling all of what he/she knows or is telling the truth or not due to the nature of the State secret. Therefore, this new regulation which violates the right to fair trial of individuals is not serving for the purpose of finding the truth.

It should not be forgotten, unlike the previous Law No. 1412, that there is no differentiation in Article 47 of the CCP on whether the witness is a civil servant or not. Then it is accepted by the legislator that individuals other than civil servants can be privy to State secrets. But if something is known by a lay-person, how can such information be deemed State secret? Moreover, since the new Code does not differ between civil servants and lay-persons, those lay-persons who possess sensitive information and who were not subject to any permission or special procedure for testifying according to the previous Code, shall testify at a closed hearing under the explained special procedure.

If the witness claims that the information he/she should testify about the case is a State secret, the court shall listen to the witness in the absence of the audience, the parties and the clerk of the court.

Since the CCP No. 5271 does not explicitly stipulate that the witness must be a civil servant, there is even a possibility that the judge can be left alone in the hearing room with the leader of an organized crime organization who claims that he or she possesses a State secret with regards to the case at hand.

Technically it is not possible to use the statements which are not recorded in the minute for proving the accusation since the court decided that these statements are not related to the dispute by not having them recorded in the minute.

Since nobody but the judge will be present as the witness makes his/her statements, this regulation will deprive the parties

134

of their right to ask questions to the witness<sup>4</sup>. Among all the parties of the case, this is *especially* a very hard situation for the defence since only the freedom and/or properties of the defendant are at risk in criminal proceedings.

The provision forbids the defence to know about the unrecorded portion of the testimony. There is no chance for the defence to know whether the witness uttered positive or negative remarks about the defendant or not and whether the witness tried to influence the court against him or her. The defence does not have the opportunity to intervene in the remarks of the witness and claim that what he/she is telling fictitious. The witness and the judge or the panel of judges are alone in the hearing room.

When the psychological dynamics of proof are taken into consideration<sup>5</sup>, it is apparent that this regulation which partially eliminates publicity and introduces a closed hearing is suitable for influencing the court in a way not to allow parties to participate and threatens the right to fair trial of the defendant in an unprecedented way<sup>6</sup>.

It is a universal principle that the defendant should be given the benefit of the doubt (*in dubio pro reo*) in criminal proceedings. The source of the principle of "benefit of the doubt" is the presumption of innocence. Criminal courts which follow this principle order the acquittal of the accused for lack of evidence if they fail to remove the doubt that the defendant is guilty. This universal principal is enshrined in Article 223/2-e of the CCP. It

---

<sup>4</sup> For information on the importance of asking questions to the witness and the provisions on this in the new Law, look at KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun: Criminal Procedure Law as a Branch of Procedure Law, Summary Book, Istanbul 2005, p. 230-231; FEYZİOĞLU, Witness Testimony, p. 342;

<sup>5</sup> Look at KUNTER/YENİSEY, p. 7, 8; FEYZİOĞLU, Metin: Moral Conscious in Criminal Procedure, Ankara 2002, p. 71-74, 139-149.

<sup>6</sup> For the importance of publicity, look at KUNTER-YENİSEY, p. 6, FEYZİOĞLU, Moral Conscious, p. 168-169.

is common knowledge that the benefit of the doubt principle is the basis of a great majority of the verdicts of acquittal in practice. Within the framework of this regulation brought about by Article 47/2 of CCP, a witness who claims that he/she will testify about a State secret to the court and thus enjoys the opportunity to be left alone with the judge in the hearing room has the chance to remove the doubt of the court and convince the judge that the defendant is guilty, behind closed doors and away from the participation of the parties. Such a regulation and a practice based on this regulation can have no excuses in the framework of fair trial.

On the other hand, the severity of the accusation is never a measure of the reality / seriousness of the accusation. Therefore, it is not possible to find an excuse for the violation of the right to fair trial by including the expression “*a minimum imprisonment of five or more years*”.

Our objection to the regulation in this Article has no relation with trusting or not trusting the judge. It is not right to discuss the provision on the basis of “*trusting the judge*”. Otherwise it is required to regard all the rights within the right to defence as “mistrust towards the judge” including enjoying the help of the defence lawyer, the mandatory defence and the right of the defence lawyer to examine the file. If the proceedings are joint activities of the three parties<sup>7</sup>, the defence has the right to be present in the hearing room when the court is listening to the witness.

Moreover, it is apparent that this regulation will have no serious function on the way to obtaining the material truth. On the contrary, due to this regulation, courts are face to face with the danger of being influenced by biased witnesses behind the closed doors of the hearing room.

---

<sup>7</sup> KUNTER-YENİSEY, p. 8.  
136

Lastly, the steps to be followed to obtain a witness testimony that may contain a State secret at a trial of an alleged offence for which the imprisonment is lesser than five years are not stated in the new Code.

What is required is quitting the regulation in Article 47 of CPC and re-adopting the system stated in Article 49 of the former Law instead of this one. This article stipulates that, in the event that the witness claims he/she is privy to a State secret because of his/her civil service and his/her statement will be about this secret, the court shall apply to the head of the authority that the secret is related to and ask for permission for the witness to tell what he/she knows about the secret. If the permission is granted, the witness shall make his/her statement before the parties. In this case, it would be our right to expect the administrative authorities to grant permission without acting arbitrarily when courts request permission. In our point of view, there is no need to appoint a different procedure for obtaining the testimony of lay-persons, individuals who learned about state secrets out of civil service, since the confidential information can not be regarded as State secret because it is available to a lay-person and therefore there can be no rationale for hiding it from the court.

The CCP also covers a new regulation on the submission as evidence and examination of the documents which contain state secrets.

The regulation in Article 125 is as follows:

*“(1) Information regarding a criminal case shall not be kept a secret from the court as a State secret.*

*(2) Documents which contain information that can be regarded as a State secret shall only be examined by the judge or the court delegation. Only the part of information included in these documents which can shed light on the charged crime shall be recorded in the minute upon the*

*decision of the judge or the president of the court.*

*(3) This provision applies for offences which has a minimum imprisonment of five or more years."*

As is seen, this Article is symmetrical to Article 47 on testifying about state secrets and similarly it allows closed hearings and severely violates the right to defence and the right to fair trial. Therefore, we will just make references to our above stated comments in our criticism.

Yet if we need to re-emphasize it because of its importance, we can say that this provision leaves the court vulnerable to any unilateral influences that will make it impossible for the defence to intervene and therefore violates Article 36 of the Constitution and Article 6 of the European Convention on Human Rights.

On the other hand, in the Code of Administrative Procedure (Article 20/3), it is stated that *"If the information and documents requested from the Administration by the Court are related to the security or the high interests of the State and also the foreign countries together with the security and high interests of the State, the Prime Minister or the related minister shall prefer not to give the said information and documents by explaining the rational behind it. No order shall be given in the light of the defence made on the basis of the information and documents which are not given."*

It goes without saying that it is a clear and inexcusable contradiction that on one hand the law prohibits the administrative court from reaching a decision based on documents which is not open to the defence but on the other hand forces the criminal court to render a verdict on the guilt or innocence of a human being based upon documentary evidence which is kept hidden from the eyes of even the defence council.

**LE CODE CIVIL EUROPÉEN :**  
**ENTRE OPPORTUNITÉ ET UTOPIE**

par ANAMARIA BUCUREANU ET MĂDĂLIN-SAVU TICU

*“J’ai semé la liberté à pleines mains partout où j’ai implanté mon Code civil... Pourquoi mon Code Napoléon n’eût-il pas servi de base à un Code européen ?”<sup>1</sup> Napoléon*

*Cet exposé représente une analyse des tendances d’unification du droit privé communautaire et des tentatives de réalisation d’un Code civil européen. Ce grand débat du début du siècle oppose les partisans de l’euro-codification et les défenseurs des législations civiles nationales. On peut se demander : un tel Code est-il nécessaire à l’Union Européenne ou pour l’instant cette idée reste seulement une utopie ? Quelquefois les choses opportunes peuvent paraître utopiques au début... On se pose aussi la question de la compétence de l’Union dans l’édition de cet instrument juridique. La tentation d’unifier la législation civile n’est-elle pas peut être un pas vers la fédéralisation ? Voilà les questions auxquelles nous essayerons de répondre dans les pages suivantes.*

**I. Tendances et tentatives d’unification du droit civil européen**

**1) Apparition de l’idée du Code civil européen**

L’idée d’un Code civil européen est ancienne, peut-être plus ancienne que la volonté du Napoléon, illustrée par le moto de cet ouvrage. La question est de savoir quelles chances de réussite a une telle démarche? Est qu’un Code civil européen nous conduira

**\*Faculté de Droit "Nicolae Titulescu", Université de Craiova, Roumanie.**

<sup>1</sup> Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adpf association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 198

vers "une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe"<sup>2</sup> ? Or le Code engendrerait un véritable "tremblement" juridique pour la construction communautaire? Voilà seulement quelques questions autour desquelles notre exposé gravitera.

