

FREE LAW JOURNAL

VOLUME 2, NUMBER 1 - JANUARY 18, 2006

ISSN 1712-9877

In this issue

- I. PRINCIP NEFORMALNOSTI UGOVORADR – 9**
DR. BILJANA PETROVIĆ (SERBIA AND MONTENEGRO)
- WEITERER SCHADEN ALS VERZUGSFOLGE BEIGELDSCHULDEN IM 23**
TURKISCHEN SCHULDRECHT - DOZENT DR. IUR. HASAN
AYRANCI (TURKEY)
- L'ÉTAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE - DR ANWAR FRANGI 35**
(LEBANON)
- ОПШТИ ПРАВНИ ПРИНЦИПИ И ЊИХОВА ЗАСТУПЉЕНОСТ 57**
У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ(СА ПОСЕБНИМ
ОСВРТОМ НА ПРИНЦИП ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ) - МР
ДРАГАНА ЂОРИЋ (SERBIA AND MONTENEGRO)
- HISTORICAL ASPECTS OF *NE BIS IN IDEM* - DR MACIEJ 93**
ROGALSKI (POLAND)
- LA NOTION DE JURIDICTION EN DROIT EUROPÉEN -107**
ANAMARIA BUCUREANU (ROMANIA)
- ACCIDENTAL PROVOCATION OF ENVIRONMENTAL 123**
HAZARDS BY GENERALLY DANGEROUS IN CRIMINAL LAW
OF SERBIA AND MONTENEGRO - DR. DRAGAN JOVASEVIC
(SERBIAN AND MONTENEGRO)
- HUMANITARIAN INTERVENTION: SOME LEGAL ASPECTS -143**
AGNIESZKA SZPAK (POLAND)
- REFERENCE VALUE OF INTERNATIONAL CONVENTIONS ON 151**
HUMAN RIGHTS AS REFLECTED IN THE DECISIONS OF
THE TURKISH CRIMINAL COURTS - DR. MUHARREM ÖZEN
(TURKEY)
- PUNISHMENT PROPORTIONING IN THE CRIMINAL LAW OF SERBIA 175**
AND MONTENEGRO - DR. DRAGAN JOVAŠEVIĆ AND JUDGE
ALEKSANDAR TREŠNJEV (SERBIA AND MONTENEGRO)
- LE DROIT À L'INTERVENTION ARMÉE LORS D'OPÉRATIONS 205**
D'AIDE HUMANITAIRE - LOUIS-PHILIPPE F. ROUILLARD
(CANADA)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

All mail correspondence can be made with the editorial board at Karikas Frigyes u.11, 2/1, XIII kerulet, 1138 Budapest, Republic of Hungary, while electronic correspondence can be made through FLJ@FWPublishing.net .

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

Cited as (2006) 2(1) Free L. J.

ISSN 1712-9877

FREE LAW JOURNAL SUBMISSION GUIDELINES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EDITORIAL

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

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

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

Therefore, welcome to our second issue 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.

I. PRINCIP NEFORMALNOSTI UGOVORA

DR BILJANA PETROVIĆ*

1. Neformalnost ugovora kao pravilo (konsensualizam)

Prilikom zakqučivawa ugovora, kada se postavqa pitawe forme u kojoj će on biti izražen, ističu se dva načela koja se međusobno dopuwuju. Jedno je načelo neformalnosti ili usmenosti - konsensualizam, a drugo je načelo formalnosti ili formalizam.

Za većinu pravnih sistema karakteristično je načelo neformalnosti. Neformalnost ugovora daje svojevstan pečat savremenom ugovornom pravu. Putem wega dolazi do izražaja jedna od sloboda strana ugovornica, a to je mogućnost izbora načina manifestacije voqe pri zakqučivawu ugovora.

Strane ugovornice svoju voqu za zakqučivawe ugovora mogu da manifestuju na različite načine: usmeno, pismeno, konkludentnom radwom. Načelo neformalnosti ne podrazumeva bilo koji oblik (formu) s obzirom na korišćewe znakova. Polazeći od toga, ima teoretičara koji prave razliku između filozofskog i pravnog shvatawa forme. "U filozofskom smislu, prema tome, svaka misao koja je dobila svoje ispoqavawe, spoqne znakove, obučena je u odgovarajuću formu. Na taj način, u filozofskom smislu, i ugovor nastao prostom saglasnošću voqe izražen je u nekoj formi (u vidu odgovarajućih reči). Naravno, u pravnom smislu, usmeno zakqučen ugovor se ne smatra formalnim ugovorom. Sa stanovišta prava, formalan ugovor se ispoqava u obavezi poštovawa tačno određene forme. Prema tome, usmeni ugovor odgovara načelu konsensualnosti. Usmeni ugovor je pravno neformalan"ⁱ.

Načelo neformalnosti je tvorevina novije istorije. Princip solus consensus obligat, kao osnovno pravilo poniklo je s kraja XIX i početkom XX veka. Ono se javilo s razvojem škole prirodnog prava, principom autonomije voqe stranaka i s dinamičnijem razvojem proizvodnih snaga i razmenom materijalnih dobara.

*Pravni fakultet u Nišu

Ima kodifikacija koje nisu izričito proklamovale princip neformalnosti, već su ga smatrale sastavnim delom ugovornog prava. Francuski građanski zakonik u članu 1108 u bitne uslove za nastanak ugovora ne predviđa formu. Na osnovu toga može se zaključiti da je francusko pravo kao osnovni princip ugovornog prava prihvatilo princip neformalnosti.

Ima zakonika koji samo izuzetno kao uslov zaključewa ugovora predviđaju formu kao bitan elemenat ugovora. U austrijskom građanskom zakoniku, na primer, u paragrafu 883 se kaže: "Ugovor se može zaključiti usmeno ili pismeno pred sudom ili vansudski, pred svedocima ili bez svedoka; razne mogućnosti forme, izuzev slučajeva određenih zakonom, ne utiče na zaključewe ugovora"ⁱⁱⁱ. Jedan austrijski teoretičar smatra da se u napred citirinoj odredbi zakona ističe princip neformalnosti. I još ističe da je forma neophodna samo izuzetno radi osnažewa ugovora i wegovog utužewa samo onda kada je to predvideo zakonodavac ili su se tako strane ugovornice dogovorileⁱⁱⁱ.

Prema tome, ugovor je posledica saglasnosti voqe ugovarača, a forma je izuzetak.

Od naših predratnih zakonika koji posvećuju određenu pažwu principu neformalnosti ističemo: Srpski građanski zakonik i paragraf 500^{iv}, i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru^v.

Princip neformalnosti kao primarni u zasnivawu obligacionih odnosa je prihvaćen u skoro svim novijim građanskim zakonima^{vi}.

U periodu kada je princip formalizma bio primaran, postojao je veoma mali broj neformalnih ugovora. Prvi neformalni ugovori javili su se u rimskoj državi u periodu Republike. Za nastanak tih ugovora bila je dovoqna prosta saglasnost voqa. Najznačajniji među wima bili su: kupoprodaja, *locatio conductio*, *mandatum i societas*. Za pravnike toga vremena jedan od osnovnih problema bio je, kako kupoprodaji i obezbediti samostalnu zaštitu. Razvoj i promene u shvatawima ugovornog prava omogućio je prodor novog shvatawa, da je moguće "podići tužbu i na osnovu proste

saglasnosti voqa. Kada se to postiglo kupoprodaja je lako dobila posebnu tužbu, oslobodila se obaveze da traži posebnu zaštitu i postala samostalan kotrakt^{vii}. Na taj način stvoreni su neformalni ugovori. Uz strogo formalistički postupak rimskog prava, stvorena je klauzula "ex bonna fidei", koja je imala za cilj da omogući utuživost neformalnih ugovora.

Do nastanka principa neformalnosti bilo je više različitih uslova, na primer: potreba za bržom i slobodnijom razmenom materijalnih dobara, kanonsko pravo, promisorna zakletva, uticaj škole prirodnog prava i princip autonomije voqe^{viii}.

Promene koje su nastupile u društveno-ekonomskim odnosima zemaqa nužno su uslovile i promene nadgradwi određenog broja država, tačnije u pravu. Stvara se nov društveno-ekonomski poredak koji je zamenio zaostale proizvodne sisteme, koji su predstavqali kočnicu robno-novčanih odnosa. Otkriveni su novi kontinenti, pomorski putevi, što je još više omogućilo da se robna privreda i odnosi vezani za wu još više razviju. Ovako nastale promene zahtevale su veću slobodu i brzinu u ekonomskim odnosima. Ono što daje poseban pečat tom vremenu jeste individualna i slobodna voqa u zasnivawu robno-novčanih odnosa. Razvijeni i dinamični odnosi razmene dobara uslovili su i promene u pravnom regulisawu ekonomskog prometa. Novonastali odnosi proizvodwe zahtevali su brzo, lako i efikasno zakqučivawe ugovora radi nesmetanog odvijawa pravnog prometa dobara.

Formalizam u pravu u tim novonastalim uslovima predstavqa kočnicu u razvoju celokupnog qudskog društva. Ovaj princip u novonastalim uslovima doživqava svoju agoniju. Obavezna kruta i sakralna forma je činila okov za sve brojnije i raznovrsnije odnose među ugovaračima. To je bio pravi trenutak da u ugovorne odnose zakorači jedan nov, savremen princip, oslobođen svih stega, princip neformalnosti ili konsesualizam.

Jedno od obeležja u evoluciji principa neformalnosti je i pitawe dejstva pakta u kanonskom pravu sredwega veka.

Bilo je različitih mišqewa među kanonistima povodom pitawa važnosti dejstva prostog obećawa. Začetnik principa poštovawa date reči bez obzira na to da li su ispuwene neke formalnosti, bio je Johanes Teutonicus, koji smatra da je saglasnost voqe sankcionisana tužbom kanonskog prava - *condictio ex canone*. On je i tvorac čuvene sentence "*ex nudo pacto onitur actio*". Innocent IV stvorio je doktrinu suprotnu ovoj prethodnoj, prema kojoj saglasnost voqa ne treba da bude pravno sankcionisana, već duhovno. Među napred spomenutim doktrinama postoji određena razlika, a ona se ogleda u sledećem: prema prvoj dužnik se može tužbom primorati da ispuni svoju obavezu, a prema drugoj to ne može.

U daqem razvoju ideje kanonista se sve više razvijaju. Javqaju se određene novine. U XIX veku se ističe ideja da dato obećawe ne vezuje lice ako su se izmenile okolnosti pod kojima je ono dato i ako su nastupile nepredviđene okolnosti. Reč je o klauzuli *rebus sic stantibus*.

U XVI i XVII veku princip kanonskog prva da prosta saglasnost voqe stvara obavezu biva prihvaćen od teoretičara francuskog prava^{ix}. Tako je ideja kanonstva o poštovawu date reči prvobitno usvajana u crkvenom pravu, a onda i u svetovnom pravu.

U nastajawu principa neformalnosti značajnu ulogu odigrala je i promisorna zakletva, takođe iz kanonskog prava.

Promisorna zakletva bila je religijskog karaktera i predstavqala je formalan ugovor. U mnogome je podsećala na stipulaciju rimskog prava. Imala je široko poqe primene, jer su se wome regulisali svi odnosi, pa čak i oni zabraweni svetovnim ili crkvenim pravom^x. Wu je moglo da da, samo lice koje poseduje moć rasuđiwawa. Ovo pravo je nezasativo, neprenosivo i ova zakletva je obavezivala samo prema božanstvu. Ono što nas interesuje jeste, kakav je uticaj izvršila ova zakletva u razvoju principa neformalnosti. Najznačajnije je da dolazi do izjednačavawa između prostog obećawa i obećawa datog pod zakletvom^{xi}. Inače mišqewe kanonista je da svako obećawe obavezuje i da ga treba ispuniti, a

ako toga nema onda postoji greh. Tako se prosto obećawe dato bez ikakve forme uzima kao blaža forma zakletve.

Sve ovo uticalo je da princip formalnosti sve više gubi na značaju i da polako nestaje sa pravnog podijuma. Subjekti u obligacionim odnosima sve više poćiwu da poštuju datu reć, ćime se utiće na svest ćoveka da obećawe, koje je dao ima snagu zakona za wega.

Škola prirodnog prava je takode izvršila veliki uticaj na raskid jednog prevazićenog sistema kao što je feudalizam i na pojavu načela neformalnosti. Ućewe ove škole zasniva se na sledećim postavkama: neogranićeno pravo privatne svojine, jednakost meću subjektima u pravu, slobodi subjekata u preduzimawu odrećenih akcija u obligacionim i drugim odnosima. Ovo je predstavćalo osnovu za nastanak poznatog ućewa o autonomiji voqe subjekata u graćansko-pravnim odnosima. U pravu pojedinac je slobodan i sam odlućuje hoće li i sa kim i koji ugovor zakqućiti i u kojoj formi će to ućiniti. Vrhunac je doćiveo u periodu liberalnog kapitalizma. U sućtini ovo ućewe je idealistićko, tako da je moralo da prećivi odrećene promene u smislu priblićavawa realnosti. Sloboda voqe bivala je sve više ogranićena odrećenim zahtevima koje je zahtevao pravni poredak. "Postoji u materiji ugovora sloboda voqe, ali ne i u smislu jednog principa, niti u smislu bezvoqnih subjekata, već u smislu jednog principa, koji trpi brojna ogranićewa i koji nije nikada u pravu bezrezervno prihvaćen"^{xii}.

Ako se istorijski posmatraju htewa ćoveka, koja su iskazivana u velikim kodifitarskim delima, pokazuju da je konflikt pojedinca i drućtva bio predmet paćwe drućtva svih vremena. Sloboda ugovarawa, nekada apsolutna, zatim ogranićavana, više ili mawe, iskazivala se i kroz dva znaćajna principa na kojima poćiva ugovorno pravo. Reć je upravo o principu formalnosti i principu neformalnosti.

Osnovni princip ugovornog prava danas u jugoslovenskom pravu jeste princip neformalnosti ugovora. On je ujedno i jedna od sloboda ugovarawa i najboqe se ogleda kroz slobodu izbora forme za zakqućewe ugovora. Zakonodavac je u Zakonu o obligacionim

odnosima istakao da se za zakqučewe ugovora ne zahteva određena forma, osim ako je zakonom što drugo predviđeno^{xiii}. Prema tome, kao pravilo i kao primaran je istaknut princip neformalnosti ugovora: strane ugovornice slobodne su da odluče kada će zakqučiti ugovor i na koji način (pismeno, usmeno ili na neki drugi način). Koristeći jedan od mogućih načina na koji će izraziti svoju voqu i sadržinu ugovora, tako sačiwen ugovor ne postaje formalan. On će to postati samo onda ako to strane ugovornice budu htele ili ako je zakon predvideo obaveznu formu za taj ugovor. Ako svega toga nema, a ugovor se zakquči na jedan od žeqenih načina, reč je o jednom neformalnom ugovoru.

Bez obzira što je načelo neformalnosti opšte prihvaćeno načelo našeg prava, u ZOO je predviđen i određen broj izuzetaka od tog pravila. Tako se za mnoge ugovore zahteva pismena forma kao bitan uslov nastanka. Prema tome, načelo neformalnosti u našem pravu trpi brojne izuzetke. Tako se u domenu forme ova dva načela međusobno dopuwuju. U ovom našem značajnom zakonu za obligaciono i uopšte ugovorno pravo princip formalnosti predviđen je i u vidu izuzetka. Primat ovog načela ne može preuzeti čiwenica da su našim zakonima predviđeni brojni formalni ugovori, jer su to ipak izuzeci.

Wihov broj je mnogo mawi od svih mogućih vrsta ugovora koje strane ugovornice svojom slobodnom voqom mogu zakqučiti.

Promet dobara i usluga je jednako brz i u unutrašwem i na međnarodnom tržištu. To znači da mnogi principi vezani za ovu materiju, iz nacionalnih okvira prelaze na međnarodnu scenu. Jedan od takvih je i princip neformalnosti koga je prihvatila Bečka konvencija kod zakqučivawa ugovora u svom čl.11^{xiv}.

2. Formalnost ugovora kao izuzetak (formalizam)

Formalizam je osobenost starih pravnih sistema. On je nastao u specifičnim uslovima. Uzroci nastanka formalizma bili su: nedovoqna ekonomska, politička i društvena razvijenost, slab i spor promet dobara i usluga, jak uticaj religije, koji je kočio sve

što je bilo razvijeno, svetovno i napredno. Za vaqane pravne poslove u tom periodu bilo je neophodno poštovati određene znake, simbole, izgovarawe tačno određenih reči. Sve je bilo podređeno formi, tako da je ona imala jače pravno dejstvo od kauze ugovora. Forma je morala da bude ispoštovana, kako bi ugovor proizveo vaqano dejstvo.

Kolevka formalizma jesu nerazvijena društva. On je predstavqao sliku jednog krutog, usporenog i jednostavnog načina života. Time što je postojao, on je imao određeno upečatqivo dejstvo na lica koja su htela da stupaju u međusobne ugovorne odnose. Sav predviđeni ritual bio je potreban da bi se duboko urezao u pamćewe, koji su nešto hteli da postignu u oblasti prometa. Prvobitni formalizam nije se mogao izraziti kroz obaveznu pismenu formu, jer je pismenost bila slaba i nerazvijena, a i svest qudi onoga vremena nije bila dovoqno slobodna. "Radwe, znaci, reči - to su materijali pomoću kojih je staro pravo izgradilo formalne akte"^{xv}.

Pravno su bili zaštićeni samo oni ugovori pri čijem zakqučivawu su bile izgovarane tačno određene reči i vršene određene radwe pred određenim svedocima. "Vera u moć forme bila je kod Rimqana nepokolebqivo prihvaćena onako, kao što su bile prihvaćne predstave o posebnim mističnim silama. Otuda u rimskom pravu neobično važnu ulogu imaju magiske radwe, simboli, određene reči i gestovi"^{xvi}.

Razvojem društveno-ekonomskih odnosa procvetao je i robni promet. Forma i formalni ugovori dobijaju sve više svetovni karakter te bivaju regulisani pravnom normom. Od strogog pravila u svom početnom obliku, forma dat ese rei, razvija se u pravilo, ex nudo pacto u budućnosti. Zabranom poverioca da sprovede izvršewe na ličnosti dužnika ovaj ugovor je izgubio značaj. Sada se u materiji građansko-pravnih odnosa ističe jedna novina, a to je mogućnost izvršewa (sankcije) samo na imovini dužnika.

U tom periodu postojali su i verbalni ugovori. Verbalni ugovori nastajali su izgovarawem tačno određenih reči. Ove vrste ugovora

nisu predstavljale samo deo jednog rituala (usmeno postavljane pitawa i usmeno dat odgovor). Tipični primeri ove vrste ugovora bili su: stipulatio, ditis, dictio, iusurandum liberti.

U Rimu je pismena forma ugovora uvedena postepeno i dosta sporo. Javqa se prvi put kod takozvanih literarnih ugovora. Expenselatio je vrsta jednog literarnog ugovora i javqao se kod upisa nekih tražbina u kodeks. To je upisivao poverilac u vezi svog finansijskog poslovanja u korist poverilaca u odnosu na dužnika. Ova forma bila je predviđena u korist poverilaca. U to vreme postojala su još dva literarna ugovora čije je poreklo iz stare Grčke: *shirographa* i *syngaphae*.

U doba Justinijana razvili su se realni ugovori. Za njihov nastanak bila je dovozna prosta predaja stvari, koja je bila predmet takvog ugovora. U to vreme postojala su četiri takva ugovora i to: mutuum, commodatum, depositum i pignus. Realni ugovori su nastali u znatno razvijenijim odnosima rimskog društva. Javili su se kad i težnja da se ugovori sklapaju mnogo jednostavnije i brže. Realna forma bila je lišena simbola, javnosti, uticaja religije i neophodnog pisma u kasnijem periodu. Za nastanak jednog realnog ugovora bila je dovozna saglasnost vođa ugovarača i predaja stvari. Forma se sadržala jedino u predaji stvari, što je bila progresivno i još jedan korak napred u oslobađanju prava od krutosti formalizma.

Grčko pravo starog veka relativno se rano i brzo oslobodilo formalizma u pravu. Ugovori su se zaključivali ili saglasnošću vođe ili u pismenom obliku. Ovakva situacija u Grčkoj bila je verovatno posledica naglog i brzog razvoja robno-novčanih odnosa^{xvii}.

U ugovornom pravu starog Vavilona, formalizam nije bio zastupčen u onom obimu i onim oblicima koji su bili karakteristični za Rim. U jednom od najpoznatijih pisanih dokumenata iz toga vremena, u Hamurabijevom zakoniku, za zaključivanje ugovora bile su predviđene takve forme da su one bile bliže formama današnjeg vremena, nego li onima koje su bile zastupčene tada (pismena forma ili pred svedocima).

Pred sam raspad rimske države u pravu se javila mogućnost zaključivanja ugovora prostom saglasnošću voqa. To je vreme kada se javljaju takozvani konsensualni ugovori: *emptio-venditio*, *locatio conductio*, *societas i mandatum*. Kod ovih ugovora karakteristično je da su pravno vaqani čim strane ugovornice postignu saglasnost o bitnim elementima. Pri tom nije bitno kako je izjava voqe učiwna (usmeno, pismeno ili konkludentnom radwom). Nastankom ovih ugovora otpočelo se sa ublažavawem krutosti forme, jer se pojavom konsensualnih ugovora princip formalnosti negirao. Davawe zaštite brojnim prostim sporazumima (*pacta praeparatoria*, *pacta legitima*), formalizam polako gubi trku u razvoju i napretku rimske države. No bez obzira na sve promene, koje su nastupile, i na sva ublažavawa, koja su se desila u formalizmu toga doba, pravo starog Rima se nikada u potpunosti nije oslobodilo formalizma. Sinonim ugovornog prava rimskog prava je upravo - formalizam.

Nov društveno-ekonomski poredak, poznat pod imenom feudalizam, ide jedan korak unatrag. Ponovo oživljava naturalna privreda, nedovoqno dinamičan promet dobara, ograničeno raspolagawe zemqom i jak uticaj crkve, predstavqali su pogodno tlo za razvoj formalizma. Ponovo su pravni poslovi praćeni simbolikom i ritualom: "Forma ugovora ogleda se u izvršewu jednog obreda (rituala) u kome se dužnik obavezivao da će izvršiti određenu obavezu prema poveriocu, predajući ovome štap (*fecusta*), rukavicu ili slično. To su bili takozvani odnosi zasnovani *fides facta*"^{xviii}.

Princip formalizma je bio prisutan i u pravu sredwevekovne srpske države. O tom periodu razvoja srpske države ima veoma malo pravnih izvora. Najznačajniji pisani dokumenat iz tog perioda je svakako Dušanov zakonik, u kome se jasno ističe da je sklapawe pravnih poslova bilo podređeno strogom formalizmu. Na primer, ugovor o poklonu zaključivao se u pismenom obiliku uz upotrebu određenih reči, takozvanih "zapisanija"^{xix}. Kod zaključivanja ugovora o kupoprodaji pored izjava voqa, bio je potreban i određen ceremonijal. A on se sastojao u izdavawu takozvanih "brezvitija", tačnije davawe stvari preko cene, s tim što se ona nije uračunavala u cenu. Najpoznatiji: ugovor sačiwen iz

toga vremena bio je "Prizrenska tapija" koja potiče iz polovine XIV veka (1346-1366). Prema ovoj tapiji "Dobrosava sa decom prodaje svoj dvor u Prizrenu, Manu-Dragičinu bratu"^{xx}. Ugovor je sačinjen kad su ga ugovarači sačinili u pismenom obliku i potpisali pred trinaest svedoka, od kojih su dva "mednika" ili "sumednika", uz upotrebu naročito svečanih reči.

Sačinjena isprava sastojala se iz tri dela: uvoda, teksta i završetka. U tekstu isprave značajna je odredba ugovora po kojoj "sva ova prava pripadaju kupcu od danas, što znači da je ugovor bio zaključen u momentu pismene izjave vođe"^{xxi}. Na pravo sredovekovne Srbije veliki uticaj izvršilo je vizantijsko pravo, o čemu svedoče pismeni dokumenti iz toga vremena, jer su "pisana od početka do kraja po vizantijskom formularu, istim redom i istim izrazima"^{xxii}.

Pred kraj feudalnog pravnog poretka nastupa prekretnica u razvoju trgovine i proizvodnje. Promene do kojih je došlo nisu bile dovoljne da se princip neformalnosti osamostali i da u potpunosti zaživi. Tek sa promenom društveno-ekonomskih odnosa, kada se omogućila slobodnija razmena materijalnih dobara, stvoreni su uslovi da jedan davno začeti princip i ideja u ugovornim odnosima postane realnost. Razvitkom i promenama u proizvodnji, dolazi do promena u političkom i pravnom životu određenih društveno-političkih sistema. Na političku pozornicu stupa nov društveno-ekonomski poredak, kapitalizam. U kapitalizmu trgovina doživljava svoj procvat, promet dobara je izuzetno dinamičan, a sve to zahteva promene u sklopu poslova. Forma kao bitan element nastanka u punovažnosti pravnih poslova je tražena samo izuzetno. Bivala je dovoljna obična pismena forma. Veoma retko se tražila overa ugovora kod suda ili sastavljanje od strane notara.

Sve kodifikacije do kojih je došlo u građanskom pravu u tom periodu u Evropi su kao primaran princip istakle neformalnost ugovora. Forma i formalni ugovori bili su predviđeni kao izuzetni. Ali krajem XIX i početkom XX veka u mnogim kodifikacijama ima slučajeva da se forma i dalje traži za zaključivanje ugovora. U nemačkom i švajcarskom pravu za ugovor o prenosu prava

svojine na nepokretnostima, pored obavezne pismene forme, traži se i javna isprava (paragraf 313, i paragraf 557 švajcarskog ZG i Art. 216 švajcarskog OR)^{xxiii}. U tom periodu znatno se povećao broj formalnih ugovora tako da je u teoriji bilo mišqewa da je u pitawu "renesansa formalizma"^{xxiv}. Subjekti u pravu zakqučuju veliki broj ugovora, a forma im sada omogućava sigurniji i efikasniji pravni promet. Ovo je sada nov kvalitet, koji poseduje princip formalizma. Ciq tog novog formalizma izražen kroz načelo formalnosti je da se "sadržaj ugovora evidentira, ne u qudskom pamćewu (ograničenog dometa), već u formi, u objektivnom (i trajno zabeleženim) znacima ugovora". Formalizam, koji je karakterističan za rimsko pravo na primer, imao je drukčiji ciq. On se sastojao u tome da forma, izražena kroz ritual, izgovarawe određenih svečanih reči kod prisutnih lica utiče na wihovu svest da je upamte i da na wih izvrši određeni uticaj sve to. Sada u tim novonastalim uslovima života, afirmaciju načela formalnosti vršila je i država, jer je sve više bivala zainteresovana za ugovore koji su se zakqučivali između određenih subjekata, a povodom određenih pitawa. I sam zakonodavac bio je zainteresovan da ima uvid u to kakvu sadržinu određenom ugovoru daju subjekti u pravu. Formalizam XX veka razvio se u novim, složenim i razvijenim uslovima društveno-ekonomskog života, i reč je o "formalizmu pravne sigurnosti"^{xxv}.

U Francuskoj su se pojavila različita mišqewa o pitawu formalizma. Bilo je teoretičara koji su opravdavali afirmaciju principa formalnosti. Rouhette smatra da voqa kao takva (*nudo pacto*) nije dovoqna da stvori obavezu, u tom ciqwu ona mora biti pokrivena bilo kazom (u vidu protivčinidbe, ekonomskog razloga, interesom, korišću ili slično), bilo formom^{xxvi}. Prema ovom mišqewu, princip formalnosti ne bi predstavqao izuzetak od principa neformalnosti, jer forma učestvuje na isti način i po istom osnovu kao i kauza. Znači forma je bitan elemenat ugovora. Po Guerro na primer, formalizam sputawa slobodu ugovarawa i strane ugovornice da izaberu način izjave voqe. Kao izuzetak od principa konsensualizma, formalizam može imati jedino izvor u zakonu. Konsensualizam je pravilo kome treba pribeći u slučaju sumwe^{xxvii}.

Poznato nam je da je još Justinijan u Zakonu sedamnaest konstitucija propisivao, da je pismena, koja su predvidele strane ugovornice ili Bog, konstitutivni elemenat ugovora^{xxviii}. Na toj istoj poziciji stajalo je i nemačko pravo^{xxix} i italijansko pravo. A slično rešewe dato je i u čl.1157 francuskog *Code civile*^{xxx}.

Za sovjetsko pravo, predviđeno je da se za zakqučewe pravnih poslova ne traži neka posebna forma. Ugovori se mogu zakqučivati na različite načine (usmeno, pismeno ili u notarijalnoj formi). Prema ruskom građanskom zakoniku obavezna pismena forma bila je predviđena za određen broj ugovora (za ugovor o jemstvu, ugovor o zalozi, ugovor o kupovini zgrada i prava, ugovor o poklonu). U ovom zakoniku bilo je predviđeno više od trideset ugovora za koji je forma bila predviđena kao uslov wegovog nastanka. Pa ipak, i ovaj broj nije bio dovoqan da ugrozi primat principu neformalnosti, i u ovom pravnom sistemu princip formalizma je tretiran kao izuzetak^{xxxi}.

U našem pravu od završetka II svetskog rata pa do danas dešavale su se brojne promene i u društvu i u pravu. U prvo vreme ispoqila se tendencija neformalnosti u ugovornim odnosima. Forma kao bitan elemenat ugovora bila je malo zastupqena. O tome nam svedoče i neke odluke iz sudske prakse u kojoj je bio proglašen vaqanim usmeno zakqučen ugovor o prometu nepokretnosti^{xxxii}. Kako su vremenom donošeni posebni zakoni koji su regulisali materiju prometa nepokretnosti, to se primećivao zahtev zakonodavaca da se ispoštuje pismena forma za nastanak određenih tipova ugovora. Zato su postojali brojni razlozi, a spomenućemo samo neke: mogućnost kontrole države poslova koji se sklapaju između fizičkih i pravnih lica, kontrola tih odnosa, pružawe zaštite interesa ugovaraćima, a samim tim i društvenoj zajednici.

Načelo formalizma moramo posmatrati kao pozitivno pravno pravilo iz savremenih pravnih sistema, a time i našeg prava. Ako imamo u vidu rezultate istraživawa naših pravnih pisaca koji su pokazali da je u našem pravu pre donošewa Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine bilo preko pedeset formalnih ugovora^{xxxiii}. Ako znamo da taj isti Zakon u imenowu

ugovora nema toliki broj formalnih ugovora, onda možemo shvatiti značewe te brojke, da se samo u svojoj matematičkoj srazmeri prevazilazi načelo neformalnosti jer moramo poći od onoga što je u Zakonu i istaknuto, pravilo je da se za sklapawe ugovora ne zahteva neka posebna forma, osim ako je to predviđeno u vidu izuzetka. Zakonodavac je propisao samo izuzetke, za one slučajeve kada forma predstavlja uslov nastanka ugovora. Ikenovawe formalnih ugovora u ZOO, ili u nekom drugom zakonu, je mnogo mawa od broja (novih vrsta) ugovora koje strane ugovornice mogu snagom svoje voqe da sklope.

ⁱ Salma, Jožef, Forma obligacionog ugovora, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-3/1983, str.204

ⁱⁱStubenbrauch, Moritz, Commentar zum osterreichischen allgemeine burgerlichen Gesetzbuche, Manz, Wien, 1963, tom II, str. 47, navedeno prema Salmi. Jožef, Obligaciono pravo, Novi Sad, 1988, str. 272.

ⁱⁱⁱ"Ugovor jedanput zakqučen ima jednaku silu i važnost, bilo usmeno, bilo pred sudom ili van suda, pred svedocima ili bez wih učiwen"

^{iv}"U ovom zakoniku je istaknuto načelo slobode ugovarawa i slobode izbora forme u kojoj će se ugovor i sklopiti. Jer "pravo je temeč svakome qudskom saobraćaju i društvenom živqewu pravilo je da se qudi riječju vezuju".

^v Princip neformalnosti u zasnivawu obligacionih ugovora prihvataju: Švajcarski zakon o obligacijama u članu 11. iz 1911.godine, španski građanski zakonik u članu 1258, grčki građanski zakonik u članu 158, portugalski građanski zakonik u članu 686, sovjetski građanski zakonik u članu 27, građanski zakonik mađarske Narodne Republike u paragrafu 216 i tako daqe. navedeno prema Perović, Slobodanu, Formalni ugovori u građanskom pravu, Beograd, 1964, str.6

^{vi} Stojčević, Dragomir, Rimsko privatno pravo, Beograd, 1985, str. 193

^{vii} Prema Perović, Slobodanu, navedeno delo str.6

^{viii}Capitan, H. De la cause des obligations, 2 ed, Paris, 1924, op. 137, navedeno prema Perović, Slobodanu, navedeno delo str.8

^{ix} Planiol - Ripert - Esmein, Traite pratiq de droit civil francais,

^x Esmein, A., Le srement promissore dans les droit canoni e Nouvelle revue historique de droit francaise et etranger, Paris, 1889, str.248.

^{xi}Capitant, H., Da cause des obligations, 2 ed, Paris, 1924. str.137.

^{xii}Perović, Slobodan, *Granice slobode ugovarawa*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.5-5/1971.g., str.490.

^{xiii}član 67, stav 1.ZOO

^{xiv} Vilus, Jelena, *Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe i kompromisi na kojima ona počiva*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.3-4/1983, str. 355

^{xv} Jering, *L' esprit du droit romain*, t. III, Paris, 1887, str. 255, navedeno prema Perović Slobodanu, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1965, str. 13.

^{xvi} Maškin, N.A. *Istorija starog Rima*, Beograd, 1951, str. 54.

- ^{xvii} Bajić, M. *Formalizam i prvi ugovori u rimskom pravu*, Istorijsko-pravni Zbornik, Sarajevo, 1950, br.3-4, str.3
- ^{xviii} Martisević-Juškov-Dimitrijević, *Opšta istorija države i prava*, II deo, Feudalizam, Beograd, 1950, str. 53.
- ^{xix} Tarnovski, T. *Istorija srpskog prava u Nemawičkoj državi*, III deo, Istorija građanskog prava, Beograd, 1935, str. 103.
- ^{xx} Taranovski, T. navedeno delo, str. 108
- ^{xxi} Solovjev, S. *Privatnopravni ugovor XVI veka iz Poqičke župe*, Arhiv kw. XXVIII, str. 441.
- ^{xxii} Taranovski, T. navedeno delo, str. 108
- ^{xxiii} Šmalceq, Želimir, *Forma ugovora i načelo savesnosti i poštewa u prometu*, Naša zakonitost, br.11-12/1983, str.206
- ^{xxiv} Moeneclae, Planiol-Ripert-Boulanger. *De la renaissance du formalisme dans les contracts en droit civil et commercial francais*, these, Lille, 1914, *Traite elementaire de droit civil francais*, t. I, Paris, 1952, str. 15.
- ^{xxv} Perović, Slobodan, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964, str. 22.
- ^{xxvi} Georges, Rouhette, *Contribution a l' etude uniteral (these)*, Paris, 1965, p. 482.
- ^{xxvii} M.A. Guerrio, *L' acte juridique*, Paris, 1975, p. 87.
- ^{xxviii} Magdi, Sami. Zaki. *Le formalisme conventionel illustration de la notio de contract-cadre*, Revue internationall de droit compare, N.1986, p. 1562.
- ^{xxix} Deitrich, Reinicke, *Reshfolgen formmidrig abseschossener vertge*, Zurich, 1969, p. 153.
- ^{xxx} Magdi, Sami. Zaki, navedeno delo, str. 1562
- ^{xxxi} Agrakov i Genkin, *Sovjetsko građansko pravo*, knj. I i II, Beograd, 1948, str. 31.
- ^{xxxi} Presuda Vrhovnog suda Autonomne pokrajine Vojvodine, br. 86/52, Glasnik advokatske komore Autonomne pokrajine Vojvodine, br. 6/1953, str. 18, i br. 3/1955.
- ^{xxxi} Perović, Slobodan, navedeno delo, O renesansi formalizma je počelo da se govori već početkom XX-og veka. Na to upućuju (Maenclae, these, Lille, 1914.) Prema Josserand-u, principu neformalnosti se suprotstavqaju dve teorije: renesansa formalizma i wegova efektivna suprotnost formalni ugovori (Josserand, Cours de droit civil positif Francais, tom II, Recueil Sirey, Paris, 1933, str. 79-80)



WEITERER SCHADEN ALS VERZUGSFOLGE BEIGELDSCHULDEN IM TURKISCHEN SCHULDRECHT

DOZENT DR. IUR. HASAN AYRANCI*

SUMMARY

In case of debtor's default (*mora debitoris*) in paying monetary obligation, interest for default may also be demanded. The obligation to pay such interest shall arise regardless of fault despite the fact that the loss of claimant can be more than the amount of interest. Fluctuations in the value of a currency due to, for example, inflation and devaluation, changes in foreign currency rates, compulsory payments, such as the monetary or liquidated damages by the claimant to third persons owing to the delay in the satisfaction of a claim by the latter, the procuring of costly credits and other related events may give rise to additional loss or damage. The compensation of the additional loss or damage is one of the general consequences of debtor's default which can be demanded according to article 105 of the Turkish Code of Obligations.

I. Einleitung

Eine von den allgemeinen Verzugsfolgen ist weiterer Schaden. Der im Art.105 des türkischen OR geregelte weitere Schaden wird bis letzten Jahren auch im türkischen Recht nicht genügend bearbeitet. Jedoch wegen der Inflation, Entwertungen des Geldes bzw. Devisengeldes ist diese wichtige Frage aufgefallen und im Jahre 1990 tOR Art.83 in dieser Hinsicht revidiert.

Nach dieser Regelung, kann der Gläubiger seine Forderung entweder zum Kurs des Verfalltags oder zum Kurs des faktischen Zahlungstags verlangen, wenn die Fremdgeldschuld nicht rechtzeitig geleistet wird, Wenn Gläubiger einen grösseren Schaden, d.h. einer Geldforderung über die Verzugszinsen

hinausgehenden Schaden, erleidet, kann er den nach Art.105 tOR geltend machen.

II. Tatbestände des weiteren Schaden

A. Geldleistung

Wenn man eine Geldschuld in Anspruch nimmt, geht es um einen weiteren Schaden. Dieses versteht man von der systematischen Darstellung des tOR Art.105.

Außerhalb der Geldleistungen geht es um keinen weiteren Schaden. Außerdem muss Geldleistung als Gattungsschuld bezeichnet werden¹. Weil bei der Stückschuld Verzugszinsen nicht verlangt werden kann, handelt es sich um keinen weiteren Schaden. Schliesslich soll die Geldleistung nicht suspensiv bedingt sein.

B. Schuldnerverzug

Schuldnerverzug ist "objektiv pflichtwidrige Verspätung mit der

* Dr. iur. Lehrstuhl für Bürgerliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Ankara - Türkei

¹ Geld sind bewegliche und vertretbare Sachen (Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, **Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, (Art.1-183), 2.Auflage, Zürich, 1929, Art.84, N.3; Andreas von TUHR/Hans PETER, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht**, Bd.I, Lieferung 1, Zürich, 1974, S.58; Hıfzı TİMUR, "Paranın Hukuki Mahiyeti", **Pelin Armağanı**, İstanbul, 1948, S.325; Ferit H. SAYMEN/Halit K. ELBİR, **Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, S.619; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, B.5, İstanbul, 1999, S.964, 965; Die Geldschulden sind ausnahmsweise Stückschulden.

Erfüllung einer Verbindlichkeit”². Im Hinblick auf dieses Thema, um einen Schadenersatz zu verlangen, muss der Geldleistungsschuldner in Verzug treten. Der im Verzug befindliche Schuldner hat Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs ist Verspätung der Erfüllung und insofern unterscheidet er sich von der Nichterfüllung.

Schuldnerverzugstatbestände braucht man für einen weiteren Schaden. Solange der Gläubiger in Gläubigerverzug ist, ist der Schuldnerverzug ausgeschlossen.

C. Verschulden des Schuldners

Bei den Geldschulden kann der Gläubiger nur Verzugszinsen fordern, ohne dass dem Schuldner ein Verschulden trifft. Also weiterer Schaden ist ein Folge eines verschuldeten Verzugs³. Nach tOR Art.105 ist erforderlich, dass der Schuldner den Verzug verschuldet hat und sich nicht exkulpieren kann⁴. Verspätete Erfüllung der geschuldeten Geldleistung ist vertragswidrig und erfolgt das Verschulden.

Der Schuldner, von dem Schadenersatz gefordert wird, hat zu beweisen, “dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle” (tOR Art.105/I).

² Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Band II, 6.Auflage, Zürich, 1995, Nr.2917.

³ Siehe OSER/SCHÖNENBERGER, 1929, Art.102, N.30; Felix R. EHRAT, **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art.107, Abs.2 OR in Verbindung mit Art 103 OR**, Zürich, 1990, S.88; F.Necmettin FEYZİOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.II, B.2, İstanbul, 1976, S.252; Zahit ÇANDARLI, “Zarar ve Ziyanın Takdiri”, **Adalet Dergisi**, 1950, Sayı 5, S.601; Y.HGK., E.1998/13-353 K.1999/929 (YKD. C.27, Sayı.1, 2001, S.9).

⁴Die Möglichkeit für Exkulpation ist z.B. ein vorübergehendes Verbot (siehe SCHENKER Nr.393). Der Beweislast ist zulasten des Schuldners umgekehrt.

D. Adäquater Zusammenhang

Schadenersatzanspruch setzt einen zwischen dem Verzug (Verspätung) und dem beim Gläubiger entstandenen Schaden adäquaten Kausalzusammenhang voraus.

Soweit der Schaden auch bei rechtzeitiger Erfüllung eingetreten wäre, besteht kein Zusammenhang zwischen dem Verzug und dem weiteren Schaden.

Der Gläubiger hat den Zusammenhang zu beweisen⁵.

Der Gläubiger, der rechtzeitig seine Forderung erhalten kann, eröffnet ein Girokonto. Das in der Schweiz gültige Prinzip, nach dem der Gläubiger den empfangenen Geldbetrag sofort in seine Landwährung umgewandelt hätte⁶, kann im türkischen Recht nicht verfolgt werden.

Wenn der Gläubiger den Zusammenhang zwischen

⁵ Franz SCHENKER, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg Schweiz, 1988, N.262; H. Rudolf BARTH, **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung**, Aarau, 1958, S.105; von TUHR/PETER, 1974, S.99; EREN, 1999, S.1093; Nami BARLAS, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992, S.192-193; Y.HGK., E.1998/13-353 K.1999/929 (YKD. C.27, Sayı.1, 2001, S.9).

⁶ Siehe für diese Vermutung Eugen BUCHER, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2.Auflage, Zürich, 1988 (a), S.362; SCHENKER, 1988, N.282; Bruno von BÜREN, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964, S.369; Theo GUHL/Hans MERZ/Max KUMMER, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 7.Auflage, Zürich, 1980, S.222; Rolf H. WEBER, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Bd.VI, 1.Abteilung, 4.Teilband, Vorbermerkungen und Kommentar zu Art.68-96 OR, Bern, 1983, Art.84, N.362; BGE 117 II 256.