A l'origine de l'idée de codification du droit civil au niveau européen, "*se trouve le souhait d'adopter une réglementation complète, totale, peut-être même définitive de la matière suivant un plan exhaustif. Ainsi, le Code forme un cadre qui n'admet un développement ultérieur et des renouvellements qu'à partir de ses règles, principes et valeurs*"<sup>3</sup>. Le problème est de savoir en quelle mesure une tentative d'une telle ampleur et hardiesse réussira. Et, notamment, quelle sera sa finalité? La tentation d'une réglementation "complète, totale, peut-être même définitive" en matière du droit civil, n'est-elle pas une utopie? Le Code civil européen ne représente-il un rêve trop courageux, qui peut facilement devenir un cauchemar?! Si on essaie d'uniformiser les systèmes juridiques nationaux des pays membres de l'Union Européenne, au nom de l'unification du droit civil et du *multilatéralisme*<sup>4</sup> (cette idéologie dévorante de la réalité européenne actuelle), tout en les séparant de leurs traditions juridiques, de leurs origines et racines historiques, les conséquences restent assez dangereuses.

Le projet, il est vrai, facilitera le développement du Marché Commun. Pourtant, cette tentative d'unification-uniformisation ne heurte pas subversivement "*dans le cœur du droit de toutes ces nations* (les états membres de l'Union – n.n.), *leur droit*

---

<sup>2</sup> Préambules du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne

<sup>3</sup> Hans Jürgen Sonnenberger, *Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch : Leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne*, pag. 1013, dans l'œuvre collective "1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir", 2004, Dalloz

<sup>4</sup> Philippe Malaurie, *L'utopie et le bicentenaire du Code civil*, pag. 1, dans l'œuvre collective "1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir", 2004, Dalloz



*civil*<sup>5</sup> ? Et ça pour faire disparaître les frontières culturelles et juridiques, quoique la célèbre devise européenne c'est..."*unité en diversité*" ?

L'idée d'un Code civil européen part du besoin d'implémenter des principes et des règles contractuelles fermes, afin d'assurer une bonne gestion du Marché Unique. Du moment où l'Union a une monnaie unique et un marché unique, l'unification du droit civil ne devient pas une nécessité?<sup>6</sup> Une réponse négative en est offerte par le système américain, système où, en dépit du marché et de la monnaie unique, un droit civil uniforme n'existe pas. La Cour Suprême des Etats Unis s'oppose même à l'idée d'un droit commun des états fédéraux<sup>7</sup>. D'autre côté, on peut faire appel au modèle allemand, dont la monnaie, le marché et le droit restent uniques<sup>8</sup>.

On considère que la méthode comparative et un jugement approfondi et équilibré sur les avantages et les désavantages d'un tel projet, représentent la meilleure solution. Il faut également qu'on dépasse la vision totalitaire nationale, en faveur d'une vision européenne. Il reste difficile d'équilibrer la balance (les balances !) entre les sentiments nationaux (qui disent que la norme de mon état est supérieure à toute autre norme) et les sentiments européens. La voie est celle du compromis, les solutions extrêmes étant contre productives ainsi pour le droit civil, que pour la construction communautaire. Un rôle magistral revient ici au droit civil comparé. Cette branche du droit peut

---

<sup>5</sup> Ibidem, pag. 1

<sup>6</sup> Denis Tallon, *L'avenir du Code civil en présence des projets d'unification européenne du droit civil*, pag. 1007 et Laurent Leveneur, *Le Code civil et le droit communautaire*, pag. 945, dans l'œuvre collective "1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir", 2004, Dalloz;

<sup>7</sup> Pour plus de détails voir E. Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, dans Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2002, t.294, pag.130

<sup>8</sup> Denis Tallon, *art. cit.*, pag.1007

nous aider à faire un choix entre l'adoption et le rejet d'un futur Code civil européen.

## **2) Les démarches de l'Union Européenne en vue de développer un Code européen commun du droit privé**

Une des conditions de l'intégration<sup>9</sup> communautaire concerne l'acceptation de l'acquis et la capacité de l'implémenter. Cela signifie non seulement une économie de marché efficace et concurrentielle, soutenue par un mécanisme administratif et juridique adéquat, mais, en même temps, l'implémentation du droit de l'Union Européenne. L'identité européenne, un régime politique démocratique et le respect des droits de l'homme, à côté de la capacité de mise en application de la politique extérieure et de sécurité commune de l'Union, représentent les autres conditions de fond de l'adhésion.

Au fil des années, les Institutions Européennes ont adopté un corps consistant de directives concernant le droit privé. L'activité législative des Communautés a commencé par la directive de 1968 sur les sociétés commerciales et, pendant une première étape, jusqu'en 1985, elle s'est limitée au droit commercial et au droit du travail. Ces directives ne rencontrent des résistances, car elles n'atteignent l'essence du droit civil des Etats Membres. A partir de la Charte Blanche sur le Marché Commun (1985) et l'Acte Unique Européen (1986), l'accent est mis sur la protection des consommateurs. Ce fait a généré l'émission des directives qui ont visé des aspects essentiels des contrats.

Les Etats Membres ont réagi à cette évolution, en adoptant des lois spéciales pour se conformer aux directives, lois qui ont souvent vidé de contenu les codes civils nationaux. L'essai d'intégrer les directives dans les codes, a engendré des résultats moins positifs, tel que l'apparition de nouveaux régimes

---

<sup>9</sup> Voir Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Montchrestien, 1997, pp. 63-65  
142

juridiques, parallèles aux régimes traditionnels<sup>10</sup>.

Cependant, le droit communautaire privé se présente comme une politique sectorielle et comme un ensemble des mesures ponctuelles et fragmentaires. Le Parlement européen s'est plusieurs fois manifesté la volonté sur l'harmonisation et l'unification des vastes parts du droit privé, par la formation d'un "*Code européen commun de droit privé*"<sup>11</sup>. Les résolutions<sup>12</sup> par lesquelles le Parlement européen exigeait aux organes communautaires de démarrer les travaux préparatoires pour ce Code, ont mis en mouvement le mécanisme de la codification européenne du droit privé. La nécessité d'une harmonisation plus poussée, qui réglerait mieux le marché commun, a déterminé le Parlement européen de solliciter à la Commission, en 2000, l'élaboration d'une étude "*en matière du droit civil*"<sup>13</sup>. Le problème d'unification du droit civil a été aussi soulevé par le Conseil Européen à Tampere (15-16 octobre 1999) et Laeken (14-15 décembre 2001). Le but visait le rapprochement des législations des états membres en matière civile, afin d'éliminer les obstacles devant le bon fonctionnement des procédures civiles<sup>14</sup>.

Le Conseil a en effet la possibilité – tenant de ses attributions – d'établir les orientations politiques générales nécessaires au développement de l'Union Européenne. La Commission suit fréquemment les orientations politiques imposées par le Conseil

---

<sup>10</sup> En France, par exemple, la transposition de la directive concernant la responsabilité de fait pour les produits défectueux (la Directive no. 85/374/CEE de 25.07.1985), a créé dans le code civil un nouvel régime, parallèle à celui de la responsabilité traditionnelle. Le même effet l'a eu la transposition dans le droit italien de la directive sur les clauses abusives dans les contrats de consommation (la Directive no.93/13/CEE de 5.04.1993

<sup>11</sup> Laurent Leveneur, *art. cit.*, pag. 945

<sup>12</sup> La résolution de 26.05.1989, JOCE no. C 158/28.06.1989, pag. 400 et la résolution de 6.05.1994, JOCE no.205/25.07.1994, pag.518

<sup>13</sup> La résolution de 16.03.2000, JOCE no. C 377/29.12.2000, pag. 326

<sup>14</sup> JOCE no. C 255/13.09.2001, p.1, Conclusions citées par la Commission dans sa communication de 13.09.2001

Européen et elle doit présenter des initiatives législatives quand le Conseil lui demande<sup>15</sup>.

Suite à ces demandes, la Commission a présenté en 2001 une communication destinée au Conseil et au Parlement européen, sur le droit des contrats<sup>16</sup>. Ce projet n'a pas visé l'ensemble de la matière civile, car la Commission était consciente des limites de ses attributions.

La communication avait pour but d'obtenir des informations sur la nécessité d'une action communautaire plus étendue en domaine des droit des contrats<sup>17</sup>. Plus clairement, la Commission demandait l'avis sur les futures initiatives communautaires en droit des contrats. Les quatre options étaient:

- a) aucune action de l'Union Européenne en ce domaine;
- b) établissement des principes communs en droit des contrats pour consolider la convergence des droits nationaux;
- c) amélioration de la qualité de la législation en vigueur;
- d) adoption d'une nouvelle législation communautaire complète en matière des contrats.

Etant donné que la majorité des opinions s'est montrée contraire à une nouvelle législation en matière des contrats, la Commission a présenté en 2003 un plan d'action qui avait pour objectif l'accomplissement d'un "*droit européen des contrats plus cohérent*"<sup>18</sup>.