Kreditaufnahme und Schuldnerverzug nachgewiesen hat, kann er den Schadenersatz geltend machen. Jedoch braucht man in allen Fällen nicht den Nachweis des adäquaten Zusammenhanges.

E. Hinausgehender Schaden

1. Schuldnerschaden

Wenn der Gläubiger keinen Schaden hat, geht es um keine Schadenersatzpflicht. Besteht kein Schaden, so handelt es sich auch um keine Haftung für Verspätungsschaden.

Ungewollte Reinvermögensminderung ist Schaden, der durch Verminderung der Aktivseite des Vermögens des Geschädigten oder Vermehrung der Passivseite des Vermögens des Geschädigten und auch durch entgangenen Gewinn entstehen kann⁷.

Weil niemand einen Geldbetrag nicht fruchtlos bleiben lässt, ist mindest Schaden Verzugszins. Also Verzugszins ist Minimalentschädigung. Aber wenn Schaden des Gläubigers mehr als Verzugszins ist, hat der Schuldner diesen weiteren Schaden zu ersetzen.

Ein den Verzugszins übersteigender Schaden wird bei Valutaverlusten gesehen. Wenn kaufmännischer Gläubiger einem höheren Zinssatz als dem Bankdiskonto bezahlen musste, muss er den Schaden ersetzen.

⁷ GAUCH/SCHLUEP, 1995, II, N.2624; von TUHR/PETER, 1974, S.84; ÇANDARLI, 1950, S.599; EREN, 1999, S.1092, FEYZİOĞLU, 1976, C.II, S.182; BARTH, 1958, S.144; Hans MERZ, **Schweizerischesprivatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Band.VI/I, Basel, 1984, S.186; SAYMEN/ELBİR, 1966, S.747; BGE 104 II 199.

Abwertung des Inlandsgeldes während des Schuldnerverzuges erfolgt Kursverlust.

2. Übersteigender Schaden

Als Begriff weiterer Schaden bedeutet den Teil des Schadens, der über den Verzugszins hinausgeht. Mit dem Eintritt des Verzuges bei der Geldschuld bezahlt der Schuldner Verzugszinsen. Art.103 tOR gewährt Verzugszinsen in bestimmte Höhe. Er muss Kapital und Verzugszinsen tilgen. Es befindet sich auch Zinseszins Verbot (Anatozismusverbot) im türkischen Recht (Art.104/III tOR).

Der Schuldner hat bei Verzug mit einer Geldleistung den Schaden zu ersetzen, der höher ist als durch die Verzugszinsen vergütet wird. Der Gläubiger hat den übersteigenden Schaden zu beweisen⁸.

Wenn Schaden höher ist als Verzugszins, kommt weiterer Schaden. Außerdem besteht eine Obliegenheit für Schadensminderung.

III. Bemessung des Schadens

Der Gläubiger kann einige Schäden erlitten haben:

A. Schadenersatz, Konventionalstrafe und andere Zahlungen, die der Gläubiger an Dritte leisten muss

⁸ BUCHER, 1988 (a), S.362; Eugen BUCHER, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 3.Auflage, Zürich, 1988, S.195 (b); WEBER, 1983, Art.84, N.362; ÇANDARLI, 1950, S.613, Akar ÖCAL, "Munzam Zarar", **EİTİAD**, C.III, Sayı 1, 1967, S.150; FEYZİOĞLU, 1976, II, S.252; JdT 1984 I 195; BGE 109 II 436; BGE 117 II 256; BGE 123 III 241.

Der Gläubiger, dessen Geldforderung rechtzeitig nicht erfüllt wird, kann vor dem Verzug etliche Verträge mit Dritten abgeschlossen haben. Wegen des vorherigen Verzugs kann er beispielsweise seine Geldschulden aus diesen etlichen nicht zahlen oder seine Verpflichtungen gegenüber Dritten nicht erfüllen. In dieser Lage kann der Gläubiger selbst in Verzug gegenüber seinen eigenen Gläubigern treten und deswegen Verspätungsschaden, Konventionalstrafe oder andere Auslagen entrichten⁹. Nebenbei kann er bei andere Verträge, die er mit Dritten abgeschlossen hat, mehr als dem von seinem Gläubiger bezahlten Verzugszins festgestanden haben¹⁰.

Die anderen Kosten und Auslagen des Gläubigers sind als Verspätungsschaden zu ersetzen.

⁹ Max KELLER/Christian SCHÖBI, **Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Band I, Basel, 1982, S.201; GAUCH/SCHLUEP, 1995, II, N.2990; OSER/SCHÖNENBERGER, 1929, Art.103, N.4; Hermann BECKER, Berner Kommentar, Band VI, **Obligationenrecht**, I.Abt.: Allgemeine Bestimmungen (Art.1-183), 2.Auflage, Bern, 1941, Art.106, N.4; SCHENKER, 1988, Nr.286; Andreas von TUHR/Aarnold ESCHER, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht**, Band II, Zürich, 1974, S.144; EREN, 1999, S.1095; Haluk TANDOĞAN, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 1961, S.482; S.Sulhi TEKİNAY/Servet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler** (İki cilt birada), B.6, İstanbul, 1988, S.1240; Georges BALIS (Übersetzer: Akar ÖCAL), "Para Borçlarının Ödenmesindeki Gecikmeden doğan Zarar ve Ziyân", **EİTİAD**, C.I, Sayı I, 1965, S.168; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B.2, İstanbul, 1988, S.383; Y.13.HD., E.1996/260 K.1997/511 (YKD. C.23, S. 5, 1997, S.735).

¹⁰ von TUHR/ESCHER, 1974, S.147; KELLER/SCHÖBI, 1982, S.202; Safa REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B.6, Ankara, 1986, S.250; EREN, 1999, S.1095; Y.HGK., 06.05.1973, 971/T-285 Esas. 432 Karar (VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, **Borçlar Kanunu Şerhi**, Genel-Özel, Ankara, 1987, m.105, 243)

B. Höhere Kredit Auslagen

Der Gläubiger, der auf Schuldnerverzug stösst, kann in Zahlungsschwierigkeiten fallen und deshalb einen Kredit aufnehmen. In dieser Lage muss er höchstwahrscheinlich mehr als dem Verzugszins etwas höhere Geldsumme bezahlen. Zudem, um Kredit aufnehmen zu können zahlende Wechselerneuerungskosten und Bankprovisionen wird berücksichtigt¹¹.

C. Entwertung der Warenkaufkraft

Geldschulden bzw. Forderungsbeträge sind Nominalschulden. Deswegen ändern sie sich ursprünglich nicht, abgesehen davon, dass Warenkaufkraft sinkt oder steigt. Mit anderen Wörtern spielt die Abwertung der inneren Warenkaufkraft des Geldes ursprünglich keine Rolle. Aber wenn der Geldschuldner nicht in Verzug tritt und ein richtiger Schaden eintritt, muss man daran denken, ob es um *clausula rebus sic stantibus* geht¹².

Nach dem Verzug wegen der Entwertung der Warenkaufkraft entstandener Schaden muss ersetzt werden¹³. Der Verzug ist bei

¹¹ BECKER, 1941, Art.106, N.4; ÖCAL, 1967, S.154; Dieter MEDICUS, **Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil**, 3.Auflage, München, 1990, S.184.

¹² Henri GUÏSAN, "La Dévaluation du Franc Suisse et ses effets de droit civil", **ZSR**, Bd.56, 1937, S.314a ff; Yaşar KARAYALÇIN, "Para Değerinde Değişmeler-Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Ayni Pay", **Prof.Dr.Mahmut Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı**, Ankara, 1975, S.495; F. Necmettin FEYZİOĞLU, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhelif Nevileri**, C.I, B.3, İstanbul, 1978, S.755; siehe auch K.Tahir GÜRSOY, **Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara, 1950, S.64 ff.; vgl.WEBER, 1983, Art.84, N.279.

¹³ BECKER, 1941, Art.106, N.4; Hayri DOMANIÇ, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan B.K.105 ve Diğer Hükümler**, İstanbul, 1998, S.65; Ahmet KILIÇOĞLU, "Yargıtay Kararları Açısından Munzam

Geldschulden eine Ausnahme von dem Nominalschuldprinzip¹⁴.

Ob der Gläubiger seinen Schaden als Verspätungsschaden wegen der Inflation entwertete Warenkauftkraft verlangen kann, ist fraglich. Jedoch, weil beim Verzug es sich um einen Ausnahmefall der Nominalschuldtheorie handelt, nimmt man Verspätungsschaden wegen der Inflation an. Wenn der Gläubiger eine Schuld hat, die im Ausland als Devisen zu bezahlen ist und er seine Geldfordernisse nicht erhalten kann, erleidet er wegen Inflation einen Entwertungsschaden. Darüber hinaus, wenn der Gläubiger beweisen kann, dass er die Geldbeträge bei rechtzeitiger Erfüllung in eine nicht entwertete Währung gewechselt hätte, kann er wegen der Entwertung den Schadenersatz geltend machen¹⁵.

Zarar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XV, S.12; Bilal KARTAL, “Faizi Aşan Zarar –Munzam Zarar- “B.K.nun 105. Maddesi ile ilgili Kararlar”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XII, S.14; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1988, S.1040; BARLAS, 1992, S.214; siehe Sermet AKMAN, “Karşılaştırmalı olarak Alman ve İsviçre Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu konudaki Yargıtay Kararları”, **İBD**, 1989, Sayı 10-11-12, S.625 und auch Yaşar KARAYALÇIN, “Enflasyon Karşısında Faiz (Hukuki Açından bir İnceleme)”, **Türkiye Bankalar Birliğinde Verilen Konferans**, 1980, S.36, ebenfalls OĞUZMAN/ÖZ, 1988, S.383 besonders S.383 Fn.563; Y.HGK., E.1998/13-353 K.1999/929 (YKD. C.27, S.1, 2001, S.6); Y.13.HD., E.1996/260 K.1994/511 (YKD. C.23, S.5, 1997, S.735 f.); im schweizerischen Recht wird dieser Schaden nicht ersetzt zu werden (siehe von BÜREN, 1964, S.33; J. HENGELER, “Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse”, **ZSR**, Band 56, 1937, S.226a; SCHENKER, 1988, N.283; siehe EREN, 1999, S.1095-1096; siehe für Gegenmeinung GAUCH/SCHLUEP, 1995, II, N.2991; JdT 1984 I 198; BGE 47 II 301; 46 II 403; siehe BGE 82 II 283.

¹⁴ GUİSAN, 1937, S.332a; siehe und vgl. SCHENKER, 1988, N.283, Anm.31, WEBER, 1983, Art.84, N.274; Inflation kann den weiteren Schaden erfolgen (KILIÇOĞLU, S.22).

¹⁵ siehe, BARLAS, 1992, S.211; SCHENKER, 1988, N.283; HENGELER, 1937, S.226a.

Wenn der Gläubiger seine Geldforderung rechtzeitig erhalten kann, kann er den Geldbetrag während der Devaluation in die fremde Währung umwandeln. Sofern er es nachzuweisen ist, kann er den Schadenersatz verlangen¹⁶. Außer in den Ausnahmefällen wird der Schaden nicht genau bestimmt, sondern nur abgeschätzt (BK m.42/II)¹⁷.

D. Kursverluste

1. Vor dem Gesetz Nummer 3678

Haben die Parteien eine Effektivzahlung vereinbart, und hat die Geldforderungssumme nach dem Verzug abwertet, muss man es als Verspätungsschaden berechnen. Im Verzug befindliche Schuldner muss die Kursdifferenz ersetzen¹⁸.

Infolge der Abwertung der geschuldeten Leistung kann der Gläubiger dieses Geld in eine andere Währung wechseln. In dieser Lage muss er Beweise vorlegen, dass er sich sehr wahrscheinlich so verhalten hätte. Die Vermutung, die der Gläubiger den Geldbetrag bei Fälligkeit in die gesetzliche Währung seines

¹⁶ Siehe SCHENKER, 1988, N.283.

¹⁷ Siehe SCHENKER, 1988, N.283; Vedat BUZ, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", **Yargıtay Dergisi**, Sayı 3, 1998, S.405; Y.HGK., E.1998/13-353 K.1999/929 (YKD. C.27, S.1, 2001, S.9); Y.13.HD., E.1996/260 K.1994/511 (YKD. C.23, S. 5, 1997, S.736).

¹⁸ MERZ, 1984, S.170; BECKER, 1941, Art.106, N.4; WEBER, 1983, Art.84, N.360; OSER/SCHÖNENBERGER, 1929, Art.84, N.18; BUCHER, 1988 (a), S.269; GUHL/MERZ/KUMMER, 1983, S.222; von BÜREN, 1964, S.34; Rona SEROZAN, "Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi", **İBD**, C. 65, Sayı 1-2-3, 1991, S.208; siehe GAUCH/SCHLUEP, 1995, II, N.2987; Y.15.HD., E.1998/4379 K.1998/4426 (YKD. C.25, S.3, 1999, S. 361 ff.); BGE 109 II 436.

Landes (z.B. die Konversion des geschuldeten Dollarbetrags in Landeswährung) gewechselt hätte, ist im türkischen Recht nicht immer gültig.

Schadenersatz aus Währungsverlust kann geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger den Verzugszins übersteigenden Schaden beweisen kann. Er kann behaupten, den Geldbetrag in eine nicht entwertete Währung konvertiert hätte.

Normalerweise trägt der Gläubiger die Beweislast. Wenn der Kursverlust infolge der Abwertung besteht, vermutet der Richter den Schaden gemäss die Lebenserfahrung und gewöhnlichen Lauf der Dinge.

2. Nach dem Gesetz Nummer 3678

Wenn die Parteien eine Schuld in fremder Währung ausdrücken und die Partei eine andere Einigung nicht verabredet hätte, kann der Gläubiger den Verzugszins verlangen, nach der Höhe des höchsten Zinssatzes der staatlichen Banken, nicht aber nach der Höhe des marktüblichen Zinssatzes in Privatbankgeschäften. Mit dieser Regelung besteht im Regelfall infolge des Kursverlustes kein weiterer Schaden.

Mit gleichen Regelungen ist zu Art.83 tOR einen dritten Absatz beigefügt worden. Nach dem oben genannten Absatz, wenn man Fremdgeldschuld nicht rechtzeitig leistet, kann der Gläubiger seine Forderung entweder zum Kurs des Verfalltags oder zum Kurs des faktischen Zahlungstags verlangen¹⁹. Mit dieser Veränderung ist die Alternative Ermächtigung des Schuldners

¹⁹ Siehe Y.12.HD., E.1996/8795 K.1996/9480 (YKD. C.22, S. 9, 1996, S.1427 ff.).

aufgehoben²⁰. Nunmehr hat der Schuldner keine Ermächtigung, die dem Schuldner seine Schuld entweder mit Landesgeld oder mit Fremdgeld zu bezahlen ermöglichte.

Nach dem Gesetz Nummer 3678 kann der Gläubiger an dem Zahlungstag nach dem gültigen laufenden Kurs seine Forderung geltend machen, sofern Abwertung des Inlandsgelds während des Schuldnerverzuges Kursverlust erfolgt.

E. Entgangener Gewinn

Wenn der Gläubiger wegen des Verzugs ein Gewinn oder Nutzen entgeht, tritt dann sogenannte Schaden wegen entgangener Gewinn ein. Der Schadenersatzanspruch aus entgangener Gewinn kann geltend gemacht werden, wenn es durch die Verzugszinsen nicht gedeckt wird. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung stützt man sich darauf, dass der Gläubiger einen bei ihm eingehenden Geldbetrag zinstragend angelegt hätte. Denn niemand verwahrt fruchtlos eine grössere Geldsumme²¹.

²⁰ von BÜREN, 1964, S.37; von TUHR/PETER, 1974, S.66; BUCHER, 1998 (a), S.301; GAUCH/SCHLUEP, 1995, II, N.2344; EREN, 1999, S.968; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1988, S.1083.

²¹ Siehe Y.5.HD., E.1996/13828 K.1996/14754 (YKD. C.22 S. 12, 1996, S.1895); Y.HGK., 16.05.1973, E.971/T-285 K.432 (Senai OLGAÇ, **Kazai ve İlmi İçtihatlarda Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler**, m.61-181, Ankara 1976, m.105, S.432).



L'ÉTAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

PAR LE DR ANWAR FRANGI *

Introduction

1. Toute étude portant sur le criminel peut être réduite à l'étude de l'état dangereux.¹ Car si le but ultime de la criminologie

* 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).

¹ Selon l'école classique de la criminologie, est responsable pénalement l'individu qui commet un acte qualifié de criminel. Si l'homme raisonnable, qui possède le droit de choisir entre la commission ou non de l'acte criminel, commet l'acte ainsi qualifié, alors qu'il pouvait faire autrement, il assumera personnellement la responsabilité de son acte. L'école classique de la criminologie punit, donc, l'offenseur car il est responsable et coupable, et dans la mesure de sa responsabilité et de sa culpabilité.

Selon l'école positiviste de la criminologie, la conception classique de la responsabilité pénale se heurte à deux insuffisances. Tout d'abord, elle repose sur le libre arbitre. L'étude positiviste de l'homme criminel peut détecter les mobiles de sa criminalité qui, pour des raisons psychologiques, psychiatriques ou physiologiques, peut s'imposer à lui et ne peut être choisie par lui. Ensuite, elle s'oriente vers la seule rétribution, et ne peut donc tenir compte des fonctions individuelles ou utilitaires de la peine. Contrairement à la conception classique, l'école positiviste de la criminologie punit, donc, l'offenseur car il est dangereux, et dans la mesure de sa dangerosité.

Avant les positivistes, l'idée de substituer le concept d'état dangereux à la responsabilité morale avait déjà été proposée par Bentham qui avait utilisé la notion d'alarme, ou de danger social, et plus tard par la loi française de 1838 sur l'internement des aliénés « dangereux pour soi-même ou pour autrui ». Ce concept, cependant, se limite à l'état dangereux psychiatrique. Ce sont les positivistes et, singulièrement, Garofalo, qui sont à l'origine du concept

est de prévenir le crime, il suffit alors d'isoler telles situations pouvant indiquer chez l'individu les risques du passage à l'acte délictueux. Le port des armes prohibées par un conducteur, par exemple, n'est pas plus un acte antisocial que la négligence de l'entretien de la voiture. Dans les deux cas, la criminologie considère dangereux l'état mental du conducteur.

Les recherches criminologiques classiques avaient tendance à croire que les anomalies physiques, constituant des limitations sérieuses pouvant annoncer un état dangereux chez le sujet, donnaient lieu à des mesures de sûreté pré-délictuelles. Ainsi, était-il supposé que l'amputation ou les états de paralysie formaient des limitations physiques justifiant la prise de restrictions particulières à l'encontre du conducteur. Par contre, les recherches criminologiques contemporaines montrent que les criminels les plus dangereux le sont à cause des attitudes psychologiques plutôt que des limitations physiques. Les infractions en matière de circulation, par exemple, trouvent bien leur cause générale dans la mauvaise attitude, voire la vanité du conducteur. Qu'elle soit une composante intégrante de la personnalité du conducteur ou un phénomène passager, cette attitude trouve son reflet dans une indifférence à l'égard du code de la route, et dans une tendance à conduire au plus près possible de la limite de vitesse définie par les régulations, avec cette conséquence que les conducteurs enfreignent, dans la plupart des cas, la loi.

2. L'attitude criminogène, bien qu'elle ne soit pas nécessairement une attitude à reflets criminels, ne doit pas pour

contemporain d'état dangereux criminologique qui sera destiné à remplir une double fonction : (a) remplacer la notion de responsabilité morale par une conception déterministe de la délinquance, et (b) débarrasser la justice pénale de toute vengeance et ne rechercher que l'efficacité. C'est, donc, ce concept qui, dès le début de la seconde moitié du 20^e siècle, a pu faire son entrée dans la pratique judiciaire. Celle-ci, soutenue par le législateur, donne à l'expert psychiatrique le soin de répondre à la question: 'Le sujet, présente-t-il un état dangereux ?'.

autant être négligée. C'est l'attitude qui se rejoint par delà l'acte délictueux constituant un état, insinuant une alarme ou provoquant des justifications, qui peuvent contribuer à transporter ceux qui se trouvent au bord de la décomposition, au-delà de la limite de la restriction sociale.

3. Dans certains cas, l'attitude criminelle peut servir de moyen pour qualifier l'attitude criminogène. Car en observant l'attitude des criminels, il est possible de déduire une telle attitude similaire pouvant éventuellement se traduire par un acte criminel et, donc, de la prévenir (Section I). Dans d'autres cas, l'attitude criminelle peut être un moyen pour quantifier l'attitude criminogène. Car en observant l'attitude des criminels particulièrement offensifs, il est possible de conclure si une attitude similaire présente la même quantité de mal que l'attitude criminelle (Section II).

I. LA « QUALIFICATION » DE L'ÉTAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

4. L'état dangereux est un phénomène psychosocial caractérisé par des indices révélateurs de la grande probabilité pour un individu de commettre une infraction contre les personnes et les biens (v° Jacques Leyrie, « L'état dangereux criminologique », in *Médecine & Droit*, N° 17, mars-avril 1996, p. 8). Les juristes répugnent à admettre des mesures de sûreté qui peuvent intervenir lorsqu'il y a simple état dangereux, celui-ci encore mal qualifié, alors que le droit pénal repose, dans l'intérêt de la liberté individuelle, sur la nécessité d'une infraction préalable. Mais, il est utile de forcer l'idée d'une mesure de sûreté dans des cas où le comportement est criminogène, comme le vagabondage ou la toxicomanie. La qualification de l'état dangereux s'impose, ainsi, dès l'abord.

5. Plusieurs théories criminologiques qualifient l'état dangereux. Certaines le qualifient subjectivement, considérant

qu'un individu présente un état dangereux s'il révèle une intention criminogène (para. A), alors que d'autres le qualifient objectivement, considérant que l'état dangereux chez un sujet se révèle dans un comportement criminogène (para. B(1)). D'autres encore qualifient l'état dangereux selon l'attitude sociale vis-à-vis du comportement illégal d'un individu (para. B(2)).

A. LA « QUALIFICATION SUBJECTIVE » DE L'ETAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

6. Aux yeux des subjectivistes, une intention est toujours suffisante pour pouvoir déterminer si l'état mental de l'acteur représente un danger pour la société. Il importe donc de définir l'intention. Le terme 'intention' vient du latin *intendere* qui veut dire 'tendre vers'. L'intention est, donc, la conscience et la volonté infractionnelles (V^o R. Merle et A. Vitu, I, n^o 542). Bien qu'en leur défaveur, les arguments répugnant à sonder le for intérieur du défendeur ne manquant pas, les subjectivistes insistent que l'intention peut être prouvée par des confessions et d'autres témoignages faits par des tiers à propos de l'intention du défendeur. Le comportement d'une personne « x » mettant une substance blanche dans la tasse de café d'une autre personne « y », est tellement normal pour un spectateur objectif qu'il n'y prête même aucune attention. Mais, selon la théorie subjective, le fait que « x » ait déclaré ultérieurement qu'il avait l'intention d'empoisonner « y », et qu'il croyait que la substance blanche qu'il avait versé dans son café était en fait du poison, suffira pour qualifier l'état mental de « x » de 'dangereux'. Ainsi, selon la théorie subjective, l'état dangereux du défendeur devra être le fondement d'une peine si preuves il y a corroborant son *mens rea* et attestant de la fermeté de son intention de passer à l'acte (V. J. Dressler, *Understanding Criminal Law* (Legal Text Series, Matthew Bender & Co., Inc., NY: 1987), p. 336).

7. On peut se demander, cependant, si l'attention que les subjectivistes prêtent à l'intention et non au comportement

objectif, n'aboutirait pas en effet à une incrimination facile des personnes innocentes de tout méfait. On peut noter, ensuite, que la séparation entre la perpétration et la simple préparation d'un acte est mal fondée, avec cette conséquence que les subjectivistes seraient tentés d'incriminer un peu plus qu'une pensée mauvaise, ce qui pourrait en fait limiter les libertés individuelles dans une société qui valorise bien les droits individuels.

B. LA « QUALIFICATION OBJECTIVE » DE L'ETAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

1. LA « QUALIFICATION OBJECTIVE INDIVIDUELLE » DE L'ETAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

8. Par contre, aux yeux des objectivistes, un individu ne peut être regardé comme ayant un état d'esprit dangereux, même si on peut lui reprocher une mentalité antisociale, à défaut d'un tort social suffisant. Il suffit que la personne en question manifeste, à première vue, un comportement criminogène, c'est-à-dire un comportement qui, car pouvant atteindre la société dans sa tranquillité ou déclencher la peur ou l'alarme dans l'âme de la communauté, révèle le moment de sa commission, pour un spectateur objectif, un effet infractionnel. Supposons qu'une personne « x », ayant l'intention de tuer une personne « y », se mette debout face à la maison de « y » et tire en direction du lit où il croit bien que celui-ci dort. La balle frappe l'oreiller. « x » n'est pas tué, car il ne se trouvait pas à la maison en ce moment-là (V. J. Dressler, *id.*, p. 348-349). Le comportement de « y » peut-il déboucher sur une sanction ? On peut répondre par l'affirmative en s'appuyant sur le bon sens ! « x » fait preuve d'un état d'esprit contraire à l'intérêt social, adoptant un comportement qui manifeste une criminalité. La théorie objectiviste, donc, réserve la responsabilité criminelle à la personne dont le comportement témoigne de criminalité et cause de l'appréhension sociale.

9. L'attitude objectiviste peut être aisément critiquée. Prenons un exemple. Quatre hommes armés cherchaient en voiture une personne « y » qu'ils croyaient avoir retiré une large somme d'argent de sa banque. Ils entraient dans plusieurs bâtiments cherchant « y ». Commencant à avoir des soupçons à l'égard d'eux, les policiers les gardent à vue. Finalement, les hommes furent arrêtés quand l'un d'eux pénétra dans un bâtiment. « y » n'était pas présent au moment où les policiers procédèrent à l'arrestation. La cour rejeta la condamnation. Ne pouvant que louer « les policiers de la cité de New York d'avoir en l'espèce pu empêcher la commission d'un crime grave », et ayant « la satisfaction complète de constater que notre société a de tels gardiens de paix alertes » (V. *People v. Rizzo*, 246 N.Y. 334, 158 N.E. 888 (1927)), les juges concluent, cependant, que le fait que « y » ne soit pas sur la scène de l'action rendrait impossible la condamnation.

La décision de la cour suscite deux observations. Tout d'abord, « les gardiens de paix alertes » n'auraient pas dû arrêter les défendeurs pour tentative de vol à main armée. L'arrestation pour d'autres crimes, y compris la conspiration, aurait été propre. Car, en effet, si la société doit attendre jusqu'à ce que le comportement de l'acteur manifeste sans équivoque sa criminalité pour que l'intention criminelle soit retenue par la cour, la culpabilité ne saurait donc être attachée que lorsqu'il est trop tard pour les policiers de prévenir l'acteur de commettre l'infraction. Ensuite, il est évident que l'appréhension sociale peut être à l'origine d'une incrimination mal fondée, dès lors que la phobie ou l'ignorance communautaire insuffle à un observateur témoin d'un comportement apparemment innocent, un sentiment appréhensif même dans des circonstances où d'ordinaire tels sentiments ne sauraient être justifiés.

L'attitude objectiviste, donc, tout comme l'attitude subjectiviste, pèchent par excès de pénalisations d'actes innocents de tout méfait.

2. LA « QUALIFICATION OBJECTIVE SOCIALE » DE L'ÉTAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

10. La théorie de l'attitude sociale soutient que la société ne peut omettre la qualification d'état dangereux qu'un individu présente pour avoir violé la loi, quand le choix que celui-ci a pu faire se révèle moins qu'optimal. En effet, il est clair qu'un choix reflète rarement une balance entre le bien et du mal, alors que la société s'attend que ses membres résistent à toute tentation du mal. Il est également clair qu'il est injuste de frapper un individu d'une peine quand les alternatives circonstanciées à la commission du crime sont tellement dominantes que le juge ne peut affirmer que l'individu doit retenir un comportement légal. La théorie de l'attitude sociale, au fait, admet l'existence de la fragilité humaine ; et lorsque le comportement ne reflète que la fragilité humaine supposée, la société devrait être en mesure d'excuser le comportement illégal de « x ».

11. Selon la théorie de l'attitude sociale, est en état dangereux l'individu dont la pulsion pour la préservation de soi n'est pas irrésistible, et dont le comportement dans ces circonstances n'est pas nécessairement fixé pour tout individu ou groupe d'individus. L'expérience judiciaire, en effet, nous enseigne que certaines personnes peuvent opter plus pour la résistance face à une condition intolérable que pour la commission d'une infraction. Parmi les conditions intolérables que les prisonniers subissent en prison figure l'abus physique ou sexuel de la part du gardien ou des prisonniers partenaires, une chaleur ou un froid excessifs, une attention médicale inadéquate. Occasionnellement, un prisonnier tente de s'échapper à ces conditions par s'évader de la prison. Arrêté et jugé subséquemment pour évasion, le prisonnier s'efforcera de faire entendre son comportement comme fondé en évoquant le principe du « choix du moindre mal » : il a opté pour l'évasion de la prison afin de se sauver des conditions intolérables. Que l'acquittement du prisonnier fondé sur les conditions intolérables dans la prison soit juste ou injuste, l'état

mental de celui-ci ne révèle pas nécessairement de dangerosité. Car il est tout aussi juste ou tolérable que le prisonnier s'évade de la prison dans des circonstances que la société tolère, qu'injuste ou intolérable qu'il s'évade de la prison dans les mêmes circonstances, mais que la société ne tolère pas (*Cf. J. Dressler, op.cit.*, p. 266-270).

L'évasion de la prison à cause des conditions intolérables peut être justifiée sur la base de l'état de nécessité ou de contrainte. L'état de nécessité est la situation dans laquelle se trouve une personne qui ne peut raisonnablement sauver un bien, un intérêt ou un droit que par la commission d'un acte qui, s'il était détaché des circonstances qui l'entourent, serait délictueux (*Cf. P. Foriers, De l'état de nécessité en droit pénal*, n° 9, 1951). Le cas de la mère qui, pour ne pas laisser mourir de faim son enfant, dérobe un pain ou du médecin qui tue l'enfant pour sauver la mère, caractérisent bien l'état de nécessité. Différemment de l'état de nécessité qui suppose réflexion et liberté, la contrainte qui suppose l'abolition de la volonté chez l'agent, se traduit par le fait que celui-ci n'a pu faire autrement que de commettre une infraction.

Se basant sur la défense de l'état de nécessité, le défendeur pourrait fonder son évasion sur le choix du moindre mal: l'évasion serait un mal moindre que celui du respect de la loi qui l'obligerait à endurer les conditions intolérables de la prison. Le processus de balance doit, en effet, être apprécié prudemment, car l'acquittement sur la base de ces conditions peut semer les troubles dans la prison. D'ordinaire, pour toute évaluation de l'évasion de la prison à cause des conditions intolérables, non seulement les attitudes sociales sont prises en considération, mais encore les antécédents judiciaires du prisonnier. Un criminel d'habitude, par exemple, peut rencontrer des difficultés fondant son évasion de la prison sur le fait que les conditions intolérables qu'il y subit forment un moindre mal pour lui que la souffrance subie dans telles conditions. Un criminel d'occasion, en revanche, ne peut rencontrer ces mêmes difficultés.

Fonder l'évasion sur la 'contrainte', cause subjective d'irresponsabilité, dont l'effet exonérateur joue aussi bien en matière de contravention qu'en matière de délit et de crime, est une question tout à fait différente. Car ni la discipline ni les antécédents judiciaires du prisonnier ne sont prises en considération. Ici, le facteur déterminant de l'état dangereux est ceci : savoir si les conditions intolérables dans la prison forment un tel danger imminent et sérieux que le prisonnier n'a pu faire autrement que de commettre une infraction; et sa décision de s'évader de la prison dans des circonstances intolérables est telle, car la société la tolère, qu'elle peut fixer le comportement pour tout individu ou tout groupe d'individus.¹

Une question se pose : qu'en est-il de la situation juridique et criminologique du gardien qui empêche l'évasion du prisonnier dans ces mêmes circonstances ? Son comportement peut-il être retenu comme indice révélateur d'un état mental dangereux ? En tout cas, la loi ne devra permettre des justifications incompatibles, comme celles de tolérer à la fois, et sous un même angle, l'effort du défendeur de s'évader de la prison et l'effort du gardien d'empêcher l'évasion. Ainsi, ne pourra être justifié le comportement du gardien empêchant l'évasion du prisonnier à cause des conditions intolérables dans la prison, si cette évasion doit être justifiée. Et donc, la force nécessaire que le prisonnier exerce pour se défendre contre le comportement illégal du gardien l'empêchant de s'évader, peut être fondée légalement. Dans ce cas, l'état dangereux doit être recherché dans la personnalité du gardien, non dans celle du prisonnier.

Plutôt que de se baser sur la défense de la nécessité ou de la contrainte, il vaudra mieux donc se baser sur l'attitude sociale pour juger de la légitimité de l'évasion de la prison à cause des conditions intolérables. Il est probable que la plupart des sociétés

¹ Ce qui ne peut être entendu comme s'appliquant quand un groupe, pour empêcher des femmes de se faire avorter dans des cabinets médicaux, organise une manifestation, alors qu'une loi permettant l'avortement est passée.

considèrent tolérable l'évasion dans ces conditions. Et il est incompréhensible qu'une société considère, dans ces mêmes conditions, intolérable l'acte du gardien empêchant l'évasion et tolérable l'acte d'un détenu aidant son camarade à s'évader de la prison. La contrainte, non l'état de nécessité, devrait être entendue comme s'appliquant quand, l'intuition sociale exigeant l'évasion, les conditions intolérables forcent le prisonnier à commettre l'infraction. Dans ce cas, l'état mental dangereux du sujet se trouve écarté d'office, nécessairement.

12. A l'occasion de la constatation d'un état dangereux, tout magistrat répressif doit avant tout déterminer, dans un but préventif, la quantité de dangerosité chez le sujet pouvant permettre à celui-ci de passer à l'acte ou, dans un but répressif, celle qui lui a permis de passer à l'acte.

II. LA « QUANTIFICATION » DE L'ÉTAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

13. Quantifier c'est dire l'extension de l'état dangereux. L'évaluation quantitative de l'état dangereux ne peut être faite qu'à la suite d'une étude prenant en compte chacun des facteurs à l'origine de cet état. L'évaluation du passage à l'acte ne peut être ramenée à la recherche d'un trouble psychique ou neuropsychique pouvant abolir chez le sujet le discernement ou le contrôle de ses actes, trouble exonérateur de la sanction pénale susceptible d'entraîner une hospitalisation d'office, et faisant partie de la dangerosité psychiatrique (v^o *supra* para. 1 et note). Chaque individu est un tout et l'on ne peut dissocier de son examen des aspects purement médicaux, comme les antécédents morbides ou les affections somatiques, des aspects psychologiques et psychopathologiques. La mise en évidence de ces aspects peut être importante dans la mesure où elle permet la mise en œuvre d'un traitement chimiothérapique et/ou psychothérapique susceptible de réduire les manifestations représentant une déviation quantitative (et non qualitative) de la

personnalité et, par là même, une réduction des facteurs criminogènes individuels et sociaux ayant contribué à la constitution de l'état dangereux ou pouvant contribuer à la pérennisation de celui-ci. On distingue alors, au sein de la quantification de l'état dangereux, la quantification individuelle (para. A) et la quantification sociale (para. B).

A. LA « QUANTIFICATION INDIVIDUELLE » DE LETAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

14. L'évaluation de l'état dangereux se doit de cerner le comportement criminel en cherchant les indices, non pas statiques de l'époque de Lombroso, mais plutôt ceux pouvant restituer le passage à l'acte délictueux dans la dynamique individuelle, du criminel (sous-para. '1') ou de la victime (sous-para. '2'), de l'acte criminel en question.

1. DANS LA DYNAMIQUE INDIVIDUELLE DU CRIMINEL

a. LA THEORIE DE RAFAEL GAROFALO

15. Raffael Garofalo met l'accent sur le rôle indicatif joué par deux concepts, la capacité criminelle et le degré d'adaptabilité, dans la quantification de l'état dangereux. La capacité criminelle ou la ténacité, désigne la perversité constante et agissante de l'agent et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part. Cette notion, cependant, est une notion statique, purement négative, car les attitudes d'un individu en face de ses devoirs sociaux ne sont pas déterminées une fois pour toutes. Il peut se convertir après avoir commis une faute. D'où l'importance de la notion d'adaptabilité dégagée également par Garofalo. Si tout individu a une possibilité plus ou moins grande d'adaptation au milieu, il convient donc de rechercher celle-ci à côté de la capacité

criminelle pour évaluer la quantité de la dangerosité du délinquant. Quatre combinaisons possibles s'ensuivent :

- i. Une *capacité criminelle forte* associée à une *adaptabilité forte* caractérise les criminels professionnels² actifs agissant de manière organisée et contrôlée ;
- ii. Une *capacité criminelle forte* associée à une *adaptabilité faible* caractérise les criminels d'habitude qui sont souvent multirécidivistes à criminalité polymorphe ;
- iii. Une *capacité criminelle faible* associée à une *adaptabilité faible* caractérise les criminels d'occasion³ qui souvent passent à l'acte au cours de situations qu'ils ne maîtrisent pas ;

² Le criminel professionnel est un spécialiste, qui gagne sa vie par des activités criminelles. Le criminel professionnel défend fermement son mode de vie et ses valeurs. Il insiste, avec ardeur et logique, que tous les hommes ont l'intention de voler ; que les marchands, les avocats, les médecins, les ministres, les mécaniciens et les psychologues sont tous des escrocs. L'état dangereux du criminel professionnel réside en ceci, qu'il est une 'personne normale'. Il comprend ce qu'il fait et connaît parfaitement les implications sociales de ses actions ; mais, puisqu'il opère dans un environnement criminel, il acquiert les valeurs et la philosophie de cet environnement. La quantité de mal que présente la personnalité du criminel professionnel est plus grande que celle que présente la personnalité des autres types de criminels. Elle réside particulièrement dans son état mental, et sa façon de penser la vie et les autres. Le criminel professionnel soutient que la malhonnêteté ne devrait avoir aucune implication morale puisqu'elle émane de la première loi de la nature, et que les personnes qui sont 'honnêtes' sont celles qui ou bien ne sont pas assez courageuses ou bien n'ont pas besoin d'être malhonnêtes ou bien ont été tellement conditionnées contre la malhonnêteté qu'elles ne peuvent plus agir selon leurs propres intérêts (v. généralement, E. Sutherland, *The Professional Thief* (The University of Chicago Press: 1937)).

³ Les chercheurs criminologues subdivisent le concept de criminel occasionnel en deux: le 'criminel accidentel' et le 'criminel situationnel'. Le criminel accidentel est celui qui commet un crime sans en avoir l'intention. C'est le cas de l'individu qui conduit une voiture de manière imprudente, peut-

- iv. Une *capacité criminelle faible* associée à une *adaptabilité forte* caractérise normalement la personnalité des sujets socialement intégrés.

16. Dans la même perspective, Olof Kinberg soutient qu'il ne suffit pas, comme l'entendait la criminologie classique, d'étudier la personnalité du criminel, l'acte commis, puis de voir dans le passage à l'acte la résultante mécanique d'un rapport entre des forces opposées. Tout au contraire, Kinberg considère que la quantité de dangerosité peut être mesurée par un rapport de forces défavorable entre une pulsion dynamique interne et une résistance statique liée à des circonstances individuelles. Le seuil de l'état dangereux peut être élevé lorsque la pulsion est forte, ne pouvant être annulée par la résistance, d'où passage à l'acte. Alors que le seuil de l'état dangereux peut être bas lorsque la pulsion est faible, pouvant être annulée par la résistance individuelle.

17. L'importance de la théorie de Garofalo et de celle de Kinberg, se dégage du fait qu'ils analysent l'état dangereux non plus sur le plan qualitatif, mais plutôt sur le plan quantitatif, c'est-à-dire sur le plan de son existence, de sa place dans le milieu. Certaines théories criminologiques se sont faites l'écho de ces analyses en soulignant l'influence du milieu sur l'augmentation de l'état dangereux. La théorie de Jean Pinatel insiste sur cette articulation en montrant l'influence sociale sur le développement de la formation de la personnalité criminelle.⁴

être sous l'empire de la boisson. Par contre, le criminel situationnel est celui qui commet un crime tout en ayant conscience parfaite du tort de son action, défendant la légitimité de son comportement par la structure singulière des circonstances. C'est le cas classique de Jean Valjean de Victor Hugo, qui, pour ne pas laisser mourir de faim son neveu, dérobe un pain (V^o *supra* para. 9).

⁴ V. Pinatel, J., *Le concept de personnalité criminelle*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1962, p. 129. Cf. aussi 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), 1986, pp. 65-69: « La signification de la 'personnalité' a subi beaucoup de variations. Selon Cattell, « la personnalité est ce qui permet de prédire ce qu'une personne fera dans une situation donnée » (cité par B. Di Tullio, *Principes de criminologie clinique*, p.24). Cette définition s'appuie sur l'étendue que peut revêtir la réaction du sujet à une circonstance, cette étendue dont le sens s'exprime par le tempérament que présente différemment chaque individu, et qui est « selon Haymans et Wiersura la rapidité et l'intensité des réactions au milieu » (J.Léauté, *Criminologie et Pénologie*, Les Cours de Droit, 1981, p. 352). Plus actif, James considère que la personnalité, renferme le moi, le corps, le moi psychique, le moi social ayant son sens le plus large dans le Moi. Celui-ci porte en lui-même des tendances, des besoins, des désirs, des habitudes, actes de volonté, se manifestant aussi sous différentes façons chez les individus. Par conséquent, la personnalité forme le caractère ou la manière dont s'effectue la réaction au milieu (v. J. Léauté, *Ibid.*, p.352). Allport a précisé cet aspect en définissant la personnalité comme « l'organisation dynamique à l'intérieure de l'individu d'un système psychologique qui assure son adaptation au milieu où il vit » (v. B. Di Tullio, *op. cit.*, p.24). Cette définition recouvre donc une structure dynamique de la personnalité, dont le but est l'adaptation à la vie sociale. Dans son ouvrage « Vocabulaire de la Psychologie », Henri Piéron résume en soulignant que, à travers tant de variantes, « la personnalité exprime essentiellement la notion de l'unité intégrative d'un homme avec tout l'ensemble de ses caractéristiques différentielles permanentes (l'intelligence, le caractère, le tempérament, la constitution) et ses modalités propres de comportements ». C'est sur ces caractéristiques permanentes et ces modalités de comportement que s'élève la personnalité, l'intelligence et la volonté déterminant celle-ci face à la société. En d'autres termes, « ces caractéristiques permanentes et ces modalités du comportement ont une manière particulière de s'y combiner, qui est le propre de notre personnalité...celle-ci assure l'unité et la continuité de notre 'moi', malgré nos changements et la multiplicité de nos aspects » (V. J. Léauté, *op. cit.*, p. 352). Or cette personnalité, sans être affectée par une maladie mentale qui déséquilibre l'harmonie entre ses composantes, pourrait manifester un caractère, une intelligence ou un tempérament, en eux-mêmes normaux, mais dont la combinaison, par rapport à la société, de par leur préoccupation étrangère à la vie commune, se révèle criminogène.

...

« ... Existe-t-il une « personnalité criminelle » ? Des efforts considérables ont contesté l'existence d'une telle personnalité. A l'aide des tests projectifs (ce sont des épreuves qui soumettent au sujet des images ou des questions susceptibles de différentes réponses. Les interprétations apportées par lui,

b. LA THEORIE DE JEAN PINATEL

18. Pour passer à l'acte, Jean Pinatel, précisant les quatre conditions, morale, pénale, matérielle et affective, déjà élaborées par Manouvrier (V. Yamarellos et Kellens, *Le Crime et la Criminologie*, V° 'Personnalité Criminelle', p. 72), dégage les quatre traits qui constituent ce qu'il appelle le noyau central de la personnalité criminelle : *L'égoïsme*, qui exprime une difficulté d'être responsable à l'égard d'autrui, rapportant tout à soi ; *la labilité*, qui représente une imprévoyance par le fait de ne

renseignent sur sa personnalité, car elles sont associées à une forme définie du caractère ou du tempérament), Schnessler et Cressey ont synthétisé 113 études comparatives de criminels et de non-criminels, effectuées au cours de 25 années. Ces résultats furent négatifs : 42% de ces études étaient favorables aux non-criminels, alors que le reste se révélait « indéterminé ». L'expression douteuse de ces différences, à côté de l'inconsistance des combinaisons de résultats, a éloigné l'idée d'associer à la criminalité un type particulier de personnalité. D'autres auteurs, par contre, soutiennent l'existence d'une « personnalité criminelle ». Ils trouvent dans la distinction entre le délinquant et le non-délinquant non pas une différence de nature, le criminel étant un homme comme les autres, mais une différence de degré, dont l'acte ne saurait désigner qu'une simple hiérarchie dans l'échelle des actes humains. « A mes yeux, rapporte M. Pinatel les termes de De Greeff, le criminel reste toujours un homme et non une sorte de monstre. Mais voilà : entre le non-criminel et le criminel, un pas a été franchi. Il ne s'agit pas de nuances, comme on le dit facilement, mais d'un abîme. Le criminel vrai est celui qui peut franchir ce pas en considérant que cet acte le grandit. Tout homme est théoriquement capable de franchir le pas, mais en fait, seul un certain type d'homme force ces défenses là » (J. Pinatel, *E. de Greeff* (Paris, Cujas, 1967), p. 73). Ainsi, la différence entre le criminel et le non-criminel réside dans le passage à l'acte délictueux. Et l'effort de dégager les conditions de ce passage permet de tracer les traits généraux de la « personnalité criminelle ». « Il est curieux, observe J. Pinatel, de constater lorsqu'on fait le bilan des résultats obtenus par toutes les approches scientifiques contemporaines qu'ils convergent pour permettre de retrouver chez la plupart des délinquants des traits d'égoïsme moral, de labilité émotionnelle, d'agressivité et d'indifférence affective attestant la persistance d'une immaturité psychologique très particulière. Cette constellation des traits psychologiques, dont aucun n'est spécifique par lui-même, définit la personnalité criminelle » (Cité par J. Léauté, op.cit., p. 353).

pas résister à l'accomplissement d'un acte entrant en conflit avec le droit pénal ; *l'agressivité*, permettant de dépasser les obstacles qui arrêtent la réalisation de l'action humaine ; et *l'indifférence affective* (ou l'insensibilité morale), par laquelle les délinquants n'éprouvent pas d'émotions et d'inclinaisons altruistes et sympathiques, qu'ils sont dominés par l'égoïsme, la froideur vis-à-vis du prochain . Ces traits psychologiques décrivant la personnalité criminelle, regroupés dans un noyau central, peuvent être accompagnés de variantes qui rapportent à l'activité, aux aptitudes physiques, intellectuelles, techniques, aux besoins nutritifs et sexuels (J.Pinatel, « Criminologie », in *Traité de droit pénal et de criminologie*, de P. Bouzat et J. Pinatel, T.III, Paris, Dalloz, 3^{ème} Ed., n° 373).

19. Ainsi, pour Jean Pinatel le milieu est criminogène dans la mesure où il augmente la quantité de dangerosité de l'individu, en stimulant, favorisant le développement des traits de la personnalité criminelle. Et donc l'isolement des situations influençant le développement de tous ou de certains de ces traits, peut être révélateur de la quantité de dangerosité de l'individu.

2. DANS LA DYNAMIQUE INDIVIDUELLE DE LA VICTIME

20. A côté du rôle de la personnalité du criminel dans la quantification de l'état dangereux, apparaît celui de la victime attirant sur soi le criminel en quête d'une victime.

Le rôle éventuel de la victime dans le développement d'une situation criminogène faisait l'objet d'observations de la part de De Greeff et d'Ellenberger, observations qui devraient être systématisées en 1948 par Von Hentig. Celui-ci révèle que le comportement de la victime n'est pas toujours aussi neutre que celui qui lui était attribué du fait même de son état de victime et s'attache à l'étude des relations interpersonnelles pouvant exister entre l'auteur et la victime et à celle de dispositions particulières

de la personnalité de cette dernière, susceptible de par le rôle provocateur, accélérateur ou déclenchant qu'elle peut jouer, de faire évoluer la dynamique en danger.

Ainsi, l'état dangereux comme concept indicatif d'une situation criminogène doit être recherché ici dans la personnalité de la victime. Et donc l'évaluation quantitative de l'état dangereux que présente la victime dépend de la qualification de la victime d'innocente, intégrale, complaisante, provocatrice ou coupable (v. généralement, H.N. Barte & G. Ostaptzeff, *Criminologie Clinique* (Masson, Paris : 1992), pp. 105-113).

21. Il est raisonnable de penser que la seule description médicale séméiologique et diagnostique du trouble psychique ou neuropsychique présenté par le sujet ne permet pas de mesurer la quantité de dangerosité. Il est nécessaire que le trouble soit situé dans l'histoire personnelle du sujet, dans le contexte social de celui-ci (para. B) afin que puisse être appréciée l'exagération (para. B(1)) ou la réduction (para. B(2)) de la quantité de dangerosité criminologique du trouble influant sur le comportement criminel.

B. LA « QUANTIFICATION SOCIALE » DE LETAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

1. L'EXAGERATION DE LA QUANTITE DE LETAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

22. Edwin Sutherland attire l'attention sur le rôle indicatif joué par les relations interpersonnelles dans la quantification de l'état dangereux du sujet.

Aucun individu n'est pas dangereux en soi. Il l'est seulement par rapport à un groupe. La capacité de l'individu de décider par lui-même ses lignes de conduite est elle-même déterminée jusqu'à un certain degré, si non tout entièrement, par des forces qui vont au-delà de son contrôle. Le mal, selon les criminologues, n'est pas

constant, plutôt variable, changeant dans la société. Le concept d'un acte qui représente un mal en soi a cédé devant le concept de l'acte qui représente un mal dans la société. L'état dangereux est un rapport, une altération grave de la rencontre interpersonnelle, un trouble relationnel exprimant une altération du lien social.

Ainsi, le passage à l'acte apparaît probable, et donc la quantité de dangerosité exagérée, dans des situations où les relations favorisent un apprentissage qui exacerbe les tendances structurelles du sujet, si ce dernier rencontre davantage des modèles culturels favorables au comportement criminel que des modèles culturels défavorables à tel comportement.

1. LA REDUCTION DE LA QUANTITE DE L'ÉTAT DANGEREUX CRIMINOLOGIQUE

23. Par suite, en vue de réduire à un minimum irréductible la quantité de dangerosité du comportement non conforme en référence à la moyenne de vie de la communauté, la société devrait apporter des services désignés essentiellement pour ce but. Car les récréations peuvent constituer une force vitale et signifiante dans la vie de chacun, les projets consacrés à pourvoir telles récréations pour les jeunes peuvent contribuer à la prévention des situations criminogènes et donc à la réduction de l'état dangereux. Et puisque le respect de l'environnement devient un élément important dans la préparation des jeunes à l'intégration sociale, est donc justifiable la revendication que les projets de logements puissent contribuer à la prévention et à la réduction de la quantité du mal social. Aussi, grâce au contact constant et intime que les écoles fournissent aux enfants en vue du développement des valeurs culturelles, les écoles peuvent aussi jouer un rôle primordial dans la prévention et la réduction de l'attitude criminogène.

Conclusion

24. Toutes les études de l'état dangereux criminologique mentionnées plus haut peuvent être qualifiées de 'non-structurelles', l'étudiant hors de 'l'acte humain en soi'. Ainsi, l'appréciation de l'état dangereux est recherchée dans l'agressivité de l'individu ; la faiblesse ou non de son éthique et l'absence ou pas de sentiment de culpabilité, son impulsivité, son caractère passionnel, sa passivité, son efficience intellectuelle, l'existence de récidives. Elle est recherchée aussi dans la présence éventuelle d'un tiers qui peut indiquer chez le sujet les risques du passage à l'acte, comme la famille, les amis, les policiers, susceptibles d'accentuer le danger, et particulièrement la victime qui volontairement ou non peut jouer un rôle provocateur, accélérateur ou déclencheur.

25. La théorie créologique du crime propose une étude structurelle de l'acte criminel, l'appréciation de l'état dangereux dans 'l'acte humain en soi' (V. A. Frangi, *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), 1986, p. 12-18). Admettre qu'il en est ainsi, c'est admettre en d'autres termes que l'acte humain en soi possède initialement le germe d'un acte criminel.

En effet, la caractéristique de l'homme est de pouvoir nommer les choses ; et toute la démarche de l'esprit humain dans l'histoire peut être réduite à l'effort de l'homme de définir les choses, afin de pouvoir les comprendre. Cet effort, cependant, se manifeste moins dans certains actes humains, que dans d'autres. Mais le pouvoir de nommer les choses est un pouvoir créateur. Ainsi, la caractéristique distinctive de l'homme est-elle de créer. Et puisque le pouvoir de nommer les choses se reflète dans tous les actes humains à des degrés variables, et puisque le pouvoir de nommer les choses est un pouvoir créateur, chaque acte humain est un acte créateur à des degrés variables. En conséquence,

chaque acte humain est constitué d'un élément créateur. Maintenant, l'acte de nommer les choses est cause de quelque chose, et toute cause est non seulement le germe de son effet comme le disait Leibniz, mais est aussi co-existante avec son effet comme l'affirmait Newton.

Ainsi, si l'acte législateur est un acte humain, nommant tel acte comme acte criminel, l'acte législateur et l'acte criminel devraient donc co-exister, comme éléments constitutifs, dans le même acte humain ; l'acte législateur et l'acte criminel ne formant qu'un seul et même acte humain à double face. Et partant, la connaissance de l'acte criminel ne peut être suffisamment accomplie, selon la créologie criminelle, sans celle de l'acte législateur ; ni la connaissance de l'état dangereux criminologique ne peut se faire sans celle de l'état dangereux législateur (V. A. Frangi, « L'innovation et la législation », *6th Conference : Freedom & Creativity on Reality and Ambition* (16-18 April 2001), Philadelphia University, Amman, Jordan). Un autre aspect de l'état dangereux créologique doit être recherché dans la façon dont est poursuivie l'activité créatrice, qui peut se révéler criminogène, développant chez l'homme créateur qui s'en occupe les traits psychologiques de la personnalité criminelle (V., généralement, A. Frangi, *La création comme facteur criminogène : Introduction à la créologie criminelle*, op.cit.).

BIBLIOGRAPHIE

1. Barte, H.N. & Ostaptzeff, G., *Criminologie Clinique* (Masson, Paris: 1992).
2. Di Tullio, B., *Principes de criminologie clinique* (PUF, Paris:1967).
3. Dressler, J., *Understanding Criminal Law* (Legal Text Series, Matthew Bender & Co., Inc., NY: 1987).
4. 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: 1986).
5. Frangi, A., *La criminologie élémentaire* (Chapitre II : « L'état dangereux criminologique »), Cours de droit (Faculté de droit de l'Université La Sagesse, Liban: 1997-1998).
6. Frangi, A., 'L'innovation et la législation', in *6th Conference: Freedom & Creativity on Reality and Ambition*, 16-18 April 2001 (Philadelphia University, Amman, Jordan: 2001).
7. Pinatel, J., *Criminologie*, in *Traité de droit pénal et de criminologie*, de P. Bouzat et J. Pinatel, T. III, Paris, Dalloz, 3^{ème} Ed., n. 373.
8. Pinatel, J. E. *de Greeff* (Cujas, Paris: 1967).
9. Pinatel, J., *Le concept de personnalité criminelle*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1962, p. 129.
10. Léauté, J., *Criminologie et Pénologie* (Les cours de droit, Paris: 1981).
11. Leyrie, J., « L'état dangereux criminologique », in *Médecine & Droit*, N° 17, mars-avril 1996, p. 8.
12. Sutherland, E., *The Professional Thief* (The University of Chicago Press: 1937).



**ОПШТИ ПРАВНИ ПРИНЦИПИ И ЊИХОВА
ЗАСТУПЉЕНОСТ У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ У
ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ(СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА
ПРИНЦИП ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ)**

МР ДРАГАНА ЋОРИЋ*

ABSTRACT

**GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND ITS APPLICABILITY IN
EC LAW (WITH SPECIAL OVERVIEW ON THE
PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY)**

General principles of community **law** are essentially "borrowed" either from general principles of national **law** or general principles of international **law** . They are both superior to the national **law** (according to the supremacy doctrine) and unwritten.They are also general in character and multiple in number.There are many general principles of **law** which have been developed and applied by the European Court of Justice. These principles have not however been catalogued in any comprehensive listing.

This paper is a short overview of some general principles of EC law, such as principle of legal certainty, principle of protection of earlier acquired rights and principle of legitimate expectations.

The principle of legal certainty is enhanced of the individual citizens of Europe as everybody can claim protection for the same interests and concerns.It is only secured in a limited sense at the Community level. The citizen can not be sure what rights he/she really is entitled to. Not all the Member States, for example, have

ratified all the Convention's subsequent protocols and the ECJ has no clear and incontestable foundation on which to base its rulings

On the other hand, the principle of the protection of legitimate expectations is the corollary of the principle of legal certainty which requires that legal rules be clear and precise, and aims to ensure that situations and legal relationships governed by Community law remain foreseeable.

Општи правни принципи и њихова заступљеност у правној теорији у Европској Унији(са посебним освртом на принцип правне сигурности)

1. Уводне напомене

Термин принцип је преузет у скоро изворном облику из латинског језика- *principium*, где је означавао основно учење, основно правило, опште правило. Својом садржином општи правни принципи уобличавају основне концепте права и правде, као врховне вредности и суштине права, а које морају бити поштовани од стране било ког правног система¹.

*** Асистент-приправник, Правни факултет у Новом Саду.**

¹ Било да је у питању позитивноправни или природноправни поредак, који иако идеолошки супротстављени, садрже исте поставке и вредности. Разлика је могућа на нивоу позитивноправног поретка, јер он може али и не мора да прихвати све природноправне постулате и вредности. Слободан Перовић: "Хексагон природног права", Правни Живот, Београд, бр.1-2/1995, "Култура законитости и природно право", Правно живот, 1-2/1997, "Непролазност Хексагона природног права", Правни живот, 1-2/2002. Признају се три врсте односа природног и позитивног права: да је

Следећи мисао да је свако дефинисање у праву опасно, сматра се да о њима не би требало расправљати. Општи правни принципи се могу посматрати и тумачити из различитих углова ; њихове појмовне карактеристике могу се различито перципирати. Схватања о појму и садржини општих правних принципа су се често мењала и зависила од политичких, филозофских и других опредељења оних који о њима расправљају.² Значај општих правних принципа јесте у степену њихове општости, будући да се на основу принципа даље граде одређена правна правила. Чак се може говорити и о специфичној појави, да правни принципи, када се нађу у констелацији са правом , само оснажују право и ближе објашњавају разлоге за његову егзистенцију.³ Битно је напоменути да овакви општи принципи или начела не могу важити само за сваку појединачну државу или сваки појединачан народ, јер је бесмислено да постоје толики нивои општих система, колико има особених правних система.⁴

позитивно право у сагласности са начелима природног права, да се налазе у “подношљивом раскораку“ и стога да је прво “подношљиво неправедно“, као и се исти налазе у потпуној противуречности, при чему прво, као очигледно и “неподношљиво неправедно“ захтева своју исправку путем интерпретација судија и других релевантних субјеката. У том смислу је и констатација да правда као начело највише одговара и обезбеђује правну сигурност, видети: *Goffredo Qyadri: " Giustizia e sicurezza", Rivista internazionale di filosofia del diritto, anno XXXVII, Casa editrice dott. Antonio Giuffre, Milano, 1960, стр 262-274*

² Тако је Аристотел опште принципе дефинисао као " оно прво одакле штогод јесте или настаје или се спознаје". *Метафизика*, Загреб, 1988. стр.107-108.

³ одломак из Хашких предавања Џералда Фицмориса, *Takis Tridimas: General Principles of EC Law, , Oxford, 1999, стр. 2*

⁴ Ђорђо дел Векио: *Правда, право и држава*, Београд, 1940, стр.79-87, исти наводи и код Вукадиновић Гордана: *Избор текстова из теорије права*,

1.1. Настанак општих правних принципа и њихов значај у односу на систем права

Према доктрини која преовлађује, метод којим би се дошло до општих начела права, састојао би се у томе да се од појединачних правних норми, путем апстракције издвоје најопштији могући појмови⁵. Њихово унутрашње значење може бити предмет преиспитивања по потреби, али је битно установити јединствени терминолошки облик истих и основну садржину(која у овом случају може бити прихваћена као једна од могућих).По некад изгледа да сам законодавац сугерише овај метод, позивањем тумача права (у конкретном случају, државног органа који треба да примени неко правно правило), да испита да ли постоји изричита одредба закона која регулише неки спорни случај.

Будући да је сваки правни систем непотпун⁶, појава правних празнина као извесног броја друштвених односа који нису регулисани правом , је скоро нужна.⁷Различити правни системи наводе различита средства за попуњавање истих-судска уверења, ставове правне науке и др.⁸ На крају, када се

Едиција хрестоматије, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1992, стр.254-257.

⁵ Наведена доктрина је распрострањена на подручју англосаксонског правног система, где је извор принципа *judge-made-law*

⁶ Иако је принцип потпуности правног система постављен као један од основних принципа европско-континенталног система права, Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија државе и права, Нови Сад, 2003, стр.352.

⁷ Видети даљу аргументацију код Хаима Перелмана: Право , морал, филозофија, Београд, 1980, стр.128-130.

⁸ Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов, наведено дело, стр.354. , Такође и Радомир Лукић, Будимир Кошутић, Драган Митровић: Увод у право, Београд, 2001, стр.402.

исцрпе све наведене могућности, следи упућивање на опште правне принципе и њихову примену, а све у циљу попуњавања правних празнина. Треба напоменути да законодавац, прописујући овакав поступак, није имао намеру да проучава на који начин и којим средствима доћи до општих правних принципа, већ да само одређује редослед примене извора права, па самим тим и услове за примену општих правних принципа, без улажења у њихов меритум.⁹

Од значаја је свакако и однос установљен између општих принципа неког права и норми које сачињавају то право. Између њих не сме бити несклада или нехармоничности¹⁰. Из општег правног принципа не може проистећи норма, било општа или појединачна, чија ће садржина бити супротна суштини самог принципа. Овај захтев се заснива на природи правног система, који мора да сачињава јединствену и хомогену целину, прави логички организам, који даје поуздану, недвосмислену и још мање противуречну директиву, за сваки могући случај.

Унутрашња сагласност разних делова, који сачињавају систем, мора добијати потврду у сваком тренутку, упоређивањем нижих правних норми међусобно, и њих са општим правним нормама или уопште нормама више правне снаге за које се оне везују¹¹. Тако правник може да уђе у интимни дух система, и пратити га у појединачним применама, трудећи се да се избегну погрешке које би лако

⁹ Ђорђо дел Векио, наведено дело

¹⁰ Сходно принципу кохерентности правног система, Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов, наведено дело стр.351.

¹¹ Наведени однос кохерентности потпада под појам законитости, Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов, наведено дело стр.350; Радомир Лукић, Будимир Кошутић, Драган Митровић, наведено дело, стр.444-454.

настале услед апстрактног разматрања појединих норми, изван контекста у коме су настале. Логичка веза коју природа правног система захтева, може се приказати кретањем од општих одредаба према посебним, али и обрнуто. Оба метода се могу наизменично успешно користити и примењивати у стварности.

1.2. О разлици између општих правних принципа и правних правила

Правила одговарају на питање "шта?", а принципи на питање "зашто?". Разлика између правних правила и правних принципа потиче још из римског права и разликовања *leges* и *jus*, или као генерално разликовање између права и правде. Значај општих принципа као разлога за постојање одређених правила је веома добро приказан у Дворкиновој анализи права¹². Наиме, Дворкин разликује принципе у генеричком смислу и правна правила, при чему ове прве означава као скуп оних стандарда који нису правила. Принципи су тако мерило којег се треба придржавати не зато што унапређује или осигурава економску, политичку или друштвену ситуацију, која се сматра пожељном, већ зато што је то захтев правде, непристрасности или неке друге димензије моралности.¹³

Даље, тврди Дворкин да је разлика између принципа и правила логичке природе. Принципи имају димензију тежине или значаја која је ускраћена правилима. Ако се

¹² Роналд Дворкин: Суштина индивидуалних права, или у оригиналу *Taking Rights Seriously*, , ЦИД, Подгорица, 1998, стр.43-53, такође и *Takis Tridimas*, наведено дело, стр. 4.

¹³ Роналд Дворкин, наведено дело, стр. 45.

примена два или више принципа поклапа и при томе они противурече један другом, лице које решава сукоб мора да узме у обзир сразмерну тежину и значај сваког од принципа. То даље значи да ће бити отклоњена примена принципа који је мање значајан¹⁴.

Дворкин је такође приметио да и правила и принципи указују на одређене одлуке поводом извесних правних обавеза, али се разликују у погледу карактера упутстава која дају. Правила, због своје специфичности и конкретног карактера, нуде одговоре. Са друге стране, принципи (чак иако личе на правила¹⁵), не установљавају аутоматски сопственим постојањем правне последице, које и иначе могу проистећи из њихове садржине, тј. њиховом применом. Принцип конституише разлог, који пружа одговарајућу аргументацију која води само у једном правцу, али не морају нужно довести до претпостављеног или било ког резултата уопште. Принцип ипак говори нешто, прокламује извесну вредност коју правни поредак неке државе прихвата и одређује механизам њене заштите у случају евентуалне повреде.

Овако постављени принципи , садрже минимални суштински садржај, који омогућава законодавцу да даље спроводи легислативни поступак, или судији, посебно у оквиру англосаксонске групације права, да води судски поступак и доноси одлуку. Аргументација коју нуде принципи може

¹⁴ Роналд Дворкин , наведено дело, стр.52.

¹⁵ Tania Kyriakou :*The impact of the EU Charter of Fundamental Rights on the EU system of protection of rights: much ado about nothing?*, THE DURHAM RESEARCH POSTGRADUATE CONFERENCE - JULY 2001, Web Journal of Current Legal Issues in association with Blackstone Press, доступно на <http://webjcli.ncl.ac.uk/2001/issue5/kyriakou5.html>

успоставити и презумцију у погледу садржине правила које треба да проистекне из њих, али веома ретко могу да децидирано одреде или да диктирају у потпуности садржај истих. Ако у потпуности прихватимо ову Дворкинову анализу, принципе и њихову важност сводимо на усклађивање са два параметра: вредности коју принцип садржи, и његовом практичном потенцијалу за структурирање система у коме треба да се примењује.

2. Једна од могућих класификација општих правних принципа

У континентално-правном систему, могу се разликовати, с обзиром на порекло¹⁶, следећи принципи:

1. аксиоматски принципи, што су принципи који су инхерентни са самом суштином правног система. Они се сматрају фундаменталним, и место су ослоња за рад свих државних органа, посебно законодавца и судова. Њихово постојање је само доказ супериорности права и колективне свести, јер су произашли из консензуса. Са друге стране, њихова природноправна компонента им даје печат универзалности и свевремености. Ипак је прилично тешко дати листу таквих принципа, јер она зависи од државе и њене перцепције друштва, сопственог значаја, али и међународних односа.

2. структурални принципи: који проистичу из одређених карактеристика појединих правних система

¹⁶ *General Principles of EC Law*, Takis Tridimas, Oxford, 1999, стр. 8

3.Када је у питању комунитарно право, тј.право Европске Уније, говори се о заједничким принципима ,који су у потпуности одвојена од супранационалног карактера комунитарног права. Под овим термином се подразумевају "општи принципи који су заједнички свим државама чланицама", или као "општи принципи права, који су као такве прихватиле све цивилизоване нације"¹⁷.Чак неки сматрају да ово треба посматрати у ширем контексту, изван деривирања принципа из уговора и правних обичаја.

Овакав широко постављен термин је омогућио Међународном Суду правде(у даљем тексту Суд правде), да изађе из оквира у којима државе чланице потврђују прихватање извесних принципа права.То им је омогућило даље да се уздигну на ниво принципа заједничких свим државама чланицама или их оне прихватају без имплементације у сопствени правни систем.

Наведена класификација може бити од извесне користи ,а ли је њена практичка вредност ограничена. До тога долази услед релативног карактера како самог термина општи принципи, тако и због њихове стварне садржине.Лоша страна ове класификације је у томе што не спомиње импликације до којих може довести примена овако категорисаних правних принципа, посебно, како се треба понашати у ситуацијама када принципи буду конфронтирани међусобно. Тада може бити примењено Дворкиново решење, те да се не примењује принцип ниже вредности.

¹⁷ Као што је предвиђено у чл.38.ст.1 тачка ц) Статута међународног Суда правде *Ulrich Drobnig: General Principles of European Contract Law*, у књизи *Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986), Ch. 9, 305-332.*

3. Специфичност комунитарног правног система

Као прво, треба истаћи да комунитарно право није уопште ново на правној сцени¹⁸. Иако нема своје правне претходнике, па стога се не може ни пратити његов постепени развој, заправо је само новелиран мешовит систем, који је из свих права држава чланица присвојио, или се барем потрудио да присвоји оно што је ефикасно. Чак га у извесном смислу можемо посматрати и као нови начин развоја права које регулише настанак, егзистенцију и опстанак међународних организација. Уговор о настанку Европске Уније тако треба посматрати прокламативно, као скуп одредаба које својом правном снагом надвисују остале норме које потичу из система држава чланица.

Даље, треба напоменути да комунитарно право више тежи да допуни право држава чланица, него да га у потпуности замени¹⁹. Зато се као логично и намеће решење да Суд правде, сваки пут када нема одговарајуће решење у постојећим актима, инспирацију потражи управо у праву држава чланица Уније.

¹⁸ О изворима комунитарног права, те и подели на примарне и секундарне изворе видети код: *Erik O. Eriksen, John E. Fossum, Agustin J. Menendez: European Union- constitution making and democratic legitimacy, Paper presented on the Arena conference on Democracy and Democratic Governance, Oslo, 2002. Има и супротних мишљења, да је то нови правни поредак на светској правној сцени, Jan Erik Lane: The Substance of EU law, доступно на <http://www.spp.nus.edu.sg/docs/wp/wp22.pdf>*

¹⁹ Има и мишљења да комунитарно право треба посматрати као "врсту тржишног хибрида, који захтева екстензиван приступ у областима прописивања правила понашања и заштите права својих грађана". *Damian Chalmers: EU law and the failure of the "European" social scientific Imagination, EUSA Review Forum, Vol.17, No 4, fall 2004*

Ипак, попуњавање правних празнина није једина ситуација у којој се користе општи правни принципи. Будући да су постављени као конститутивни елементи комунитарног правног система, то је доношење одлука са ослоном на опште принципе прихваћено као основна методологија рада Суда правде. Комунитарно право само по себи није децидирано дефинисало принципе на којима почива, већ је остављено дискрецији Суда да то уради. Из тога следи да, будући да проистичу из свих правних система држава чланица, ови принципи јесу заједничко конституционално наслеђе.

И поред ефемерне политичке реторике, која наговештава суверено деловање држава чланица приликом одлучивања о измени било ког комунитарног прописа, делатност Суда правде добија на важности сталним обраћањем држава чланица тој институцији и резултатима њеног рада. Суд правде је стога својеврсна инспирација органа држава чланица, које имају основно формално полазиште за све своје одлуке.

4. Општи правни принципи комунитарног права - појам и врсте

У комунитарном праву²⁰, појам правних принципа је "пресликан" из опште теорије права. Под истима се подразумевају неписана правила, проистекла из права држава чланица, активношћу Суда правде. Њихова садржина може бити много шире постављена него код других правила која прописују понашање адресата у одређеним

²⁰ О оправданости коришћења термина "комунитарно право", видети код :Радован Вукадиновић: Право Европске Уније, Мегатренд универзитет примењених наука, Београд, 2001, стр.32-36

околностима, као и прописивање санкција за непоштовање истих. Функција таквих принципа је двојака: упућују на сопствено тумачење ради примене на конкретне случајеве, али истовремено указују и на постојећу политику законодавца²¹.

Општи правни принципи су увек проистекли из неког правног система, било националног, интернационалног, међународних уговора и сл. Обе врсте принципа заједно творе опште принципе природног тумачења, природног права и природне правде. Тако се Уговор из Амстердама сматра валидним извором општих принципа, као и сам Уговор о Европској Унији. Такође, при формулисању општих правних принципа Суд правде налази инспирацију у уставним традицијама држава чланица Уније, као и међународним уговорима чији су Унија или саме државе чланице потписници.²²

Конституционалан значај и улогу Суд правде је доделио принципима једнаког третамања или недискриминације, пропорционалности, правне извесности, заштите законских очекивања, заштите основних људских права и право на одбрану. Заједничка карактеристика свих наведених принципа јесте да су сви настали деривирањем из права држава чланица, понекад уз малу формулацијску помоћ текстова Уговора. Поштовање људских права је тако Суд правде прихватио као принцип комунитарног права још 70-их година прошлог века, иако исто нигде није децидирано споменуто. Даље, различити правни системи имају различите

²¹ K.P.E. Lasok, D.Lasok, Law and Institutions of the European Union, 7th Edition, Butterworths, 2001, стр. 177-179.

²² Anthony Arnall: The European Union and its Court of Justice, Oxford EC Law Library, 1999, стр.190-197.

одредбе о забрани дискриминације, по различитим основама-полу, раси, вероисповести, политичкој опредељености и др. Све то су само сегменти општег принципа недискриминације, који истиче комунитарни правни систем. Такође, велики број прописа комунитарног права садржи елементе принципа пропорционалности, који се нигде експлицитно не спомиње, али га је Суд правде дефинисао својом праксом.

5. Општи правни принципи комунитарног права

Пракса Суда правде је недвосмислено указала на чврст став о значају општих правних принципа као примарног извора комунитарног права²³. С тим у вези треба истаћи и значај конституционалних традиција држава чланица, које представљају инспирацију Суда правде при формулисању ових принципа. Сама делатност формулисања општих правних принципа, у контексту комунитарног права, чини се проблематичном, будући да принцип, ако буде формулисан на nižем нивоу општости своје садржине, може бити лако погрешно примењен као општа правна норма.

Општи принципи комунитарног права, иако најчешће потекли из држава чланица и њихових правних система, добијају на снази тек формалним признавањем од стране Уније. Будући да настају индуктивним путем, њихова садржина се доста често екстензивно тумачи, и управо због тога, и доста често погрешно примењује.

Ипак је нужно извршити неку почетну класификацију

²³ Mercedes Sánchez Herreros: Principles in EU law, available on www.spanishlanguage.co.uk

општих правних принципа, јер је вероватније да се тако њихова садржина, на основу упоређивања и унеколико различитих интерпретација, јасније сагледа.

5.1. Подела општих правних принципа комунитарног права према природи ствари на коју се односе

Ипак је могуће извршити класификацију и таквих принципа, па би се сходно природи ствари на коју се односе, могли разликовати:

1. принципи који установљавају уставну структуру Европске Уније. Овим принципима су на генералном плану уређени односи између Уније и држава чланица. У ову групу улазе: принцип супремације комунитарног права, принцип расподеле надлежности, принцип субсидијарности, и обавеза кооперације, који су предвиђени у чл.10 Уговора о Европској Унији. Даље, значајан је и принцип директног ефекта, којим се непосредно одређује правни положај појединаца, али и принцип институционалне равнотеже, којим се установљава баланс у ради и сарадњи између државних органа на нивоу Уније.

Индикативан је изузетан утицај делатности Суда правде), на развој комунитарног права, а посебно на развоју општих принципа истог, индуктивним процесом.

2. принципи који проистичу из потреба за установљавањем и одржавањем владавине права. У питању су принципи којима су примарно решени односи између појединца и државних органа Уније и у државама чланицама. То су принципи једнакости, пропорционалности, правне извесности, заштита

законитих очекивања(или правних нада) и поштовање основних људских права и слобода.

3. принципи субстантивног комунитарног права, који истичу основне слободе, или специфичне политике Уније.

5.2. Друге значајније класификације општих правних принципа комунитарног права

Општи принципи се даље могу поделити у три групе: принципи законитог рада управе и вођења судских поступака, економски принципи унутрашњег тржишта и основна људска права. Такође постоје и извесни важни принципи који се могу уврстити у све три категорије као нпр. принцип једнакости. Општи принципи комунитарног права су надређени, принципима националних права на основу доктрине о супремацији)²⁴, као и неписаним правним изворима²⁵, било да потичу из комунитарног права или права држава чланица.

Иако су проистекли из праксе и делатности Европског суда правде²⁶, никада нису били јасно набројани нити објашњени. Због своје еластичности су зато у широкој употреби . Нпр. установљавање принципа једнакости, отвара питања:

²⁴ *Sources d'Europe, Centre d'Information sur l'Europe, "Droit communautaire",* <http://www.info-europe.fr/europe.web/document.dir/fich.dir/QR001038.htm>

²⁵ *Thierry Smets, "Les sources du Droit",* <http://users.skynet.be/sky19192/lessourc.htm>

²⁶ Као главни услов прихватања неког принципа поставља се да је држава порекла истог држава базирана на владавини права . *Takis Tridimas*, наведено дело, стр.23.

једнаког статуса, једнаких шанси или могућности(при чему се мисли на једнак третман лица без обзира на пол),процедуралне једнакости, пропорционалне једнакости,прогресивне једнакости итд.

Такође принципе је могуће груписати у интерпретативне или принципи тумачења(*canons of construction*), као и суштинске правне принципе (*fundamental rights*).Садржај обе врсте принципа проистиче из структуре и циљева настанка и опстанка Европске Уније.Тако чак постоји и структурална типологија принципа , али будући да су они и општи и неписани, типологија сама по себи је прилично проблематична.

Суд правде је од 1969 .године прихватио опште правне принципе као редован, примаран извор права који ће користити и при одлучивању²⁷. С тим у вези је и још једна класификација принципа ,која их дели на принципе који припадају неписаној повељи људских права, принципи везани за рада државних органа као и други општи принципи, који се не могу сврстати у претходне две групе.²⁸Њихова примена је обавезујућа за државе чланице сваки пут када примењују комунитарно право. Тако се и њихова суштина и циљеви могу посматрати само са становишта целине комунитарног , а не посебног права државе чланице. Такође су обавезујући када делују органи Уније, или када се исти дерогирају.Посебно је важно истаћи да се исти не могу примењивати када се примењује

²⁷Tania Kyriakou, наведено дело.

²⁸ Из текста *Legislative acts, procedures and sources, general principles of EC law*, University of London External Programme ,доступан на сајту <http://www.londonexternal.ac.uk>.

позитивно право државе чланице, једино ако су у питању принципи који су и потекли из тих држава чланица.

6. Функције општих правних принципа у комунитарном правном систему

Можемо идентификовати три функције општих правних принципа у оквиру комунитарног права. Прва функција истих је да пружају помоћ приликом тумачења постојећих правила. Према основном правилу тумачења, које проистиче из хијерархије правних норми, ако се комунитарно правно правило не може самостално протумачити, то мора бити учињено с обзиром на највиши акт УНије (при чему се не мисли само на текст, већ и дух текста), али и с обзиром на опште принципе права. Наведени механизам се мора применити било да је у питању акт који улази у примарно или секундарно законодавство. У овом контексту, као посебан вид тумачења јавља се презумпција забране ретроактивне примене права. Презумпција, јер увек постоји могућност доказивања супротног, тј.могућност да Унија одлучи за ретроактивну примену неких одредаба, за шта је потребно аргументовано правно и политичко становиште.

Као друга функција издваја се конституисање основа за преиспитивање донетих одлука. То значи, да се свака одлука, било да је судска или неког другог органа Уније, може подвргнути поновном разматрању ако постоји основана сумња да је приликом њеног доношења нпр. повређен принцип правне сигурности, или није поштовано неко људско право.

Трећа функција проистиче из друге, а то је да се општи принципи могу посматрати и као правила за установљавање

прекршаја других правила. Наведени процес може резултирати утврђивањем одговорности, најчешће државе чланице, због непоштовања неких правних принципа, што даље доводи до накнаде штете.

Ипак треба признати својеврсну еволуцију која је задесила све правне принципе у оквиру комунитарног права. То је учињено услед великог притиска и потребе решавања неких случајева који нису експлицитно решени. Са друге стране, често се дешавало да су неки општи принципи, иако потекли из неког права одређене државе чланице, услед утемељења у пракси Суда правде, постали принципи комунитарног права. Тако разликујемо две врсте принципа комунитарног права: оне који су проистекли из права држава чланица и оне који су проистекли из самог комунитарног права.

На овај начин је Суд ефективно оправдао своје учешће у законодавном процесу у оквиру Уније, и потврдио своју креаторску улогу: он идентификује те принципе који својом садржином подразумевају ниво садржинске сагласности сходно степену своје општости. Такође су ови принципи промовисани и као правни основ већине његових одлука, јер се Суд правде увек позива на њих у складу са правилима примарног и секундарног законодавства Уније. Општа прихватљивост ових принципа од стране држава чланица показује се као довољан фактор о њиховој ефикасности и довољна да Суд примени исте чак иако се исти не могу пронаћи у оквиру правних система држава чланица.

Главни став суда је да сваки принцип који се примењује од стране Суда тумачи се као принцип вишег комунитарног права, без обзира на право његово порекло. Наведено је посебно очигледно на терену заштите основних људских права. Интересантно је у том смислу оправдање које је Суд

понудио у погледу примене општих принципа права као извора права. Наиме Уговор о Европској Унији у чл.164 наводи да Суд треба да приликом тумачења Уговора води рачуна о суштини права. Под термином право се овде подразумевају неки општији термини, од општијег значаја и примене, који су постављени управо због тога и изнад самог уговора. У чл.173, приликом дефинисања основа за преиспитивање пресуда на основу којих се може тражити поништај истих, говори се о могућој повреди уговора или било ког правног правила, у погледу њихове примене. Овај члан је Суд користио као основ за покретање поступка у случају повреде неког правног принципа.

Већа пажња у овом раду ће ипак бити посвећена принципима правне сигурности²⁹, заштите стечених права и поштовања законских очекивања. Наведени принципи се сматрају значајнима управо са аспекта временске димензије права Европске УНије.

7. Принцип правне сигурности

7.1. Правна сигурност као правна вредност

Правна сигурност се сматра једном од "круцијалних правних вредности"³⁰, која се често доводи у везу са другим правним вредностима, као што су правда, ред и мир. ПОсматрано са другог аспекта, сама правна сигурност чини елемент опште

²⁹ Буквални превод *principle of legal certainty* би био правна извесност, али духу српског језика више одговара термин правна сигурност, који ће бити коришћен у даљем тексту.

³⁰ Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов:Теорија права I, Нови Сад, 2001, стр.391.

правде, када је промовише позитивно право, као једну од највиших вредности.³¹ Још боље је објашњава Хајек³², посматрајући је, заједно са принципима правне једнакости и општости закона, као саставни део владавине права (rule of law). Правна сигурност се испољава у "извесности законите слободе", те је концептуално повезана са принципом заштите стечених права. Такође, чини и есенцију цивилног друштва, првенствено због свог еманципаторског карактера.

Димензије правне сигурности: временска, садржинска и друштвена "исказују нужност постојања правне сигурности како на нивоу стварања права, тако и на нивоу примене права"³³. Остварење исте је могуће само ако су задовољени минимални услови, као што су транспарентност права, континуитет у праву³⁴, стабилност и признање стечених права³⁵ и уопште "неутрализација неизвесности" адресата на које се норме односе.³⁶

³¹ Слободан Перовић: Право на толеранцију, део из предавања које је одржано на трибини Forum iuris 25. 2. 1999. године у Подгорици, текст доступан на www.informator.co.yu

³² Friedrich August von Hayek: Put u ropstvo (Edicija sloboda izbora) , Global Book, Novi Sad, 1997, str.37 .

³³ Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права I, стр.392.

³⁴ При чему под правним континуитетом треба подразумевати "релативну сталност и непроменљивост закона", навод према: Густав Радбрух: Филозофија права, Нолит, Београд, 1980, стр.99-100, као и код Јована Ћирића: Антихуманизам идеологије људских права, Социолошки преглед, 1-2/2000, стр.74.

³⁵ На тај начин свака потенцијална неизвесност нестаје, јер адресати су упознати на време са садржајем правних односа у које желе ступити, као и какво понашање могу очекивати од стране других лица -учесника у том односу ,или државних органа који ће учествовати у неком поступку. Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права I, str.392.

³⁶ *Ibid.*

Принцип правне сигурности повезан је даље са принципима легитимних очекивања и неретроактивности³⁷. Тако суштина првог принципа се огледа у томе да комунитарно право не сме у одсуству преовладавајућег значаја јавног интереса , повредити легитимна очекивања адресата било које норме. То значи да Суд правде може да захтева да државни органи идентификују "претежни јавни интерес", у чијем присуству се одбацује захтев за поштовањем легитимних очекивања појединаца.

Сам принцип правне сигурности значи да индивидуе могу да се ослоне на јасно значење прописа који регулишу њихово понашање, те да би били у позицији да могу да предвиде правне последице коју могу услед поштовања или

непоштовања тог правила да проистекну.³⁸Само познавање права обезбеђује функционисање права³⁹, ретроактивност би те шансе само умањила.

У том смислу,публиковање закона има свој практични значај, будући да се тиме оставља адресатима извесно време да

³⁷ Constantine Stephanou: GOOD GOVERNANCE AND ADMINISTRATIVE DISCRETION, доступно на
http://www.unece.org/trade/workshop/OSCE_0304/presentations. Ова концепција потиче из старије немачке правне науке. У радовима Карла Фридриха фон Савињија наилазимо на термин правних експектатива, или правних нада, као ситуација које нису реализоване, али се очекује да ће то бити урађено.