Parmi les mesures proposées par la Commission, on rappelle:

- 1) amélioration de l'acquis communautaire en ce domaine, par l'élaboration des principes et d'une terminologie commune;
- 2) analyse de la législation communautaire dans les domaines ou elle a été déjà harmonisée, en vue d'améliorer la qualité rédactionnelle et de corriger les erreurs et les inadvertances.

---

<sup>15</sup> Codrin Macovei, *Quo vadis dreptul european al contractelor ?*, source internet <http://hermeneuticadrechtului.home.ro/articole.html>

<sup>16</sup> Laurent Leveneur, *art. cit.*, pag. 946

<sup>17</sup> JOCE, no. C 255/13.09.2001, p.1

<sup>18</sup> JOCE, no. C 63/15.03.2003, p.1

Une autre série de mesures proposées par la Commission a visé l'élaboration de clauses contractuelles typiques, applicables partout dans les Etats de l'Union. Celles-ci faciliteraient la conclusion des contrats, les citoyens ayant la pleine liberté contractuelle en les choisissant ou pas.

Voilà donc quelle différence entre un véritable Code civil européen pronostiqué il y a quelques années et les plans d'action pour le futur, présentés par la Commission<sup>19</sup>.

### **3) Tentatives d'euro-codification**

La communication de la Commission de 2001, adressée au Conseil et au Parlement européen, représentait en réalité une invitation pour les spécialistes de rechercher "*l'hypothèse d'un code européen des contrats dont l'ambition affichée, au-delà d'une simple harmonisation des droits nationaux en la matière, était de parvenir à une véritable uniformisation du droit des contrats à l'échelle de la Communauté européenne (n.n.)*"<sup>20</sup>.

La réaction de la majorité (au moins pour la doctrine française) a été contraire aux travaux démarrés par un groupe de spécialistes. Les partisans d'une telle initiative se sont montrés plutôt modérés, plaidant pour "*une simple harmonisation des législations nationales plutôt que pour une véritable unification, jugée très prématurée*"<sup>21</sup>.

Nous devons ajouter que l'idée d'un droit européen des contrats, vu comme "*une première étape vers un Code civil européen*"<sup>22</sup> est

---

<sup>19</sup> Laurent Leveneur, *art. cit.*, pag.947

<sup>20</sup> Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adp association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 201

<sup>21</sup> Ibidem, pag.201

<sup>22</sup> Ole Lando, *Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen*, RD aff. int., 1997, pag.189

plus ancienne<sup>23</sup> et appartenait aux groupes de travail constituées des spécialistes, étant une initiative privée (donc sans un support de l'UE).

### **3.1. L'histoire et la finalité des tentatives d'unification**

En 1974, le professeur Ole Lando de l'Université de Copenhague, a lancé l'idée d'établir des "principes" de droit européen des contrats, applicables en vertu du libre choix des parties, mais "*auxquels le juge peut avoir recours quand le contrat doit être régi par les principes généraux du droit, la lex mercatoria ou encore lorsque les parties n'ont pas choisi de règles de droit applicable*"<sup>24</sup>.

Donc, on se trouve devant des principes en matière contractuelle (et non pas devant un Code, qui supposerait un grand volume de travail et de nombreux problèmes), des règles objectives, dépourvues de force juridique. Les travaux se sont déroulés entre 1980/1981-2002. Ceux-ci n'ont pas suscité un intérêt particulier, mais ils ont bénéficié d'"*un soutien financier limité de la part des diverses autorités communautaires*"<sup>25</sup>. Les travaux de la Commission Lando ont eu pour résultat l'apparition des *Principes du droit européen des contrats*, les premières deux parties étant publiées en 2000, et la troisième en 2003<sup>26</sup>.

Si les travaux du groupe conduit par le professeur Lando n'ont pas présenté un intérêt particulier pour les autorités communautaires, la situation a changé pendant les dernières

---

<sup>23</sup> Les travaux de la "commission Lando" ont débuté dès 1980, comme l'affirme Denis Tallon dans l'article « *Vers un droit européen des contrats ?* », dans *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p.485

<sup>24</sup> D. Tallon, *art. cit.*, pag. 1005

<sup>25</sup> Ibidem, pag.1005

<sup>26</sup> O. Lando & H. Beale, ed., *Principles of European Contract Law*, Part I & II, Kluwer, La Haye, 2000 ; O. Lando, E. Clive, A. Prüm & R. Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer, La Haye, 2003

années. Les autorités mènent une "*activité frénétique*"<sup>27</sup> au domaine des tentatives de codification européenne. Nous rappelons l'activisme du Parlement et ses résolutions parfois fantaisistes: résolution A2.15781, JOCE 158/26 juin 1989, résolution A3.03294 de 1994, etc. La Commission a aussi mené une activité intense; on se souvient de la communication de 12 février 2003, devant le Conseil et le Parlement, qui stipulait la nécessité d'un droit européen des contrats plus cohérent. Cette période représente une transition des principes de la Commission Lando vers un Code civil européen des contrats et même vers un véritable Code civil européen<sup>28</sup>, grâce aux travaux du groupe dirigé par le professeur Christian von Bar, ancien membre du groupe Lando.

La problématique d'un Code civil européen reste assez délicate. Premièrement, il faut que son domaine soit délimitée et la manière de réglementation bien établie. En dépit d'une réelle nécessité d'un droit privé uniforme, nous opinons que l'établissement des principes, même un Code des contrats, en suffit. Pour le moment, on ne peut pas aller plus loin, puisqu'on risque de transformer tout en utopie.

Il faut qu'on clarifie les dimensions de la codification, pour que les efforts soient efficaces. Pour l'instant, la discussion reste ambiguë: on parle d'un droit du contrat, d'un droit des contrats, des éléments du droit civil ou même du droit civil entier<sup>29</sup>.

A côté des deux groupes de travail ci dessus présentés, on souvient:

a) le groupe de travail formé par le professeur Gandolfi, ultérieurement devenu l'"Académie des privatistes européens", groupe qui travaille à un projet du Code européen des contrats<sup>30</sup>;

---

<sup>27</sup> D. Tallon, *art. cit.*, pag.1005

<sup>28</sup> C. von Bar, *Le group d'étude sur un Code civil européen*, RIDC 2001, pag.127

<sup>29</sup> D. Tallon, *art. cit.*, pag.1005

<sup>30</sup> M.-L. Ruffini-Gandolfi, *Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats*, RIDC, 2002, 1075

b) "le groupe des trente", dont les recherches visent un *jus commune*, un fond commun du droit privé européen<sup>31</sup>.

Ces projets de recherches ont déjà produit des résultats positifs à l'échelle européenne, engendrant une véritable émulation, un développement et une reconsidération de ce que le droit privé signifie dans les pays membres de l'UE. Les principes européens en matière du droit des contrats, établis par le groupe Lando, ont représenté un pas important pour l'étude du droit comparé, offrant une note comparative, sous chaque article, sur les solutions nationales, "*une vraie mine pour les spécialistes*"<sup>32</sup>. D'autre part, ces principes ont servi comme point de repère pour les réformes législatives nationales. On rappelle en ce sens:

- a) le cas de l'Allemagne, où la nouvelle réglementation de la prescription est inspirée directement des travaux de la commission Lando<sup>33</sup>;
- b) le cas de la Grande Bretagne où une des sources d'inspiration concernant les droits des tiers (Contracts Act) de 1999 a été représenté par les mêmes principes.

En même temps, l'idée d'unification civile européenne a remis en discussion la compatibilité des systèmes de *civil law* et de *commune law*, même l'idée d'un système mixte<sup>34</sup>.

Des débats, des colloques, des articles, des traités, des recueils d'espèces, tout comme résultat des efforts et du travail de ces groupes, qui ont fait aller plus loin le développement de la construction communautaire vers l'unification législative. Un jour, l'unification de la législation deviendra, peut-être, naturelle.

---

<sup>31</sup> M. Bussani et U. Mattei, *Le fonds commun du droit privé européen*, RIDC, 2000, 29

<sup>32</sup> D. Tallon, *art. cit.*, pag.1007

<sup>33</sup> C. Witz, *La nouvelle jeunesse insufflée par la réforme du droit des obligations*, D. 2002, chron. 3156

<sup>34</sup> H. McQueen, *Un code civil européen sera nécessairement un droit "mixte"*, Scots Law and the Road to the New Jus Commune. Jus Commune Lectures on European Private Law.1, University of Maastricht, 2000



**4) La nécessité d'un droit uniforme ; arguments et contrearguments**

Un Code civil européen signifierait imposer un droit uniforme. Est-ce que l'Union a besoin, à ce moment, d'une uniformisation du droit ? Voilà une question assez délicate.

A vrai dire, on a besoin d'établir des standards, surtout en matière contractuelle, pour faciliter le flux du marché unique, mais on a vu que même un Code européen limité aux obligations et aux contrats soulève des problèmes exceptionnels. Plus difficile encore sera l'adoption d'un code civil européen qui envisagerait "*tous les aspects de la matière, en particulier le droit des personnes*"<sup>35</sup>.