³⁸ CLAUDIO FRANCHINI :EUROPEAN PRINCIPLES GOVERNING NATIONAL ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS , Law & Contemporary Problems, Nr 68, стр.183-195, доступно на
<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp68dwinter2004p183.htm>

³⁹ Љиљана Миланковић-Васовић : ПОзнавање права, Правни информатор, 3/2004.

спрече наступање правне заблуде у погледу дозвољености својих радњи. На овај начин им се даје прилика да се ефикасно сачувају од запрећене законске казне за противправно понашање, а истовремено се спречава стални " живот у страху", тј. да ли ће нека радња накнадно бити оглашена противправном. У питању је посебна процедура и одређен редослед радњи који се мора испоштовати, а потврду за своју оправданост иста црпи из дугогодишње позитивне праксе и услед правилног теоријског утемељења.⁴⁰

Са друге стране, објављивање закона и других општих правних аката, треба поред тога што ће "испунити " акт, у смислу упознавања субјеката са својом садржином и тиме му дати смисао да егзистира у правном поретку, и да постане обавезно за државне органе који га примењују (чиме ће себи прибавити легитимитет) и да им (прописима) тиме да виртуално савршенство.⁴¹

"Човек који егзистира у времену и простору мора веровати у одређени степен сигурности свог правног положаја, па и оног који представља прошлост његовог живота ".⁴² У томе је и *ratio* принципа правне сигурности , " да испречи руке онима који би неке хтели да учине нешто по закону за који се не

⁴⁰ Наведено је тврдио и Слободан Јовановић,(" Држава", Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1936, стр.360-361), а на истим темељима се налазе и многи савремени правници, нпр. Павле Николић " Суноврат Идеје владавине права", Правни живот, бр.1-2/1993.

⁴¹ Мисао *Jean- Franoa Auberta* овде има свој пуни смисао, јер какав респект ће имати други обавезујући субјекти према неком акту ако сами органи који су га донели нису вољни да га поштују. Није ли то онда призивање анархије на мала врата?

⁴² Mailher de Chassat: " Traite de la retroactivite des lois", Paris, 1845, - преузет цитат из : Слободан Перовић: "Ретроактивност закона.....", стр. 49.

зна"⁴³, и да обезбеди сигурност и поверење грађана у систем и државу. Радбрухов став о превласти правде над законом као неисправним правом, посматран у контексту принципа правне сигурности и даљих импликација његове примене, овде има свој пуни смисао⁴⁴.

7.2. Принцип правне сигурности у комунитарном праву

Посматрани као предмет тумачења, комунитарни правни акти су, како Суд правде претпоставља, увек неретроактивни. Чак и ако је ретроактивност јасно изражена, такав акт и његова валидност могу касније бити доведени у сумњу. Принцип правне сигурности управо говори о забрани важења прописа комунитарног права у тренутку пре његовог формалног ступања на снагу.

Садржина принципа правне сигурности зависи од правне културе и правне школе која се њиме бави. Сам термин се често користи у формалном смислу, када представља идеју о предвиђању правних последица. Као један од кључних принципа, не може се једноставно објаснити. Општи правни принципи, па и принцип правне сигурности су често подобни

⁴³ Ibid, str. 141.

⁴⁴ "Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предности и онда када је садржински неправедно и несврсисходно, осим у случају када је позитивни закон у толико неподношљивој мери противуречи правди, да закон, као неисправно право мора одступити пред правдом". Густав Радбрух, наведено дело, стр.288, Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права I, стр.431.

за процес одмеравања и балансирања.⁴⁵ Тако у круговима аналитичке јуриспруденције, концепт правне сигурности има примену у домену доношења судских пресуда. Следи даље фокусирање на процес тумачења и кохерентност аргументације у корист шире примене другог условно вишег концепта владавине права.

Суштина правне сигурности је у томе да сваки грађанин може да очекује правну заштиту у погледу својих активности, како будућих тако и оних које су већ реализоване. Са друге стране, посматрано са аспекта примене права од стране државних органа, значи избегавање арбитрерности у поступку одлучивања (формална сигурност), као и да саме одлуке морају бити одговарајуће ситуацији и правно прихватљиве (субстантивна сигурност). Први аспект се брани обавезом државних органа да се понашају у складу са прописима те да омогуће грађанима планирање својих будућих активности на рационалној основи. Наведено можемо посматрати као нужан услов за континуитет друштва, али и реалну потребу да се елиминише произвољност. Даље, потребно је присуство минимум критеријума једнакости и правде, јер и сама правна сигурност се може посматрати као есенција опште правде⁴⁶.

Треба истаћи да је присутна тенденције критиковања горе изложеног двојног концепта правне сигурности, посебно од стране оних који се залажу за органску одвојеност права од

⁴⁵ Што је базирано на Дворкиновим теоријским поставкама о димензији важности принципа. *Juha Raitio: The Principle of Legal certainty in EC Law, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Academic Publishers, 2003, стр.364-368.*

⁴⁶ Слободан Перовић: Право на толеранцију, део из предавања које је одржано на трибини *Forum iuris* 25. 2. 1999. године у Подгорици, текст доступан на www.informator.co.yu

морала и других садржаја неправне природе.⁴⁷

Принцип правне сигурности треба посматрати и у констелацији са демократијом.⁴⁸ У том контексту, правна сигурност подразумева познавање корпуса демократских правних и друштвених вредности, као и њихово поштовање. Такође, будући да садржински није апсолутан, примена принципа правне сигурности се може комбиновати са принципом легалитета. Закони морају бити познати-објављени, а њихова примена предвидљива-јер *ignorantio iuris nocet*. Адресати норми морају знати, ако одлуче да ступе у неки правни однос, које обавезе ће им бити наметнуте, као и која права могу да остваре.

Даље, прихватљивост права је повезана са његовом валидношћу⁴⁹ Неки аутори⁵⁰ заступају мишљење да постоје системска, фактичка и аксиолошка валидност права и да су све три димензије важне при дефинисању концепта правне извесности. Системска димензија би, ако класификацију пренесемо на терен права, означавала формалне изворе права, фактичка-оперативност права у пракси, на терену, а аксиолошка-прихватљивост права у светлу друштвених и моралних вредности, са посебним утицајем на правни позитивизам, правни реализам и природно правну теорију.⁵¹ Димензија оперативности права би заправо представљала прецедентно право. Из тога следи да би и правна сигурност имала сличне димензије:

⁴⁷ Више о томе: Ханс Келзен: Чиста теорија права, Београд, 2001, стр. 24.

⁴⁸ Juha Raitio: *On Legal Certainty*, *IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, доступно на www.ivr-enc.info

⁴⁹ Ибид.

⁵⁰ У даљем тексту, под овим се подразумевају аутори из Европске Уније.

⁵¹ Ибид.

- 1.формална правна сигурност (предвидљивост права)
- 2.фактичка правна сигурност (стабилност, континуитет)
3. субстантивна правна сигурност(друштвена прихватљивост садржине права)

Принцип правне сигурности може имати и нешто другачије конципиране димензије:

- 1.субстантивна правна сигурност- државни органи заиста поштују стечена права лица и постоји лимит у погледу начина, обима и потребе установљавања ретроактивног дејства.
- 2.Процесуална правна сигурност - поступак доношења одлука, као и саме одлуке су јасни и дефинитивни.
3. легитимна очекивања-извесно је да сходно постојећим правилима, се гарантују нека права и њихово стицање. С тим у вези је и обавеза државних органа да исте испуњавају и поштују у најширем могућем обиму.⁵²

7.3. Принцип правне сигурности у пресудама Европског суда правде

Принцип правне извесности, сам по себи ,има много аспеката примене и тумачења своје садржине. Као најважнији намеће се , како је то Суд правде објаснио у једној својој одлуци *ECR*

⁵² Gio ten Berge, Rob Widdershoven: The principle of legitimate expectation in dutch constitutional and administrative law.

5041(*Ireland vs. Commission, Case 325/85*, из 1987. године)⁵³, да "европско законодавство мора бити познато и његова примена очигледна за све субјекте на које се односи". Исти став је поновљен и у још неким одлукама овог Суда ⁵⁴, чиме је потврђена одлучност Суда да остане на већ познатим позицијама, забране ретроактивног дејства прописа и осигуравања правне сигурности адресата.

У другом случају, *Defrenna vs. Sabena*⁵⁵, уочено је да се "при меном принципа правне извесности не може оправдати ограничавање временских ефеката овог правила", што се може тумачити двојако. Са једне стране, ова констатација дозвољава увођење ретроактивности на мала врата, те су одлуку, са оваквом аргументацијом неки правници практичари назвали "порицањем правде". Са друге стране, иста може послужити као основ за забрану темпоралних закона, управо због временске ограничености њихове примене.

8. Принцип заштите стечених права

8.1. Порекло и значење термина стечена права

Теорија стечених права је била доминантна током XIX века, посебно у немачкој и француској правној теорији. Мада је

⁵³ Извор: Anthony Arnall: "The European Union and Its Court of Justice", Oxford EC Law Library, 1999, стр. 192-194; Јула Ритио, наведено дело

⁵⁴ Нпр. *Commission vs. Italy* из 1989 године. Сегмент италијанског пореског закона није био у складу са VI-ом WAT Директивом; Anthony Arnall, наведено дело; Јула Ритио, наведено дело.

⁵⁵ Anthony Arnall, наведено дело; Јула Ритио, наведено дело.

сам термин “стечених права” био нејасно постављен, његова суштина се може свести на права која су појединци стекли за време важења старог закона, а нови закон битно мења услове за њихово стицање или их и укида. Стечена права су тако схватана и као интереси појединаца који су заштићени законом⁵⁶, као права која су резултат субјективне индивидуалне воље⁵⁷, као већ утврђене ситуације⁵⁸ или као "правна овлашћења стечена на основу ранијих правних аката која се новим актима не могу мењати или одузимати"⁵⁹.

Међутим, држава је од свог постанка на прво место постављала управо постављала општедруштвене интересе, које је путем монопола силе којим располаже штитила *de facto* тренутно владајућу класу и у неким моментима одређени начин производње. Сувереност, тј. правна неограниченост и независност од утицаја других држава у погледу вршења власти на својој територији је битно обележје сваке државе. На овом пољу држава поседује и могућност аутолимитације своје неограничености, и то

⁵⁶ Живојин Перић: « Принцип стечених права и социјализација добара», Архив за правне и друштвене науке, стр. 122 –140. Слично одређење налазимо и код руских теоретичара Градовског, Пахмана и других, сматрајући га « логички заснованим правилом, које делује без изузетака», што је очигледан утицај западноевропске теоријске провенијенције, видети: Капустина М.А.: « Действие законов во времени – Историографический обзор », Правоведение, Москва, № 1 од 01.02. 1996.

⁵⁷ Ferdinand Lassale: “ Gesammelte Reden und Schriften ”, druck von Oscar Brandstetter, Leipzig, 1920.

⁵⁸ Ђорђе Тасић: "Увод у правне науке-енциклопедија права", Едиција класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 246-248.

⁵⁹ Гордана Вукадиновић: Теорија државе и права II, Футура, Нови Сад, 2005, стр.263.

посебно у случајевима када би њена правна неограниченост прерасла у фактичку, те произвела и неке штетне последице.

Средњевековна теорија статута је правила разлику између *Ius quaesitum firmum* и *ius existens in spe non autem firmite quaesitum*⁶⁰, што јесте претеча подела на стечена права и правна очекивања, на којој се и базира сама теорија стечених права.

У XIX веку у правној теорији се јавило мишљење да држава треба да своја дискрециона овлашћења примени управо у случају заштите стечених права појединаца, те да у погледу истих не предузима ништа што би сопственике права оштетило. Захтевано је чак и беспоговорно поштовање и уздржавање од било каквих чињења државе која могу повредити интегритет стечених права јер би иначе био почињен " највећи атентат који закон може да учини"⁶¹, и права субјеката била би подложни сталним, својеволјним променама које држава ,у оквиру вршења дискреције власти ,чини

И поред жестоких критика и недостатака које је претрпела, и свечаних обећања да се њој не треба враћати јер представља само производ једног историјског тренутка, теорија стечених права има своју примену и данас⁶². Само њихова

⁶⁰ Слободан Перовић: "Ретроактивност закона и других општих правних аката- теорија сукоба закона у времену", Светозар Марковић. Београд, 1985., стр.123.

⁶¹ Преузето из : Глигорије Гершић: " Дипломатско и конзуларно право; Теорија о повратној сили закона ", Едиција класици југословенског права , Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 361

⁶² Некки теоретичари сматрају да заштита стечених права представља једно од основних права човека- *Friedrich Julius Stahl*: « *The Doctrine of*

формулација (да је то субјективно право које је засновано општим нормама, односно објективним правом и које ни на који начин не сме бити повређено или укинута) није толико непосредна и индивидуализована, већ се исто изводи из дубљег контекста.

Промене позитивног права увек успостављају другачије услове за стицање или губитак неких овлашћења. Међутим, у једном извесном (прелазном) периоду «навикавања» адресата на новине, остаје као могућност да стичу права по ранијем закону, под условима и на начин како су то чинили раније. Обавеза поштовања стечених права у овом смислу захтев је правичности и поштовања међународно преузетих обавеза. Нпр, Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама⁶³, у члану 57 изричито говори о «јемству стечених права»: «Овом Повељом се не укидају нити мењају права припадника националних мањина стечена прописима који су се примењивали до ступања на снагу ове Повеље, као и права стечена на основу међународних уговора којима је Савезна Република Југославија приступила"(став 2).Сама формулација је јасна и недвосмислено упућује на својеврсну ренесансу теорије стечених права, те само потврђује да иста није била само «успутна станица» у поимању повратне снаге закона(и других општих правних аката), већ да се може успешно примењивати и на другим пољима (примене) права.

8.2. Принцип заштите стечених права у комунитарном праву

Law and the State On The Basis of the Christian Workdview», Common Law Review Resources, 2002.

⁶³ Објављена у «Службеном листу Србије и Црне Горе», број 6 од 28. фебруара 2003.године.

Принцип заштите стечених права има дугу традицију у Западној Европи. Да би се наведено могло спроводити, потребно је обезбедити правну сигурност - стабилност правног система и предвидљивост истог. Свако лице, које претендује да буде учесник у правним односима, мора познавати своју потенцијалну правну позицију, коју не треба да мења било која каснија промена унутар система. Исто је широко постављено и у погледу правних очекивања, која су настала на основу постојећег права.

Комунитарно право је постављено као неретроактивно право. У супротном, потреба за ретроактивним дејством неког комунитарног прописа у целини или делимично мора бити изричито наглашена и оправдана, у циљу пружања заштите раније стеченим и реализованим правима. Или чак и правима чија је реализација започета, али није довршена за време важења претходног прописа. Законодавац увек тако нешто мора да оправда посебним јавним интересом. Даље, у случају да јасних одредаба о могућој ретроактивности нема, сматра се да се пропис има примењивати *pro futuro*.⁶⁴

Принцип поштовања стечених права (као и легитимних очекивања) је прихваћен као један од основних принципа комунитарног права и у другим правним актима, изван активности Суда правде.⁶⁵ У неким од њих се децидирано истиче да се обезбеђује заштита права која су стечена у

⁶⁴ K.P.E. Lasok, D.Lasok, наведено дело, стр.189.

⁶⁵ "Whereas respect of acquired rights and legitimate expectations is part of the Community legal order", део преамбуле Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights. У чл. 10 ове Директиве посебно је истакнута потреба заштите стечених индивидуалних права.

периоду пре ступања новог правног акта на снагу⁶⁶ без обзира на њихову природу, или је тежиште постављено на заштиту стечених права одређене категорије лица, нпр. запослених, приликом сваке промене у њиховом статусу⁶⁷.

9. Легитимна очекивања и њихова заштита у оквиру комунитарног права

Током 18 века, на поставкама Бенताмовог утилитаризма, развијена је и посебна теорија поуздања у законе, односно теорија правне сигурности. Основни постулат је да "закон не сме да буде у супротности са очекивањима оних којима је намењен"⁶⁸. Тако да и сам термин легитимних очекивања можемо двојако тумачити: као ситуације које нису регулисане правом, али јавност очекује да се то учини јер је целисходније и одговара духу целог система и друштва; и као ситуације које јесу регулисане позитивним правом, њиховој реализацији се још није приступило, али се очекује приликом ступања у одређене односе, понашање других адресата (било других лица или државних органа) како је већ раније прописано.

Сам концепт правних или легитимних очекивања ствара проблеме на два различита нивоа. Као прво, исто је често истакнуто као основ одбране против одлуке да било који

⁶⁶ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

⁶⁷ Нпр. *Acquired Rights Directive* из 1979. године.

⁶⁸ Цитат према Владимир Водинелић: "Интертемпорално грађанско право о повратном дејству грађанскоправних норми", *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1-3/ 1991, стр. 66-75.

општи правни акт добије ретроактивну снагу⁶⁹. Са друге стране, могуће су и ситуације у којима позивом на правна очекивања и принцип њихове заштите, аргументује као корисно и добро установљавање одложеног дејства неког општег правног акта, уместо тренутно након истека *vacatio legis-a*.

Ако се основ за стицање, као општи, налази у закону за сва лица или само за неку категорију, тада се у погледу њих може примењивати нови закон, иако су настала за време режима старог закона. Наведена права представљају "очекивања", која су подложна ретроактивности из разлога што објект поводом кога ће она настати још није настао.

Ипак, Суд правде је развио правило у смислу поштовања и развоја принципа правне сигурности уопште и принципа заштите легитимних очекивања (лексички и садржински одговара још Савињијевим правним експективама). Принцип заштите и легитимних очекивања је прихваћен као један од основних принципа комунитарног правног система⁷⁰, који се објашњава као обавеза заштите оних правних ситуација које нису реализоване, али би начин њихове реализације био битно промењен услед промене правних аката који то регулишу, или би њихова реализација у потпуности била онемогућена.⁷¹

⁶⁹ Даља аргументација нас наводи на појам природне правде, корпус људских права и потребу њихове заштите, као и на основну идеју о једнакости, тј. недискриминацији адресата по било ком основу. *Jan Erik Lane*, наведено дело.

⁷⁰ Видети нпр. *Decision of the European Ombudsman on complaint OI/5/2004/MHZ against the European Personnel Selection Office*, доступно на <http://www.euro-ombudsman.eu.int/>

⁷¹ Dominik Hanf :Review of K.-A. Schwarz, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des*

До промена позитивног права(у овом контексту-позитивног комунитарног права) често долази из разлога фактичке природе, услед промене приступа законодавца или других органа Уније питању које се решава наведеним актом. Тако, демографске промене нужно доводе до промене у пензионем систему, али и промене у *case-law* активностима Суда правде могу довести до промена у перцепцији и примени већ постојећих правила .Такве промене не би требале да утичу на одређене правне позиције појединаца, јер се њихов интерес да задрже одређене позиције у неком временском периоду сматра прерогативом демократских држава базираних на владавини права.

Неки аутори су склони да принцип заштите легитимних очекивања посматрају као постављање границе државној власти⁷² . У том смислу се поставља питање одређивања услова за примену овог принципа. Неки правни системи унутар Уније, посебно немачки⁷³, веома широко интерпретирају овај принцип, насупрот праксе Суда правде, који то чини рестриктивније, како у погледу правила комунитарног права, тако и у погледу права држава чланица, када саме примењују сопствено право.

Треба напоменути да постојање принципа поштовања легитимних очекивања не конституише и апсолутно право на реализацију истог. Разлози за то могу бити различити:

Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit Vol. 87, Nomos, Baden-Baden 2002, објављено у German Law Journal No. 11 (01 November 2002) - Legal Culture., доступно на <http://www.germanlawjournal.com>

⁷² Dominik Hanf, наведено дело.

⁷³ Немачки судови приступају овој проблематици прилично догматски, Dominik Hanf, наведено дело.

идентификовање општег друштвеног интереса као претежног интереса, у ком случају овај принцип будући да промовише заштиту појединачних права, може бити искључен из примене; можда то захтевају разлози правичности или други разлози практичне природе. Ако се ипак остане на становишту примене овог принципа могуће је извршити поређење садржине правне експектативе са штетом која је настала услед неостварења исте, што је веома јасно предочено у одлуци суда *August Töpfer & Co. GmbH vs. Commission*⁷⁴.

10. Закључне напомене

База података-судских пресуда које су донели Суд прве инстанце као и Суд правде, је забележила употребу принципа правне сигурности током 1997. године 700 пута, а током наредне 1998. године, чак 900 пута⁷⁵. Са позивом на принцип заштите стечених права донето је у истом периоду нешто мање од 200 пресуда, а поштовање легитимних очекивања је било основ за доношење 300 пресуда. Наведени подаци се могу поставити као презумпција значаја, који придају овим принципима, не само ови органи, већ и сама Унија.

Значај општих правних принципа као избора комунитарног права се огледа у два аспекта. Као правна правила, постављају значајна ограничења при стварању политике Уније у било којој области, а посебно овлашћења њених органа. Са друге стране, ако се принципи посматрају као правила проистекла из судске активности (*judge-made-law*), они еминентно указују на креативну функцију суда, и што је

⁷⁴ Anthony Arnall, наведено дело, стр.219.

⁷⁵ ПОдаци доступни на www.eu.int.

још важније, указују на "његов допринос развоју Уније од супранационалне организације до уставног поретка држава чланица".⁷⁶

Захтев за правном сигурношћу и извесношћу протеже се и изван домена заштите стечених права, иако се његова активност на наведеном плану управо сматра најзначајнијом. Стечена права су посматрана као права која и сам законодавац може одузети "кад год то буде потребно и корисно по друштво и кад год је то правично".⁷⁷ Стога, законодавца(националног или супранационалног) ово начело везује једино ако је конципирано као једно од највиших уставних начела. Са друге стране, судија исто начело мора прихватити као интерпретативно и стога обавезујуће приликом одлучивања у појединачним случајевима.

Принцип правне сигурности је тако постао вредност савременог цивилног друштва, услов који својим постојањем успоставља и реализује концепт правне државе саме по себи. Заштита стечених права и правних очекивања, проистичу из правне сигурности као логична последица, а њихова заступљеност у правној пракси Уније говори о својеврсној ренесанси, те и брисању оштрих линија које су постојале између њих.

⁷⁶ Takis Tridimas, наведено дело, стр. 7.

⁷⁷ Ibid, str. 246.



HISTORICAL ASPECTS OF *NE BIS IN IDEM*

by DR MACIEJ ROGALSKI

1. The notion of legal validity appeared for the first time during the period of the Hammurabi State, which dates back to more than 1750 BC. In the Hammurabi Code, and in numerous law proceeding documents that have been reserved on clay tablets, it is recorded that a judge who overruled a judgment recorded on a sealed tablet would suffer the penalty of being removed from the judicial office, as well as a fine of the twelve-fold value of the claim.¹

The principle of *ne bis in idem* was not entirely unknown to the Greeks and Romans, although in a very different legal environment to our own one, and as long as 355 BC Demosthenes stated that “the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue”.²

In Roman times, Ulpian maintained that a final court judgment should not be changed (*res judicata pro veritate accipitur*). Roman lawyers believed that a judgment to serve the aim of the trial had to constitute law in that specific case.³ In this respect, both sentences and acquittals became valid in law. During the period of the Republic, there were no court instances, so each judgment carried immediate legal validity.⁴ Once instances were introduced, before a judgment could become valid in law, all

¹ P. Waltoś: *Proces karny. Zarys systemu*, Warsaw 2002, p 75.

² P.A. McDermott: *Res Judicata and Double Jeopardy*, Butterworths 1999, p. 199-200.

³ Z. Resich: *Res judicata*, Warsaw 1978, p 7.

⁴ W. Kufel: *Res judicata. Przegląd zapatrywań na istotę powagi rzeczy osądzonej w procesie cywilnym*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1964, No. 1, p 49.

instances had to have been used up. During the same period, the principle of *non bis in idem* was also observed⁵, and it was expressed in other Latin proverbs: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, *nemo debet bis puniri pro uno delicto*,⁶ or *ne bis in idem crimen iudicetur* that was formulated by Joannes Teutonium.⁷

The principle of legal validity was not applicable only to few cases. They were common offences where in principle any citizen, after fulfilling specific requirements, could appear as a prosecutor.⁸ In such a situation, the state did not designate a prosecutor. In cases where, for some reason, the victim of an offence did not take part in the proceedings, he/she could later bring once again accusations against the acquitted defendant, on condition that he/she was able to present supporting evidence. The principle of legal validity could also be reversed at the emperor's initiative through an order to reopen the hearings that could also be given for the benefit of the accused (*restitutio damnatorum*). In a later period, this institution was transformed into an extraordinary legal remedy applied only for the benefit of the accused.⁹

2. The principle of the legal validity of judgments in criminal cases was considered as a principle in both canon law and older

⁵ Cf. Jołowicz: *Roman Foundations of Modern Law*, 1957, pp 87, and 94-100.

⁶ R. Kmiecik: *Prawomocność postanowień prokuratora w świetle k.p.k. z 1997 r.* [in] *Nowy Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1998, p 193.

⁷ M. Lipczyńska: *Polski proces karny. Zagadnienia ogólne*, vol. I, Warsaw 1986, p 53; P. Waltoś: *Proces karny...*, p 63.

⁸ G. Dulckeit, F. Schwartz, W. Waldstein: *Römische Rechtsgeschichte*, Munich 1989, p 67.

⁹ U. Dithmar: *Der Grundsatz "ne bis in idem" und das fortgesetzte Delikt*, Berlin 1993, pp 5-6.

German legislation. This was mentioned by Gratian who, based on the Old Testament, used the phrase of *non iudicabit Deus bis in id ipsum*.¹⁰ The principle of *ne bis in idem* appeared in the Saxon Mirror. Emperor Charles V's criminal legislation of 1532 (*Constitutio Criminalis Carolina*) contained no provisions covering the legal validity of sentences. In trials during the Inquisition the principle of *ne bis in idem* was abolished completely. In 16th Century in continental Europe, the principle of *ne bis in idem* was replaced by the institution of "release from the court of first instance" (*absolutio ab instantia*) prepared by Milan lawyers. This meant that where there was insufficient evidence to pass a judgment, the trial was suspended, although reopening of proceedings was possible based on new evidence.¹¹ In Germany the institution of *absolutio ab instantia* was introduced in 1635, and by the end of the 18th century, the practice became a general court practice. In 1751, the validity of "release from the court of first instance" was confirmed in the *Codex Juris Bavarici Criminalis*. In line with the binding concept of *absolutio ab instantia*, reopening of final proceedings was dependent on new circumstances becoming known.¹²

By the end of the 18th Century, the French Revolution restituted the principle of *ne bis in idem*.¹³ The first regulations in French law (The Constitution of September 1791, Chapter V and Art.9 of the Criminal Procedure Code of 1808) limited the principle to prohibiting punishing and prosecuting once again after previous acquittal.¹⁴

¹⁰ F. C. Schroeder: *Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“*, Juristische Schulung 1997, No. 3, p 228.

¹¹ G. Schwarplies: *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes "ne bis in idem" im Strafprozess*, Zürich 1970, p 27.

¹² U. Dithmar: *op. cit.*, p 6.

¹³ Barbey: *La Règle Non Bis in Idem*, 1930, p 23.

¹⁴ F. C. Schroeder: *op. cit.*, p 228.

In Germany during the Enlightenment, the individual was granted new rights in criminal proceedings. The principles of openness, oral examination, and adversarial trial system were applied.¹⁵ The framework for the modern criminal trial was established by the Frankfurt Constitution of 1849, which amongst other things significantly limited the possibility for a retrial of the same case and against the same person, thereby increasing the importance of the institution of legal validity. However, in the German Reich's Criminal Procedure of 1 February 1877, no provisions referred directly to the institution of legal validity. Nevertheless, the principle of *ne bis in idem* was accepted, and it has been generally accepted in Reich Court judgments since then.¹⁶

3. In the Anglo-Saxon legal theory the prohibition of *ne bis in idem* is described by a "rule against double jeopardy". This prohibition is as old as the common law itself. In the 12th-century England, during the controversy between Henry II and Archbishop Thomas Becket over Church independence, this principle was exploited in the defense of the independence of ecclesiastical courts: at that time, an official accused of murder was tried by an ecclesiastical court. In order to exclude the jurisdiction of the Royal court, the principle of *ne bis in idipsum* - "no one may be punished twice for the same offence" - then in force in ecclesiastical courts, was invoked.¹⁷

In this jurisdiction an interesting reference to double jeopardy and the 1798 rebellion is to be found in the history book.¹⁸ In 1798, the rebel leader Theobald Wolfe Tone was tried before a

¹⁵ T. Maciejewski: *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warsaw 2000, pp 838-840.

¹⁶ U. Dithmar: *op. cit.*, p 7.

¹⁷ M. L. Friedland: *Double Jeopardy*, Oxford 1969, p 5.

¹⁸ McDowell: *Ireland In The Age of Imperialism and Revolution, 1760-1801*, Oxford 1979, p 663.

court martial in Dublin and sentenced to be hanged. On the day chosen for the execution the most skilful and eminent barrister of the day, John Philpot Curran, applied for a writ of *habeas corpus* on the basis that Wolfe Tone was not a member of His Majesty's army and so should not have been tried by the court martial. The rumour was that if the writ of habeas corpus were granted, Curran was going to argue that since Tone had already appeared before a court martial, to bring him to trial before a civil court would place him in double jeopardy. The writ of habeas corpus was granted, but before it could be implemented Wolfe Tone had already committed suicide. Thus what would no doubt have become a celebrated double jeopardy case never came to pass.¹⁹

4. The principle of *ne bis in idem* assumed a particular significance during periods of totalitarian regimes. During the period of National Socialism in Germany, the principle of legal validity was repeatedly infringed, as was the prohibition of *ne bis in idem*. In 1938, the National Tribunal (*Volksgerichtshof*) undermined the binding force of legal validity and *ne bis in idem*: it was decided that these principles would not apply in cases where their application would lead to a "conflict with the interests of the state and nation".

On 16 September 1939, a new law came into force in Germany regulating proceedings in respect of judgments where there was a "justified suspicion that they were incorrect". The proceedings concerned those judgments that the special senate *Reichsgerichts* decided to reexamine. Later on, the notion of what was called "petition for nullification of judgment" was established, whereby a judgment could be nullified, for example where "it was unjust as a result of the erroneous application of law."²⁰

¹⁹ P.A. McDermott: *op. cit.*, p. 200-201.

²⁰ U. Dithmar: *op. cit.*, p 8.

After the fall of the Nazi government in 1945, the principle of *ne bis in idem* was introduced into the legal systems of most Länder of the Federal Republic of Germany, usually in the following wording: "no one should be twice judged or punished for the same act".²¹ The 1949 German Constitution of the FRG provides in Art. 103 par. 3 the principle of *ne bis in idem*, declaring it as the basic principle of law. The Federal Constitutional Tribunal (*Bundesverfassungsgericht*) indicated that the prohibition of double punishment contained in Art. 103 par. 3 of the Constitutional Law, as based on the rules of procedure, and constituted a norm of constitutional law: laws and other legal regulations must conform to this principle.²² It is assumed that Art. 103 par. 3 not only contains a prohibition against multiple punishments but it also includes a prohibition against retrial of the same matter and against the same person.²³

Dictatorships and totalitarian governments frequently compel to unjust acquittals of their officials or co-workers who have committed punishable acts. This problem was particularly apparent after the fall of the National Socialist regime in Germany. Because of this experience, the laws of German Länder provided for the possibility of reopening proceedings to the detriment of an acquitted person. This provision was partly approved by the Supreme Court of the Federal Republic of Germany. In the Unification Agreement with the German Democratic Republic, it was clearly stated that legally valid decisions of courts of the GDR would remain unchanged. However, this did not apply to rehabilitation proceedings whose

²¹ W. Wegener: *Die neuen deutschen Verfassungen*, Essen 1947, pp 76, 101, 148.

²² U. Dithmar: *op. cit.*, pp 8-10.

²³ C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, München 1993, p. 355; E. Schlüchter: *Von der Unabhängigkeitsthese zu materiell-rechtlich begrenzter Tatidentität beim Dauerdelikt*, Juristenzeitung 1991, No. 12, p 1058.

purpose was to quash judgments to the benefit of sentenced persons (art. 17). In most cases totalitarian systems do not have to compel to acquittal of their officials or supporters, as they simply do not prosecute them for their punishable acts. In such situations the principle of *ne bis in idem* could not be applied. It is noteworthy that the legality of actions by the organs of a totalitarian state could not be questioned officially. An example of this would be the decision of the GDR's State Council, headed by Erich Honecker, regarding shootings by GDR's border guards at defectors trying to cross the internal German border.²⁴

5. Legal validity is a characteristic of both civil and criminal judgments. In German legal literature, legal validity in its material sense is linked foremost with judicial decisions in civil proceedings.²⁵ As regards legal validity of civil judgments, two theories emerged that were to clarify the essence of such judgments: substantive law theory and procedural law theory. According to the substantive law theory, the essence of legal validity lies in the impact of a judgment on the legal relationship that is the subject matter of the proceedings. Legal validity of judgments consolidates the state that has existed outside proceedings and creates for it a new legal basis.²⁶ In situations where the judgment does not conform to the objective truth and/or legal norm, the truth and the law, it is legal validity what the judgment establishes. The judgment possessing validity in law (*res iudicata*) is a certain legal fiction. According to this theory,

²⁴ F. C. Schroeder: *op. cit.*, p 230; J. Haber shows, on the example of a fascist state, the results of breaking the principle of *ne bis in idem* to the detriment of citizens, in instances where this was not dictated by the interest of the correct enforcement of law, but only by direct political factorp. Cf. J. Haber: *Istota prawomocności w prawie procesowym karnym*, Zeszyty Prawnicze Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk 1960, No. 1, p 133 et seq..

²⁵ Cf. N. Wischermann: *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Berlin 1979, p 30.

²⁶ Z. Resich: *op. cit.*, pp 7-8.

the parties are legally bound by the judgment and the subsequent judge who examines a case that has already been decided must adjudicate in the same way as the original judge, as the subsequent judge is dealing with a legal situation that has already been shaped by the previous decision. The main proponents of this theory are K. Savigny²⁷, J. Kohler²⁸, A. Wach²⁹, and J. Unger.³⁰

Lawsuit theory has emerged in two forms: positive and negative lawsuit theory. According to the positive lawsuit theory, the legal validity of a judgment has consequences only in the sphere of procedure rules. Substantive legal validity is a result that emerges when the decided matter of a dispute requires re-examination by the bench. This is not, however, tantamount to a ban on the re-examination of the same case. Legal validity is not an impediment to proceedings: it simply constitutes an impediment to a new decision that would be contrary to the original decision.³¹ In contrast, according to the negative lawsuit theory, or the one-time theory (*ne bis in idem*), legal validity is a negative prerequisite to court proceedings. In civil procedure where a disputed matter has already been adjudicated, the statement of claim must be dismissed when it is re-lodged.³²

²⁷ K. Savigny: *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1847, vol. VI, p 259.

²⁸ J. Kohler: *Der Prozess des Rechtsverhältnis*, 1888, p 1 et seq..

²⁹ A. Wach: *Vorträge über die ZPO*, 1896, p 1 et seq..

³⁰ J. Unger: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien 1868, p 1 et seq..

³¹ F. Stein: *Die Zivilprozessordnung für d.d. Reich*, 1928, vol. I, p 80 et seq.; K. Hellwig: *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig 1901, p 7 et seq..

³² W. Kufel: *op. cit.*, p 53-54; Z. Resich: *op. cit.*, p 8-9. For opinions about the nature of the legal validity of judgments in the world literature see more extensively in: Z. Resich: *op. cit.*, pp 9-12, and 19-21.

6. The issues of legal validity and *rei judicatae* appear differently in civil and criminal proceedings. As early as in 1861, S. Budziński pointed out to the necessity of accepting different effects for *rei judicatae* in civil and criminal proceedings. He showed that “in contrast with civil proceedings, where social order and the need to end the uncertainty of citizens justify the necessity of an irrevocable ban on reopening of already decided disputes that are final, a criminal trial has as its task detection of faultless truth, proving the guilt or innocence of the accused, who sometimes tries to cover up any traces of his/her punishable act”.³³

In civil procedure, according to Art. 366 of the Polish Code of Civil Procedure, a judgment possesses validity in law only in relation to the ground of the claim that has constituted the subject matter of the decided claim, and only between the parties to that particular dispute. The question of the nature of the judgment possessing validity in law in civil proceedings is disputable in the legal doctrine. The prevalent view is that “it should be examined as a result of a legally valid judgment, through the angle of legal validity and effectiveness”. Judgments possessing validity in law appear in subjective and objective contexts. The object limits of judgments possessing validity in law are determined by the object of the court decision and the factual basis for that judgment, which may differ from the claim demands and its factual basis. The subject limits of judgment possessing validity in law relate to the parties to the proceedings. Judgments possess validity in law only between the parties.³⁴ In civil proceedings, it is possible to split the material claim; a suit may be instituted for part of the material claim without forfeiting

³³ P. Budziński: *O powadze rzeczy osądzonej w procesie cywilnym i kryminalnym oraz o wzajemnym wpływie na siebie*, Petersburg 1861, p 72.

³⁴ T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska: *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, Warsaw 1997, pp 519-521 and the quoted bibliography; also cf. Z. Resich: *op. cit.*, 35 et seq..

the possibility of pursuing the rest of the claim in another lawsuit.³⁵ The judgment possessing validity in law does not cover the whole of the material claim if, as a result of the contents of the claim, the scope of the judgment has been limited to only part of the material claim³⁶.

In contrast, in criminal proceedings the principle of the indivisibility of subject matter (i.e. indivisibility of a substantive criminal claim) is applicable. Criminal proceedings deal with a specific event, which must be entirely exhausted, both in their factual and legal contexts, in a judgment concluding proceedings. The prosecutor cannot limit the indictment to certain parts or portions of the act; the court always examines the whole case.³⁷

7. The prohibition of *ne bis in idem* has been accepted in all modern European trial legislation and it is even contained in the constitutional provisions of some countries, such as the Federal Republic of Germany (Art. 103 par. 3 of the German Constitution).³⁸ The principle of *ne bis in idem* is also provided in the Russian Criminal Code, in force since 1 January 1997, replacing the Criminal Code of 1960. According to Art. 6 par. 2 of the Russian Criminal Code: "no one may be responsible twice for one and the same punishable act." In the Russian criminal law the principle of *ne bis in idem* is regulated in the Criminal Code,

35 Cf. J. Haber: *Prawomocność orzeczenia a jego motywy w prawie procesowym karnym*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1961, No. 4, p 51.

36 W. Siedlecki: *Zasady wyrokowania w procesie cywilnym*, 1957, pp 89-90.

37 J. Haber: *Prawomocność orzeczenia...*, p. 52; J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, P. Kalinowski, K. Kempisty, M. Siewierski: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warsaw 1971, p 54.

38 B. Nita: *Trybunał Konstytucyjny a proces karny*, Kraków 1999, p 70; also cf. P. Waltoś: *Konstytucja a proces karny in Konstytucyjne podstawy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, Warsaw 1989, pp 76-88; C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, München 1997, pp 11-12; F. C. Schroeder: *op. cit.*, p 227.

although it seems that due to the character of this principle, it should be regulated by the Code of Criminal Procedure instead. This is not, however, so obvious. For example, provisions on limitations of offences, although constituting an impediment to proceedings, are traditionally found under criminal code provisions. The fundamental division of subject matter of legal provisions between the criminal code and the code of criminal procedure should lead to the situation that legal institutions are matched to their proper place according to the generally accepted classification.³⁹

8. The International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966 contains the principle of *ne bis in idem*. Art. 14 par. 7 that provides: “No one shall be persecuted or punished again for an offence for which he/she has already been finally sentenced or acquitted in accordance with the law and criminal procedure of a given country”.⁴⁰

This principle can also be found in the 1984 Seventh Protocol to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which provides in Art. 4 par. 1: “No one shall be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he/she has already been finally sentenced or acquitted in accordance with the law and criminal procedure of that State”.⁴¹ Thus formulated prohibition of *ne bis in idem* does not stand as an impediment to the reopening of proceedings under the law and criminal procedure of a given country where new facts emerge or if a significant error was made in the previous proceedings that could have influenced the results of the case (Art. 4 par. 2). In the

³⁹ F. C. Schroeder: *op. cit.*, p 227.

⁴⁰ Polish Journal of Law, 1977, No. 38, item 167. Cf. J. Tylman: *Postępowanie karne. Zbiór przepisów, orzecznictwo i literatura*, Bydgoszcz-Łódź 2002, p 30.

⁴¹ Polish Journal of Law, 2003, No. 42, item 364.

European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the principle of *ne bis in idem* cannot be derogated, meaning that states may not temporarily suspend its binding status even in extraordinary circumstances (“war or other state of public danger endangering the life of the nation”), as it is meant by Art. 15 of the Convention.⁴² This prohibition prevents citizens from feeling insecure, and the public order from instability of judicial decisions.⁴³

9. The *ne bis in idem* principle is a guarantee for the accused that he/she will not be held responsible for an act for which he/she has already been tried. This constitutes a fundamental right of the perpetrator of the punishable act, who can demand that proceedings are not commenced, or discontinued if already instituted, if criminal proceedings against him in the same case have already been validly terminated.

Hence, the prohibition against repeated proceedings in the same case has priority over the principle of justice. This may sometimes be difficult to accept for reasons of the “social concept of justice”. Thus, one should note that because of the “historical experience” of very frequent infringement of law by the institutions and offices of National Socialism, the German Parliamentary Council amended the current Constitution with Art. 103 par. 3, containing a prohibition against multiple punishments. The bad experiences in this respect did not, concern the infringement of the

⁴² Cf. B. Gronowska: *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: Gradinger przeciwko Austrii z dnia 23 października 1995 r., Ref. No. 33/1994/480/562 oraz Oliveira przeciwko Szwajcarii z dnia 30 czerwca 1998 r., Ref. No. 84/1997/868/1080*, Prokuratura i Prawo 1999, No. 11-12, p 150; F. C. Schroeder: *op. cit.*, p 230.

⁴³ R. Kmiecik, E. Skrętowicz: *Proces karny. Część ogólna*, Kraków-Lublin 1999, pp. 205-206; R. Kmiecik: *Prawomocność postanowień prokuratora w świetle k.p.k. z 1997 r. [in:] Nowy Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1998, p 193.

prohibition against multiple punishments; they were connected rather with the fact that based on extraordinary complaints and motions for annulment of sentences that were supposedly not severe enough, so they were set aside and replaced by higher penalties. Thus, these were not cases of double punishment but simply of multiple prosecution.⁴⁴

The German doctrine created the legal notion of substantive justice and legal certainty, which are basic elements in a state governed by law. Substantive justice means the authorization and duty of the state to punish the perpetrator of an act, proportionally to the degree of his/her guilt and nature of the offence. The notion of legal certainty means that the perpetrator of an act who has been judged by the state apparatus once cannot again be tried for the same act in the same case. The state, in instituting and conducting proceedings against a specific person, exhausts its right to judge the perpetrator. In the German doctrine, it is generally accepted that the principle of legal certainty has priority over the principle of substantive justice.⁴⁵

Legal certainty should be ensured equally for the society in general and for the individual. Society should have confidence in the legal order in force in a given state. This confidence is built on, for instance, the conviction that court decisions cannot be changed. The principle of legal certainty also contains a disciplinary context for state organs in their conduct of proceedings. These bodies must conduct proceedings very carefully, as later they will not have the opportunity to reopen proceedings and correct any errors committed. They will be restricted by the principle of *ne bis in idem*. The principle of legal

⁴⁴ F. C. Schroeder: *op. cit.*, p 228.

⁴⁵ E. Schmidt: *Strafprozess und Rechtsstaat, Strafprozessrechtliche Aufsätze und Vorträge (1952 bis 1969)*, Göttingen 1970, p 273; H. J. Behrendt: *Der Tatbegriff im materiellen und formellen Steuerrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1982, No. 94, p 888; U. Dithmar: *op. cit.*, pp 11-12.

certainty is exceptionally important for citizens. No citizen whose case has been terminated with a legally valid judgment has to fear that proceedings will be reinstituted against him/her in that case. This is an expression of the protection of the individual's dignity and freedom. He/she is thus protected against possible abuse by state authority.⁴⁶

⁴⁶ E. Beling: *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, Berlin-Lepzig 1928; M. Faber: *Strafklageverbrauch und fortgesetzte Handlung*, Munich 1966, p 29; W. Stree: *Teilrechtskraft und fortgesetzte Tat* [in:] *Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag*, Frankfurt am Main 1969, p 676; R. Neuhaus: *Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff – „ne bis in idem“*, Bochum 1985, p 165; U. Dithmar: *op. cit.*, pp 12-14.



LA NOTION DE JURIDICTION EN DROIT EUROPEEN

par ANAMARIA BUCUREANU¹

Si "le pouvoir corrompt et le pouvoir absolu corrompt absolument"², la meilleure protection des droits de l'homme s'obtient en la confiant aux institutions et non pas aux personnes. En raison de "l'inclination naturelle de l'individu de thésauriser le pouvoir", "(...) les droits de l'homme sont protégés de manière optimale si les institutions sont organisées de telle sorte que les détenteurs du pouvoir se contrôlent mutuellement, afin de réduire au minimum les conséquences de cette fatale imperfection des hommes"³.

Dans l'Etat de droit, la protection des droits de l'homme résulte d'une bonne administration de la justice. "L'expérience montre que cette institution, même si elle est occupée par des hommes médiocres, est la moins susceptible de se laisser dominer par des intérêts touchant au pouvoir, parce que de tels intérêts sont étrangers tant à l'institution qu'à sa procédure"⁴.

¹ Assistante à la Faculté de droit Nicolae Titulescu de Craiova, Roumanie;

² Lord Acton pour Mandell Creighton, Cannes, 5 avril 1887, Correspondance Acton-Creighton, in Lord Acton, *Essays in the study and Writings of History. selected Writings*, vol. II, ed. J., Rufus Fears [Indianapolis, Liberty Classics, 1985], p 383, cite in Lord Acton, *De la liberté*, Institutul European, 2000, p 5;

³ Thomas Fleiner, Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme in *Mélanges offerts à Michel Fromont*, Presses univervitaires de strasbourg, p 238, 2001;

⁴ Thomas Fleiner, op. cit., p239; Force est de constater que la juridictionnalisation de la société s'accompagne d'une augmentation d'un sentiment dangereux pour la démocratie, celui de non confiance en juge et en justice. Les causes de ce sentiment sont déterminées par les carences institutionnelles, ainsi que par les lacunes professionnelles et morales de juges.

Les droits processuels sont effectivement appliqués par des institutions que le droit européen des droits de l'homme qualifie de tribunal⁵, de pouvoir judiciaire⁶, d'autorité judiciaire⁷, de juridiction⁸, de juge⁹, de magistrat habilités à exercer la fonction judiciaire¹⁰. Le tribunal est donc l'institution qui rend une décision en respectant les règles d'un procès équitable aux litiges quelle que soit la nature du droit en cause. La notion de procès équitable se caractérise d'abord par son indépendance par rapport aux qualifications issues des droits internes. Aussi, «le procès équitable est devenu l'instrument privilégié d'"érosion" de l'autonomie des Etats»¹¹. L'érosion s'est manifestée par le bouleversement des frontières internes entre les autorités judiciaires et les autorités administratives dans les systèmes qui connaissent cette dualité, et, en général, par l'extension des exigences du procès équitable à toutes les autorités qui tranchent des contestations en matière civile¹² ou des accusations en matière pénale¹³, autrement dit, qui jugent, quelque soit leur

⁵ CESDH-art. 5. 1, lit. a, b, art. 5.4., art. 6.1., etc;

⁶ CESDH- art. 10.2;

⁷ CESDH- art. 5.1;

⁸ Prot. nr. 7, art. 2.2, art. 4.1. CESDH;

⁹ CESDH -art. 5.3;

¹⁰ CESDH -art. 5.3;

¹¹ Jean-François Flauss, Les nouvelles frontières du procès équitable, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg, p. 81;

¹² La matière civile a été initialement déterminée en droit conventionnel par la méthode de la mise en balance des éléments de droit public et les éléments de droit privé d'une affaire. Si les éléments de droit privé dominaient, l'affaire relevait de la matière civile. Ultérieurement, la Cour a élaboré un autre critère, celui du caractère patrimonial de l'affaire, critère en vertu duquel sont intégrés au contentieux civil toutes les affaires susceptibles d'affecter directement ou indirectement les droits pécuniaires des intéressés.

¹³ Pour décider si une affaire relève de la matière pénale, le juge européen des

qualification interne.

L'essence du phénomène s'est exprimée par la juridictionnalisation des espaces extrajudiciaires, juridictionnalisation déclenchée par la politique européenne de protection effective et concrète des droits de l'homme¹⁴. Cette jurisprudence européenne a permis non seulement "d'harmoniser le régime de l'ensemble des pays membres de la Convention EDH, mais surtout de rendre effective la Convention. Ce dernier objectif est imminent. La Convention EDH ne doit pas être subordonnée à la volonté arbitraire des Etats membres"¹⁵.

La CESDH¹⁶ définit le tribunal comme l'organe établi par la loi, indépendant et impartial qui, suivant une procédure judiciaire, doit trancher définitivement le fond des affaires relevant de sa compétence, grâce à un pouvoir de pleine juridiction dont il réjouit par le statut¹⁷. Tous ces critères, "inspirés d'une perspective téléologique en plan méthodologique et du principe

droits de l'homme a développé trois critères: la qualification interne des faits, critère pourtant peu significatif, la nature des faits et notamment le degré de sévérité et la nature de la sanction courue par la personne (CEDH, Engel et autres c/Pays-Bas, 8.06.1976, A/22, 81);

¹⁴ A l'occasion de nombreuses affaires, la Cour a souligné sa volonté d'offrir une protection effective et concrète et non pas théorique et illusoire (Airey c/Irlande (1979), Artico c/Italie (1980), etc).

¹⁵ Sonia Benhadjyhaia, La nature juridictionnelle des autorités de régulation, p 2510;

¹⁶ CEDH, Belilos c/Suisse, 30 novembre 1987, série A, nr. 127, Sramek c/Autriche, 22 octobre 1984, série A, nr. 84, Campbell et Fell c/Royaume Uni, 28 juin 1984, série A, nr. 84, etc;

¹⁷ Franz Mather, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert Schuman, Strasbourg, p 29-47 ;

de la prééminence du droit"¹⁸, constituent des critères autonomes, propres au contentieux européen. En doctrine¹⁹, trois types de critères participent à la construction de la notion de tribunal l'un fonctionnel (1), l'autre institutionnel (2) et le dernier procédural (3).

1. Les critères fonctionnels

La première exigence qu'un tribunal doit remplir concerne sa fonction juridictionnelle. Celle-ci signifie la capacité du tribunal de décider définitivement du fonds des affaires, conformément aux normes de droit et à l'issue d'une procédure judiciaire. "La qualité de la juridiction se déduit de ses attributions matérielles et se rattache aux finalités fonctionnelles (...). Celui qui juge doit être qualifié de juge"²⁰. A cet égard, peu importe, si la fonction juridictionnelle est la seule fonction ou si elle cohabite avec d'autres dans l'institution. La même considération vaut pour le nombre des litiges dans lesquels elle s'exerce, ainsi que pour sa portée d'ensemble.

Une composante essentielle de la fonction juridictionnelle concerne le pouvoir de pleine juridiction dont un tribunal doit bénéficier. Ce pouvoir lui permet d'examiner le fond des affaires, tant en fait qu'en droit, et de reformer la décision d'un organe inférieur. La question de la pleine juridiction est invoquée

¹⁸ Frédéric sudre și Caroline Picheral, în La diffusion du modèle européen du procès équitable, Direction de Frédéric sudre et Caroline Picheral, Institut européen de droits de l'homme, Mission de recherche, Droit et Justice, Paris, 2003, p 47;

¹⁹ Frédéric sudre și Caroline Picheral, op. cit., p 47-51;

²⁰ sonia Benhadjyaha, La nature juridictionnelle des autorités de régulation, p 2510;

notamment dans les situations où en première instance ont tranché des structures non juridictionnelles qui n'ont pas respecté les garanties du procès équitable, leurs décisions étant soumis à un contrôle ultérieur. En principe, ce contrôle doit être un contrôle de pleine juridiction. La pleine juridiction entendue par la CEDH soulève une difficulté lorsque le litige fut tranché par un organe non qualifié de juridiction. Dans cette hypothèse, la CEDH estime que dès l'instant où le demandeur n'a pas vu l'affaire tranchée par un tribunal, il doit bénéficier des protections issues d'une pleine juridiction. Par leur activité, ces organes dégrèvent les juridictions, étant même "mieux placés que le juge pour établir et apprécier les faits, ayant à leur disposition des experts indispensables"²¹. Donc, "l'Etat doit organiser une procédure débouchant sur un contrôle de pleine juridiction"²². Malgré cela, "on reconnaît que la jurisprudence européenne est restée relativement hésitante et réservée en ce qui concerne l'entendue exacte qu'elle attribue à l'impératif de pleine juridiction ou de contrôle complet"²³. La CEDH a établi initialement que les instances dont le statut ne permet pas de connaître le fond d'une affaire ou de corriger les erreurs de fait et la proportionnalité entre responsabilité et sanction²⁴, ne disposaient de la fonction de pleine juridiction. Ensuite, la CEDH est revenue sur cette jurisprudence, appréciant que l'impossibilité d'une instance de contrôle les éléments de fait d'une espèce, n'a pas amoindri son

²¹ Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg, p 47;

²² Natalie Fricero, Les garanties d'une bonne justice, in Droit et pratique de la procédure civile (ss la direction de Serge Guinchard), Dalloz-Action, 2001/2002, p 480;

²³ Jean-François Flauss, op. cit., p 82;

²⁴ CEDH, Le Compte, Van Leuven et de Meyer c/Belgue, 23061981, A43;

caractère "évident" de tribunal²⁵. La Commission EDH a affirmé qu'"en matière civile un contrôle quelque peu restreint des décisions prises par les autorités administratives peut, en certaines circonstances, satisfaire aux exigences de l'art. 6 de la Convention"²⁶. Cependant, en matière pénale la CEDH se montre beaucoup plus exigeante, imposant un contrôle de pleine juridiction sur l'administration, par lequel le juge puisse reformer de tous les points de vue sa décision. Etant donné que "l'acte répressif représente une anomalie juridique"²⁷, la protection du citoyen contre les actes administratifs sanctionneurs est renforcée par la pleine juridiction qui donne au juge le droit de substituer sa décision à celle de l'administration. La notion de pleine juridiction présente donc une double signification en droit européen des droits de l'homme, en fonction de la matière civile, matière qui peut tolérer des limitations et de la matière pénale, incompatible avec celles-ci.

En l'occurrence, la CEDH relativise l'exigence de pleine juridiction au civil, notamment pour prendre en compte les réalités juridiques internes. Cette jurisprudence «étend considérablement le domaine d'application de l'art. 6. Cette extension permet d'appliquer aux contraventions administratives la totalité des garanties procédurales de l'article 6. Les tâches de l'administration sont nécessaires alourdis, plus coûteuse, sans offrir des avantages sensibles à l'individu"²⁸.

²⁵ CEDH, Zumbotel, 21/09/1993, A/268-A, Ortenberg, 25/11/1994, A/295-B, Ficher, 26/04/1995, A/312;

²⁶ Comisia s-a pronunțat în acest sens într-o serie de afaceri împotriva Austriei: schmautzer, Umlauf, Gradinger (23/10/1995, A/328), Pramsteller, Palaoro, Pfarmeier (23/10/1995, A/329);

²⁷ Catherine Mamontoff, op. cit., p 206;

²⁸ Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert

Une question importante relative à la fonction juridictionnelle vise les effets de la décision. Trancher définitivement, voilà l'essence de la juridiction. Cela exprime l'autorité de la justice par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat. Ni le législatif, ni l'exécutif ne peuvent intervenir au cours des procédures juridictionnelles. Cette interdiction garantit, à côté d'autres mesures, l'indépendance fonctionnelle de la justice.

Toutefois l'aspect fonctionnel est complété par des critères institutionnels.

2. Les critères institutionnels

Le deuxième groupe de critères qui caractérise un tribunal conformément à la CESDH fait référence aux exigences institutionnelles, plus précisément à l'indépendance et à l'impartialité par rapport aux autres institutions publiques ou privées, centres de pouvoir et parties. «Ce qui était jusqu'alors un élément de la garantie, une exigence processuelle, devient donc un critère de la définition conceptuelle, rendant quelque peu redondante l'expression de "tribunal indépendant"»²⁹. L'indépendance et l'impartialité seront analysées dans le cadre des exigences relatives à une juridiction adéquate. On retient quand même à cette occasion le faisceau d'indices que les critères institutionnels, en premier lieu l'indépendance, supposent: la désignation des juges, la durée de leur mandat et les exigences contre les pressions extérieures. Ces garanties de l'indépendance doivent être inscrits dans la loi. En effet, la base légale du tribunal constitue un élément essentiel de la qualification de juridiction. La raison de cette garantie envisage la protection des justiciables

schuman, Strasbourg, p 47;

²⁹ Frédéric sudre et Caroline Picheral, op. cit., p 49

contre les tribunaux "ad hoc, créés par l'Etat (l'exécutif) généralement dans un certain contexte politique et avec des buts politiques"³⁰. Tous les éléments qui forment la conception autonome de tribunal doivent être, à leur tour, compris d'une manière indépendante des conceptions nationales. Si, au plan interne, le terme de loi est compris généralement d'une façon formelle, comme acte du Parlement, la CESDH privilégie plutôt la dimension matérielle. Le droit constitutionnel des Etats membres qualifie la loi en premier lieu par rapport à son auteur. Tandis que le juge européen procède à partir de traits substantiels. Sur cette base, la loi suppose un ensemble de normes publiques, de caractère normatif, général et abstrait, susceptibles de sanction³¹. Or, ces éléments peuvent caractériser parfois des actes qui proviennent de l'exécutif³² ou les précédents judiciaires dans les systèmes de Common law³³. Ces actes entrant dans la définition substantielle de la CEDH sont assimilés à des lois.

Par cette approche la nature formelle du texte importe peu. Cette interprétation autonome s'explique par une volonté d'étendre le contrôle de la CEDH aux organes par exemple administratif. Ici la qualification de tribunal reste secondaire, l'essentiel consiste à appliquer l'article 6 CESDH. Toutefois, cette approche trouve également ses limites. Le concept européen de loi aurait pu

³⁰ Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg., p 34;

³¹ Ion Dogaru, Dan Caludiu Dănișor, Gheorghe Dănișor, Teoria generală a dreptului, ed. Științifică, 1999, p 39, 40;

³² Par exemple, un décret du Ministre de la Justice qui, grevé sur un acte du Législatif, a déterminé l'établissement des tribunaux de travail en Autriche, avant 1985. La Commission EDH a conclut que l'art. 6 en a été respecté. (7360/76, Zand c/Autriche, Rapp. Comm., 12.12.1978, DR 15, p 78 et ss.).

³³ Les tribunaux anglais basés sur le Common law sont en concordance avec la CESDH.

engendrer une création facile de juridictions, y compris d'exception, par l'exécutif. Or, tenant compte du fait que "l'art. 6 a comme objectif d'éviter que l'organisation du système judiciaire dans une société démocratique soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire que cette matière est réglementée par une loi du Parlement"³⁴, le juge européen montre que les tribunaux fondés exclusivement par l'exécutif ne sont pas conformes à l'art. 6. L'administration peut intervenir dans l'organisation de la justice, en vertu "des délégations de pouvoirs, lorsqu'il s'agit de questions touchant à l'organisation judiciaire", mais "pour régler le détail d'un schéma établi par la loi"³⁵.

Les tribunaux arbitraux soulèvent toute une série de difficultés au regard de leur rapport avec l'art. 6. Un premier problème est de savoir si la CESDH leur est applicable, parfois la doctrine soustrayant l'arbitrage à la Convention en raison de son origine privée³⁶. La clarification de ce rapport suppose la distinction entre les tribunaux arbitraux dotés d'une compétence obligatoire et ceux qui résident dans un acte juridique des parties, d'une part, et l'admissibilité de la renonciation aux garanties du procès équitable, d'autre part. Les tribunaux de la première catégorie "doivent être considérés comme des tribunaux étatiques spéciaux"³⁷, devant respecter le procès équitable. Les tribunaux intégrés à la deuxième catégorie, n'ayant pas la loi comme fondement mais une convention des particuliers, ne constituent pas de tribunaux au sens de l'art. 6.1. CESDH. Les justiciables peuvent donc renoncer aux garanties processuelles, mais étant

³⁴ Position de la Commission EDH, Zand c/Autriche, précitée;

³⁵ Natalie Fricero, op. cit, p 481;

³⁶ Jarrosson, L'arbitrage et la CEDH, Rev. Arb. 1989, p 573;

³⁷ Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg, p. 34;

donnée "l'importance essentielle qu'on attribue à la protection judiciaire et au procès équitable dans une société démocratique, la Commission et la Cour se réservent le droit de contrôler minutieusement les circonstances exactes d'une telle renonciation"³⁸.

Pour être valable, la renonciation doit respecter les conditions internes des actes procéduraux engendrant de tels effets et être soumise à un strict contrôle des organes étatiques. Le même contrôle doit être appliqué à l'acte privé qui a engendré la procédure arbitrale. L'invalidité résulte souvent d'un arbitrage forcé ou de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral.

Généralement, des rapports *conflictuels* entre l'arbitrage et les garanties du procès équitable apparaissent à l'égard de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal, des carences de voies de recours et des motifs limités de nullité de la sentence arbitrale. Le secret des débats en constitue aussi un motif³⁹. Cependant, en tout cas, les parties gardent leur droit de s'adresser aux juridictions étatiques afin qu'elles pallient les carences de l'arbitrage. A partir du moment où ce contrôle judiciaire public a été déclenché, le respect des garanties du procès équitable devient obligatoire.

En conclusion, acceptant librement l'arbitrage, les parties renoncent partiellement aux exigences du procès équitable: " (...) le contrôle par le tribunal étatique du respect des exigences essentielles de l'Etat de droit par le tribunal arbitral demeurera limité. Il en ira d'autant plus ainsi du contrôle exercé

³⁸ CEDH, Delcourt c/Belgique, 17/01/1970, A nr. 11, 25;

³⁹ Franz Matcher, L'arbitrage et la Convention, art. 6 Franz Matcher, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, La CEDH, commentaire article par article, Economica, 1995, p 281-292;

ultérieurement par les organes de la Convention sur l'activité déployée par les tribunaux étatiques dans le cadre du contrôle de l'arbitrage eu égard à l'implicite renonciation partielle aux garanties procédurales de l'art. 6 § 1 contenue dans la convention de l'arbitrage, le maintien de celle-ci ou de la sentence arbitrale par le tribunal étatique n'emporterait violation de la Convention que dans l'hypothèse de manquements très graves; en d'autres termes, les organes de la Convention n'appliqueraient pas aux procédures arbitrales des critères de contrôle aussi stricts qu'aux procédures devant les tribunaux étatiques"⁴⁰.

Les tribunaux d'exception satisfaisant à l'exigence de la base légale, ne sont totalement interdits⁴¹. Toutefois, leur existence demeure aux limites du procès équitable notamment en matière pénale. "Pourtant, la création de tribunaux d'exception n'est pas, en soi, contraire à la Convention, dans la mesure où ceux-ci ont une base légale et sont dotés d'une certaine stabilité. Si des tribunaux d'exception peuvent poser des problèmes, c'est moins quant à leur base légale que par rapport à leur indépendance ou leur impartialité, ainsi qu'au caractère équitable de la procédure qu'ils suivent"⁴².

Toutefois, l'exigence d'une base légale est devenue le plus souvent une hypothèse d'école. L'état de droit, la forme de gouvernement

⁴⁰ Franz Matcher, L'arbitrage et la Convention, art. 6 Franz Matcher, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, La CEDH, commentaire article par article, Economica, 1995, p 291;

⁴¹ En France, par exemple, par la décision Canal (1962) le Conseil d'Etat a admis en principe la création des juridictions d'exception sous quelques conditions.

⁴² Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg, p 34;

des Etats membres de la CESDH, ne connaît pas une autre justice officielle que celle établie par la loi. Ainsi, la doctrine⁴³ a proposé une extension de la formule de *tribunal établi par la loi* au *tribunal conforme à la loi*. Dans cette acception, l'art. 6.1. serait violé si la composition du tribunal ne respecte pas la loi. Pour ce qui nous concerne, l'examen de la base légale reste utile et optons pour son maintien même si des problèmes complexes peuvent apparaître. Cette complexité pourrait être évacuée en n'exigeant plus ce critère et en exerçant un contrôle quelle que soit la nature du texte qui fonde l'organisme. Cette vision emprunte un peu de la nouvelle manière de consacrer le droit à un procès équitable par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Ce traité ne reprend plus les conditions liées à son domaine d'application.

En outre, la CEDH opère un contrôle de la légalité de la composition de la juridiction sur la base de l'impartialité objective ou de l'équité de la procédure.

3. Les critères procéduraux

Les critères procéduraux représentent le troisième groupe des exigences d'un tribunal *européen*. Ces critères supposent l'organisation d'une procédure de type judiciaire, qui "implique que les décisions soient prises en appliquant aux faits des normes matérielles en vigueur, établis conformément aux règles de procédure prévues et en accordant aux comparants le droit à être entendus"⁴⁴.

⁴³ Jean-Claude soyer, Article 6 CEDH, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, La CEDH, commentaire article par article, Economica, 1995, p 261;

⁴⁴ Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, in Les nouveaux

Les critères de procédure se sont imposés en matière de procès équitable au terme de l'art. 5.4. CESDH relatif au droit de la personne privée de liberté par détention ou arrestation, d'introduire un recours devant un tribunal qui apprécie en court délai la légalité de la mesure privative de liberté. Initialement, ces critères ont manqué de la notion de tribunal au sens de l'art. 6.1., car "l'expression évoque une idée d'organisation plutôt que de fonctionnement, d'institution plutôt que de procédure"⁴⁵. Pourtant, étant donnée l'unité du concept de tribunal en droit conventionnel, le respect des garanties procédurales a été intégré aussi à l'activité prétorienne visant l'art. 6. Le tribunal est devenu ainsi "un produit de la théorie générale des institutions et de la procédure"⁴⁶.

L'élément d'autorité fait aussi partie de la notion de tribunal au sens européen. «"L'expression autorité du pouvoir judiciaire" traduit l'idée que seuls les tribunaux sont de nature à rendre une décision équilibrée entre les parties notamment en matière pénale. Le public les acceptant dans la mesure où il la considère comme juste car le tribunal lui inspire respect et confiance»⁴⁷.

Un dernier problème important qui se pose concerne la relevance de la notion de tribunal pour l'application du procès équitable.

développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg, p 29;

⁴⁵ Frédéric sudre și Caroline Picheral, op. cit 47;

⁴⁶ Franz Matcher, La notion de tribunal au sens de la CEDH, în Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Bruylant, 1996, Equipe de recherche, Droit comparé des droits de l'homme, Univ. Robert schuman, Strasbourg, p 30;

⁴⁷ CEDH, Worm c/Autriche, 29 août 1997, § 40, in Antoine Berthe, RTDH, 1998, p 613;

Autrement dit, on classifie premièrement une structure comme tribunal et on vérifie ensuite si elle a respecté les exigences du procès équitable ou l'opération de qualification reste ultérieure? Quelles sont les étapes et quelle est leur succession? Le juge européen, afin de déterminer l'incidence du procès équitable, analyse le caractère civil ou pénal de l'affaire procédant d'une manière autonome qu'on a déjà précisée⁴⁸. Si l'affaire s'intègre à ces contentieux, le droit du justiciable à un procès équitable doit être respecté quelque soit la nature de l'organe qui tranche. Le critère principal d'application est donc celui des droits et des obligations de caractère civil et d'accusation pénale que l'affaire relève et non le critère de tribunal. A l'occasion du contrôle proprement dit, la CEDH observe aussi la base légale, la composition, les compétences et l'autorité du tribunal. A l'issu de ce contrôle, le modèle du tribunal compatible aux exigences de la démocratie se contourne. On assiste donc à une succession d'étapes à l'esprit de la protection effective et concrète de la CEDH, étant inadmissible qu'une institution se soustraie au procès équitable en raison de ne pas être un tribunal. En ce cas, la CEDH conclura au sens de la violation de l'art. 6, sauf la situation où l'Etat a prévu un contrôle ultérieur de pleine juridiction. Cette partie n'est pas claire il faut la reprendre.

La notion de tribunal peut être cependant un critère secondaire d'application du procès équitable. Aux cas des contentieux administratifs et disciplinaires massivement requalifiés par la CEDH comme civils ou pénaux, les affaires peuvent être connues en première instance par des structures qui ne sont pas de tribunaux. Cette jurisprudence doit être mise en relation avec la méthode de contrôle *in globo* de la CEDH, méthode qui permet une compensation des carences entre les phases de la procédure. Dans ces situations, assez nombreuses autrement, la CEDH appliquera l'art. 6.1. seulement aux structures qui peuvent être

⁴⁸ Notele 11 și 12;

qualifiées de tribunaux.

En droit communautaire, la notion de juridiction trouve une approche relativement similaire, pour autant l'aspect droits fondamentaux demeure jusqu'ici plus modeste dans le contentieux en raison des objectifs du traité. Ce faisant la recherche d'un procès équitable est moindre. Pourtant, à partir des conditions du recours préjudiciel, la CJCE a précisé également les exigences d'une juridiction. Celles-ci visent aussi la base légale, la fonction juridictionnelle et la procédure contradictoire. Les manques d'ordre processuel doivent être compensés par un degré élevé d'indépendance et d'impartialité de l'organe appelé à trancher⁴⁹. En doctrine⁵⁰, on a critiqué un certain relâchement de la CJCE concernant le contradictoire et l'indépendance ou même les deux critères d'une façon simultanée.

La jurisprudence communautaire considère que le tribunal doit trancher en droit et émettre des décisions obligatoires, et non pas d'avis consultatifs⁵¹. Ainsi que la CEDH, la CJCE admet des organes administratifs ou disciplinaires indépendantes en première instance, à condition de l'existence d'un contrôle juridictionnel obligatoire. La Commission européenne s'intègre à cette situation, le contrôle ultérieur en étant opéré par le TPI.

En conclusion, par les critères fonctionnels, institutionnels et procéduraux qu'on vient d'analyser, les instances européennes ont construit le profile d'un tribunal indépendant des qualifications internes. De l'aspect formel et organique, les Cours

⁴⁹ Frédéric sudre și Caroline Picheral, op. cit 47, 48;

⁵⁰ Serge Guinchard, Monique Bandrac, Xavier Lagarde, Méлина Douchy, op. cit., p 309;

⁵¹ CJCE ; 12 novembre 1998, af. Victoria Films A/S, C-134/97: RTD Europe 1998, 631, note Ph. Alquie ; Rev. Europe, janvier 1999, nr. 18;

de Strasbourg et de Luxembourg ont passé à une vision substantielle et fonctionnelle, faisant prévaloir le fond sur la forme. La conception autonome européenne transcende les législations nationales, de nombreuses instances voyant leur statut requalifié: "Elle (la CEDH) a ainsi pu juger que certaines instances disciplinaires comme le conseil de l'ordre des avocats ou la chambre disciplinaire statuant sur la culpabilité des parlementaires, sont considérées comme des juridictions. De même en est-il des autorités administratives (...). A travers cette institution juridictionnelle, la juridiction européenne a réalisé ce qui était interdit à une juridiction nationale. Elle a osé faire ce que le juge national refuserait à franchir"⁵². Même si cela peut être critiquable de certains points de vue (tergiversation des causes, coût élevé des procédures), à notre sens cette extension conditionnée des exigences juridictionnelles aux organes administratives est bienvenue.

En définitive, les juges européens reconnaissent aux individus un droit d'accès aux tribunaux, garantie normalement assurée par le droit de l'Etat. La CESDH reconnaît indirectement ce droit, tandis que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne montre expressément que "toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article"⁵³. Les fondements du droit d'accès sont les mêmes en droit conventionnel et en droit communautaire.

⁵² sonia Benhadjyahlia, La nature juridictionnelle des autorités de régulation, p 2511;

⁵³ Art. II-47, alinéa 1, Titre VI.



ACCIDENTAL PROVOCATION OF ENVIRONMENTAL HAZARDS BY GENERALLY DANGEROUS IN CRIMINAL LAW OF SERBIA AND MONTENEGRO

DR. DRAGAN JOVASEVIC*

ABSTRACT

Endangerment and destruction of most important human assets and values, modern technical-technological development, use of huge sources and amounts of energy and the civilization progress, have threatened the very foundations of human society. The risk of accidental endangerment of living and working environment demands a legal framework that would regulate conditions for the exploration of energy sources, raw materials, machines and technologies, on the one hand, and responsibility and criminal liability in case of violations of these regulations, on the other.

A special aspect of accidental endangerment of living environment is evident in causing general danger to lives, bodies and property of people by use of generally dangerous substances or inadequate handling of such materials. The protection of these social values from all kinds of threats, caused by generally dangerous acts, methods and procedures for use of generally dangerous substances has acquired special significance in the contemporary criminal law. One form of the protection is seen in the creation of a particular criminal offence – causing general danger – in the Criminal code of Republic of Serbia (from 1977.year with many additions) and in Criminal code of the Republic of Montenegro (from 2003. year).

INTRODUCTORY REMARKS

Technical-technological development the and use of enormous sources of energy and raw material in the XX century has created a change-human power has been replaced and complemented by machines, appliances and other metal or plastic devices, with different types of drive or various sources of energy. They have not only facilitated and made people's lives rich and better, but also endangered them in many ways, particularly inflicting the living and working environment of a men. The use of different, huge and often dangerous sources of energy, enormous quality of energy and raw materials and many automatic and computerized machines, distinguished for high productivity, on the one hand and its power to destroy and demolish people's lives, health and property to a great extent, on the other, has become imminent.

The use of nuclear, thermo-nuclear, electric and solar and other energy sources have enabled us to conquer spaces of the planet and make them accessible for a very short period of time. We penetrate into Earth's depths or outer space and reveal mysteries of life and nature, uncovering the secrets of substance and humankind. Thus, the man discovered and tamed the forces, created the means and found out the technological procedure, which made him the master of the nature and human destiny. However, these forces may expand without control and accidentally endanger everything on their way, especially healthy environment. That is the reason why man must control and direct them and constantly keep an eye on them so that he could prevent their stormy and uncontrolled power from endangering everything.

The destructive and devastating character of energy, raw and other materials used in all kinds of production and research , is not only permanent and probable, due to unpredicted breakdowns, technical defects, accidents, acts of God, worn-out

conditions or even man's negligence, incompetence, carelessness and inability to work or operate a machine, but it is also really possible and unfortunately, more evident. If we look at numerous examples from recent past like fire, flood, damage, poisoning, accidents, etc., we can say that they occur very often. Disastrous consequences with a considerable human loss, a huge number of lives, bodily injuries, health endangerment and a large-scale damage are very common. This is another dark side and the price we have paid to the technical and technological progress made in the last fifty years.

The protection of people's lives and bodies from all forms of harm and danger by generally dangerous acts, manners and instructions for use of dangerous substances has got a great significance in the contemporary international and national criminal law. Beside other things, it is an attempt to raise people's awareness regarding the usage of different energy sources, raw materials, machines and other devices, which can expose environment to a destructive and uncontrolled endangerment. On the other side, one tries to give a precise and just answer to the question of responsibility and criminal liability¹ of individuals who causing general danger to their environment, have posed a threat to protection social values.

Consequently, in the criminal law in Serbia and Montenegro there are provisions for protection of general security of people (life, body and health) and their property from expansive generally dangerous occurrences and at the same time the fundamentals of existence, maintenance and further advancement of man's living and working environment. The same provisions are stipulated in three criminal codes: 1) Basic Criminal Code (former Criminal

* Faculty of Law, University of Nis, Serbia and Montenegro

¹ Ljubiša Jovanović – Dragan Jovašević, *Krivično pravo, Opši deo, Nomos*, Beograd, 2002. p. 214-231

Code of the Federal Republic of Yugoslavia from 1976. year)², 2) Criminal Code of the Republic of Serbia³ (from 1977. year with more additions) and 3) Criminal Code of the Republic of Montenegro⁴ (from 2003. year). Such protection of the essential assets and values is an imperative of the era in which we live – beginning of the third millennium, when people's lives, bodies, health and property are endangered every day.

Perpetration of criminal offences against public safety and property creates such an expansive danger and its destructive and uncontrolled impact on environment can neither be limited nor prevented. All that points to the accidental character of the danger caused in this way. In other words, we are still talking about generally dangerous criminal offences. The danger, which is the result of an activity or performance, becomes apparent in the character of an offence (fire, flood, explosion, exhaust of a gas, poison or similar harmful substances) or provoked by using generally dangerous substance, which always leads to the endangering of people's lives, bodies, health and property. The victims is either an unidentified person or an unidentified number of persons, in fact – everyone present in the dangerous zone.

According to the character, nature, danger and frequency of its occurrence in court practice, the criminal offence of causing general danger⁵ is most prominent among numerous criminal

² Zoran Stojanović, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Službeni list, Beograd, 1999.; Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Službeni glasnik, Beograd, 2002.

³ Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Nomos, Beograd, 2003.

⁴ Ljubiša Lazarević- Branko Vučković- Vesna Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore, Obod, Cetinje, 2004.

⁵ Dragan Jovašević, Leksikon krivičnog prava, Službeni list, Beograd, 2002. p. 427-429

offences against public safety. This criminal offence is stipulated in seventeen part, in article 187. of the Criminal code of the Republic of Serbia and in twenty six part, in article 327. of the Criminal code of the Republic of Montenegro⁶.

A similar criminal offence with identical name and characteristics have provided the other criminal codes of the former SFR Yugoslavia as: in article 317. of the Criminal code of the Republic of Slovenia⁷, in article 188. of the Criminal code of the Republic of BYR Makedonija⁸, in article 263. of Criminal code of the Republic of Croatia⁹ and in criminal law in Bosnia and Herzegovina¹⁰: in article 323. of Criminal code of the Federation of Bosnia and Herzegovina¹¹, in article 317. of the Criminal code of the Brčko District Bosnia and Herzegovina¹² and in article 402. of the Criminal code of the Republic Srpska¹³.

⁶ Theoretical and practical aspects of this criminal offences : Ljubiša Jovanović – Vojislav Đurđić – Dragan Jovašević, Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2004. : Vojislav Đurđić- Dragan Jovašević, Praktikum za krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2003.; Ljubiša Lazarević, Krivično pravo, Posebni deo, Savremena administracija, Beograd, 1993.

⁷ Bostjan Penko- Klaudije Strolig, Kazenski zakonik, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1999. p.223-224

⁸ Služben vesnik na Republika Makedonija, Skopje, No.37/1996. p.1557

⁹ Narodne novine Republike Hrvatske, Zagreb, No. 110/1997,p.3498

¹⁰ Borislav Petrović- Dragan Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Pravni fakultet, Sarajevo, 2005.p. 327

¹¹ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, No.36/2003, 37/2003, 21/2004 i 69/2004

¹² Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Brčko, No. 10/2003 i 45/2004

¹³ Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, No. 49/2003 i 108/2004

BASIC FORMS OF CRIMINAL OFFENCE

The criminal offence of causing general danger implies endangering people's lives, bodies, health and a large scale property caused by a generally dangerous activity or substance or by an irregular handling of safety equipment.

This criminal offence is general, for it has the characteristics of all other criminal offences against public safety and property. then, it contains all common characteristics of criminal offences of this group. It means that other criminal offences, in fact, represent just a separate, special form of danger so that, comparing to them, this offence is subsidiary, that is to say, it appears only when there is no other offence against public safety and property.

Generally speaking, causing a general danger has all the characteristics of an offence obstacle and repression and punishment are applied only as a preventive measure in order to forestall happening of such situations in reality¹⁴. The criminal offence of causing general danger implies a generally dangerous activity or using a generally dangerous substance, resulting in causing immediate, real and general danger to people's lives, bodies and a large scale property. However, the difference between a generally dangerous activity and a generally dangerous substance is irrelevant because it is the question of mere alternative activities and ways in which a criminal offence is committed¹⁵.

The protected object or the goods and interests protected from

¹⁴ Zoran Stojanović- Obrad Perić, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Republike Crne Gore sa objašnjenjima, Službeni list, Beograd, 1996. p. 290

¹⁵ grupa autora, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Savremena administracija, Beograd, 1995. p. 654- 656

this criminal offence are the lives, bodies, health and a large scale property belonging to an unidentified person or an unidentified number of persons. Practically, those are the assets found in specific place at the time of the crime perpetration. With regard to property, it can be public, state, private or even the property of the perpetrator.

A concrete danger is a consequence of the criminal offence under article 187. of the Criminal code of the Republic of Serbia and article 327. of the Criminal code of the Republic of Montenegro. It is an imminent and immediate danger, threatening to harm people's lives and bodies or to destroy and damage a large scale property. Its performance would put people's lives and bodily integrity to risk, but we talk about this offence even if, in a particular case, there was just a concrete danger for a large scale property.

According to the interpretation, made on session of the Serbian Supreme Court's Criminal Section, held on 27th. March 2002. year, a criminal offence against a large scale property exist when the property value exceeds 850.000 Din (about 10.000 Euro)¹⁶. However, it should be pointed out that a danger for a large scale property can't be equated with the amount of the performed damage. Namely, it is considered that a greater property value should be estimated taking into account not only its material value, but also other criteria, such as : the purpose of the property, the time and place of commitment of a crime, the means of commission etc.

We talk the criminal offence even if the use of generally dangerous substance or the performance of a generally dangerous offence causes an abstracts danger for the lives of many people,

¹⁶ Ilija Simić- Milić Petrović, Krivični zakon Republike Srbije – Praktična primena, Službeni glasnik, Beograd, 2004. p. 228-230

although there is a concrete danger only for one person¹⁷. When there is no evidence of causing a concrete danger, we talk about incompletely established facts regarding the criminal act of causing general danger¹⁸. The criminal offence is committed when any taken action, having the legal definition of a crime, immediately, but unintentionally endangered the life of one or many people. It means that the putting to risk the lives of one or a certain number of individually unidentified people could be described as a crime.

The criminal liability for this offence (from article 187. of Criminal code of the Republic of Serbia and article 327. of Criminal code of the Republic of Montenegro) will exist if it is committed deliberately or unintentionally. As a rule, it is question of negligence (it is the result of carelessness). In some cases in court practice, the offences can be committed with possible negligence while a premeditated act is theoretically conceivable, but very rare in practice¹⁹.

Considering the above mentioned common characteristics of the criminal offence of causing general danger, we can say this offence appears in two forms: 1) basis and 2) more serious, qualified form (term "qualified form of criminal offence" is used in criminal law in Serbia and Montenegro when we talk about an offence that is neither minor nor serious criminal act but something between these two categories). There are two form of the main criminal offence:

¹⁷ Ilija Simić- Milić Petrović, Krivični zakon Republike Srbije – Praktična primena, Službeni glasnik, Beograd, 2004. p. 227-228

¹⁸ presuda Okružnog suda u Beogradu KŽ. 12/95 od 1. februara 1995. godine : More informations : Vojislav Đurđić- Dragan Jovašević, Praktikum za krivično pravo, Posebni deo, Knjiga druga, Službeni glasnik, Beograd, 2003.

¹⁹ Ljubiša Jovanović- Vojislav Đurđić- Dragan Jovašević, Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2004. p.322-324

- 1) causing danger by a generally dangerous activity or substance and
- 2) causing danger by mishandling safety equipment²⁰.

CAUSING DANGER BY GENERALLY DANGEROUS ACTIVITY OR SUBSTANCE

The first type of the basic form of criminal offence is causing danger for people's lives, bodies and a large scale property, which was caused by fire, flood, explosion, poison or poisonous gas, ionisation, radioactivity, machine operation or any other generally dangerous activity or substance.

The commitment implies taking some generally dangerous activity or usage of some generally dangerous substance that exposes people's lives, bodily integrity or a large scale property to an immediate danger. The law covers the most typical generally dangerous activities or substances.

Regarding the manners and ways that can cause danger to people's lives, bodies and a large scale property, there are seven types of this criminal offence from article 187. of Criminal code of the Republic of Serbia and article 327. of Criminal code of the Republic of Montenegro.

1) Causing danger by fire is known as arson in the theory of the criminal law. It comprises setting fire to an object / facility, which can uncontrollably spread over it or catch object / facilities and people. We talk about conflagration when destructive powers of fire uncontrollably expand and when they may catch a great

²⁰ Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Nomos, Beograd, 2003. p. 462-464

number of objects / facilities or areas. The manner, cause, place of its ignition, as well as the owner of the object / facility set on fire are of no significance, but uncontrollable spread of fire is important. It is essential that there is a possibility of expansion and passing fire from the ignited object / facility to adjacent areas, which can cause danger for people's lives, bodily integrity and a large scale property. Fire can appear as a blaze or smouldering which leads to a slow burning down of an object / facility.

2) The offence of unbridling power of water, that overflows land and buildings, destroying and removing obstacles, is defined as causing danger. It is a penetration of water that can't be kept under control, but consequently floods the area, or covers them with water. Flood includes letting flow or guiding a huge quantity of water from the stream, river, canal or lakebed, which can't be controlled or directed. Draining water from a water-tank or city waterworks is not a criminal offence because it is not controllable waterpower. This criminal offence can be committed by digging through or removing soil from river or canal beds, breaking or pulling down lake water-gates and dams, raising the level of river, big streams or canals by shooting rocks or loose soil. The offence is committed when the spilt water removing obstacle, could spill over and flood or destroy and devastate a considerable area²¹.

3) An explosion, as an offence of causing danger, means setting off an explosive that is flammable, combustible and destructive. An explosion is an expansion and bursting of a substance, induced by fire, heat, shock and pressure transform releasing huge energy quantities – heat or gases that can destroy the surroundings. Mechanical activity, as a result of high temperature or gas pressure can lead to combustion, destruction and

²¹ Ilija Simić- Milić Petrović, Krivični zakon Republike Srbije – Praktična primena, Službeni glasnik, Beograd, 2004. p. 228

devastation of objects or killing and injuring of people. The destructive impact depends on the character and quality of an explosive, as well as, on the way it is set off²².