Un contre-argument à la promotion de l'idée d'un Code civil européen, c'est le manque de compétence pour l'Union, surtout pour réglementer les rapports qui tiennent au droit de la famille. Le Conseil ne pourra pas se prévaloir de la clause d'adaptation prévue par l'article 308 du traité qui institue la Communauté européenne. Conformément à cette clause, le Conseil peut prendre toutes les mesures nécessaires pour réaliser un objectif de la Communauté "*dans le cas où le traité n'a pas prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet*"<sup>36</sup>. Quoique le problème du droit civil ne peut pas faire l'objet de l'article 308, ça n'a pas du tout empêché le Parlement d'adopter plusieurs résolutions en vue de la création d'un Code civil européen.

En même temps, en ce qui concerne la nécessité d'uniformiser le droit des contrats, on a l'exemple américain du plus grand et dynamique marché interne, sans qu'on ait besoin d'une uniformisation juridique. On peut donc affirmer, avec Laurent Leveneur, que "*l'absence de base juridique rejoint ici l'absence de*

---

<sup>35</sup> Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adp association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 202

<sup>36</sup> Ibidem, pag. 202

*nécessité économique*<sup>37</sup> . Et donc, que reste de cette nécessité d'un Code civil européen ? Quel est le but de cette activité frénétique portée par les autorités communautaires pour mener à bien un tel projet ?

De l'autre côté, on doit envisager aussi l'aspect culturel du problème. Un Code civil national est une pièce centrale pour la culture juridique de l'état en question ; il est un aspect qui tient à l'identité d'une nation, une question de personnalité et d'originalité. Si on emporte à une nation la possibilité d'avoir un Code civil propre, ça ne signifie pas annuler, dans une certaine mesure, "*l'identité nationale*"<sup>38</sup> , au moins de la perspective du droit à une identité juridique ? Peut-on encore parler, le cas échéant, du respect de l'histoire, de la culture et des traditions des états membres, comme il est prévu dans le préambule du traité sur l'U.E. de 1992 ?

Le projet de la Constitution européenne présente, dans son préambule, la devise de l'Union : *Unie dans sa diversité*, formule assez succincte que adéquate à exprimer l'idée que l'unité n'est pas identique à l'uniformité et que, par contre, les "*Etats peuvent être unis en gardant des différences*"<sup>39</sup> .

En général, les objections apportées au développement d'un droit communautaire privé tiennent aux traditions internes, au rôle des codes civils dans la culture nationale et aux grands coûts d'un changement de système. Le grand défaut des critiques concernant les traditions et le rôle culturel des codes réside dans leurs abstraction, dans le fait qu'elles n'envisageaient point la réalité que l'intégration économique européenne a générée. C'est évident que chaque système juridique national présente des traits spécifiques qui font très difficile l'uniformisation, mais il n'y a pas d'ordre juridique immuable. Les échanges (commerciaux, professionnels, culturels, etc.), la libre circulation des personnes, sont des conditions pour le progrès, qui cisèlent les traditions et

---

<sup>37</sup> Laurent Leveneur, *art. cit.*, pag. 949

<sup>38</sup> L'article 6 du Traité de Maastricht

<sup>39</sup> Laurent Leveneur, *art. cit.*, pag. 949

les réorientent.

Voilà donc quelques critiques qu'on peut apporter à la tentation d'uniformisation qui a contaminé aujourd'hui les autorités communautaires.

Si on accepte l'idée d'une harmonisation du droit civil à grande échelle, la seule solution admissible nous paraît celle avancée par V.W. van Gerven : un traité (et non pas un Code !) entre les états de l'Union qui accepteraient une telle initiative d'unification.

### **5) Problèmes de compétence; les limites de l'U.E. en matière de codification**

Même si on renonce à l'idée d'un Code civil européen visant l'ensemble des institutions de droit civil, le projet d'un code des obligations ou le projet d'un code en matière des contrats soulève toujours des objections considérables.

La première grande question qui nous s'impose c'est que la base juridique manque, c'est-à-dire la légitimité du projet de Code civil européen manque. Les traités qui ont fondé la construction communautaire n'habilite pas les institutions européennes "à *intervenir en matière civile, si ce n'est pour adopter des mesures de coopération judiciaire transfrontalière* [article 65 du traité instituant la Communauté européenne]"<sup>40</sup>. Ou bien, entre le texte de l'article 65 et un Code européen des contrats ou un Code des obligations, le chemin est long. Les compétences de l'U.E. sont des compétences d'attribution en vertu desquelles "*L'Union agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées par les états membres*"<sup>41</sup>. On a donc à faire avec un réel principe – le principe d'attribution – complété par le principe de la spécialisation prévu par l'article 5 du traité sur la C.E. selon lequel

---

<sup>40</sup> Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adp association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 201

<sup>41</sup> Le projet de Constitution européenne, art.9, p.2

*"La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés".* Pour être valide, toute intervention communautaire doit s'appuyer sur une base légale, c'est-à-dire être légitime<sup>42</sup>. Toutefois, même si l'intervention communautaire repose sur le texte d'un traité qui lui donne une compétence dans un certain domaine, l'action de la Communauté ne peut pas dépasser *"ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité"*<sup>43</sup>. C'est le principe de la proportionnalité qui, avec les deux principes antérieurs, veille à ce que l'action des institutions communautaires ne se substitue pas à la volonté des états membres, en devenant une supral volonté sans aucun fondement juridique.

Certains auteurs<sup>44</sup> ont suggéré que l'initiative de codification européenne peut être justifiée en droit en appelant au texte de l'article 95 (l'ancien 100 A) qui *"qui permet au Conseil, en codécision avec le Parlement européen, d'arrêter les mesures relatives au rapprochement des législations nationales pour favoriser « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »"*. Mais, attention, ce texte vise seulement l'élimination des obstacles qui concernent la libre circulation (des marchandises, des personnes, des capitaux et des services) entre les états de l'Union, et ne vise point une réglementation complète du marché<sup>45</sup>. Interprétant l'article 95, la Cour de justice a souligné très bien cette chose : *"(comprendre l'article 95) en ce sens qu'il donnerait au législateur une compétence générale pour réglementer le marché intérieur serait incompatible avec le principe consacré (à l'article 5) selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d'attribution"*<sup>46</sup>. Suite à cette vision correctement présentée par la Cour, celle-ci a annulé une

---

<sup>42</sup> Laurent Leveueur, *art. cit.*, pag.947

<sup>43</sup> Art. 5 al. 3, le traité sur la C.E.

<sup>44</sup> C. Witz, *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, D. 2000, chron.p.83 ; J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, RIDC, 1998, pag.7

<sup>45</sup> Laurent Leveueur, *art. cit.*, pag.948

<sup>46</sup> CJCE, 5 oct.2000, RFA c./Parlement européen et Conseil, aff. C-376/98, Europe 2000, no.372

directive du Parlement européen et du Conseil<sup>47</sup>, parce qu'il n'y avait pas une base légale. Voilà donc un exemple qui est destiné à pondérer "*les vellétés des institutions communautaires d'intervenir en dehors des limites précises de leurs compétences*"<sup>48</sup>.

On peut invoquer, tout au plus, l'article 95 dans la réalisation des règles communes minimales en matière de protection des consommateurs, même peut être un Code du consommateur (le texte de l'article 95 prévoit expressément la protection du consommateur). Mais en aucun cas on ne peut pas dire que la réalisation ou le bon fonctionnement du marché interne tient à des relations de famille ou à des droits des personnes. Autrement dit, les raisons qui tiennent du développement du marché interne ne peuvent pas être une justification pour l'élaboration d'un entier Code civil européen. On peut parler, tout au plus, de certaines règles, principes ou institutions d'un tel Code.

Voilà donc que, de point de vue juridique, la compétence communautaire pour l'élaboration d'un Code européen manque, situation dans laquelle "*seul un accord international conclu entre les Etats membres pourrait donc éventuellement conduire à l'adoption d'un code européen*"<sup>49</sup>.

Mais formulons aussi le problème sous un autre aspect : supposant qu'il y a légitimité juridique pour un tel projet, est-il opportun un droit uniforme (des obligations, des contrats ou même un droit civil général) au niveau de l'Union ? Finalement, l'uniformisation signifie opter pour certaines solutions juridiques, pas obligatoirement meilleures que les solutions nationales ! Opter pour certaines règles nationales signifie un manque de cohérence et de clarté, sans rien dire de la cohésion des règles au niveau d'un tel code. On aura, peut être, un Code civil européen,

---

<sup>47</sup> La directive du 6 juillet 1998 sur la publicité en faveur du tabac.

<sup>48</sup> Laurent Leveneur, *art. cit.*, pag.948

<sup>49</sup> Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adp association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 201

mais celui-ci sera trop "bigarré" et sans unité pour qu'il puisse être l'expression de toutes les cultures juridiques européennes. Maintenir la diversité des droits nationaux, leur cohabitation, c'est permettre aux parties d'un contrat de choisir librement une législation ou l'autre. Ça sera donc un mécanisme concurrentiel au niveau des systèmes juridiques nationaux. On est dominé à cette heure par la "chimère" de l'unification ; la solution pour l'Union sera de recourir au modèle des célèbres *Restatements* américains, en offrant à ceux intéressés *"un instrument sans valeur normative rassemblant les divers droits nationaux afin d'en faciliter la comparaison et d'en faire plus aisément apparaître les convergences et les divergences"*<sup>50</sup>.