4) The endangering by a poison or poisonous gas implies enabling of uncontrollable expansion of poisonous substances, whose harmful chemical effect threatens lives, health or bodily integrity of unidentified number of people. Poisons are the substances of natural (biological or mineral) or synthetic origin, that is to say, the preparations made of these substances. They can appear as a solid liquid or gas. Gas poisons are the most expansive and are known as poisonous gases. The harmful substances, such as bacteria or pounded glass, that have a physical effect on a living being are not poisons, in terms of this criminal offence. This criminal offence can be committed in many ways : by opening and closing the gas container, throwing poisons on public places, pouring poison into drinking water, etc.

5) A general danger can be caused by ionisation and radioactivity that are the result of an irregular and inappropriate treatment of substances or appliances that emit radioactivity, destructive to human cells. Ionisation originates from radioactive substances. It is the emission of radioactivity and a bundle of atomic and subatomic particles that rotate very quickly. Long and frequent exposure to ionisation or radioactivity, in other words, high doses of radioactivity, can badly damage some human organs, cause illnesses or even death. According to the law on nuclear safety and protection from ionisation the sources of ionisation are: radioactive substances, nuclear reactors, radioactive nuclear fuel and substances, accelerators and other instruments and machines that produce or emit ionisation, uranium and thorium mines, as

²² Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Nomos, Beograd, 2003. p.463

well as nuclear waste²³.

6) A general danger can be caused by irregular and inappropriate operation of motor machines and appliances. Motor is an appliance or device that transfers a certain type of energy to a mechanical power, primarily to mechanical motion (kinetic energy). Petrol, oil, electrical current, nuclear and solar energy can be used as motor-power. In terms of this criminal offence, motor force is the force created or transmitted by a motor. The type of a motor, the energy it emanates or the type of the motor drive are of no significance, but essential is the motor force that endangers people's lives, bodies and property. If a motor vehicle provokes a traffic accident, it is a criminal offence against traffic safety, because the motor engine is considered to be a vehicle in land water-borne transport.

7) The causing of a general danger by performing some dangerous activity or using some harmful substances represents the last type of the criminal offence against public safety. The legislator pointed to certain dangerous activities and substances that can cause a danger for people's lives, bodies and large scale property, coming to a general conclusion that this criminal offence can appear in some similar cases of putting protected goods and values to general danger. It is the question of different activities that endangered the following protected objects : undermining the soil, digging the trenches, holes or lime-kilns without taking safety measures, causing the flood with petrol, crude oil or other liquids, bringing stones, rocks or logs down the steep, keeping dangerous domestic or wild animals without guards (dogs, horses, bulls), fire arms shooting in the streets or from the window, keeping fire arms in the house without taking

²³ Ljubiša Jovanović- Vojislav Đurđić- Dragan Jovašević, Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2004. p.322-323

safety measures etc²⁴.

CAUSING DANGER BY IRREGULAR AND INAPPROPRIATE HANDLING OF SAFETY EQUIPMENT

Pursuant to article 187. of Criminal code of the Republic of Serbia and article 327. of Criminal code of the Republic of Montenegro the causing of general danger by irregular and inappropriate handling of safety equipment is the second basic form of the criminal offence of endangering public safety. This criminal offence implies an irregular and inappropriate handling and use of safety equipment or failure to comply with instructions and technical rule on safety measures, that led to endangering people's lives, bodies and a large scale property.

The perpetration of this offence is alternatively defined and can appear as:

- 1) non installing of prescribed safety equipment for protection from fire, flood, explosion, poison or poisonous gases, ionisation and radioactivity,
- 2) inappropriate maintenance of such equipment,
- 3) non operation of this equipment when needed,
- 4) failure to comply with instructions and technical rules on safety measures.

This offence can be committed by performing or non-performing. The commitment of a crime is any activity contrary to the rules on

²⁴ Vojislav Đurđić- Dragan Jovašević, Praktikum za krivično pravo, Posebni deo, Knjiga druga, Službeni glasnik, Beograd, 2003. p.175-182

using safety measures and procedures. An offence has a blanket disposition, because separate federal and republic laws, as well as other regulations and general provisions, define the types of safety equipment used in some facilities, production types, handling flammable, explosive, poisonous and generally dangerous substances, regular maintenance of safety equipment. They also determine who, when and how controls the operating condition of this equipment, as well as the duties of the person in charge of installation, maintenance and operation of this equipment²⁵.

The offence can be committed if one handles the equipment in a way that is not prescribed by instructions and technical rules on safety measures. Technical rules are scientifically and practically proved and accepted procedures of protection against the certain type of danger. Some special provisions regarding the mentioned technical rules are not necessary for the existence of this criminal offence²⁶. The criminal offence can be committed if the non-performance of the above-mentioned duties provoked immediate and imminent danger for people's lives, bodies and a large scale property.

The perpetrator of this crime can be only the official or responsible person, whose duty is no install, maintain, control and operate the safety equipment. This offence can also be committed with premeditation or unintentionally.

The criminal codes in Republic of Serbia and Republic of Montenegro prescribed the sentence of six months to five years of imprisonment for this offence and up to three years of

²⁵ Dragan Jovašević, Leksikon krivičnog prava, Službeni list, Beograd, 2002. p.139-140

²⁶ Zoran Stojanović- Obrad perić, Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2000., p.280-281

imprisonment for negligence. In reference to the prescribed sentence there are no differences between the two basic forms of this criminal offence.

However, regarding the punishment in judicial law Serbia and Montenegro we could point out that, if the legal conditions are fulfilled, the perpetrator, who committed the second type of this criminal offence, stipulated in article 187. of Criminal code of the Republic of Serbia, and article 327. of Criminal code of the Republic of Montenegro will be imposed a suspended sentence instead of an imprisonment sentence. In that case, the pronounced sentence of imprisonment will not be executed if the convict does not commit a new crime. In case of a suspended sentence the trial period can't be shorter than six months and longer than five years. The convict must also fulfil the duties ordered by the court. Regarding the suspended sentence, the court requires that the convict, usually in the six-month period, install prescribed safety equipment, maintain it properly, that is to say, he should take other prescribed measures and activities. If he fails to fulfil the above mentioned requests, the court can revoke the suspended sentence.

QUALIFIED FORMS OF CRIMINAL OFFENCE

The criminal offence of causing general danger under article 187. of Criminal code of the Republic of Serbia and article 327. of Criminal code of the Republic of Montenegro has a more serious, qualified forms of the offence in item 3. of the same articles in this republic codes, that exist in case of committing the offence in any place where there is a larger number of people. The law stipulates in this case a more serious punishment because there is a concrete danger of a serious threat to lives or bodies of a larger number of people. The item is formulated in such a way that it is implied that a larger number of people has to be gathered at the

place of the crime commitment instead of expecting a larger number to appear.

The legal term "a larger number of people" is being interpreted in various ways in the criminal law theory. According to some authors, it is enough to have two people to state that the criminal offence has been committed and others hold a view that at least three people should gather to have "a larger number of people". However, having in mind the characteristics of generally dangerous criminal offences, this concept should be interpreted according to the concrete situation, but this condition is certainly fulfilled when there are five people at one place²⁷. The grammatical explanation of the term explains to us how this legal concept should be interpreted.

This form of criminal offence also can be a premeditated offence or a crime committed out of negligence.

The Criminal code in Republic of Serbia²⁸ envisages the imprisonment sentence one to eight years long and it don't imply differences in punishments of perpetrators depending of the state of criminal liability with which the criminal act has been performed. But in court practice, the liability is taken into consideration in determining the sentence that would be imposed (the level of criminal liability of the criminal offender). The Criminal code in Republic of Montenegro has provided the imprisonment sentence one to six years for this qualified criminal offence from article 327.

²⁷ Zoran Stojanović- Obrad Perić, Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2000. p. 281.

²⁸ Dragan Jovašević, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Nomos, Beograd, 2003. p. 464

MOST QUALIFIED CRIMINAL OFFENCE AGAINST PUBLIC SAFETY

The result of criminal offence of provoking danger to public safety is a concrete danger to people's lives, bodies, health or a large scale property. If the consequence of the perpetration of the basic form of the criminal offence against public safety is the offence against protected assets-death of one or more persons, serious bodily injury or a large scale material damage, the very qualification of the criminal offence is changed. Then the basic form of a criminal offence of causing danger of general danger under article 187. of the Criminal code of the Republic of Serbia and article 327. of the Criminal code of the Republic of Montenegro turns into a serious criminal offence against public safety pursuant to article 194. of the Criminal code of the Republic of Serbia and article 338. of the Criminal code of the Republic of Montenegro. Practically speaking, it is the most serious criminal offence of causing general danger in criminal law in Serbia and Montenegro²⁹.

FINAL REMARKS

The possibility of accidental endangerment of people's lives, bodies, health and property and provocation of environmental hazards is more present nowadays than ever before. After all, it is the price that the humankind has paid to the contemporary, fast and dynamic technical-technological development and for the use of different sources of energies, raw materials and machines. On the other hand, everyone who is in everyday contact with potential causes of general danger, that are at the same time very useful forces for organizing, keeping and improvement of man'

²⁹ Ljubiša Jovanović- Vojislav Djurdjić- Dragan Jovašević, Krivično pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2004. p.428

life and work, should be more cautious and competent.

Stipulation of some forbidden and illegal activities in criminal codes of Republic of Serbia and Republic of Montenegro (with criminal liability for perpetrator of criminal offence and punishments for them) is one aspect of the protection of society and its values from the threat that it faces every day. One of the most general offences of this kind is causing general danger to public safety, stipulated in article 187. of the Criminal code of the Republic of Serbia and in article 327. of the Criminal code of the Republic of Montenegro.

In spite of severe sentences prescribed for perpetrators of these criminal offences, the frequency of the crime commission with disastrous consequences is very high. It points to the fact that social factors at all levels (governments , local authorities, inspections, enterprises, state or social institutions and organisation etc) should take and reinforce all prevention measures – general, particular and special in fighting such and similar activities.

BASIC LITERATURE

Čejović B., Krivično pravo u sudskoj praksi, Knjiga druga, Posebni deo, 1985.

Čejović B., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002.

Djurđić V., Jovašević D., Praktikum za krivično pravo, Knjiga druga, Posebni deo, Beograd, 2003.

grupa autora, Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Beograd, 1995.

Jovanović LJ., Jovašević D., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002.

Jovanović Lj., Djurđić V., Jovašević D., Krivično pravo, Posebni deo, Beograd, 2004.

Jovašević D., Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2002.

Jovašević D., Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002.

Jovašević D., Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije, Beograd, 2003.

Lazarević Lj., Vučković B., Vučković V., Komentar Krivičnog zakonika Republike Crne Gore, Cetinje, 2004.

Penko B., Strolig K., Kazenski zakonik, Ljubljana 1999.

Petrović B., Jovašević D., Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2005.

Simić I., Petrović M., Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena, Beograd, 2004.

Stojanović Z., Perić O., Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Republike Crne Gore sa objašnjenjima, Beograd, 1996.

Stojanović Z., Perić O., Krivično pravo, Posebni deo, 2000.



HUMANITARIAN INTERVENTION – SOME LEGAL ASPECTS

by AGNIESZKA SZPAK*

The issue of humanitarian intervention is very controversial and at the same time extremely relevant at present, when the centre of gravity has been transferred from international conflicts to internal (civil) wars and massive violations of human rights. The latter are today more endangered than state sovereignty. The problem of humanitarian intervention is not new; its beginnings date back to ancient times; also Hugo Grotius (1583-1645), a Dutch lawyer considered the father of the law of nations, devoted large parts of his work to the issue of humanitarian intervention, in his opinion an acceptable exception to the principle of non-intervention in the internal affairs of a state. Although doctrine of humanitarian intervention seems to collide with such fundamental principles of the international law as state sovereignty, non-intervention and the prohibition of the threat or use of force, this paper tries to prove that humanitarian intervention is not contradictory to any of these rules.

Definition of and Standards for Humanitarian Intervention

For reason of controversiality and complicity of the subject matter it is advisable to give a few exemplary definitions of humanitarian intervention. According to the Dictionary of International and Comparative Law¹ by James R. Fox humanitarian intervention encompasses actions by one or more

*Public International Law Faculty, Nicolas Copernicus University, Toruń, Poland.

¹ J. R. Fox, Dictionary of International and Comparative Law, Oceana Publications 2003.

third parties to attempt to mitigate or halt abuses of human rights, prevent the continued cruelty of a regime or conflict. Sean D. Murphy gives a more elaborate definition of humanitarian intervention: use of force or threat to use force by a state, a group of states or an international organization, with the intention to protect the population of a state, against which a large-scale action of human rights abuses is directed². Similarly J. L. Holzgrefe gives the following definition: humanitarian intervention is “the threat or use of force across state borders by a state (or group of states) aimed at preventing or ending widespread and grave violations of fundamental human rights of individuals other than its own citizens, without the permission of the state within whose territory force is applied”³. Generally speaking, humanitarian intervention is an intervention aimed at protecting fundamental human rights, preventing or ending widespread and grave violations of these rights.

There are five main conditions for humanitarian intervention – in other words the standards for humanitarian intervention which must be borne in mind during reading of this article. First of all, military action must be the last reasonable option to prevent or stop massive and grave violations which means that no effective alternatives are available. Second, the intervention must be based on humanitarian motives; it does not mean that they must be purely humanitarian but that the dominant motive must be humanitarian. Third, the intervention must be carried out with respect for human rights and international humanitarian law. Fourth, it must be reasonably likely that military action will do more good than harm; it just means that the intervention is reasonably likely to achieve its goal without causing more suffering; otherwise it should not be tried. And finally, the best and most and preferable body for authorizing humanitarian

² Quote from the article W obronie człowieczeństwa, “Prawo i Życie”, no. 04/2000 by D. Garstka (translation by the author).

³ J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane (ed.), Humanitarian Intervention. Ethical, Legal, and Political Dilemmas, Cambridge University Press 2003, p.18.

intervention is and should be the UN Security Council or at least other multilateral body⁴; however in extreme situations and when the Security Council is blocked by veto of a permanent member such an authorization is not required. Members of the UN conferred on the Security Council only primary responsibility for the maintenance of international peace and security, not exclusive one (Art. 24 of the UN Charter). When Security Council fails to prevent or stop massive violations of human rights, the responsibility falls back on states.

In this context it is worth mentioning the concept of “the responsibility to protect” which is contained in the *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* of December 2001⁵. This novel and very interesting concept encompasses responsibility to prevent, to react and to rebuild. The first one means addressing both the root causes and direct causes of internal conflict and other man- made crises putting populations at risk; the second type of responsibility comprises a respond to situations of compelling human need with appropriate measures, which may include coercive measures like sanctions and international prosecution, and in extreme cases military intervention; finally responsibility to rebuild means to provide, particularly after a military intervention, full assistance with recovery, reconstruction and reconciliation, addressing the causes of the harm the intervention was designed to halt or avert. The Report also enumerates five standards for conducting humanitarian intervention – they are in fact the same as those mentioned above, namely: the just cause threshold (meaning large scale loss of life or large scale ethnic cleansing), right

⁴ See J. Zajadło, Legalność i legitymizacja humanitarnej interwencji, “Państwo i Prawo” 2004, no. 1; see also: N.J. Wheeler, *Saving Strangers. Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford 2002, pp. 33 and next, C.A.J. Coady, *The Ethics of Armed Humanitarian Intervention*, US Institute of Peace, Washington 2002, pp. 24-31.

⁵ *The Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty* is available at: <http://www.iciss.ca/report-en.asp>

intention, last resort, proportional means and reasonable prospects.

Humanitarian Intervention in the Light of the Fundamental Principles of International Law Embodied in the Charter of the United Nations .

Humanitarian intervention authorized by the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter is legal and there are no doubts or controversies about it in practice and doctrine. Article 39 of the UN Charter is interpreted in a way that massive and grave violations of human rights constitute threat to international peace and security. There are a few examples of Security Council-authorized humanitarian interventions, such as Somalia (1992), Rwanda (1994), Haiti (1992) although the latter was of a precedential character as it was an intervention in the purely domestic affairs of another state. It was based on a support for the democratic rule of law. There exist huge controversies concerning the legality or acceptability of unilateral humanitarian intervention, not authorized by the Security Council (e.g. intervention in order to protect the Kurds in northern Iraq in 1991 or NATO's intervention in Kosovo in 1999).

In my opinion humanitarian intervention is not contradictory to the principles of sovereignty, of non-intervention in the internal affairs of another state or of the prohibition to use force. A humanitarian intervention serves to achieve one of the UN goals, which is promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion. Its realization is also a condition for the maintenance of international peace and security which should be an imperative goal of the whole international society and of each state alone.

The consequences of the principle of sovereignty are another fundamental principles such as non-intervention in the internal

affairs of a state, prohibition of the use of force, a right to self-determination and the sovereign equity. Today, sovereignty no longer can be understood as an absolute, unrestricted power; such an approach is nowadays anachronistic. Sovereignty must be correlated with other principles and values, such as peace, international security and respect for human rights (the latter is also necessary for the maintenance of international peace and security). It requires a new approach to sovereignty. We can assume that, due to increasing interdependence between states and the complexity of international relations, there are no fully sovereign states or that states, in exercise of their sovereign rights, voluntarily undertake obligations and subsequently fulfill them. For me the second approach seems more convincing. Relativity of sovereignty is of a non-legal character. In legal terms sovereignty, understood as internal and external self-determination, is still an unchanged state attribute, a premise of its personality, and a source of state competences. An obligation of a state to ensure respect for human rights embodied in international legal norms means that in this way these issues were removed from the sphere of internal affairs of a state and as a result Art. 2.7 of the UN Charter which provides that “[n]othing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII” is not applicable. If a state exercising its sovereign power voluntarily removes some issues, namely the sphere of human rights, from its domestic jurisdiction, because of this sovereignty a state simply undertakes international obligations and conclusion seems to be obvious: *pacta sunt servanda*. In such a case invoking the non-intervention principle is a classical abuse of right.

As clearly stated above, humanitarian intervention is not illegal; it is not contradictory to the principle of sovereignty.

Referring to the prohibition of the threat or use of force, I would like to quote Art. 2.4 of the UN Charter: "All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations"⁶. It is important to examine the second part of Art. 2.4 which concerns three goods against which no force or threat to use force can be used. They are territorial integrity, political independence and conformity with the UN purposes.

First of all humanitarian intervention is not directed against these goods. In order to find a legal justification for humanitarian intervention and prove that it is not contradictory to the prohibition to use force, we have to look into the four general purposes of the UN, articulated in Art. 1:

- Maintenance of international peace and security,
- Development of friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples,
- International cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and **in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion** [emphasis added],
- Being a centre for harmonising the actions of nations in the attainment of these common ends.

Art. 2 states: "The Organization and its Members, **in pursuit of the Purposes stated in Article 1** [emphasis added], shall act in accordance with the following Principles...". It just means that principles embodied in Art. 2 should serve to achieve purposes from Art. 1. As a consequence of what has been written above, it may be stated that humanitarian intervention is not prohibited by

⁶ Text of the Charter of the United Nations available at: www.un.org/aboutun/charter/index.html.

international law because it does not violate Art. 2.4 as it simply serves to achieve one of the UN Purposes on condition that it is a real, genuine humanitarian intervention. To conclude, I think that in a situation of mass, systematic and grave violations of human rights and fundamental freedoms there arises a duty to intervene. This is not only the duty of the international community as a whole but also of every single state. Secretary General Kofi Annan was also aware of the importance of humanitarian intervention and this concern is very clear in his annual 1999 report to the UN General Assembly, where he stated: "To those for whom the greatest threat to the future of international order is the use of force in the absence of a Security Council mandate, one might ask – not in the context of Kosovo – but in the context of Rwanda: If, in those dark days and hours leading up to the genocide, a coalition of States have been prepared to act in the defense of Tutsi population, but did not receive prompt Council authorization, should such a coalition have stood aside and allowed the horror to unfold?"⁷ Certainly, there exists a huge risk of abuse of humanitarian intervention doctrine by international actors that want to perform prohibited military intervention under the cover of humanitarian intervention. Yet the risk seems to diminish with the increase of the number of interveners. Postulates of collective humanitarian intervention are by all means righteous. But I think that the risk is not so grave as it is thought to be because of the high burden of proof laid on the interveners, controversies and costs (in money as well as in people); that is why humanitarian intervention is likely to stay an exceptional and rare solution. Also practice influences the international law and may contribute to creating a customary international norm of humanitarian intervention; some legal scholars like for instance Malcolm N. Shaw are of the opinion that in a case of extreme violations of human rights there

⁷ A. Orford, *Reading Humanitarian Intervention. Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press 2003, p.17.

exists customary right to intervene⁸. Still maybe the UN Charter should be amended in order to allow for humanitarian intervention in a situation of the Security Council being blocked by veto of a permanent member and when the interest of the whole humanity requires so. But it must be borne in mind that even the best instruments are not sufficient if political will is lacking. Actually, existing legal instruments are sufficient, as David Rieff observes: “No century has had better norms and worse realities”⁹, but states are still very state-centered and governed by their national interests and perspectives of advantage. Fortunately, human rights have become internationalized and they are not treated any more as being within the domestic affairs of a state but, on the contrary, human rights became “a matter of international concern” (Human Dimension of the OSCE). States violating human rights cannot thus hide behind the curtain of sovereignty and the principle of non-intervention. Respect for human rights and for fundamental freedoms for all is a *sine qua non condition* for maintenance of international peace and security and *vice versa*. Only in such circumstances may individuals enjoy their rights and freedoms and states may exercise their sovereign rights.

⁸ M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warsaw, 2000, p. 596 (translation by the author).

⁹ J. M. Welsh, *Humanitarian Intervention and International Relations*, Oxford University Press 2004, p.50.



REFERENCE VALUE OF INTERNATIONAL CONVENTIONS ON HUMAN RIGHTS AS REFLECTED IN THE DECISIONS OF THE TURKISH CRIMINAL COURTS

DR. MUHARREM ÖZEN*

INTRODUCTION

The “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” signed by 15 States on November 4th, 1950 in Rome was ratified by the Turkish Grand National Assembly with the Law numbered 6366 dated 10.3.1954, and was put into effect on 19.3.1954. Turkey has been a party to a majority of the international treaties related to human rights prepared under the European Council, United Nations, International Labour Organization and Organization for Security and Cooperation in Europe, to all of which she is a member, and has made them a part of her domestic law by putting them into effect as per Article 90 of the Constitution after ratifying them through laws.

In this context, there are a total of 30 human rights treaties prepared under the Council of Europe as of November 1st 2004; among these, 14 conventions have been ratified; of the remaining 16 conventions, 9 have been signed but not yet ratified, and 7 conventions remain unsigned. Similarly, there have also been a large number of treaties prepared under the United Nations with regard to human rights. Examples of these can be listed as follows: “Convention on the Prevention and Punishment of the

* Associate-Professor, Lecturer in criminal law, Faculty of Law, University of Ankara.

Crime of Genocide” (1948), “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” (1966), “International Covenant on Civil and Political Rights” (1966), “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” (1966), “Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” (1979), “Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment” (1984), “Convention on the Rights of the Child” (1989) and “Convention against Transnational Organized Crime” (2000). Turkey has been a party to all of these mentioned treaties. All of the total of eight conventions prepared by the International Labour Organization have been ratified by Turkey and made a part of the Turkish domestic law.¹ There is no doubt that being a party to these human rights conventions, ratifying them and making them a part of the domestic law has had its effects on the preparation of laws in Turkey. In particular, the European Convention on Human Rights and the decisions of the European Court of Human Rights have started to show their positive effects both in the creation of the legislation and on the decisions of the Turkish courts.

Indeed, the concrete effects of the above-mentioned international conventions on human rights in the Turkish law in terms of development of the legislation and in justification of judicial decisions can be seen clearly. Particularly, the acceptance of Turkey’s individual application to the European Court of Human Rights, and the reflection of the European Convention on Human Rights and the case-laws of the European Court of Human Rights, which executes this convention, onto domestic law and judicial decisions due to the negotiation process with the European Union

¹ For a list of treaties related to human rights, please see: ARIKAN, Saadet, “Anayasa’nın 90. Maddesinde yapılan Değişikliğin Işığında İnsan Hakları Andlaşmaları ve İlk Derece Mahkemeleri”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin in İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ulusal toplantı, Ankara 5 November 2004, p. 116 et alibi

have really been a very positive development. Especially, with the decisions rendered by the European Court of Human Rights against Turkey, the current interest in the Convention in terms of our country has doubled. In this context, many legal changes have been introduced under the name of harmonization packages for the purpose of meeting the Copenhagen criteria on the road to become a full member to the European Union. Among these, changes that take into account the additional protocols of the European Convention on Human Rights have a significant place.² The European Convention on Human Rights and the decisions of its implementer the European Court of Human Rights have been specifically taken into consideration in the arrangements related to fundamental rights and freedoms in the Constitution, and in other law amendments, mainly the amendments made to the new Code of Criminal Procedures numbered 5271³.

This paper will address whether, in the light of criminal court

² Some of the amendments on this matter include limitation of death penalties by law and their gradual abolition, and acceptance of the violation decisions of the European Court of Human Rights as a reason to retrial under certain conditions. Similarly, as a requirement of the Additional protocol No.13 concerning the abolition of death penalty, the provision “No one can be sentenced to death and general confiscation” has been added to Article 38 of the Constitution. In addition, the rule “Findings obtained through illegal methods shall not be considered evidence” has been added to Article 38/6.

³ The Code of Criminal Procedures numbered 5271 dated 04.12.2004 includes new provisions which strengthen and reinforce the right to fair trial, the principal of state of law and the right to defence. In this framework, the violation decisions rendered against Turkey by the European Court of Human Rights have been deemed as a reason to re-trial in the Turkish criminal justice. In deed, in accordance with Article 311/f of the Code of Criminal Procedures, cases “where it is determined by the decision of the European Court of Human Rights that a sentence has been given in violation of the Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or its additional protocols and that this sentence is based on this violation” are accepted as a reason for retrial in favour of the convict.

decisions, the Turkish criminal courts have any reference value in the settlement of disagreements with the provisions of international conventions concerning human rights, particularly the European Convention on Human Rights and the decisions of the European Court of Human Rights. Decisions that have a reference value will be evaluated in two categories based on whether the international treaties on human rights are to be addressed as supportive-explanatory norms or as independent support norms. The decisions of the Turkish criminal courts addressing international conventions on human rights will be examined under two main headings: decisions of the first degree courts (courts of first instance), and decisions of the Court of Appeals. In this context, the paper will attempt to address the developments in judicial decisions in Turkey on the basis of the amendments made in Article 90/last paragraph of the Constitution of the Turkish Republic with Law numbered 5170 and dated 7.5.2004, via classification under two categories as judicial decisions before and after such amendment.

REFERENCE VALUE OF CONVENTIONS ON HUMAN RIGHTS IN THE TURKISH LAW

Article 90 of the Constitution of the Republic of Turkey includes the rule: “international agreements duly put into effect bear the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional.” With Law numbered 5170 and dated 7.5.2004, the 1982 Constitution was amended, and the following provision was added to the last paragraph of Article 90: **“In case of contradiction between international agreements regarding basic rights and freedoms approved through proper procedure and domestic laws, due to different procedures on the same issue, the provisions of international agreements shall be considered.”**

In the face of these provisions, it becomes necessary to determine the reference value of the provisions of international conventions in the Turkish law. It should be stated that the legal problem here is the problem of ranking between supranational/international law and national law. The centre of the problem is the relation between supranational/international law and national law. It is clear that this arrangement was aimed as an open dispute rule to solve the issue of ranking between norms that make up the constitutionality block. Whether this formulation in the Constitution will respond to every possibility of collision that will arise is another discussion topic.⁴ Here, we will examine the reference value of this arrangement incorporated into the Constitution in judicial decisions in terms of solution of discordances, in the light of the decisions taken.

REFERENCE VALUE OF INTERNATIONAL CONVENTIONS RELATED TO HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL TRIAL PROCEDURES

THE ATTITUDE OF FIRST DEGREE COURTS

Implementation prior to Amendments Made in the Constitution in 2004

The first degree courts (courts of first instance) in Turkey are the criminal courts of peace, basic criminal courts and heavy criminal courts. In addition, there are also military criminal courts, criminal enforcement courts, criminal courts of literary and

⁴ Regarding that issue, debates on constitutional law are still continuing in our country. For problems that may arise and the capacity of this constitutional provision to solve the problems, please see. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, İnsan Hakları Uluslararası sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ulusal Toplantı, Ankara 5 Kasım 2004, s. 83 vd.; GÜLMEZ, Mesut, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ulusal Toplantı, Ankara 5 November 2004, p. 38 et alibi.

industrial rights, and state security courts, which serve as specialized courts. After Article 143 of the Constitution, which was about State Security Courts, was abolished with Law numbered 5170 and dated 7.5.2004, the Law on Establishment and Trial Procedures of State Security Courts was abolished with Law numbered 2845 and dated 18.6.1983. It has been accepted that crimes falling under the jurisdiction of these courts will be tried by specific chambers that will be established in heavy criminal courts.⁵

Due to the “principle of legality” applicable in penal law, criminal courts have taken into account the international conventions and especially the European Convention on Human Rights as support-proportion norms when settling tangible disputes. In that regard, they have not considered them directly as references in the settlement on penal disputes.

Implementation After the Constitutional Amendments in 2004

Various legal arrangements have been made in Turkey to achieve harmonization with the European Union and meet the Copenhagen criteria. In addition, training programs have been carried out with regard to the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights, for judges and prosecutors that implement the laws, by the Ministry of Justice. This project was prepared as a Joint Project of the European Union and the European Council, and was started in May 2003 and completed in December 2003. Among the answers given to the questionnaires handed out to the participants during the project implementation, it was observed that the participants had

⁵ Article 250 et al of the Code of Criminal Procedures numbered 5271 regulate which chambers of the heavy criminal court will try which crimes, together with the working principles of these chambers.

a strong desire and determination to use their newly acquired knowledge in their court decisions.⁶

Some of the judgements rendered by judges and prosecutors who participated and completed the training within the framework of this project were sent to the General Directorate of European Union of the Ministry of Justice. The total number of these judgements is 135; 11 of them are court decisions, and 24 are judgements related to prosecution and other procedures. It must be stated that reference was made to the relevant articles of the European Convention on Human Rights and to the judgements of the European Court of Human Rights, not only in the court decisions that constituted the “decrees”, but also in the prosecutors’ opinions on the merits, in indictments, and in protection measures related to the state of detention and arrests.

It is observed that the method employed in court decisions tend to be in the form of making reference either to the articles of the European Convention on Human Rights or to the judgements of the European Court of Human Rights. When the judgements of the courts are examined, it is seen that there are 65 references made to Article 6 of the European Convention on Human Rights, which determines the “right to a fair trial”. As to the others, it is seen that two references are made to Article 2 which regulates the right to life, four references to Article 3 which is on the prohibition of torture, ten references to Article 5 which provides for the right to liberty and security, two references to Article 7

⁶ 225 judges and prosecutors were trained as “trainers” in this project, and thus trained judges-prosecutors conveyed their knowledge and experiences to approximately 8500 colleagues between April 2004 and July 2004. On this subject, please see. ARIKAN, Saadet, Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişikliğin ışığında İnsan Hakları Andlaşmaları ve İlk Derece Mahkemeleri, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Türkiye Barolar Birliği (Turkish Bar Association), Ankara 5 November 2004, p.103.

which regulates the prohibition of punishment without law, seven references to Article 8 ‘right to respect for private and family life’, and twelve references to Article 10 which determines the freedom of expression.⁷ As can be understood from these references, Article 6 which regulates the right to a fair trial is the article that is most referred to by courts. Article 6 is composed of three paragraphs and six sub-paragraphs, and the breakdown of references as per paragraphs is as follows:⁸

<u>Article Paragraph</u>	<u>Number of Decisions</u>
Article 6/1	2
Article 6/2	17
Article 6/1-2	2
Article 6/3-c	4
Article 6/3-e	2
Article 6/3 (general reference)	1
Article 6 (general reference)	37

It should be stated that not all of the judgements mentioned above were rendered by criminal courts. Some of them were rendered by civil courts within the judicial system, and some by administrative courts. However, the majority of the judgements were rendered by criminal courts.

In relation to our subject matter, we would like to point out some of the judgements rendered by the basic criminal courts. On 20.01.2004, prior to the amendments in Article 90 of the Turkish Constitution, the Sivas Criminal Court of Peace found that filing a public lawsuit against the accused without any valid and reasonable doubt and without hearing the accused is in violation of Article 163/1 of the repealed Code of Criminal Procedures (CMUK) and of Article 5/1-c and 6 of the European Convention on Human Rights, and ruled for the “stay of the public case” in

⁷ ARIKAN, p. 104-105.

⁸ On this subject, please refer to. ARIKAN, p.105.

accordance with article 253/3 of the repealed Code of Criminal Procedures. In its Judgement no:2004/16 and Merit No. 2004/19, the Sivas Criminal Court of Peace included the following rationale: “The European Convention on Human Rights was ratified in 1954. Pursuant to Article 90 of the Constitution, the Convention bears the force of law that cannot be appealed on the grounds of unconstitutionality. Therefore, the Convention constitutes a legal norm that is more powerful than the laws that can be appealed on the grounds of unconstitutionality. In addition, in the opinion of our Court, the Convention is a legal norm which must take precedence in application and which must be held superior to other laws as it regulates the fundamental human rights and freedoms”. As can be understood from the judgement, the criminal court emphasizes, even before the Constitutional amendment, that the provisions of the European Convention on Human Rights which regulates fundamental rights and freedoms are held superior to domestic law.

The Aydın Criminal Court of Peace, with its judgement numbered 2004/787 dated 03.06.2004 in the trial regarding the offence of “repossession”, ruled for the “stay of the trial”, basing its decision on Article 253/4 of the repealed Code of Criminal Procedures within the framework of the right to a fair trial based on Article 6/3 of the European Convention on Human Rights. Similarly, the Bandırma Basic Criminal Court, in a trial related to the offences of “threat with weapon, threat with clause and insult in the absence of victim”, ruled for the acquittal of the accused, making reference to Article 6/2 of the European Convention on Human Rights which regulates the right to fair trial and the judgement of the European Court of Human Rights dated 20.03.2003 in “Telfner vs. Austria”.

When we look at the decisions of the prosecution, we see that references are made in indictments, in judgements of irrelevance of prosecution, deferral of execution and court decisions on search warrants etc. The breakdown of these judgements as per

the relevant articles of the ECHR is given in the table below:⁹

<u>Related Article of the ECHR</u>	<u>Number of Decisions</u>
Article 3, By-law article 39	1
Article 5 (right to liberty and security)	3
Article 6 (right to a fair trial)	7
Article 8 (private life)	3
Article 10 (freedom of expression)	10

APPROACH OF THE COURT OF APPEALS

Application by Court of Appeals prior to Constitutional Amendments in 2004

Application as Support-Measure norm

The Court of Appeals makes reference to international conventions on human rights mostly as support-measure norms. In its judgements, the Court makes references when there is a parallelism with the domestic law and the conventions on fundamental freedoms and rights, and when the arrangements are provided for in the same framework. Here, the point that is worth noting is that the Court uses them not directly as independent-support norms, but as reference norms to reinforce the conclusion it has arrived in domestic law.

In this context, in its judgement dated 12.10.1998, the 8th Criminal Chamber of the Court of Appeals included the following rationale: *“our country has adopted international conventions related to human rights, which are universal in nature, and has codified them as a part of our domestic law. In accordance with the last paragraph of Article 90 of our Constitution, International Conventions duly put into effect bear the force of*

⁹ On this subject, please see. ARIKAN, p.106.

*law*¹⁰. The same criminal chamber, in its judgement numbered 2002/11327, Merit No. 2002/9903 dated 9.12.2002, refers not only to the European Convention on Human Rights, but also to the UN Universal Declaration of Human Rights, and European and UN torture conventions which are international conventions to which Turkey is a signatory, as support norms to reinforce the rationale.¹¹

The Assembly of Criminal Chambers of the Court of Appeals also makes references to international conventions on human rights in its judgements. In deed, in its Judgement No. 11999/164 Merit No.1999-109 dated 15.6.1999, the Assembly used as support norm the Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to which Turkey was not yet a party at that time. Similarly, in a torture case, the Assembly of Criminal Chambers, in its Judgement no.2002/362 Merit No. 2002/8-191 dated 15.10.2002, pointed out to the World Medical Association's Declaration of Tokyo in addition to the European Convention on Human Rights and international conventions on torture; and in the conclusion emphasized that torture is a crime committed against humanity. In the trial of law enforcement officers who were charged with torturing a group of people who were detained on the grounds of denunciation received on phone that they were involved in car theft, in 1997, by stripping them naked and electrocuting them, squeezing their testicles and beating for the purpose of making them confess their crimes, the Assembly of Criminal Chambers of the Court of Appeals, assessing the judgement of sentence not on the crime of torture but on the crime of "cruel and inhuman treatment", points out to human

¹⁰ Judgement no. 1998/12819 Merit No. 1998/10667 dated 12.10.1998 of the 8th Criminal chamber of the Court of Appeal.

¹¹ AKTAN,Hamdi Yaver, "Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza dairelerince Uygulanması", İnsan Hakları Uluslararası sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ulusal Toplantı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5 November 2004, p. 141

rights in general to indicate the extent of the torture and as a result states that it is a crime against humanity and puts emphasis on the existing international conventions in this area. With regard to this event, according to the judgement of the Assembly of Criminal Chambers, *“there is no doubt that one of the most important issues in our century is “human rights”. As the most developed living creature, a human being can resort to violence as a result of failure to control his expressional behaviours or as a result of the dominating power of some of his internalized instincts. However, with the development of civilization, humanity has reached some intangible values; humanity and its dignity have been accepted as sacred values. Therefore, protection of human rights in the highest degree and attribution of due value to human dignity have great significance, and this can only be possible by applying justice in a way that will ensure everyone’s confidence in it. Human rights encompass all the rights enjoyed, without discrimination. Hence, and to express in a single sentence, the crime of torture is a “crime against humanity” committed against humanity. The said crime, with this nature of it, has been the subject of many universal conventions. Likewise, in accordance with Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights which was adopted on December 10 1948 by the General Assembly of the United Nations and ratified with the Law numbered 7212 “no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”*

According to Article 3 of the European Convention on Human Rights dated November 4 1950, which was ratified with Law no. 6366, *“no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”; the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment dated 10 December 1984 defines torture and provides for an international monitoring; and this convention has also been ratified, published and put into effect in*

our country."¹²

The 4th Criminal Chamber of the Court of Appeals, in its judgement No. 2004/3746 merit no.2003/2630 dated 24.3.2004, points out that the UN Convention on the Rights of the Child has become a rule of the domestic law, and reflects in its rationale the arrangements of the Convention's Articles 19, 32 and 36.¹³

¹² In addition to the international conventions pointed out above, the Assembly of Criminal Chambers also refers to the World Medical Association's Declaration of Tokyo for the definition of torture. The judgement says, "Torture is defined in the United Nations Convention as any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person, and defined in the World Medical Association's Declaration of Tokyo as the deliberate, systematic or wanton infliction of physical or mental suffering by one or more persons acting alone or on the orders of any authority, to force another person to yield information, to make a confession, or for any other reason. " On this issue, please see. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.10.2002 gün ve 2002/8-191 Esas, 2002/362 sayılı kararı (Judgement of the Assembly of Criminal Chambers of the Court of Appeals dated 15.10.2002, Merit No. 2002/8-191 Judgement No. 2002/362) Yargıtay Kararlar Dergisi (Journal of Court of Appeals Judgements), Volume: 29, No: 2, February 2003, p. 268,270.

¹³ The Regulation on Apprehension effective on the date of the event accepted the concept of "child" in a way that covers those up to age 18, in violation of the then effective Act on Organization, Functions and Trial Procedures of Juvenile Courts, numbered 2253 and the provisions of the Law numbered 3005 on Trial Procedures for Flagrante Delicto Crimes, and ruled that the provisions of the Law no. 3005 on the Trial Procedures for Flagrante Delicto Crimes cannot be applied to those who were under 18 at the time of the commitment of the crime. The 4th Criminal Chamber of the Court of Appeals, in this judgement, made an assessment as to the following: " The arrangement provided for by the Regulation on Apprehension is in violation of Laws numbered 3005 and 2253; however, it is in conformity with the Convention as Article 1 of the Convention on the Rights of the Child, which is a rule of the domestic law under Article 90 of the Constitution, covers all minors that have not yet reached age 18". For this judgement, please see. BALO, Yusuf Solmaz, Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku, Ankara 2003, p. 202-203..

In 1996, when State Security Courts were still in operation, in the trials in State Security Courts the request was denied upon the request of the defence counsel in terms of the accused being of foreign nationality, and continuation of the trial was decided followed by the ruling of a sentence. The 10th Criminal Chamber of the Court of Appeals which examined this judgement determined that, when Article 138 of the Code of Criminal Procedures, which was revoked on 1 June 2005 and which regulated the appointment of a defence counsel by the bar, is evaluated together with Article 6/3-c of the European Convention on Human Rights, in terms of the State Security Courts, Article 138 is in collision with Article 6/3-c of the Convention; and then concluded that in accordance with the provision of Article 90 of the Constitution, this provision of the European Convention on Human Rights is above laws and must be applied directly to the concrete case.¹⁴

The Court of Military Appeals also has judgements in which it uses the European Convention on Human Rights as support norm. In this context, The Assembly of Chambers of the Court of Military Appeals, in a judgement it rendered in 2001,¹⁵ concluded that the proceedings where the indictment was not served beforehand to the accused and the accused was informed for the first time about the charges laid upon him when he was first brought before the judge for interrogation and the accused was not informed by the judge about his right to demand the deferral of the hearing to another day, constituted a violation of the right to be given adequate time and facilities for the preparation of his defence and the right to be informed promptly, in a language

¹⁴ 10th Criminal Chamber of the Court of Appeals; Judgement No. 1996/14546, Merit No. 1996/13975 dated 24.12.1996.

¹⁵ Decision no. 104/107 dated 22.11.2001 of the Assembly of Chambers of the Court of Military Appeals (TEZCAN,Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.edition, Ankara 2004, p.359).

which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusations against him, which is one of the minimum rights granted to the accused in Article 6/3 of the European Convention on Human Rights, in addition to Article 221 of the repealed Code of Criminal Procedures and Article 120 of the Law on Establishment and Trial Procedures of Military Courts.