#### **6) Les périls de l'unification juridique – un pas vers la fédéralisation ?**

L'idée d'adopter un Code civil européen est une idée en même temps intéressante (soulignant la nécessité de l'unification civile) aussi que exposée au risque, au moins sur deux aspects. Le premier aspect consiste dans l'obligation du choix, au sens que, instituant un tel Code, on doit opter pour la systématisation sacrifiant la casuistique. Il y a ici un renoncement à la tradition anglo-saxonne au bénéfice de celle romaino-germanique. On ne discute point la primauté d'un de ces systèmes sur l'autre ; ça serait une tentative sinon naïve, au moins échouée. Nous voulons seulement souligner le fait qu'on ne peut pas renoncer brusquement et irrémédiablement à tout ce que a apporté de bénéfique le système anglo-saxon dans l'évolution du droit.

Le deuxième aspect, infiniment plus exposé aux risques que le premier, nous pose devant un danger imminent : l'uniformisation des droits civils nationaux et, au fur et à mesure, leur disparition font d'un possible Code civil européen l'instrument avec lequel on met fin à "l'identité nationale des états membres" de l'Union<sup>51</sup>. Si

---

<sup>50</sup> Ibidem, pag. 202

<sup>51</sup> Le traité sur l'U.E., article 6, al. 3

vous voulez, on a à faire à un "nivellement" juridique qui aura comme but un estompement de la spécificité nationale par rapport à celle européenne. Les droits civils nationaux tiennent de l'histoire, de la culture, de la personnalité juridique et sociologique de chaque état. Éléments de spécificité, de diversité culturelle, les droits civils nationaux seraient graduellement anéantis par ce projet de codification qui poursuit "*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 Etat fédéral européen appelé à prendre le pas sur les Etats-nations*"<sup>52</sup>.

On parle d'une "*union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe*"<sup>53</sup>, mais seulement "*dans le respect de leur histoire, de leur culture et traditions*". C'est de cette idée que découlent les deux principes capitaux : la subsidiarité et la proportionnalité. Le premier principe<sup>54</sup> assure une action efficace par l'intervention de l'U.E. seulement quand l'état ne possède pas les moyens nécessaires pour parvenir à un certain but qui puisse être mieux réalisé par les mécanismes communautaires. La subsidiarité est un principe aussi politique (parce qu'elle établit les compétences entre l'état et l'Union) que juridique (la Cour de justice peut sanctionner une institution communautaire pour avoir dépassé ses compétences). Les compétences concurrentes (de l'état et de l'Union) sont dominées aussi par le principe de la proportionnalité qui est un prolongement et un approfondissement du principe de subsidiarité, fixant les limites de l'intervention communautaire à "*ce que est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité* (le Traité de Maastricht-

---

<sup>52</sup> Jacques Bouineau, Jérôme Roux, *200 ans de Code civil*, adp association pour la diffusion de la pensée française, Paris, 2004, pag. 203

<sup>53</sup> Les préambules des traités sur la Communauté européenne et sur l'Union européenne

<sup>54</sup> Voir l'article 5 et l'article 95-1 du traité sur la CECA (la subsidiarité implicite) et l'article 3B du Traité de Maastricht (subsidiarité explicite); pour plusieurs détails sur la notion de subsidiarité voir également B.M.C. Predescu & autres, Le principe de subsidiarité

n.n.)<sup>55</sup>. Ce principe "*on le retrouve dans la jurisprudence de la majorité des états européens, lui étant consacré aussi par la pratique de la Cour de Justice de Luxembourg*"<sup>56</sup>.

Ces deux principes prouvent le manque de volonté politique pour la fédéralisation, faisant impossible l'adoption d'un Code civil européen parce qu'ils privent l'U.E. de légitimité juridique pour initier un tel projet.

Toutefois, le principe de subsidiarité peut être une épée à deux tranchants, ouvrant le chemin pour un développement sans limite du droit communautaire. En ce sens très intéressantes sont les affirmations de l'ancien président de l'Assemblée Nationale française, Monsieur Philippe Seguin, qui affirmait que ce que caractérise le Traité de Maastricht "*c'est le fait qu'il est trop peu juridique. J'entends pourquoi il n'a pas ni la cohérence, ni la précision, ni la rigueur des juristes qui font que les règles de droit soient correctement appliquées, conformément à l'intention du législateur. Tout se passe comme ça parce que les négociateurs du Traité ont cultivé l'ambiguïté d'une manière qui permet les interprétations les plus contraires. [...] La subsidiarité peut être n'importe quoi, à moins un principe juridique. Elle est un principe d'efficacité et, pour cette raison, un principe éminemment subjectif*"<sup>57</sup>. L'ambiguïté de ce principe signifie, pour quelque uns, que cette notion soit entendue comme une possibilité de limiter les compétences communautaire, et pour les autres, ce principe a le sens de favoriser l'extension des compétences de l'Union<sup>58</sup>.

Le mot clef c'est la diversité parce que, si on nie le spécifique des états membres, l'Union atteindra un collapsus, une

---

<sup>55</sup> Maastricht, Le texte integral, Commission paritaire, paris, iunie 1992, pag. 6-7, art. 3B

<sup>56</sup> Bianca Maria Carmen Predescu, Ion Predescu, Aristide Roibu, Principiul subsidiarității, R.A. Monitorul Oficial, București, 2001, pag. 76

<sup>57</sup> Ibidem, pag. 99-100

<sup>58</sup> Ibidem, pag. 100



autodestruction (l'exemple le plus récent et concluant est l'U.R.S.S.). On peut voir que l'Union accepte la diversité : elle opère utilisant les directives qui contiennent des descriptions des états de fait et le résultat auquel on doit aboutir de point de vue juridique.

Ainsi, la tâche d'adopter des lois pour produire le résultat désiré revient aux états membres, créant ainsi les prémisses d'une action efficace et respectant la diversité. Quoique l'unification juridique puisse paraître un premier pas vers la fédéralisation, on doit envisager la réalité mondiale. Le grand désavantage de l'Union c'est que la famille européenne n'est pas une nation unique, à langue et culture uniques, mais qu'elle est formée de 25 nations "condamnées" à se développer ensemble dans un monde où les grandes puissances de dimensions continentales ( les Etats-Unis, la Chine, l'U.R.S.S., la Japon) détiennent le monopole grâce au fait que, étant en majorité des états fédéraux, elles sont rapides et homogènes dans leurs décisions. Quoique les états membres de l'Union ne désire pas évoluer vers une fédération européenne (voir le manque de volonté politique en ce sens), paradoxalement, il est possible que l'Union se transforme dans une fédération, contrairement à la volonté des états, mais sous la pression de la réalité internationale. Il s'agit d'un vrai drame : est-ce que les millions de personnes disparues pour avoir défendu les valeurs nationales pourront-ils opposer le souvenir de leur sacrifice à la réalité internationale qui nous oblige à nous détacher du passé, dans le nom de l'unité, pour résister au futur ?

La fédéralisation qui n'est ni bonne, ni mauvaise, mais seulement une nécessité à long terme a, comme aide, un très bon instrument : le droit. Le besoin vital de la société européenne contemporaine c'est la nécessité des règles juridiques communes, gage de l'accord pour la famille européenne, qui pourront apporter les éléments d'homogénéité, cohérence et unité si difficile à obtenir au niveau communautaire.

## **II. En lieu de conclusions**

Par ce débat autour de l'idée de codification européenne on assiste à une revigoration, à un renouvellement de la pensée juridique actuelle et à une reconsidération *"des notions de base telles que la codification, les contours du droit civil, le contrat"*<sup>59</sup>. Les échos sont, normalement, dans les deux sens : ceux qui soutiennent le projet de codification (en matière contractuelle, en matière des obligations, ou même de l'entier droit civil) et aussi les défenseurs farouches des législations civiles nationales.

Finalement, tout ce frémissement juridique actuel ne peut être que bénéfique aux institutions de droit civil. C'est moins important si nous aurons un Code européen des contrats ou même un Code civil européen. Ce qui est important c'est que le droit civil comparé a été revigoré et que le monde du droit privé contemporain s'est réveillé de la léthargie. Quelle sera la finalité ? Tracer les lignes générales, de principe, qui puissent donner aux états de l'Union la possibilité de reconsidérer et harmoniser la législation civile nationale. On ne doit pas tout régler en détail ; ça sera impossible (c'est pour cette raison que la perspective de codification européenne est utopique). La jurisprudence européenne (soulignant le rôle très important que aura la Cour de justice dans un tel projet), la jurisprudence interne, la doctrine, le circuit juridique concret, transposeront en pratique tous les principes et toutes les règles civiles dont la nécessité résulte d'un accord général.