Direct application as independent-measure norm

Though few in number, there are also some judgements of the Court of Appeals where international conventions on human rights are applied as independent-measure norms, that is, applied directly. In this context, both the Criminal Chamber and the Assembly of Criminal Chambers have judgements for the direct application of Article 6/3-e of the European Convention on Human Rights regarding the right to have free assistance of an interpreter. In deed, despite the provisions of Articles 252 and 406 of the repealed Code of Criminal Procedures and Article 39 of the repealed Turkish Penal Code, the 6th Criminal Chamber of the Court of Appeals has accepted the provision of Article 6/3-e of the European Convention on Human Rights which reads as “*to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the court*”, as an independent-measure norm, by applying it directly.¹⁶ Likewise, the Assembly of Criminal Chambers of the Court of Appeals, in one of its judgements where it directly applied the European Convention on Human Rights, points out that Article 406 of the repealed Code of Criminal Procedures numbered 1412 and Article 39 of the repealed Turkish Penal Code are general provisions, and the provision in Article 6/3-e of the European Convention on

¹⁶ Judgement of the 6th Criminal Chamber of the Court of Appeals dated 20.11.1995, Merit no. 1995/116, judgement no, 1995/12124. See. AKTAN, p.145.”

Human Rights is a special provision.¹⁷

The 2nd Criminal Chamber of the Court of Appeals used to make a distinction between national and alien accused, adopting an approach which considers the right to free use of an interpreter provided for in Article 6/3-e of the European Convention on Human Rights as a provision “*that should be applied only for accused that are not nationals of Turkey.*”¹⁸ Later on, it changed this case-law and expanded the scope of the right to free use of an interpreter, concluding that the interpreter costs incurred for the complainant and the witness cannot be charged onto the accused. In its judgement dated 13.5.2004, the 2nd Criminal Chamber of the Court of Appeals ruled that the interpreter fees incurred due to a referral to an interpreter for the hearing of witnesses cannot be charged onto the accused, with the following wording: “*Considering the arrangements in Article 90 of the Constitution*

¹⁷ Judgement of the Assembly of Criminal Chambers of the Court of Appeals dated 12.3.1996, Merit no. 1996/6-2, Judgement No. 1996/33. Here, the “general provision-special provision” approach of the Assembly of Criminal Chambers of the Court of Appeals when directly applying the relevant provision of the European Convention on Human Rights is objectionable. Because, if it is accepted that the law brings forth general provisions and the convention brings forth special provisions, then it would mean that in the case of a collision between the provisions of an international convention and the provisions of domestic law, the provision in the international convention would be ignored and the provision existing in domestic law would be applied. And in case of adoption of such a manner of interpretation, the scope of application of international conventions would be narrowed, and they would be reduced to provisions applied merely for filling in the gaps in cases where there are no applicable provisions in domestic law. However, this interpretation does not agree with the amendment made in the last paragraph of Article 90 of the Constitution. Likewise, as pointed out before, in case of contradiction between international agreements regarding basic rights and freedoms approved through proper procedure and domestic laws, due to different procedures on the same issue, the provisions of international agreements shall be considered.

¹⁸ Judgement of the 2nd Criminal Chamber of the Court of Appeals dated 22.9.1999, Merit No. 1999/9948, Judgement No. 1999/11550.

and Article 9/3-e of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; the Court does not share the opinion in the notification, as the fact that the witnesses did not speak or understand Turkish is not a situation arising due to the accused, and hence, the accused cannot be held responsible for an expense which he did not cause, and there is no non-conformity in not charging onto the accused the expenses incurred for interpretation services procured for the hearing of the witnesses.”¹⁹.

The 8th Criminal Chamber of the Court of Appeals, observing that there is no provision regarding the development of the crime in the Act numbered 4422 on Combating Interests Aimed Crime Organizations, that is, that there is a gap in the law, takes as a basis the definition in Article 2/a of the UN Convention on Transnational Organized Crimes, without taking into consideration the provisions of Article 313 of the repealed Turkish Penal Code No. 765 related to the crime of establishing a gang of crime to commit crime²⁰, which is a general provision. In deed, in this judgement, according to the 8th Criminal Chamber, “*Article 2/a of the UN Convention against Transnational Organized Crime which has been ratified with Law no 4800 and put into*

¹⁹ Judgment of 2nd Criminal Chamber of the Court of Appeals dated 13.5.2004, Merit No 2002/25183, Judgement No 2004/10649 (Yargıtay Kararlar Dergisi [Journal of Court of Appeals Judgements], Volume: 30, Issue: 8, August 2004, p.1288-1289). Judgement of the 6th Criminal Chamber of the Court of Appeals dated 20.11.1995 numbered 11619-12124 also points out, with a reference to the European Convention on Human Rights, that accuseds with foreign nationalities cannot be held responsible for the interpreter expert witness fees during interrogation and trial. Please see: Yargıtay Kararları Dergisi (Journal of Court of Appeals Judgements), Volume: 22, Issue: 2, February 1996, p. 304-305.

²⁰ In Article 220 of the new Turkish penal Code numbered 5237 the crime of “establishing a gang of crime for the purpose of committing crime” is rearranged, requiring that for a crime group to exist, it must have at least three members.

*effect following its publication in the Official Gazette with the decree dated 18.3.2003 of the Council of Ministers, and which is applicable for all crime gangs and regional crime groups, defines organized crime group as a structured group of three or more persons; hence, the accused who consist of two persons cannot be considered as an interests-aimed crime group.”*²¹

Implementation by the Court of Appeals After the Constitutional Amendment in 2004

In the period following the amendments made in Article 90/last paragraph of the Constitution, there are hardly any judgements by the Court of Appeals that take into consideration these amendments. As known, it takes time for a disagreement to come before the Court of Appeals, and the formation of a case-law on it is a long process. There is no doubt that in the face of these amendments, the direct application of the European Convention on Human Rights and the other international conventions related to human rights in penal collisions will become widespread. And this widespread application will contribute in the creation of a case-law by the Court of Appeals and its subsequent use by the same.

In this short period, some applications and evaluations have occurred on the part of the Court of Appeals. One of these instances is in the notification of the Chief Public Prosecutor's Office of the Appeals Court which is not binding upon the relevant criminal chamber, where it is concluded that, with a

²¹ 8. Judgement of the Criminal Chamber dated 2.6.2003, Merit No 2003/2495, Judgement No. 2003/1779 (Yargıtay Kararlar Dergisi [Journal of Court of Appeals Judgements], Volume: 30, Issue: 4, April 2004, p. 635); Judgement of the same Chamber dated 1.3.2004, Merit No. 2002/12931, Judgement No. 2004/1547; Judgement dated 3.3.2004, Merit No. 2003/12107, Judgement No. 2004/1685. For these judgments, please see. AKTAN, p. 147.

reference to Article 81/c of the Act on Political Parties no. 2820, the arrangement included in Article 117 of the same law with regard to the crime of “using a language other than Turkish in political party meetings and demonstrations, and to act indifferent with regard to its use”, when discussed in consideration of Article 90/last paragraph of the Constitution, has ceased to constitute a crime as a result of Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights. In deed, in the notification dated 31.8.2004 it is stated that *“In the event, it is claimed that a folk-songs cassette in “Kurdish”, which is not a “prohibited language” but is “a language other than Turkish”, was played and slogans were shouted in that same language, and with these behaviours which continued periodically, the accused has remained indifferent thereto in violation of Article 81/c of the Act on Political Parties no. 2820. The offence included in Article 81/ of the Law numbered 2820 has an intentional nature. The acts of “remaining indifferent, overlooking” are also specific to acts that can be committed with intent. The Article stipulates a restriction in terms of freedom, and according to Articles 10-11 of the European Convention on Human Rights, this restriction must be proportional and compatible with the necessities of democratic society”*. In the same notification, it is said that, *“what is prohibited by Article 81/c of the Act on Political Parties no. 2820 is not any usage of any language other than Turkish, but the prohibition refers specifically to acts committed for the purpose of promoting, dissemination the party program and ideology and politics (with an intention to disturb the national quality of the state). In our country where there is the freedom to make and publish music tapes in all languages other than Turkish, advocating that this is not a freedom that is granted to political parties which must make the most use of freedoms, does not agree with the necessities of a democratic society. Within the framework of Article 10-11 of the European Convention on Human Rights, and in particular, in consideration of Article 90/last paragraph of the Constitution, the scope of the article should be determined in*

this way in line with the principles given above. Although what is stipulated by laws is for a political party to carry out its activities in Turkish, it is also a requirement of Articles 10-11 of the European Convention on Human Rights that these political parties should also be able to carry out their activities in another language, depending on whether the addressed group knows or does not know Turkish, in other words, that they should be able to reach that base, in consideration of the idea that democracy gains strength from base”²². On the same subject, The Chief Public Prosecutor’s Office of the Appeals Court puts emphasis onto more elaborate but similar ideas. The Chief Public Prosecutor’s Office, in its notification dated 1.3.2005, against the sentence given to the accused for the offence of remaining indifferent to the usage of a language other than Turkish in a political party meeting as included in Article 81/c of the Act on Political Parties numbered 2820, first determines the rules in domestic law related to the matter, then evaluates the case in the light of Articles 10-11 of the European Convention on Human Rights and the judgements of the European Court of Human Rights and also in the light of Article 90/last paragraph of the Constitution, and demands the reversal of the judgement. In deed, in the notification it is said that, “Article 10 of the European Convention on Human Rights enshrines the freedom of expression, and Article 11 enshrines the freedom of assembly and association; and the second paragraphs of both articles provide for reasons of restriction for these freedoms; Article 17 of the Convention also prohibits the abuse of these rights. In the UN International Covenant on Civil and Political Rights, Article 19 regulates the freedom of expression, Article 21 the right of peaceful assembly, and Article 22 the right to freedom of association with others; the limits of these freedoms are also included in the said articles; Article 5 of the Covenant states that these rights cannot be abused. The said articles gain significance

²² Notification of the Chief Public Prosecutor’s Office of the Appeals Court dated 31.8. 2004, numbered 2004/083265, section 7/SP.

with respect to freedom of expression with its political dimensions, and the freedom of association in relation to minorities. In a case which it examined within the framework of Article 10 of the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights, in its judgement of “Leew-St Pierre vs. Belgium” dated 1965, stated that the Convention does not grant individuals the right to use their own languages “in their relations with public authorities”.

In the applications made against the decisions to close political parties within the scope of the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights, in its judgement rendered against Turkey, expressed that “ political parties cannot be banned from defending the protection and development of minority rights, on the condition that it does not disturb the state’s territorial integrity”, and stated that party closing decisions based on these phenomena constitute a violation of the convention.

In Article 1 of the European Convention on Human Rights, it is stated that “everyone” within the jurisdiction of the contracting party shall enjoy the rights defined in the Convention; hence, it is emphasized that minorities are also included in the expression “everyone”. Inability to address an audience in the language understood or spoken by such audience “does not agree with the necessities of a democratic society” within the context of the freedom of assembly and association”²³.

The 8th Criminal Chamber of the Court of Appeals, in a judgement regarding “the crime of illegal migrant trafficking”, defines crime group through interpreting Article 1 of the UN Convention against Transnational Organized Crime and Article 1 of Protocol against the Smuggling of migrants by Land, Sea and

²³ Notification of the Chief Public Prosecutor’s Office of the Appeals Court, dated 1.3.2005 numbered 2004/165019 Section 7/SP, (not published).

Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, together, without mentioning Article 90/last paragraph of the Constitution.²⁴

The 7th Criminal Chamber of the Court of Appeals directly applied the UN Convention on the Rights of the Child, when determining that the Act of Flagrante Delicto Crimes numbered 3005 is not applicable for minors, and that the term “minor” encompasses those who were 15 years old when the crime was committed, and when determining the scope of application of the Act on Organization, Functions and Trial Procedures of Juvenile Courts numbered 2253 which was repealed with the Child Protection Law numbered 5395 and dated 3.7.2005. In deed, in the judgement dated 27.9.2004 it has concluded that, *“With Article 8 of the Law numbered 4965 which entered into force after its publication in the Official Gazette dated 7.8.2003 and numbered 25192, the expression “15” included in Article 6.1 of the Law no.2253 as “Lawsuits related to crimes committed by minors who have not yet completed age 15 and which fall under the jurisdiction of general courts shall be administered by Juvenile Courts” has been amended as “18”; hence, the arrangement is parallel to the provisions of Article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child signed on 20.11.1989 and made a rule of domestic law after its ratification by the Turkish Grand National Assembly with the Law published in the Official Gazette dated 27.1.1995 and numbered 22184, which reads as “For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier”; and after the date of the verdict, the sentence added to Article 90 of the Constitution with law no.5170 which came into effect after its publication in the Official Gazette dated 22.5.2004 and numbered 25469 introduced the provision that “In case of*

²⁴ Judgement of 8th Criminal Chamber of the Court of Appeals dated 7.7.2004, Merit No 2003/3622, Judgement No.2004/6288. See.AKTAN, p. 147.

*contradiction between international agreements regarding basic rights and freedoms approved through proper procedure and domestic laws, due to different provisions on the same issue, the provisions of international agreements shall be considered”; hence, the provision “The term “minor” in this law shall mean persons who have not yet completed age 15 on the date of the commitment of the crime” is rendered invalid*²⁵. Hence, the Court of Appeals has applied the provision of Article 90/last paragraph of the Constitution to a concrete contradiction, and ruled that the definition of child included in Article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child, which has become a rule of the domestic law, would be considered in stead of the provision included in the domestic law and stipulating that the term child includes only those until age 15, and that the law provision that is in collusion with this has become null.

²⁵ Judgement of the 7th Criminal Chamber of the Court of Appeals dated 27.9.2004, Merit No 2003/10073, Judgement No.2004/11328 (not published).



PUNISHMENT PROPORTIONING IN THE CRIMINAL LAW OF SERBIA AND MONTENEGRO

**BY DR. DRAGAN JOVASEVIC* AND JUDGE
ALEKSANDAR TRESNJEV****

SUMMARY

In order to provide efficient and quality protection of major social goods and virtues Criminal Law recognizes various punishments for different crimes. They are legally specified measures against offenders, pronounced before the court after appropriate legal proceedings. Among sanctions within Criminal Law and in accordance with its importance, character, nature and contents penalties form a special group. Penalties are basic punishments in any Criminal Law that are specified in a separate part of every Penal Code and are to be imposed separately, cumulatively or alternatively with other sanctions.

In order to fulfill their legally set aim i.e. to prevent an offender to repeat a specific offence and to help his rehabilitation and integration into society as well as to fulfill other requirements of general prevention of crimes in every particular case a punishment, specific in manner and portioning, determined by social wrong caused by the offence as well as by the character of the offender, should be pronounced and imposed upon every single offender. The basic, most common manner of determining the proper punishment that every court applies in every single case is punishment portioning in accordance with mitigating and aggravating circumstances. These circumstances are defined in our Criminal Law in the provisions of the Article 41 of the Basic Penal Code (the former Penal Code of the FR Yugoslavia).

INTRODUCTION

The most dangerous kind of acts that can harm or bring in jeopardy the most important social values and goods in a legal system are crimes.¹

They are in our legal system stated in the basic² and additional penal legislation. Since the ancient times, the history of mankind keeps records of the different manners of expression of punishable, forbidden, socially dangerous and illegal behavior of individuals and groups in various aspects of social life. All those not permitted, proscribed and punishable kinds of behavior can be expressed in one single word - crime (lat. *crimen* - wrong, misdeed) and certain sanctions are stipulated for those who commit one or more of such crimes. The system of such social measures, which were used to influence, diminish, prevent and repress different kinds of punishable behavior, tried to achieve the protective function of Criminal Law in general.

* Faculty of Law, Niš Serbia and Montenegro

** Judge, Belgrade Second Municipal Court, Serbia and Montenegro.

¹ Dragan Jovašević, Criminal Law Lexicon, Sluzbeni list SRJ i.e. Official Gazette of the FR Yugoslavia (in further readings Official Gazette will stand for Sluzbeni list. All the titles of materials published in Serbia and Montenegro are translated in English in order to indicate its contents), Belgrade, 2002, p. 24

² After the adoption of the Constitutional Charter of the State Community of Serbia and Montenegro (Official Gazette of Serbia and Montenegro nr. 1/2003) in February 2003, after two decades of split jurisdiction in matters of substantive Criminal Law, this part of legislation was completely transferred to the level of (each) republic. In the Republic of Serbia as a Member State of the State Community in matters of substantive Criminal Law the basic part consists of two Codes: The Basic Penal Code, (the former Penal Code of FR Yugoslavia - Official Gazette of the Republic of Serbia, nr. 39/2003) and The Penal Code of the Republic of Serbia 1977, with a range of amendments, the last of which were created in July 2003). In the Republic of Montenegro, the other Member State of the State Community, the new Penal Code was brought in December 2003 (Official Gazette of the Republic of Montenegro, nr. 70/2003).

In order to provide efficient and quality protection of the most important goods and values of a society Criminal Law recognizes various kinds of sanctions. Sanctions are defined as social measures and actions against offenders provided by law that are to be pronounced by court in legally determined and carried out proceedings. Among various sanctions within Criminal Law in accordance with its importance, character, nature and contents a special group create penalties. Penalties are basic sanctions for crimes and they are created and stipulated in a separate part of each Penal Code and are to be imposed for the most of offences: individually, cumulatively or alternatively with other sanctions connected to Criminal Law.

In order to fulfill its purpose created by law (Article 33 of The Basic Penal Code - BPC, the former Penal Code of FR Yugoslavia) and that is the prevention of offenders to repeat offences as well as to achieve their rehabilitation and social integration (i.e. special prevention) and to fulfill the other requirements of general prevention, there is to be imposed on every single offender the in kind and scope appropriate punishment which is in accordance with social harm caused by the offence as well as the character of the offender. In order to achieve the goals Criminal Law foresees the institute called the Portioning of Punishment. One of the theories of punishment implies that the proportioning of punishment should mean the imposing of punishment that can offer the convicted person the best chances for rehabilitation and social integration.³

The basic or regular, common way of punishment portioning related to the offender in question that a court obligatory applies in every particular case is punishment portioning by means of mitigating and aggravating circumstances. In the Criminal Law of

³ Bora Čejović, Criminal Law, General Part, Official Gazette of FR Yugoslavia, Belgrade, 2002, p. 446

Serbia and Montenegro, these circumstances are stipulated in Article 41 of The Basic Penal Code (BPC in further writing).

THE IDEA AND KINDS OF PUNISHMENT PORTIONING

There are many manifestations of wrongful, socially harmful conduct of an individual or groups of individuals that can harm or endanger legally protected social goods and values. For persons who commit such offence Codes of all countries of the world provide penalties that are based on the principle of justice i.e. that every offender merits his just punishment (because he has done something morally or socially evil). But in order to impose upon an offender one or more penalties or some other sanctions that are in accordance with rules set by the law a court must be sure that the conditions provided by BPC are met.⁴ Those conditions refer to the rules that are to be individualized for the particular offender charged with a particular offence and in accordance with the purpose of punishment in general (in accordance with the BPC Article 33).

By portioning the punishment, a court actually creates an individualization of the punishment in question by means of imposing in kind and extent exactly the punishment that has the best chances to fulfill the purpose of punishment i.e. to protect the society and social goods on the one hand and to achieve rehabilitation, correction and integration of the offender (convict) into society on the other hand. In an almost identical manner, state authorities proportion punishments for defendants charged with the offences such as commercial offences ⁵ (Serbian -

⁴ Dragan Jovašević, Commentary on The Penal Code of the FR Yugoslavia, Official Gazette, Belgrade, 2002, p. 246-257; Zoran Stojanović, Commentary on The Penal Code of the FR Yugoslavia, Official Gazette, Belgrade, 2002, p. 85-89

⁵ See: Marinka Cetinić, The Law of Commercial Offences, Dosije, Belgrade, 2002; Dragan Jovašević, Commentary on The Law of Commercial Offences,

privredni prestupi), and petty (or minor) offences ⁶ (Serbian - *prekršaji*) .

Punishment portioning is actually the process of determining the kind and scope of severity of a punishment that is to be imposed upon an offender for the crime he has committed.⁷ In punishment portioning circumstances are to be taken into account in order to determine the punishment, proper in kind and scope, that would be in accordance with the severity of the crime committed and the rate of social harm made by the offender and that would at the same time fulfill the purpose of punishing.

In punishment portioning for an offender various authorities can take part in various ways and this makes a difference between: legislative, judicial and executive (administrative) punishment portioning.⁸ But in legal theory it is possible to find also views that make difference only between the legislative and judicial punishment portioning,⁹ and some authors even underline that only the judicial punishment portioning represents punishment portioning in the real sense of the word¹⁰ whereas the legislation provides only frame for punishment portioning *in abstracto*.

Official Gazette of the FR Yugoslavia, Belgrade, 2001; Dragan Jovašević, Commercial Offences in Practice - Practice book, Official Gazette, Belgrade, 2001.

⁶ See: Stanko Pihler, The Law of Petty offences, Novi Sad, 2000; Predrag Dimitrijević, The Law of Petty Offences, Official Gazette, Belgrade, 2000.

⁷ Ljubiša Jovanović, Dragan Jovašević, Criminal Law, The General Part, Nomos, Belgrade, 2002, p. 234

⁸ Dragan Jovašević, Lexicon of the Criminal Law, op. cit. p.351

⁹ Toma Živanović, The Basics of the Criminal Law, The General Part, Book two, Belgrade, 1937, p. 325-327

¹⁰ Zoran Stojanović, Criminal Law, The General Part, Official Gazette, Belgrade, 2001, p. 305

Legislative Punishment Proportioning

Legislative punishment portioning is the punishment portioning made by legislator by means of creating an offence. By means of incriminating some wrongful acts and conducts and marking them as offences i.e. crimes, in the special part of the Penal Code, the legislator sets the kind and scope of the punishment that is to be imposed by court upon the offenders in question. The legislator creates an offence by generalising numerous particular manifestations of one single socially harmful conduct and making one general and abstract idea, that can keep within its boundaries all the various manifestations mentioned, and he then specifies the penalty that in kind and scope should be in accordance with social harm that abstractly defined offence can cause. A penalty thus defined is in accordance with the scope of the general social harm that an abstract offence could actually cause.

During this process of punishment portioning the legislator can take different course of action and the results are: 1) the system of absolutely undefined penalties, known as the system of arbitrary penalties, 2) the system of absolutely defined penalties and 3) the system of relatively defined penalties.

The system of absolutely undefined penalties exists in the case when the legislator does not defines the kind and scope of a penalty in the particular Act or Code but he leaves it to the court to set the kind and scope of a penalty that is to be imposed upon an offender for the offence in question - according to its judgement and belief. Besides, the Act or Code does not determine any rules for punishment portioning nor it puts any restrictions upon the court. This system of punishment represents and enables the complete enforcement of the Principle of Punishment Individualisation because the imposed punishment is completely in accordance with the particular social harm expressed through the crime committed and the character of the offender. But this is at the same time the main disadvantage of

the system because it can lead to the arbitrary decisions of the court i.e. to an unbalanced practice concerning sentencing. It is also in the end an unfair system because it breaks the rule of the equality before the law.

According to the system of absolutely defined penalties (this system was introduced for the first time in 1791 by the French Penal Code) the legislator defines the kind and scope of the punishment for a particular crime and the court is obligated to impose the defined penalty as soon as it establishes that the crime for which it is defined has been committed. This guarantees the fairness in the process of punishing as well as the equality of all before the law but the application of these legal solutions in practice would lead to another unfairness because the court was not capable to take into account the particular circumstances of the committed crime as well as the character of every single offender in the process of punishment proportioning.

Finally according to the system of relatively defined penalties (that was for the first time introduced in 1810 with the French Penal Code and thereafter accepted in the most of the modern criminal law legal systems) the legislator defines the kind and scope of the penalty and its minimal and maximal amount for every crime setting with it the boundaries within which the court can freely decide upon an adequate punishment for every particular crime. This system of punishment proportioning makes it possible that every punishment imposed is in accordance with the individual character of the offender as well as with the offence committed. This also completely creates premises for the realisation of the principle of punishment individualisation.

The boundaries of each punishment set this way for each crime are in fact the special minimum and maximum. The special minimum represents the lowest and the special maximum the highest amount of the penalty specified for each crime in The Special Part of the most Penal Codes. Beyond these boundaries

the court can not pronounce the sentence for the crime that is already defined within them. There are also the general minimum and general maximum that are defined for some categories of penalties. The general minimum defines the lowest amount of the penalty beneath which that kind of penalty cannot be pronounced at all and the general maximum defines the highest amount above which the penalty cannot be imposed as well.

In the process of defining the particular minimum and maximum the legislator is allowed to set only one of these amounts. He can for example define only the particular minimum and the particular maximum is the one defined by the general maximum for that category of penalties. In the same manner the legislator can define only the particular maximum for the particular crime and the particular minimum is in accordance with the general minimum for that group of penalties. The legislator is finally free to act as to set only the kind of the penalty to be imposed for the particular crime without setting the particular minimum and maximum. In such cases the particular minimum and maximum are the same as the general minimum and maximum for that group of penalties.

Punishment Proportioning by Court

The other manner of punishment proportioning in criminal law is the Proportioning by Court. That is punishment proportioning for the punishment that is to be imposed upon the offender that creates the court in every particular case. Namely the court, after it has established that a certain person has committed a crime and that that person is legally liable, begins with punishment proportioning. The task of the court is in the first place to establish i.e. to prove (by exhibiting all the material and personal

evidence¹¹) that the person in question (the defendant charged with a crime on indictment .The indictment is created by an authorised prosecutor in the bill of indictment.) has actually committed the crime in question and that that person is legally liable for the crime (that he is sane and not guilty or guilty). After, but not before, these proceedings the court has power to establish all other relevant circumstances for punishment proportioning.

The role of the court in the punishment proportioning process for an offender depends on the accepted system of legal punishment proportioning. Today the most common system abroad and here in Serbia and Montenegro as well is the system of the relative definition of (the) punishment. The advantage of this system is that it enables the court to take an active part in punishment proportioning in every particular case. In order to enable the courts in The Republic of Serbia to do their job as good as possible The Basic Penal Code specifies in the Article 41 the general rules for punishment proportioning. In the same way act the courts in The Republic of Montenegro by applying the Article 41 of The Penal Code of the Republic of Montenegro.

That is the regular punishment proportioning. When it comes to this punishment proportioning the court is obliged to respect the following rules: 1) it has to proportion a penalty only within the boundaries determined by the law concerning the crime in question i.e. within the special minimum and maximum for the specified penalty, 2) it has to bare in mind the purpose of all criminal sanctions defined in the Article 5 of The BPC - and that is the suppression of socially dangerous activities what provides social protection against criminal as well as the purpose defined

¹¹ See: Vojislav Djurdjić, The Law of Criminal Proceedings, Bona fides, Niš, 1998; Momčilo Grubač The Law of Criminal Proceedings, The General Part, Official Gazette, Belgrade, 2002; Stanko Bejatović, The Law of Criminal Proceedings, Savremena Administracija i.e. Modern Administration in further readings, Belgrade, 2002

in the Article 33 of The BPC which is the special as well as the general prevention and 3) it has to take into account all the mitigating and aggravating circumstances, some of which e.g. the typical ones the law names in a list but it also leaves enough space and freedom for the court in question to take into account other circumstances connected to the character of the offender if it finds it appropriate in the particular case.

During the process of this punishment proportioning the court often confronts the problem of antinomy of the purpose of punishment. It is the case when different purposes of punishment lead to a different kind and scope of a penalty that is to be imposed upon an offender in the particular case and the court has to decide which of the purposes should be given the advantage. This problem is especially expressed in cases when the purpose of punishment (that is not provided by law) includes the retribution, too, and that in the sense of revenge, menace appointed against the offender, what is usually in accordance with the principles of justice and proportion. In such cases the purpose of punishment defined this way should set the highest amount when it comes to punishment proportioning at the same time taking into account that the defined punishment provides simultaneously also the aims of general prevention.¹²

Apart from the request to the court to take into account all the relevant circumstances that can be of importance for the process of punishment proportioning The Basic Penalty Code provides in Articles 42-46a also some special rules that enable the court to mitigate or aggravate the penalty in order to individualise the punishment and make it in accordance with the severity of the crime committed as well as with the social evil caused by the offender.

¹² Zoran Stojanović, Criminal Law, op. cit. p. 307

Administrative Punishment Proportioning

In certain countries (some Federal States of the USA) the administrative or executive¹³ punishment portioning is also being applied in which the administrative authorities (executive administration, authorities in penitential institutions) are enabled to proportion penalties. Penalty proportioning is being set in the course of the time of imprisonment and it can only be done in such cases. In this system in the sentence pronounced at the end of criminal proceedings the court defines only the kind of penalty and the real amount of the time i.e. the effective duration of the penalty sets itself the administrative authority that is ordered to execute the punishment.

The administrative punishment proportioning in those countries where it is being applied is being justified by the fact that the court is not always capable to predict the conduct of the defendant during the imprisonment and what amount of time is going to be needed for his rehabilitation. The fact is that this can only be established during the imprisonment and it is then reasonable that the executive authorities do the punishment proportioning. The administrative punishment proportioning is against the principle of legality and as such it does not guarantee the defendants i.e. convicts that it won't be abused and used against them and it creates at the same time uncertainty among the convicts and does not stimulate them.

INDIVIDUALISATION OF PUNISHMENT

Individualisation of punishment is closely connected to the punishment proportioning which is the basic method in defining the kind and scope of a punishment that is to be imposed upon an offender for the crime he has committed. Punishment

¹³ Bora Čejović, Criminal Law, The General Part, op. cit. p. 420-421

individualisation is actually the method of adjustment of the punishment to a specific crime i.e. the committed crime in question and the offender who committed and it is aiming at the setting of the punishment that would in the most efficient manner influence the rehabilitation of the offender. The old criminal law did not recognise the individualisation of the punishment. Whether the punishment was specified in advance or not it represented the "price" that the offender had to pay to the society by suffering for the evil he had done to that society. The severity of the punishment depended according to the classical school on the severity of the crime committed. The punishment was connected to the crime and not to the offender. The offender was only a sort of an object upon which the punishment was to be imposed and executed as a measure of retaliation for his free choice to commit the crime.

But besides the already stated view there are some other legal theories that the idea of punishment individualisation understand differently. There are two such views: punishment individualisation in general and in specific sense. In the general sense punishment individualisation represents the whole process that begins with the choice of the punishment, ends in its declaration in a sentence or even in its execution, which implies that punishment individualisation includes the process of punishment proportioning as well. In the specific sense punishment individualisation is only one of several principles on the basis of which the punishment proportioning is being defined and that in the first place presumes the taking into account of the character of the offender.¹⁴

The merits for the introduction of individualisation into the criminal law deserve the Positivist and the Social-science law

¹⁴ Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, Criminal Law of Yugoslavia, The General Part, Modern Administration, Belgrade, 1996, p. 401-404; Zoran Stojanović, Criminal Law, op.cit. p. 305

schools. By setting the offender into the spotlight the Positivist School demanded that measures of social protection should become measures of social reaction and that the choice of which should depend on the state of endangerment (*temebility*) caused by the offender. Measures of the criminal law must be connected to the offender and not to the offence. And since offenders are different in the criminal endangerment they cause the measures of social reaction must be different. The Social-science School took into account in its lectures both the offence and the offender in the process of punishment proportioning. The punishment set this way must be in accordance with the severity of the crime committed as well as with the social endangerment that can be caused by the offender.

The modern criminal law begins with the presumption that the punishment individualisation is the basic principle for punishment proportioning and its main goal is individual prevention. The individualisation must though be in accordance with the principle of legality. The principle of individualisation gives the court freedom to proportion a punishment within its legal powers but not beyond them. Besides, in tendencies for the highest possible level of individualisation and in order to achieve the best possible individual prevention of the rehabilitation of an offender the principle of justice must not be forgotten as a moral and ethical part of any punishment. The actual meaning of this is that the individualisation is allowed and appreciated, but always within the boundaries of legality and justice.

Punishment individualisation presumes the revealing of the character of an offender. The revealing of the character can though be at a minor or major level i.e. based upon collecting facts about the state and conditions in which the offender lives and works such as: the facts about his family, surrounding, living conditions, personal features and problems, etc. or based upon scientific and professional studies of character features of the offender. The studying of the character features of the offender is

important in relation to rehabilitation as the purpose of punishment. Starting with the presumption that the rehabilitation is the socially justified goal of punishment the representatives of this theory made a request for the application of individualisation that is based on the character studies of the offender because the sentence is to be imposed upon a human and social being and not upon a crime.

These character studies should be performed, according to the theory mentioned, in a separate phase of criminal proceedings. This phase should come prior to trial and its goal would be to establish the state of health of the offender as well as his psychological features and his social status. The studies of the offender would be performed by professionals in different scientific areas: medicine, psychiatry, psychology and sociology, who would make a team that would be conducted by a judge of the inquisitorial procedure or preliminary investigation. Punishment proportioning and execution would be based on the facts gathered by means of this procedure.

Many problems arise from these character studies of the offender, which are beyond any doubt very useful for treatment programming concerning the execution of the punishment, especially in cases when imprisonment is involved: 1) where is the final limit in the process of investigation of the private and intimate life of the offender, 2) how to set limits between the inevitably necessary facts that are socially justified to be presented in public and those that are the privilege of every person and the publication of which would represent the breach of elementary human rights. It is extremely difficult to set these limits legally and even more difficult to keep those limits in practice.

This is closely connected to the position of the defendant in the proceedings for he can exercise obstruction concerning certain inquiries and deny to reveal some facts in order to protect his

personal integrity and exercise the rights of the defence. Finally, there is a question whether the character of each offender should be studied or this should be limited only to the offenders charged with more severe crimes, and if so than what crimes should that be. One more question arises and that is the question of duration of such criminal proceedings as well as the question of their costs from the point of view of economy of legal proceedings.

Finally, there is individualisation in the process of execution of the penalty or imprisonment that is connected to the legal and court individualisation (external and internal classification of convicts, kinds and types of penitential institutions and parts of those institutions, kinds of treatments and groups of convicts).¹⁵

THE IDEA, KINDS AND THE IMPORTANCE OF MITIGATING AND AGGRAVATING CIRCUMSTANCES

During the process of regular or ordinary punishment proportioning for an offence and its offender the judge and jury establish in the criminal proceedings all the mitigating and aggravating circumstances in order to define among legally provided penalties the one that in kind and scope can in the best possible way fulfil the purpose of punishment. Mitigating and aggravating circumstances are thus those circumstances that are related to the crime in question and its offender and that can exercise influence upon the penalty in order to make it lesser or bigger within the boundaries provided by law for that particular offence.

Those circumstances that exercise influence in order to impose a

¹⁵ On the manner and procedure of the execution of the punishment of imprisonment pronounced by court more in: Dragan Jovašević, Commentary on The Code on Execution of Criminal Sanctions with legislation and judicial practice, Official Gazette of FR Yugoslavia, Belgrade, 2000

lesser penalty upon the offender within the special minimum and maximum are called mitigating, while on the other hand those circumstances that exercise influence in order to impose a greater penalty upon the offender are called aggravating. Mitigating and aggravating circumstances are the means of punishment individualisation, they create the congruence and adjustment of the punishment according to the severity of the crime in question and the social harm that the offender has caused. By application of these circumstances it is possible to impose different penalties upon offenders who have committed the same crime. They are thus of such importance that they create a sort of criminally-political characteristic of the offender.

At the moment of committing the crime there are many circumstances involved: some of which are connected to the crime as an objective act and the other are connected to the offender as a human and social being. All these circumstances are different in its origin and its effect concerning the social harm of the offence and the offender. Those differences create a question of how they can be legally regulated in order to prevent their arbitrary and abusive application and still to enable the courts to have an active and creative role in punishment portioning based on estimation of the effects of all the circumstances of a particular crime. Concerning this different legal systems recognise three different solutions.

The first solution is to state singularly in a Code each of the circumstances that must be taken into account by the court in the process of punishment proportioning. This listing provides legality and prevents arbitrary decisions but it restricts the freedom of the court so that it cannot take into the account any other circumstance that is not provided by the Code even if it is really important for the particular case.^{16 17} The lack of such a

¹⁶ Dragoljub Atanacković, *The Criteria for Punishment Proportioning*, Belgrade, 1975, p. 139

solution consists of the impossibility to predict by law all the possible circumstances that can appear in real life.

The second solution consists of complete freedom left to the court by being empowered by law to take into account all the circumstances of a particular crime without listing separately each of the circumstances. It is unnecessary to mention that in this solution the independence of the court reaches its fullest extent but that fact makes it possible for the decisions to be very arbitrary and not uniform at all when it comes to what circumstances should be taken into account in punishment proportioning.

The third solution is actually the combination of the former two and the law or the Code list all the circumstances that must be taken into account by the court and at the same time the court is empowered to take into account any other circumstance that it considers of importance in the case in question in order to provide the just punishment proportioning although it is not defined in advance whether these circumstances are mitigating or aggravating. The greatest number of modern criminal law systems accepts the third solution taking into account that it provides legality and at the same time guarantees a larger independence of the court concerning the adjustment of the punishment to the severity of the offence and the character of the offender.¹⁸

¹⁷ The Penal Code of the Russian Federation expressly defines in the Article 61 which circumstances can be considered mitigating, and in the Article 63 which are aggravating circumstances. The Penal Code of Portugal does the same by defining in the Article 34

only aggravating circumstances (34 all together) and in the Article 39 mitigating circumstances (23 of them). Code penal portugais, Les codes penaux europeens, II tome, Paris, 1958. The Penal Statute of Ukraina lists in the Article 40 mitigating and in the Article 41 aggravating circumstances.

¹⁸ That solution can be found in The Penal Code of Croatia in the Article 56, The Penal Code of the Republic of Srpsk in the Article 38, The Penal Code of

The Basic Penal Code defines mitigating and aggravating circumstances within the general rules for punishment proportioning when it states and orders to the court in Article 41 to proportion the penalty that is to be imposed upon an offender within the boundaries provided by law for the offence he committed, taking into account the purpose of punishment and all the circumstances that can be of importance to set a greater or lesser penalty and especially the following: the scope of criminal liability, the motives that have led to the crime committed, the severity of endangerment or harm done to the protected goods (criminal damage), circumstances in which the crime was committed, the prior life style, personal circumstances, the conduct of the offender after the crime committed and other circumstances related to the character of the offender.

The Penal Code of the Republic of Montenegro¹⁹ from the year 2003 lists in Article 42 mitigating and aggravating circumstances in an almost identical manner as they are listed in the Republic of Serbia though without defining in advance importance of any of these circumstances (whether they increase or decrease the punishment in question). The circumstances that the court must take into account in the process of punishment proportioning in the Republic of Montenegro are the following: 1) the scope of criminal liability, 2) the motives that have led to the crime committed, 3) the severity of endangerment or harm done to the protected goods (criminal damage), 4) circumstances in which the crime was committed, 5) the prior life style, 6) personal circumstances, 7) the conduct of the offender after the crime committed and especially his conduct to the victim of the crime he has committed (this conduct of the offender to the victim after the committed crime is something new in the criminal legislation

Bulgaria in the Article 54 as well as The Penal Code of Italy in the Article 70 which marks these circumstances as objective and subjective but does not defines their importance in punishment proportioning for every particular case.

¹⁹ Official Gazette of the Republic of Montenegro, nr. 70/2003

of our country although it is priory known from the judicial practice) and 8) other circumstances related to the character of the offender.

These circumstances can be put into two separate subgroups concerning whether they are related to the crime itself or to the offender in question, there are objective and subjective circumstances. As an objective circumstance can be regarded: the severity of endangerment of harm to the protected good i.e. criminal damage (as to set the scope and intensity of the consequences of the crime committed). As subjective circumstances can be regarded: the scope of criminal liability, the motives that have led to the crime committed, the prior life style, personal circumstances, the conduct of the offender after the crime committed. Circumstances in which the crime was committed can be both objective and subjective. This kind of punishment proportioning that takes into account the features of the offender (subjective individualisation) and the punishment proportioning that takes into account the characteristics of the offence itself (objective individualisation) become an subjective-objective individualisation of punishment because only such an unique basis, starting of course from the penalty provided by law or Code, can completely fulfil the purpose of punishment.

In our criminal law all the aggravating²⁰ and mitigating²¹

²⁰ The following circumstances were considered aggravating circumstances in judicial practice: the willingness to compensate for the loss or damage declared but not fulfilled (the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 549/93, 29th July 1993), crippling the body after the murder committed (the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 315/86, 20th June 1986) and not showing remorse (the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 191/93, 14th May 1993)

²¹ The following circumstances were considered mitigating circumstances in judicial practice: compensation for the loss or damage caused by the crime (the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 129/83, 2nd June 1983), when the person suffering loss or damage does not join the prosecution (the verdict of the District Court in Šabac, nr. 328/81), creating and taking care of the family

circumstances are not fully listed but listed are only those to which the Code particularly indicates. Besides none of the circumstances is *a priori* indicated as aggravated or mitigated but each of them can in a particular case be considered as aggravating or mitigating in the process of punishment proportioning. Finally, all the circumstances are to be taken into account as a whole and concerning the crime in question and the offender of it.²²

The scope of criminal liability depends on the expression of two elements: sanity and *mens rea*. The fact that both these subjective elements consist of consciousness and will leads to it that this circumstance depends on the scope and intensity of expression of the intellectual and voluntary element in both of them. This means that the court is to judge whether the person was completely or partly sane and what is the scope of this partial sanity and if the person was completely sane whether that crime has been committed with an direct or eventual intention to bring about particular consequences or out of recklessness or negligence.

In the process of judging the scope of criminal liability the court is also to take into account the fact that the offender at the time of taking certain actions in order to commit the crime had an intention or aim that conducted his acts, especially in cases when these circumstances are not described in the core of the crime in question.

represents a positive conduct towards society (the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 404/91, 26th November 1991), when the offender gets hurt in a traffic accident he has caused (the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 307/92, 23rd March 1992), when the defendant loses his job in the firm where he has committed the offence (the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 801/91, 24th January 1992)

²² a group of authors, Commentary on the Penal Code of the FR Yugoslavia, Modern Savremena administracija, Belgrade, 1995, p. 208-218

Intention to gain for another and not for oneself some material goods illegally cannot represent a mitigating circumstance.²³

If the defendant continuously and over a greater period of time keeps committing crimes against property that indicates that there is an offender who can cause great social harm.²⁴

Motives are inner reasons, impulses that lead the offender at the time of the act of crime. Some theories still do not regard motives as specific circumstances but they claim that motives should be judged by the scope of criminal liability i.e. the more negative the motive of the offender is the greater is the criminal liability of the motive and *vice versa*.²⁵ The legislator considers though motives as a group of specific circumstances that can be taken into account in punishment proportioning only if they do not represent the essential element of the crime in question. Motives can be positive, humane and then they are considered to be mitigating circumstances (altruism, patriotism, pity, love, sense of duty or honour) or they can be negative, mean and they are then treated as aggravating circumstances (hatred, envy, menace, greed, jealousy). In a case where a motive is one of the qualifying circumstances it cannot be taken into account as an aggravating circumstance at the same time.

The severity of endangerment or harm done to the protected goods i.e. criminal damage depends on the scope and intensity of the consequences caused by the act of the offender. The severity of the consequences defines the severity of the crime i.e. the real, particularly expressed grade of social harm. Concerning whether the consequence expressed is in the form of harm of actually destroying, damaging (and its scope) or only putting out of order

²³ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 1174/83

²⁴ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 792/91, 31st January 1992

²⁵ Franjo Bačić, Criminal Law, The General Part, Informator, Zagreb, 1978, p. 436

(and for what period of time) of a property, or the expressed consequence represents the real endangerment of the property (or goods) or the possibility to endanger property, that will influence the severity of the punishment i.e. whether it is to be imposed in a larger or lesser amount.