Dans le domaine du droit privé communautaire deux sont les instruments principaux, pour prévenir les distorsions entre les systèmes juridiques nationaux : la coordination et l'harmonisation (l'unification) des législations. La coordination utilise les règles concernant les conflits de lois, la compétence et la coopération entre les juridictions, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires dans autres états que l'état dans lequel les décisions ont été prononcées. L'harmonisation

---

<sup>59</sup> D. Tallon, *art.cit.*, pag.1008  
158

s'effectue sous diverses formes. Il y a une harmonisation plus réduite qui donne aux états un vaste espace à manœuvrer, respectant certains principes fondamentaux (l'harmonisation négative) et il y a aussi une harmonisation plus prononcée (l'harmonisation positive) qui signifie la création, au niveau communautaire, des valeurs et des règles communes en présence desquelles les systèmes nationaux peuvent coexister, à condition de la conformité. Dans ce dernier cas, même si on applique les législations nationales, leur contenu est beaucoup plus uniformisé. Une véritable unification est conçue sous plusieurs formes. D'une part, une unification additionnelle<sup>60</sup> qui donne naissance à un 26<sup>ème</sup> modèle parallèle aux premiers 25 modèles existants et, d'autre part, une unification substitutive<sup>61</sup> qui remplacera le droit national, par des règles uniformes. Ainsi, du point de vue du droit privé, le droit communautaire utilise des méthodes diverses, souvent même en les combinant<sup>62</sup>. Ces méthodes ne s'excluent pas réciproquement, seulement l'unification substitutive faisant inutile la coordination.

De cette triade, unification-uniformisation-harmonisation, plus importante c'est la dernière notion parce qu'elle suppose un accord, un équilibre avec le droit communautaire (directement) aussi qu'avec le droit des autres états membres (indirectement). En échange, l'unification est problématique parce qu'elle peut créer un amalgame, une somme et jamais un tout bien articulé de normes juridiques. Elle est dangereuse<sup>63</sup> parce qu'elle suppose un étalonnage, un nivellement qui peut signifier pour quelques états un bénéfice (l'uniformisation par adjonction, par

---

<sup>60</sup> Le règlement du Conseil européen no.40/94/CE de 20.12.1993 sur la marque communautaire représente une telle unification.

<sup>61</sup> C'est le cas du Code vamal de l'U.E. qui s'est substitué aux réglementations nationales.

<sup>62</sup> Par exemple, le règlement sur la marque communautaire est complété avec une directive qui désire approcher les législations nationales dans le même domaine.

<sup>63</sup> "L'uniformité est un genre de perfection qui, selon le mot d'un auteur célèbre, saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits". Portalis, *Discours préliminaire*

perfectionnement), mais aussi une perte, pour d'autres états (l'uniformisation par réduction, par diminution). On naît égaux, mais on ne vit pas également. Ça sera donc incorrectement imposer un standard, un modèle (plus ou moins efficace).

Par ses résolutions, qui appelaient à un Code européen commun de droit civil, le Parlement européen a créé une vraie controverse, tranchée aujourd'hui par un recul de cette institution<sup>64</sup>. Une position semblable a aussi la Commission, par sa dernière communication<sup>65</sup>, précisant que l'instrument juridique autour duquel s'est créé tout ce débat, si il sera adopté, il envisagera seulement les transactions transfrontalières (celles conclues entre commerçants ou entre commerçants et consommateurs), l'usage de cet instrument étant optionnel, avec la possibilité de choisir entre cet instrument et les droits existants. En tout cas, comme affirme D. Staudenmayer<sup>66</sup>, il ne s'agit pas d'une initiative qui veut remplacer le Code civil français ou créer un Code civil européen.

A cette heure le projet de codification européenne (partiale ou en ensemble) s'inscrit entre la nécessité d'établir des principes clairs et cohérents, une certaine tendance utopique et les termes d'un réel sacrilège (par "l'attentat" aux législations nationales, par la tentative de "détrôner" quelques monuments législatifs comme le Code Napoléon, le BGB allemand, etc.)

Si on a mentionné la caractéristique utopique d'un tel projet, on doit aussi préciser que *"L'utopie du Code civil européen est toute différente ; elle relève d'une aspiration unitaire de l'Europe, de la technique, d'un monde sereinement régulé par le droit et le marché, de la science théorique des professeurs de droit et de la rencontre des divers systèmes juridiques européens. Elle est sans racines historiques ni culturelles, et pour l'instant sans véritable*

---

<sup>64</sup> La résolution du Parlement européen concernant la délimitation des compétences entre l'U.E. et les états membres, 15.05.2002

<sup>65</sup> La communication du février 2003, § 92

<sup>66</sup> D. Staudenmayer, Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats, JCP, 2003, I, 127, no.15  
160

*volonté politique. Elle est de nulle part, presque intemporelle, une vraie utopie, le monde de l'irréel, ne vivant que par et pour le droit, sans autre idéologie que celle du marché*<sup>67</sup>.

Finalement, il est possible que notre exposé ait soulevé d'une manière erronée le problème de la nécessité de codification (européenne) parce qu' *"il n'y a pas de bon code dans aucun pays. La raison en est évidente : les lois ont été faites à mesure, selon les temps, les lieux, les besoins..."*<sup>68</sup> et, ajouterons nous, selon les hommes...

---

<sup>67</sup> Philippe Malaurie, *L'utopie et le bicentenaire du Code civil*, pag.8, dans l'œuvre collective "1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir", 2004, Dalloz

<sup>68</sup> Voltaire, *Dictionnaire de Philosophie*, <<Des Lois>>, ed. Flammarion, p. 267



**НОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РАЗВОЈУ МАТЕРИЈЕ  
ПОСЕБНОГ ДЕЛА КРИВИЧНОГ ПРАВА  
ЗЕМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ**

**МР ДРАГИША ДРАКИЋ\***

До деобе кривичног права на општи и посебни део дошло је тек у другој половини осамнаестог века, и то најпре у теорији кривичног права, а затим и у кривичном законодавству.<sup>1</sup> Пре тога, постојао је само посебни део кривичног права. Другим речима, кривично законодавство се на почетку свог развојног процеса састојало само из одредаба које су прописивале поједина кривична дела и казне за та дела, да би тек касније у њега била уграђена и материја општег дела. Данас је ова подела уобичајена у европским кривичним законцима.

У данашње време је неспорно да општи и посебни део кривичног права стоје у односу међусобне повезаности и узајамне условљености, тако да представљају два дела једне јединствене целине. Ипак, одредбе општег и посебног дела су садржински различите. Тако, општи део садржи прописе који су заједнички за сва кривична дела и њихово кажњавање.<sup>2</sup> Њима се решавају материјално-правна питања која се постављају поводом извршења сваког кривичног дела.<sup>3</sup> И док општи део кривичног права регулише основне институте који су од значаја за сва кривична дела, посебни део садржи законске описе појединачних кривичних дела и прописује

---

\* **Асистент, Правног факултета у Новом Саду**

<sup>1</sup> Први законик који је прихватио ову поделу био је Кривични законик Француске од 1791. године.

<sup>2</sup> Он једнако важи, како за кривична дела која су садржана у кривичном законнику, тако и за кривична дела која се налазе у тзв. споредном кривичном законодавству. Тако и U.Ebert, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg, 2001, s.21.

<sup>3</sup> Тако, Ф.Бачић, *Казнено право – опћи дио*, Загреб, пето издање, 1998, с.70.

казну за та дела. Међутим, погрешно би било рећи да се општи део кривичног права примењује на исти начин на све инкриминације, без обзира на то о којој инкриминацији је реч. Некада се општи институт "прилагођава" односно инкриминацији и "обликује" на начин који зависи од њене садржине.<sup>4</sup> Тако на пример, ако узмемо нехат као облик кривице, може се рећи да се захтев за брижљивошћу управља према вредности угроженог или повређеног правног добра.<sup>5</sup> Ова, условно речено, конкретизација општих института кривичног права је неопходна, јер су прописи општег дела некада толико апстрактни, да је тешко остварити њихову недиференцирану примену на сва кривична дела која су обухваћена посебним делом и споредним кривичним законодавством, без обзира на то о којем је кривичном делу реч.<sup>6</sup> На основу претходно реченог може се закључити, да је посебни део кривичног права по свом значају једнак општем делу, упркос садржинске различитости њихових одредаба. Но, у теорији кривичног права се неоправдано много више пажње посвећује општем делу.<sup>7</sup> Стога се у будућности овај тренд "игнорисања" у кривичноправној науци што пре мора напустити, јер обим научне обраде материје посебног дела кривичног права, као и површан приступ у изучавању односне материје, не одговара њеном стварном значају.

Основни значај посебног дела кривичног права огледа се у томе, што законске одредбе садржане у њему одређују обим и границе кривичноправне заштите. С тим у вези, та заштита је фрагментарна, па се у литератури говори о томе да кривично право има фрагментарну природу.<sup>8</sup> Тако, кривичним правом

---

<sup>4</sup> Слично, J.Baumann, U.Weber, W.Mitsch, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, s.60.

<sup>5</sup> Слично, G.Arzt, U.Weber, Strafrecht – Besonderer Teil, Lehrbuch, Bielefeld, 2000, s.10.

<sup>6</sup> Тако и J.Baumann, U.Weber, W.Mitsch, ibid.

<sup>7</sup> Тако и З.Стојановић, О.Перић, Кривично право – посебни део, треће издање, Београд, 1999, стр.11.

<sup>8</sup> Тако нпр. G.Arzt, U.Weber, ibid, s.8.



не могу се штитити сва правна добра, већ само вреднија правна добра.<sup>9</sup> Чак се ни та вреднија правна добра не могу и не смеју штитити од свих напада на њих који се могу замислити. Другим речима, "нити сва правом заштићена добра заслужују кривичноправну заштиту, нити се она добра којима је она потребна кривичним правом штите у целини".<sup>10</sup> Кривичним правом се, дакле, штите само вреднија правна добра од одређених напада на њих. Све док се другим гранама права, или неким ванправним средствима социјалне контроле, може пружити адекватна заштита индивидуалним или друштвеним добрима, није оправдана употреба кривичног права. Оно се у том смислу показује као крајње средство, *ultima ratio*.<sup>11</sup> Стога се може рећи да кривично право има субсидијерни карактер. О овој фрагментарној природи и субсидијерном карактеру кривичног права мора се водити рачуна приликом одређивања граница кривичноправне заштите. Поред заштитне функције, значај одредаба посебног дела кривичног права огледа се и у томе, што ове одредбе служе реализацији начела законитости у одређивању кривичних дела и прописивању кривичних санкција.<sup>12</sup> Смисао овог начела је да се грађанима да до знања, која понашања представљају кривична дела и колика је запрећена казна за таква дела. Да би се доследно спровело начело законитости неопходно је да законски описи кривичних дела буду јасни, прецизни и недвосмислени, како би их лако могао схватити сваки грађанин. Коначно, значај одредаба посебног дела произилази и из њихове природе. Наиме, то су одредбе које конкретизују опште услове кажњивости, а нарочито општа обележја кривичног дела. Законски описи кривичних

---

<sup>9</sup> С тим у вези, "признање нечег као правног добра и – као следећи корак – неопходност да се заштити управо кривичним правом, често је у сукобу", G.Arzt, U.Weber, *ibid*, s.4.

<sup>10</sup> З.Стојановић, О.Перић, *ibid*.

<sup>11</sup> З.Стојановић, О.Перић, *ibid*, стр.11,12.

<sup>12</sup> Вид. чл.1 КЗ, Службени гласник РС, бр.85, Београд, 6. октобар, 2005.

дела, поред тога што најчешће конкретизују елементе општег појма кривичног дела, некада представљају и њихову допуну.<sup>13</sup>

Материја посебног дела кривичног права је променљивија од материје његовог општег дела. Наиме, за разлику од општег дела, посебни део кривичног права умногоме зависи од друштвено-економских и политичких прилика. Наиме, измењене друштвено-економске и политичке прилике повлаче за собом и потребу за изменама у материји посебног дела кривичног права. То захтева посебну будност и опрезност, као и обавезу, да се стално преиспитују границе кривичноправне заштите. Питање, да ли је једно добро толико вредно да је оправдано да му се пружи кривичноправна заштита, и да ли је једно понашање толико опасно да се репресија средствима кривичног права чини неопходном, захтева непрестану дискусију из које треба да израсте консензус.<sup>14</sup> Основни параметар о којем се мора водити рачуна приликом вођења ове дискусије је друштвена опасност, друштвена штетност неког понашања у датим друштвено – економским и политичким приликама. Наиме, да би једно понашање могло бити проглашено за кривично дело оно мора бити у довољној мери друштвено опасно. Како је друштвена опасност релативна, како у времену, тако и у простору, неопходно је да се стално преиспитују постојеће инкриминације. С тим у вези, уколико се дође до уверења да је једно понашање, које је прописано као кривично дело, престало бити друштвено опасно, или да не садржи у себи довољан степен друштвене опасности, неопходно је да се оно декриминализује.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> О значају посебног дела кривичног права вид. детаљније, Љ.Лазаревић, Кривично право – посебни део, Београд, 1995, стр.4,5.

<sup>14</sup> Слично, G.Arzt, U.Weber, *ibid*, s.6.

<sup>15</sup> "За већину савремених законодавстава питање декриминализације значи питање опредељења за рационалну криминалну политику, која налаже селективни приступ код

То подразумева његово "екскомуницирање" из кривичноправне сфере, било да се оно пребаци у регистар других казних деликата, било да се у потпуности избаци из зоне кажњивости.<sup>16</sup> Но, ово је и основни проблем савременог кривичног права, које садржи изузетно широку зону кажњивости. Зато је сужавање зоне кажњивости један од основних његових задатака. На том плану се последњих двадесетак година доста урадило. Међутим, од краја деведесетих година на сцени је поновно проширивање кривичног права<sup>17</sup>, које је не ретко било мотивисано потребама заштите политичких интереса партије(а) на власти, или тежњама да се заштите моралне норме. Дакле, не само да се често не врши декриминација неког понашања иако би то било оправдано, те се оно задржава у регистру кривичних дела по инерцији, већ је некада законодавни рад на прописивању нових инкриминација емоционално обојен и мотивисан.

Поред потребе да се савремено кривично право "претресе" и тако растерети непотребног баласта сувишних инкриминација, мора се водити рачуна и о супротној тенденцији. Наиме, постојећи систем инкриминација, ма колико да је преобиман, у неким својим деловима он је непотпун, те би га требало доградити уношењем нових кривичних дела.<sup>18</sup> То захтевају измењени животни односи,

---

постављања система кривичноправних норми", В.Камбовски, Могући случајеви декриминализације у нашем кривичном законодавству, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.1-2, Београд, 1986, стр.251.

<sup>16</sup> О основним правцима декриминације вид. Љ. Лазаревић, Основи и правци будућег развоја југословенског материјалног казненог законодавства, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.4, Београд, 1989, стр.18,19.

<sup>17</sup> Вид. о томе, G.Arzt, U.Weber, Strafrecht – Besonderer Teil, *ibid*, s.4.

<sup>18</sup> Тако и Љ.Лазаревић, *ibid*, стр.19.

који су условљени наглим техничким напретком у појединим областима као и појавом нових облика криминалитета.

Такође, неопходно је и да се неке од постојећих инкриминација измене, како би се прилагодиле и усагласиле са потребом ефикасније заштите индивидуалних и друштвених вредности, које се и даље морају штитити средствима кривичног права, али не на такав начин или у том обиму.<sup>19</sup>

Не само да постоји потреба да се мења садржина неких од постојећих инкриминација, већ је некада потребно да се изврше легислативно – техничке промене. Наиме, чињеница је да постоје такве инкриминације које су нејасне и непрецизне. А њихова егзистенција доводи у питање остваривање напред поменутог начела законитости. Јер, да би се у потпуности реализовало односно начело, није довољно да она људска понашања која представљају кривична дела буду унапред прописана законом, већ је неопходно и да буду одређена на такав начин да су за сваког схватљива и лако разумљива. "Свако обележје кривичног дела морало би бити граматички, логички и правно прецизно одређено".<sup>20</sup> Ипак, због бројности и сложености неких инкриминација тешко је у том погледу постићи савршенство, али је несумњиво да конструкција неких кривичних дела не задовољава ни елементарне језичке и законодавно – техничке услове.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Проблеми - декриминација, потреба уношења нових инкриминација или измене постојећих у складу са измењеним околностима, нису нови. На њих је указивано и раније. Вид. о томе нпр. Б. Краус, О ревизији посебног дијела Кривичног законика, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.2, Београд, 1972, стр.258.

<sup>20</sup> Љ.Лазаревић, Могући правци даље изградње кривичног законодавства у С.Р. Србији, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.3, Београд, 1989, стр.16.

<sup>21</sup> Тако, Љ.Лазаревић, *ibid.*

Конечно, у савременом кривичном праву постоји релативно велики број инкриминација које се налазе у тзв. споредном кривичном законодавству. С тим у вези, постоје некривични закони који регулишу неку другу област друштвеног живота, а обично на крају садрже једну или више инкриминација којима се предвиђају као кривична дела повреде неких одредаба односног закона. Приликом прописивања ових инкриминација законодавац не води довољно рачуна о томе, да ли се такви захвати уклапају у целовитост кривичне кодификације и њену јединствену кривичноправну концепцију.<sup>22</sup> То доводи у питање остваривање начела правне сигурности и законитости. Ипак, не би било оправдано да се све инкриминације нађу у једном кривичном закону. И заиста, потпуна кодификација кривичноправне материје у једном кривичном закону или закону није нигде остварена. Наиме, овај закон треба да траје дуже време. Стога у њега не треба инкорпорисати такве инкриминације које су резултат тренутних потреба, или се тичу неког тако динамичног друштвеног подручја, да се може очекивати да ће се ти прописи ускоро мењати. Такође, у њега не треба уносити ни кривична дела која су најуже везана за специфичну правну материју која је регулисана у одређеном закону, јер је за разумевање таквих дела нужно познавати тај закон у целини.<sup>23</sup> У свим другим случајевима, а из напред наведених разлога, треба избегавати уношење кривичних инкриминација у некривичне законе.

Након што смо одредили значај посебног дела кривичног права и указали на променљивост односне материје која условљава непрестано критичко преиспитивање постојећих инкриминација, што је мање – више заједничко за кривична законодавства свих земаља, у даљем тексту ћемо навести неке заједничке карактеристике система инкриминација земаља у

---

<sup>22</sup> Тако, Ф.Бачић, Казнено право – опћи дио, пето издање, Загреб, 1998, стр.69.

<sup>23</sup> Вид. о томе, Б.Краус, *ibid*; Ф.Бачић, *ibid*.

транзицији.<sup>24</sup>

Наиме, у последњих десетак година у неким централно – европским, а нарочито источно – европским земљама наступиле су значајне друштвено – економске и политичке промене, које су имале утицаја и на промене које су се десиле на пољу кривичног права. Тако, у већини ових земаља донети су нови кривични закони, који се нарочито у материји посебног дела кривичног права разликују од ранијих закона. Наиме, процес устројства новог система инкриминација био је у земљама у транзицији праћен провером инкриминација са аспекта нових вредносних орјентација. Ипак, већи њихов део остао је неизмењен, јер исте служе заштити и поштовању одређених универзалних вредности и добара. С тим у вези, "транзиција не представља насилну деструкцију свега онога што је постојало у ранијем систему"<sup>25</sup>, већ његово реформисање у мери у којој је то неопходно, да би се остварило приближавање општеприхваћеним стандардима демократских држава. "У односу на кривично право, то значи признавање извесног континуитета, у мери у којој је раније право било на линији одређених универзалних начела и вредности"<sup>26</sup>.

За систем инкриминација посебног дела ових земаља карактеристично је неколико заједничких тенденција. Најпре, потенцира се приоритетни значај заштите индивидуалних слобода и права. Затим, сва законодавства напуштају инкриминације које значе заштиту одређене глобалне идеје или идеолошког пројекта. Тако, код дела против државе и поретка, напушта се концепт "контрареволуционарно дело", као појам који обухвата

---

<sup>24</sup> О посебном кривичном законодавству западноевропских земаља неће бити речи у овом раду, јер ту и нису наступиле значајније промене у новије време.

<sup>25</sup> В. Камбовски, Казнено – правната реформа пред предизвиците на XXI век, Скопје, 2002, с.332.

<sup>26</sup> В. Камбовски, *ibid*.

дејства против социјалистичког система. Установљава се нови концепт заштите државе и политичког система с премисом, да кривично право треба да заштити демократски конституисани уставни поредак од насилне промене, без такве заштите која представља препреку за развој демократских односа и остваривања политичких слобода. Концепт политичког дела се крајње рестриктивно примењује на кривичноправне забране у политичкој сфери, са циљем да се спречи злоупотреба кривичног права, као средства разрачунавања са политичким противницима.

Консеквентно таквој "деидеологизацији" кривичног права, напуштена је заштита одређених "идеолошки обојених" вредности: посебна заштита државне имовине, приоритет у заштити државног, насупротив појединачног интереса итд. Израз таквог опредељења представља и нова архитектоника посебног дела. Са изузетком одређених законодавстава (бугарски и чешки КЗ), код којих систематика посебног дела почиње са делима против државе, или (пољски и литвански КЗ) са делима против међународног права, посебни део највећег броја законика почиње са делима против живота и тела<sup>27</sup> и делима против личности.

Процес транзиције у овим земљама намеће и проблем заштите неких старих вредности, до момента док не буду замењени новим. Ово је посебно важно ради заштите неких облика својине и економских односа у периоду приватизације, и развијања нових односа у условима тржишне економије. С тим у вези, с обзиром на то да се друштвена односно државна имовина не може преко ноћи трансформисати у приватну или други вид имовине, потребно је да одређено време остане и посебна заштита ове имовине и односа који су изграђени на таквом концепту имовине, што заједно са заштитом легалности самог процеса

---

<sup>27</sup> То је случај и са нашим новим Кривичним закоником, који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године.

приватизације треба да спречи њено разграбљивање.<sup>28</sup> Неки законици су из тог разлога задржали старе инкриминације против друштвене односно државне имовине, као и дела против службене дужности и ранији концепт одговорности за одговорно лице у правном лицу. Ипак, "показује се да ниједно решење није најсрећније и да и најидеалније решење у односу на "претходни период" не би могло да спречи апетите нових демократских структура (читај – партија!) у трци за присвајањем друштвеног односно државног капитала као најсигурнијег извора огромне политичке моћи!"<sup>29</sup>

Новине су се десиле и у кривичноправној заштити економске сфере. Тако, са промењеном улогом државе – од "диригента" у "ноћног чувара" отворене тржишне економије, инкриминације из посебног дела треба да су израз тежњи државе да директно заштити, не само активности на економском плану, већ и отвореност тржишта, слободну конкуренцију итд.<sup>30</sup> Отуда је, насупрот старом систему заштите државних интереса, систем економских деликата концентрисан на неколико основних интереса: сигурност платног и правног промета (фалсификовање новца, исправе итд.), контрола финансијског пословања и вођења финансијске евиденције, нелојална конкуренција, берзанско пословање, компјутерски криминал итд. Посебан проблем заштите економских односа је тај, што промене у кривичном праву треба да буду изведене експресном брзином. И управо је кривичноправна реформа која се односи на дела економског криминала најслабија тачка укупне реформе у земљама у транзицији, а нарочито у земљама које су настале на простору бивше Југославије.

Иако је у циљу борбе против нових форми криминала, нарочито економског, организованог криминала, корупције и прања новца доста учињено на плану кривичноправне

---

<sup>28</sup> Тако, В.Камбовски, *ibid.*

<sup>29</sup> В.Камбовски, *ibid.*, стр.333.

<sup>30</sup> Тако, Б.Камбовски, *ibid.*



заштите, законодавне промене нису довеле до очекиваних резултата. Исто важи и за кривичноправну заштиту животне средине, као и компјутерски криминалитет. Основни разлог за то је што, или законодавна реформа на том плану није у потпуности спроведена, или се нови прописи не примењују доследно и у целости.

Паралелно са реформом кривичног законодавства у земљама у транзицији одвијају се и деструктивни процеси, који угрожавају учвршћивање идеје правне државе и човекових права у тим државама. Такви процеси су подстакнути и дезорганизацијом, која је настала због радикалних друштвених промена, услед напуштања једног вредносног система и прихватања новог, заједно са заокруживањем системских промена и успостављања нових економских односа и новог правно – институционалног оквира.<sup>31</sup>

У Србији је 1. јануара 2006. године ступио на снагу нови Кривични законик. У њему је материја посебног дела кривичног права претрпела значајне промене у односу на ранији Кривични закон.<sup>32</sup> Шта више, ретка су кривична дела код којих је задржан идентичан законски опис, мада се у неким случајевима ради само о другачијој терминологији у суштини непромењених инкриминација. Ипак, постоји и значајан број нових инкриминација<sup>33</sup>, па и читавих група

---

<sup>31</sup> О кривичноправној реформи у земљама у транзицији вид. детаљније, В.Камбовски, Казнено – правната реформа пред предизвиците на XXI век, *ibid*, стр.331-335.

<sup>32</sup> О новом Законику вид. детаљније, З.Стојановић, Основне концепције у Предлогу кривичног законика Србије и Кривичном законуку Црне Горе, Ревизја за криминологију и кривично право, бр.1, Београд, 2005.

<sup>33</sup> Тако нпр. лишење живота из самилости, злостављање и мучење, неспречавање вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, преношење инфекције ХИВ вирусом, као и низ других кривичних дела.

кривичних дела<sup>34</sup>. Такође, неке инкриминације више нису предвиђене као самостална кривична дела<sup>35</sup>, док су неке садржински измењене<sup>36</sup>, или им је измењен само назив<sup>37</sup>. Кривични законик Србије, а то важи и за Кривични законик Црне Горе, представља модеран закон из области кривичноправне материје, који, иако садржи значајне промене у односу на ранији Закон, ипак полази од умерених и проверених концепција.<sup>38</sup> То је још један корак који је наша земља предузела на плану хармонизације права на европском нивоу. Остаје да се види како ће напред поменути деструктивни процеси, који су заједнички за све земље у транзицији, утицати на спровођење новог Кривичног законика у нашој земљи и реализацију нових идеја и концепата који су у њега уграђени.

---

<sup>34</sup> Тако нпр. кривична дела против интелектуалне својине, против безбедности рачунарских података, против животне средине.

<sup>35</sup> Нпр. излагање порузи највиших представника органа државне власти.

<sup>36</sup> Вид. нпр. кривично дело силовања.

<sup>37</sup> Тако, блудне радње сада се зову недозвољене полне радње.

<sup>38</sup> Тако, З.Стојановић, *ibid*, стр.26.