Circumstances in which a crime was committed can differ in its nature and character. They can be the circumstances of objective nature: the place, time, means, way, and also natural circumstances in which the crime was committed: like minimised visibility, flood, fire, etc. And they can be the circumstances of subjective nature that are connected to the offender or the victim of the crime: like the psychological state of mind, mutual relationships, deception etc. In these circumstances the court especially takes into account the acts and actions of the victim i.e. whether the victim and in what grade had by means of his/her acts and actions led to the crime by which he/she or his/her right were hurt by. All these circumstances can influence the severity of the penalty that is to be imposed.

The prior life style indicates the psychological character of the offender and its long-term life orientation. Through this circumstance the relationship of the offender to the social and moral standards and values is being expressed. To prior life style are subject all the circumstances and all the events and experiences of the offender prior to the moment in which he committed the crime. If the offender has led a decent life and had a clean past that is if he hadn't been punished before and if he is also known as a good husband and father, employee, a respectable man in the place of his residence then indicate those circumstances that it is not a morally or socially deviant person and that a less severe punishment should be imposed. And if on the contrary the offender has previous criminal records and if he has been leading a deviant sort of life these circumstances indicate that the more severe punishment should be imposed in order to fulfil the purpose of punishing. Among these

circumstances the repeated offence is always qualified as an aggravating circumstance and all the others can be qualified as mitigating or aggravating what depends on each particular case.

Judicial practice can supply examples of different scope of importance of circumstances that were connected to the prior life style of the offender for criminal law proceedings.

The fact, for instance, that an offender had committed the crime in the state of insanity and that that had as a consequence that the penalty from Article 63 of the Penal Code of the SFR of Yugoslavia was imposed upon him cannot be used as a basis for the conclusion that he tends to commit crimes and as such it is of no importance for punishment proportioning.²⁶

It is wrong to judge the previous conviction as an aggravating circumstance when it comes to the conviction that was taken into account in proportioning the unique punishment i.e. concurrent sentence after the probation order had been called off.²⁷

But the short period of time between the two consequent convictions can be judged as an aggravating circumstance for an offender with previous convictions.²⁸

Previous convictions of a convict can be treated as an aggravating circumstance, but the fact that the convict was previously convicted of the same crimes and the short period of time between the convictions can only influence the amount of the imposed penalty.²⁹

²⁶ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 27/87, 21st May 1985

²⁷ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 491/86

²⁸ the verdict of the District Court of Belgrade, nr. 2567/02, 24th December 2002

²⁹ the verdict of the District Court of Belgrade, nr. 119/03, 14th February 2003

Personal circumstances of an offender are represented by the circumstances in which the offender lives and works, the state of his health and the health of his family members, the place where he lives, his income figures, whether he is employed or not, the number of his family members, relations between them and other circumstances of his personal and family life.

Numerous personal circumstances are being taken into account by the court in proportioning the punishment for the offender in question, which is clearly to be seen from examples of judicial practice.

If a female defendant loses her job in the firm in which she has committed the offence that should be taken into account as one of mitigating circumstances in punishment proportioning because it is obvious that the fact that she has lost her job makes her situation and that of her family more difficult which is already a sort of punishment.³⁰

If an offender who had caused a traffic accident in which he himself was physically hurt has been charged with that offence the mentioned circumstance should be judged as a mitigating one.³¹

The state of health of an offender, e.g. whether HIV, hepatitis or cancer were diagnosed in his case, is one of mitigating circumstances.³²

The conduct of the offender after he has committed a crime gives a psychological portrait of his character. This circumstance can show not only the conduct of the offender concerning the crime committed but also concerning the society as a whole and its

³⁰ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 801/91, 24th January 1992

³¹ the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 307/92, 23rd March 1992

³² the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 186/02, 18th February 2002

values what can influence his future behaviour. There is though a difference between the two groups of circumstances.³³ The first group consists of acts that should eliminate or ease the consequences of the crime committed e.g. making an apology or rendering help to the victim, offering compensation for the damages done, showing real remorse, etc. The second group consists of circumstances related to the conduct of the offender during the criminal proceedings e.g. denial of guilt, remorse, change of statements, lies, influencing witnesses, accusing others, etc. The acts of refusing to plea guilty or trying to cover the evidence connected to the crime and the guilt of the offender can not be taken as aggravating circumstances for such acts are legal rights of the defence of the defendant.³⁴ Real remorse is on the other hand regarded as one of mitigating circumstances.

The available judicial practice shows that the surrender to custody is one of the circumstances that is often taken into account by the court in punishment proportioning.

Compensation for the criminal damage caused by the offence in question is a mitigating circumstance regardless of being done before or after the incitement of criminal proceedings and its real motive.³⁵

Crippling a body after the crime of murder has already been committed is an aggravating circumstance in the sense of keeping the offender in custody and it cannot be judged within the boundaries of the rights of defence of the offender to cover up his crime.³⁶

³³ Zoran Stojanović, Commentary on the Penal Code of the SR of Yugoslavia, Official Gazette of the FR Yugoslavia, Belgrade, 2002, p. 79

³⁴ Janko Tahović, The Criminal Law, The General Part, Belgrade, 1961, p. 334

³⁵ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 129/83, 2nd June 1983

³⁶ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 315/86, 20th June 1986

Making and taking care of a family as the basic element of every society represents a positive attitude of a person towards the society as a whole and therefore the act of family making and the process of taking care of the family is one of the mitigating circumstances.³⁷

The act of not showing remorse cannot be taken as an aggravating circumstance but true remorse can be judged as one of the mitigating circumstances.³⁸

The statement of the offender that he intends to pay the compensation to the person suffering the loss or damage caused by the offence cannot be judged as one of the mitigating circumstances if it hasn't been done within five months from the date of the commitment of the offence.³⁹

The fact that a defendant is about to get married indicates that he is ready to change his life style and this can be taken as one of the mitigating circumstances.⁴⁰

The financial status of the offender is a circumstance that is only to be taken into account in portioning fines and payment orders. According to the Article 41, point 3, of the BPC by portioning a fine or a payment order the court has to take into account the financial situation of the offender taking also into account the amount of his average salary, other incomes of his, the property he possesses as well as his family liabilities.

Besides the above listed typical circumstances that can be characterised as mitigating or aggravating circumstances in punishment proportioning the legislator made it an obligation to

³⁷ the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 404/91, 26th November 1991

³⁸ the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 191/93, 14th May 1993

³⁹ the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 549/93, 29th April 1993

⁴⁰ the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 93/02, 12th February 2002

the court to take into account the other circumstances as well that are related to the character of the offender. At the moment of the act of committing the crime very specific subjective circumstances can appear that do not belong to any of the above named groups. Some of those circumstances are the old age, menopause, absent mind, special skills, an educational degree, sensibility, insensibility, harshness, etc. The influence of these circumstances can be of importance at the act of committing a crime and in punishment proportioning as well.

The judicial practice has paid special attention to those circumstances, too, what is obvious from the following examples.

When the person suffering the loss or damage makes a statement on the basis of the prior positive attitude of the defendant to the person mentioned that he/she is not about to join the prosecution nor to demand a payment order this represents one of the mitigating circumstances for the offender.⁴¹

The frequency of crimes of the same kind represents an important fact in punishment proportioning for each of the offenders in every particular case.⁴²

The fact that the person suffering loss or damage is a juvenile at the age of 12 who did nothing to provoke the aggressive act of the offender, who is his father as well, represents an aggravating circumstance.⁴³

All these circumstances should be taken into account by the court and be properly judged in the process of establishing and pronouncing the punishment.

⁴¹ the verdict of the District Court in Šabac, nr. 328/81

⁴² the verdict of the Supreme Court of Serbia, nr. 115/83, 22nd March 1983

⁴³ the verdict of the District Court in Belgrade, nr. 679/02, 11th April 2002

In almost every case of a crime committed there are many circumstances and some of which can be regarded as mitigating and some of which as aggravating. The court can perform an analytic or a synthetic process in judging those circumstances. The court can analyse every particular circumstance by determining its character, that is whether it is one of mitigating or aggravating circumstances, whether it is in favour or against an offender, and after this the court also determines whether that circumstance should decrease or increase the amount of penalty defined by law.

The synthetic method on the other hand empowers the court to make a classification of circumstances and the court estimates afterwards the influence of all circumstances upon the amount of the penalty in question.

Whether the court will use the first or the second method or the combination of the two it is up to the court but the important thing is that the court takes into account all the circumstances of the case in question that are relevant to punishment proportioning and to estimate properly the influence of both groups of circumstances i.e. mitigating and aggravating upon the amount of the punishment that is to be imposed.

The judgement of the court is independent but it has to be objective i.e. it has to be in accordance with the influence of all circumstances taken as a whole. In the justification of the sentence the court states which circumstances have been taken into account as mitigating and which as aggravating and why. The sentence pronounced by the court after having taken into account all the mitigating and all the aggravating circumstances must be within the boundaries of the special minimum and the special maximum and not under or beyond them.

Circumstances that are provided by law as mitigating or aggravating in punishment proportioning can appear al legal

elements of the core of a crime whether they are in their basic or qualified or privileged form. In such cases the governing rule is that circumstances that create an element of the crime in question cannot be taken as mitigating or aggravating circumstances in punishment portioning. Thus the same circumstance cannot be taken twice into account for the crime in question (the principle of being forbidden to take into account twice).

If a circumstance was taken into account in defining the penalty by law the same circumstance cannot be taken into account in judicial punishment proportioning. There are though some exceptions to this rule. In some cases the same circumstance can have the character of a qualification circumstance and be at the same time taken as an aggravating circumstance in punishment portioning. This happens when the qualification circumstance is of such nature that it can appear in its more or less severe form.

CONCLUSION

Criminal law of all modern countries tends to suppress different forms of socially harmful and illegal conduct of individuals and groups of individuals and to secure an efficient and high quality protection of the most important social goods and values against being damaged or endangered in any respect. This can be achieved by imposing punishments and fines upon the offenders in question. All these sanctions have a certain purpose that is within the boundaries of the purpose of criminal law in general.

In order to fulfil the purpose of punishment defined by law the court that decides on criminal liability of the offender and the punishment that is to be imposed upon him it has to pronounce the penalty of a certain kind and in the certain amount by the means of certain rules. Those rules should guarantee legality and justice i.e. justification of the punishment imposed and the pronounced punishment should be in accordance with the social

harm caused by the offender and the offence.

In order to achieve all these goals and fulfil all the requirements set before the court in every particular case all the modern penal Codes specify in accordance with the principle of legality the system of criminal sanctions, in the first place penalties, and the conditions to pronounce them. But besides legal punishment portioning that is organised in two levels: 1) in respect of the general minimum and maximum for the group of penalties and 2) in respect of the particular minimum and maximum for every particular criminal offence, all the countries make a wide use of judicial punishment portioning as a regular method of punishment proportioning (whereby there is also the administrative or executive punishment proportioning in some legal systems).

The greatest importance has judicial punishment portioning by the means of which the court imposes upon the offender of every particular offence taking into account all the objective and subjective circumstances relating to the offence and the character of the offender. Every modern legal system defines a large number of these circumstances setting the course for the judge and jury that are independent in making the final decision but who have to justify their decision properly. The numerous examples from judicial practice illustrate the creative and dynamic role of the court in every particular case and show the variety of different objective and subjective circumstances provided by Article 41 of The Basic Penal Code.



LE DROIT À L'INTERVENTION ARMÉE LORS D'OPÉRATIONS D'AIDE HUMANITAIRE

par LOUIS-PHILIPPE F. ROUILLARD

TABLE DES MATIÈRES

A. L'évolution du droit à l'intervention armée

- 1) *L'influence antique*
- 2) *Grotius et la théorie de la guerre juste*
- 3) *La théorie de la loi naturelle*
- 4) *La Société des Nations*

B. La protection des ressortissants nationaux et la légitime défense

C. Le droit à l'intervention armée sous la Charte de l'Organisation des Nations Unies

- 1) *La légitime défense sous la Charte*
- 2) *Le droit à l'intervention humanitaire*
- 3) *Le droit à l'utilisation de la force armée sous la Charte*

CONCLUSION

INTRODUCTION

Depuis la chute du rideau de fer en 1989, la communauté internationale semble vivre un renouveau dans l'interprétation légale des traités multilatéraux et particulièrement en ce qui concerne la *Charte de l'Organisation des Nations Unies*. Toutefois, ce qui apparaît comme un renouveau n'est que la résurgence de notions et de concepts de droit international qui ont été éclipsés du régime applicable du fait de l'impossibilité de les appliquer suivant l'intention de leurs rédacteurs, par suite du climat de conflit sous-jacent qui a infiltré les relations

internationales tout au long de la guerre froide (1946-1989).

Dans le régime post-guerre froide, la situation s'est considérablement modifiée. L'écroulement de la puissance soviétique, la partition du *Pacte de Varsovie* et l'inclusion de certains de ses anciens membres à l'*Organisation du Traité de l'Atlantique-Nord* ont largement modifié la donne. De fait, depuis l'écroulement du mur de Berlin les vieilles rivalités et les revendications étatiques qui ont été tenues en échec pour des raisons géopolitiques ont refait surface avec peu de retenue. Cette situation libertaire s'est développée trop rapidement pour que le régime international d'état-nation soit en mesure de réagir de manière assez prompte pour en empêcher la dégradation. Le conflit type des années 1990 qui souligne la résurgence et la férocité de ces revendications est certainement la crise yougoslave qui perdure depuis 1991, en particulier son épisode bosniaque (1991-1996) et son épisode kosovar (1999). L'intensité de ces conflits est telle que l'Europe a connu son conflit le plus meurtrier depuis la seconde guerre mondiale.¹ Depuis, l'indignation de l'opinion publique a monté de telle façon que la communauté internationale demande de plus en plus des actions pour protéger les victimes de ce genre de conflit.² Ces demandes d'actions dépassent aujourd'hui le cadre des pressions diplomatiques et des condamnations qui étaient d'usage durant la guerre froide. N'ayant plus les mains liées par le risque de déclencher une

¹ D.M. KRESOCK, « Ethic Cleansing in the Balkans: The Legal Foundations of Foreign Intervention », (1994) 27 *Cornell International Law Journal* 203, 221-227. Il y cite les opérations les plus violentes commises par les Serbes bosniaques, particulièrement le massacre de 200 musulmans par la police dans les montagnes Vlasica le 21 août 1992, le massacre de 300 autres le 20 novembre 1991 à Vukovar et l'exécution de plus de 5000 autres dans la ville de Korazac en mai 1992. À la fin de l'année 1992, il était estimé que sur une population de 200 000, plus de 10% de la population musulmane de Bosnie-Herzégovine avait été exterminée.

² « We are clearly witnessing what is probably an irresistible shift in public attitude towards the belief that the defense of the oppressed in the name of morality should prevail over frontiers and legal documents » dans J. PEREZ DE CUELLAR, « Secretary-General's Address at the University of Bordeaux », Report of the Secretary-General's on the Work of the Organisation, (1991), pp. 11-13.

apocalypse thermonucléaire, les États occidentaux ont commencé en 1991 à intervenir directement par assistance humanitaire et en intervention militaire de protection dans les conflits inter et intra-étatiques pour circonscrire la violence, en empêcher la « contagion » et en réduire l'intensité, dans le but d'en venir à une cessation rapide des hostilités.

Sous le régime juridique de la *Charte de l'O.N.U.*,³ l'*Organisation des Nations Unies* est l'organisme qui a la responsabilité de ces actions. Ainsi, sous le chapitre VI de la *Charte*, l'*Organisation* peut prendre les mesures qui n'incluent pas l'usage de la force pour le « Règlement pacifique des différends », alors que sous le chapitre VII, elle peut prendre toutes les « Actions en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression » nécessaires pour répondre à une menace à la paix et à la sécurité internationale, conformément à ces objectifs exposés à l'article 1(1) de sa *Charte*.⁴

Le problème de cette présente structure du régime légal international sous l'autorité de la *Charte* est que l'interprétation accordée aux actions tombant sous le couperet du chapitre VII demeure circonscrite à l'interprétation d'une école de pensée conservatrice, où les cas de menace à la paix et à la sécurité internationale excluent tous les cas couverts par la juridiction nationale des états, puisque que cette juridiction est protégée par l'article 2(7) de la *Charte*.⁵ Cette vision est toutefois fortement contestée depuis l'entrée en vigueur même de la *Charte*, car l'article 2(7) rend mitigée la limitation à l'intervention dans les affaires internes en qualifiant les affaires soumises à cette

³ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, 1 R.T.N.U. xvi.

⁴ *Id.*, art. 1(1) : « Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix... ».

⁵ *Id.*, art. 2(7) : « Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte... ».

limitation par l'expression « ...dans des affaires qui relève essentiellement de la compétence nationale... ».⁶ De plus, cet article dispose d'un *caveat, in fine*, alors qu'on y édicte que : « ...toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition au Chapitre VII. »⁷. Elle est d'autant plus contestée que ce qui consiste en des affaires relevant essentiellement de la compétence nationale est devenue beaucoup plus aléatoire avec les multiples instruments juridiques qui créent des obligations toujours plus élargies entre les États, la globalisation des intérêts nationaux et la multiplication des conflits ethniques qui ne se limitent plus aux frontières nationales, mais englobent des régions entières. Devant la prolifération des conflits de cet ordre, la question que doivent se poser les pays qui possèdent les ressources pour intervenir dans ces situations est à deux volets. D'abord, il s'agit de savoir s'il existe un droit à l'intervention, armée ou non. Ensuite, il demeure à savoir les limites de ce droit.

Le présent projet de recherche porte sur le droit à l'intervention. Il tente premièrement de cerner l'évolution du droit à l'intervention en général dans une perspective historique. Par la suite, il vise à déterminer l'évolution juridique récente du droit à l'utilisation de la force armée pour la protection d'opérations d'aide humanitaire. Pour ce faire, il y est d'abord analysé l'évolution du droit à l'intervention armée, le droit à cette intervention pour la protection des ressortissants nationaux et finalement le droit applicable sous la *Charte*.

A. L'évolution du droit à l'intervention armé

1) *L'influence antique*

L'histoire des conflits armés et des interventions démontre

⁶ *Id.*, *in fine*.

⁷ *Id.*

clairement que l'usage de l'influence diplomatique et de la force armée ont toujours été une préoccupation importante de l'être humain pour la gestion de ses intérêts. S'il n'y a pas lieu ici de chercher la cause de la propension de la race humaine à recourir aux armes,⁸ l'évolution historique de la doctrine justifiant cette utilisation peut donner une vision pour expliquer comment nous en sommes arrivés au régime juridique de la *Charte* et en comprendre l'intention et les mécanismes. En effet, le droit des états à recourir à la guerre, le *jus ad bellum*, s'est vite fait reconnaître en droit international classique, mais s'est vu supplanter au début du siècle avec la création de la Société des Nations, puis de l'Organisation des Nations Unies.⁹ Or, contrairement à ce que M. De Joya affirmait,¹⁰ l'idée du droit à l'intervention n'est pas une idée nouvelle. Il s'agit en fait d'une idée qui remonte à la Rome chrétienne antique. Toutefois, son évolution l'a modifiée quant à son applicabilité, s'il en est toujours une aujourd'hui, et demande donc une revue de son passé pour en comprendre son étendue présente. Comme l'énonce Lillich, l'idée d'intervenir pour protéger les droits fondamentaux tel le droit à la vie :

*« ...dates back to Antiquity, [but] real attention to the problem began to be given only in the 17th century when writers began to consider the validity of intervention by States in the affairs of another for the protection of those rights. »*¹¹

⁸ À ce sujet, voir Robert L. O'CONNELL, The Ride of the Second Horseman, Oxford, Oxford University Press, 1997 et Barbara EHRENREICH, Blood Rites, New York, Metropolitan Books.

⁹ Joseph MRAZEK, *Prohibition of the Use of Force and Threat of Use of Force : Self-Defense and Self-Help in International Law* », (1989) 27 Canadian Yearbook of International Law, 81, 81.

¹⁰ Maniano M. DE JOYA, Intervention, Either Collective or Individual, on the Grounds of Humanity is Justifiable, and Should be Recognized as a Settle Rule of International Law, mémoire de maîtrise, Yale University Law Department, Yale University, 1907, p. 47.

¹¹ F.X. DE LIMA, Intervention in International Law, Uitgeverlj Pax Nederland, Den Haag, 1971, p. 142.

F.X. De Lima offre notamment l'exemple des interventions romaines contre Constantinople puisque le Sultan refusait d'intervenir pour faire cesser les persécutions contre les Chrétiens.¹² Cette compréhension doit d'abord se concentrer sur la base du développement du droit de la guerre en général. Ainsi, ce droit a d'abord évolué sur la base de préceptes religieux et de psychologie humaine.¹³ Mourgeon abonde dans le même sens en rapportant ces préceptes à la parabole de St-Augustin, dans ses *Confessions*, où la main de l'homme sert autant à relever l'homme tombé par terre qu'à l'abattre. Il présente aussi la similitude de ces notions dans la religion chrétienne ainsi que dans l'Islam.¹⁴ Cette base morale sert de point de départ du droit de l'usage de la force armée dans le cas d'intervention d'humanité. Elle est reprise dès le XIII^e siècle par St-Thomas d'Aquin qui réfère au droit d'un souverain d'intervenir dans les affaires internes d'un autre si ce dernier maltraite ses sujets.¹⁵

Ce *jus ad bellum*, même s'il en est différent, converge sur ce point avec l'émergence du *jus in bellum*. En effet, si le droit de l'utilisation de la force armée est déjà enchâssée comme limité par une certaine doctrine religieuse au moyen-âge à certaine situation dans le *jus ad bellum*, le *jus in bellum* reconnaît que l'utilisation de cette force armée n'est pas interdite. En conséquence, les seules limitations qui peuvent être apportée sont la limitation des comportements sur le terrain et la réglementation de la conduite

¹² Id.

¹³ Philippe BRETTON, Le droit de la guerre, Paris, Armand Colin, 1970, p. 32.

¹⁴ Jacques MOURGEON, « L'intervention internationale à titre humanitaire », (1994) 121 *Journal du droit international*, 643, 645.

¹⁵ Jean-Pierre FONTEYNE, « The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention » (1974) 4 *California Western International Law Journal*, 203, 214, cité dans Francis Kofi ABIEW, Revisiting the Right of Humanitarian Intervention in International Law, mémoire de maîtrise, Edmonton (AB), Faculty of Graduate Studies and Research, University of Alberta, 1993, p. 7 et dans Steve G. SIMON, « The Contemporary Legality of Unilateral Intervention », (1993) 24 *California Western International Law Journal*, 117, 122.

lors d'hostilités.¹⁶

2) *Grotius et la théorie de la guerre juste*

Cette doctrine connaît un essor particulier avec les écrits de Hugo Grotius au XVII^e siècle et prend de la vigueur jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Grotius, un Hollandais, a écrit son œuvre durant la Guerre de Trente ans (1618-1648) qui sévit alors dans ce pays et semble adhérer à la doctrine présentée par St-Thomas d'Aquin. Toutefois, plusieurs cite Grotius comme ayant identifié ce droit et comme l'ayant élargi. Or, à la lecture de son œuvre, les choses sont beaucoup moins claires que les multiples citations hors contexte le font croire. En effet, dans son chapitre sur les guerres des sujets contre leurs supérieurs, Grotius énonce clairement à la partie II que, en règle générale, la rébellion n'est pas permise par la loi naturelle, qu'elle ne l'est pas sous la loi hébraïque (Partie III) et qu'elle est encore moins permise sous l'Ancien Testament (Partie IV) ainsi que sous la pratique des premiers Chrétiens (Partie V) ou des Saints-Écrits (Partie VII).¹⁷ Il prévoit une seule exception à cette règle, à sa Partie VIII, et se base sur la règle juive des Maccabbes qui énonce que les périls à la vie brise le Sabbat : la défense légitime contre des cruautés atroces. Or, le titre même de cette Partie semble réduire la portée de son affirmation puisqu'il énonce « la voie d'actions à choisir dans les cas d'extrême et autres cas de nécessité inévitables » [*traduction libre*]. De plus, il impose les conditions suivantes : soit que la personne du souverain soit épargnée et que les actions entreprises soient des actions défensives. Ce dernier point est expliqué de la façon suivante : les actions doivent être gardées dans les limites de la légitime défense, c'est-à-dire par le retrait en des places difficiles d'accès et par l'utilisation de la force armée dans les cas d'attaques contre la personne seulement.¹⁸ En

¹⁶ Byron F. BURMESTER, « On Humanitarian Intervention : The New World Order and Wars to Preserve Human Rights », (1994) *Utah Law Review*, 269, 306.

¹⁷ H. GROTIUS, *op. cit.*, note 1, p. 139-148.

¹⁸ *Id.*, p. 150.

conséquence, il ne donne pas le droit de prendre les armes aux sujets opprimés d'un royaume.

Il compense ceci par la justification circonstancielle selon laquelle un souverain peut prendre les armes contre un souverain qui opprime ses sujets puisque si le droit interdit la prise d'armes par les sujets, rien ne l'empêche pour des individus qui ne sont pas des sujets de ce royaume.¹⁹ Pour ce, il donne l'exemple d'un tuteur qui entreprend une action en cours au profit d'un orphelin mit à ses soins. L'orphelin ne le peut par absence de droit, mais le tuteur le peut puisqu'il n'existe pas d'interdiction à cet effet. Il reconnaît donc un droit à l'intervention dans les cas où les sujets sont maltraités.²⁰ Il soumet toutefois ce droit au principe de ce qu'il appelle la « guerre juste ». Ainsi, Grotius n'accepte comme justification de conflits armés que les raisons qu'il énonce sous la rubrique bipartite de défense légitime et de protection de la propriété.²¹ Ces limitations sont beaucoup plus serrées que le laissent entendre certains.

3) *La théorie de la loi naturelle*

Cette doctrine a ensuite évoluée avec les écrits de plusieurs auteurs, dont Vattel, parallèlement au développement des idées de la philosophie politique de Hobbes, Locke, Smith, Mills et Rousseau. En effet, si la prémisse philosophique pour l'organisation humaine en société stratifiée est que l'individu abdique une partie de sa souveraineté personnelle à un souverain (et une classe guerrière) en échange de l'assurance de sa sécurité, d'abord contre les menaces sauvages tels les fauves et ensuite

¹⁹ Id., libri tres, book II, chap. XXV, partie VIII, alinéa 3, p. 584, en référence à Victoria, *Reflectiones de Indis*, pt. I, iv, no. 8.

²⁰ Id. ; Barry M. BENJAMIN, « Unilateral Humanitarian Intervention : Legalising the Use of Force to Prevent Human Right Atrocities », (1993) 16 Fordham International Law Journal, 121, 127.

²¹ H. GROTIUS, op.cit., note 1, book I, chap. I, sect. I, p. 172-173.

contre d'autres sociétés pareillement organisées,²² il en découlerait logiquement que cette association symbiotique se démembre lorsque l'une des parties ne respecte plus ses engagements, par exemple lorsqu'un souverain agit avec cruauté à l'endroit de ses sujets. C'est ce qui fait dire à Vattel que si :

*«... a prince, by violating the fundamental laws, gives his subjects a lawful cause for resisting him ; if, by his insupportable tyranny, he brings on a national revolt against him, any foreign power may rightfully give assistance to an oppressed people who asks for its aid (...) Hence, whenever such dissension reaches the state of civil war, foreign Nations may assist that one of the two parties which seems to have justice on its side. But to assist a detestable tyrant, or to come out in favor of an unjust and rebellious people, would certainly be a violation of duty. When, however, the political bond between a sovereign and his people are broken, or at least suspended, they may be considered as two distinct parties, and since both are independant of all foreign authority, no one has the right to judge them. Either may be in the right, and those who assist (...) may think they are upholding the just cause. »*²³
[Souligné ajouté]

Vattel reprend donc la théorie de guerre juste de Grotius et l'associe au droit des gens au travers de la loi naturelle telle qu'exprimée par Jean-Jacques Rousseau. La confusion des termes n'est pas fortuite ; elle vise expressément à justifier l'emploi de la force armée pour la protection des droits des humains. La convergence entre les éléments philosophiques et psychologiques (incluant la religion et la moralité) en vue de créer ou d'expliquer le système juridique en vigueur à l'époque signale

²² Pour les théories conflictuelles concernant les sources de l'organisation des sociétés en castes guerrière, voir R.L. O'CONNELL sur la thèse de la nourriture comme source de la guerre et B. EHRENREICH sur les rituels sacrificiels, op.cit., note 9.

²³ E. DE VATTEL, The Laws of Nations or the Principles of Natural Law, Washington, Carnegie Intitution of Washington, 1916, p. 131. [Traduction de Du droit des gens, 1758, faite par Charles G. FENWICK.]

clairement le désir d'aligner la moralité et le droit.

Sans s'étendre plus en détails sur la théorie de la guerre juste, il demeure important de signaler que la pratique étatique semble l'avoir consacré comme coutume dans le régime de droit international positif de l'époque puisqu'elle a été appliquée de façon répétitive sur une période de près de 200 ans sans avoir été fermement opposée.²⁴ C'est l'opinion de Lillich :

« If, it was said, a State treated its nationals in such a manner as to shock the conscience of mankind, other States could intervene if necessary by force, to protect the persecuted nationals. This was called humanitarian intervention. »²⁵

Un autre commentateur, S.G. Simon, argumente dans le même sens, tout en définissant ce que cette intervention humanitaire inclue. Il affirme ainsi que :

²⁴ David J. SCHEFFER, « Toward a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention », (1992) 23 The University of Toledo Law Review, 254-255. Il offre une liste récente des interventions depuis 1800 sur la base de motifs humanitaires. Cette liste inclut notamment les opérations chrétiennes contre l'autorité Turque : 1) 1827-1830, intervention franco-anglo-russe pour la protection des Grecs chrétiens, résultant en l'indépendance de la Grèce en 1830 ; 2) 1860-61, l'intervention du Concert Européen en Syrie et au Liban pour la protection de la minorité Maronite ; 3) 1877-78, intervention Russe, avec la bénédiction du Concert Européen, en Bosnie, en Herzégovine et en Bulgarie contre la Turquie ; 4) 1903, intervention de la Grèce, de la Bulgarie et de la Serbie en Macédoine contre la Turquie pour protéger la population chrétienne. À cette liste doit toutefois se voir ajouter les interventions dénoter par Thomas M. FRANK et Nigel S. RODLEY, « After Bangladesh : The Law of Humanitarian Intervention by Military Force », (1967) 67 American Journal of International Law, 275, 278-285, qui inclut la Sainte-Alliance du Congrès d'Aix-la-Chapelle (1818), l'intervention du Concert Européen en Turquie en 1842 (première intervention pro-Maronite), celle en Belgique en 1830 contre la Hollande et celle des Etats-Unis d'Amérique contre l'Espagne à Cuba en 1898. Pour une étude approfondie de la crise de 1860 en Syrie, voir Stephen KLOEPFFER, « The Syrian Crisis, 1860-1861 », (1985) 23 Canadian Yearbook of International Law, 246.

²⁵ Richard B. LILLICH, Humanitarian Intervention and the United Nations, Charlottesville, University Press of Virginia, 1973, p. viii.

«...humanitarian intervention is (...) used when one nation attempts to rescue or protect, with military force, its own nationals being held against their will in another nation. (...) Second, a nation can use force to prevent a foreign government from initiating or perpetuating a massive and gross violation of human rights against its own or a third State's nationals... »²⁶

Toutefois, cette évolution coutumière ne s'est pas faite automatiquement. Deux événements marquant ont certainement influencé la convergence de la morale et du droit : les révolutions américaine (1776-1783) et française (1789). L'idée de la « nation » comme étant l'objectif ultime change en effet radicalement la perception des relations entre États et celle de la doctrine de l'intervention, particulièrement la révolution française puisque celle-ci en vient à proclamer son aide à tous les peuples opprimés qui demanderait son aide, adhérant ainsi à la théorie de « guerre juste » et l'incorporant dans le *corpus* législatif national tout en tentant de l'imposer dans le système juridique international.²⁷

Mais, comme Waldock le fait si justement remarquer, toute différence dans le *bellum justium*, la justesse d'une guerre, était tout simplement impertinente à l'époque de Grotius, de Vattel ou de la révolution française puisqu'il n'existait aucune institution internationale disposant d'une autorité juridique reconnue et capable d'imposer son autorité. Le caractère juste d'un conflit armé ou d'une intervention demeurerait confinée aux mains des parties en cause. De plus, même si certains états (révolutionnaires) comme les États-Unis d'Amérique et la République française disposaient de limites intrinsèques quant à

²⁶ S.G. SIMON, *loc.cit.*, note 16, 120.

²⁷ Charles G. FENWICK, « Intervention : Individual and Collective », (1945) 39 *American Journal of International Law*, 645, 648. Il affirme que : « *Decrees of the National Convention announced that France was ready to come to the aid of all people who might wish to recover their liberties, and [dans une parfaite logique révolutionnaire (sic)] that should a particular people refuse the liberty offered it and retain or recall its prince or its privileged classes it would itself be treated as an enemy.* »

l'utilisation de la guerre à proprement parler au travers de leurs constitutions respectives, ces limites ne touchaient en rien l'usage de la force armée dans des situations qui ne sont pas des légalement reconnues comme étant des guerres.²⁸ L'exemple de l'intervention américaine à Cuba en 1898 démontre en effet une adhésion à la théorie de guerre juste. L'allocution du président McKinley était limpide quant aux motifs de l'intervention pour des raisons d'humanité et pour mettre fin aux actes de barbarie, de famine et de misères horribles de l'Espagne à Cuba.²⁹

Au début du siècle, la doctrine de l'intervention humanitaire était probablement à son faîte en 1910 sous la plume de Antoine Rougier qui affirme :

« Chaque fois que les droits humains d'un peuple seraient méconnus par ses gouvernants, un ou plusieurs États pourraient intervenir au nom de la Société des nations [appellation désignant la communauté internationale et non l'organisation internationale créée en 1919], soit pour demander l'annulation des actes de puissances publiques critiquables, soit pour empêcher à l'avenir le renouvellement de tels actes, soit pour suppléer à l'inaction du gouvernement en prenant des mesures conservatoires, urgentes et en substituant momentanément leur souveraineté à celle de l'État contrôlé. »³⁰

Cet apogée de la doctrine de l'intervention humanitaire, ou d'humanité suivant les multiples définitions offertes, ne s'est toutefois pas développée sans opposition, bien qu'elles se soient

²⁸ C.H.M. WALDOCK, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law », (1952) 81 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 451, 456-457.

²⁹ C.G. FENWICK, loc. cit., note 28, 285.

³⁰ Antoine ROUGIER, « La théorie de l'intervention d'humanité », (1910) Revue générale de droit international public, 468, 472, cité dans Gaeille KERVAREC, « L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au principe de non-intervention », (1998) 32 Revue juridique Thémis, 77, 81 et dans F.K. ABIEW, op. cit., note 16, 5.

limitées au domaine des académiques sans s'étendre réellement à la pratique des États, tels que vu précédemment. Un opposant farouche de l'intervention fut John Stuart Mills qui argumenta avec force pour le principe de la non-intervention, tout en laissant une exception : la contre-intervention. Il écrit ainsi en 1859 :

*« The doctrine of non-intervention to be a legitimate principle of morality, must be accepted by all governments (...) Unless they do, the profession of it by free countries comes to this (...) ; that the wrong side may help the wrong, but the right may not help the right. Intervention to enforce non-intervention is always rightful, always moral, if not always prudent. »*³¹

Pour les partisans de la non-intervention, la souveraineté étatique doit primer sur toute autre considération. Pour eux, la souveraineté de l'État est absolue et inviolable. Une doctrine interventionniste réduit cette souveraineté étatique et peut conduire à l'écroulement du système d'état-nations établi avec la Paix de Westphalie à la fin de la Guerre de Trente Ans. Leurs prédictions n'étaient pas nécessairement erronées. Avec le premier conflit armé mécanisé de l'histoire humaine, elles se sont presque réalisées. La Grande Guerre (1914-1918), comme elle fut appelée avant sa suite de 1939-1945, a amené la civilisation à des niveaux de boucheries jamais réalisés auparavant.³² Devant l'ampleur du désastre, la désillusion de l'armistice du 11 novembre 1918 à sa onzième heure et la signature des traités opérant la cessation des hostilités en 1919 forcèrent les nations à adopter un nouveau système juridique qui permettrait de mieux gérer les crises internationales pour éviter qu'elles ne dégénèrent comme ce fut le cas avec l'assassinat de l'archiduc François-

³¹ Dans John A. PERKINS, «The Right of Counterintervention», (1987) 17 Georgia Journal of International and Comparative Law, 171, 172.

³² Richard HOLMES, The World Atlas of Warfare, Londres, Pinguin, 1988, 154. La bataille de la Somme (1^{er} juillet 1916) a elle seule créée 60,000 pertes chez les Alliés, dont 19,240 tués en action ou morts par suite de leurs blessures, lors de la première journée seulement ! Les experts estiment les pertes allemandes comme comparables.

Ferdinand et la crise de l'ultimatum autrichien à la Serbie ; un petit événement en soit mais qui engrangea le jeu des alliances qui, par 1915, avait engagé le tiers des nations de la terre. Sur cet esprit de la « Der des ders », le président Wilson présenta son plan d'une Société des Nations (SdN) en vue d'instaurer un système de sécurité collective pour assurer que les États ne puissent prendre l'initiative de l'intervention à leur gré. Ainsi, la SdN devient la première organisation mondiale créée dans un objectif déterminé : le maintien de la paix.³³

4) *La Société des Nations*

Le *Pacte de la Société des Nations* effectue des changements radicaux au système juridique international en place. Il s'agit d'une organisation intergouvernementale de type politique dont l'acte constitutif se trouve en annexe du *Traité de Versailles*.³⁴ D'abord, le *Pacte* crée une obligation d'employer des moyens pacifiques pour la résolution des disputes et de ne pas recourir à la guerre avant l'épuisement de tous ces moyens. Ensuite, le *Pacte* crée une Assemblée et un Conseil pour juger de la légalité du recours d'un État à la guerre. Le *jus ad bellum* crée donc dès 1919 des organes d'adjudication de la légalité du recours à la guerre.

Son article 10 édicte la prévention d'agression,³⁵ sans définir cette dernière. Toutefois, puisque aucun lien n'existait entre cet article et l'article 16, relatif à l'imposition de sanctions contre un État utilisant illégalement la guerre, son essence fut éventuellement réduite à ne signifier qu'une garantie mutuelle contre la perte ultime de territoire ou d'indépendance mutuelle. Il ne s'agit pas tant d'une sanction contre l'utilisation même de la force mais contre l'usufruit résultant de l'utilisation réussie de la force

³³ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, p. 456.

³⁴ Claude EMANUELLI, *Droit international public*, tome I, coll. « Bleue », Montréal, Édition Wilson & Lafleur, 1993, 21.

³⁵ G. KERVAREC, *loc.cit.*, note 31, 101. L'art. 10 édicte l'obligation de : « respecter et de maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité et l'indépendance politique présente de tous les membres de la Société. »

armée. En bref, cet article n'a contribué qu'à être la base légale de la doctrine Stimson pour la non-reconnaissance des situations créées par le recours illégal à la force.³⁶

Le vrai cœur du *Pacte* se trouvait à ses articles 12 à 15. L'article 12 instituait un régime particulier pour la gestion des conflits, imposant un moratoire de trois mois à l'utilisation de la force armée dans les cas qui pouvaient possiblement créer une rupture de la paix, le temps de soumettre la dispute à l'arbitrage, le règlement judiciaire ou la conciliation. Les effets légaux de cet article étaient donc plutôt limités. Il s'agissait bien d'une renonciation partielle au recours à la guerre dans les relations internationales et non pas d'une renonciation complète. Quant aux articles, ils ne s'occupaient que de la renonciation à la force dans le cas où une des parties accepterait de payer les dédommagements adjugés par l'arbitrage.³⁷

Malgré l'effort louable du *Pacte de la Société des Nations* d'abroger le recours à la guerre, force est d'avouer que ce fut un échec d'envergure. En particulier, ce qui semble l'avoir propulsé à son démembrement sont les critères d'entrée sélectifs lors de sa création, par l'exclusion des puissances centrales vaincues, et l'absence de ses créateurs en tant que membres, les États-Unis ayant refusé d'adhérer au *Traité de Versailles* dû à l'opposition du Congrès républicain qui refusa la ratification à la signature du président démocrate Wilson. Les États-Unis ayant un système dualiste, cette tactique isolationniste républicaine enleva la l'opportunité à la puissance américaine montante de diriger certaines politiques internationales. Le forum ayant peu de crédibilité dès son départ, les choses pouvaient difficilement s'améliorer. Bien au contraire, elle se détériorèrent rapidement. Le retrait de l'Allemagne (1934) après que l'entrée eut été accordée aux ex-vaincus, l'invasion italienne de l'Éthiopie (1935)

³⁶ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 470 ; Ian BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 64.

³⁷ *Id.*

et la guerre civile espagnole (1936) portèrent des coups à la *Société* dont elle ne pouvait se relever. Sans crédibilité politique ni réel pouvoir applicable du fait de son *Pacte*, son démembrement n'était qu'une question de temps. De plus, le point le plus important est que le *Pacte* effectuait une renonciation partielle à la guerre. Pour circonvenir à ce problème « technique » dans leurs désirs de recourir à la guerre, les États optèrent pour une doctrine qui était encore forte, puisqu'elle n'était pas considérée comme une guerre au sens juridique : l'intervention, souvent sur la base de motifs humanitaires, ou encore sur celle de la légitime défense, dont la question demeure en suspend chez plusieurs commentateurs à savoir s'il ne s'agit pas réellement l'un et l'autre de la même chose.

Qu'il s'agisse de « représailles », de « rétorsion », d'« embargo », de « blocus pacifique », les mécanismes « d'auto-protection » et « d'auto-préservation » ainsi que de légitime défense abondent de façon à éviter le qualificatif de guerre. Le *Pacte* ne traitait pas de ces questions puisque ces mécanismes d'auto-préservation et de légitime défense n'étaient couverts que de façon incidente et implicite par le *Pacte* ou encore par la coutume en vigueur avant la Grande Guerre. Le droit à l'intervention proprement dit n'a donc pas été abrogé par le *Pacte*.

Tout au long du XIX^e siècle, le droit à l'auto-préservation et à la défense légitime se sont aussi vus reconnus comme partie intégrante de ce droit à l'intervention. Or, la doctrine et la coutume, s'il en est réellement une, de l'auto-préservation consistent en un rejet du droit, puisqu'il s'agit du rejet du régime applicable au profit de la « nécessité ». En l'espèce, il s'agit du même raisonnement juridique que la jurisprudence contemporaine accorde à l'emploi de l'arme nucléaire³⁸ : c'est-à-

³⁸ *Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 8 juillet 1996 : Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, requête d'un avis consultatif de la part du Secrétaire-général de l'Organisation des Nations Unies, [1996], no 95, C.I.J., <http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/foreignp/disarm/agavis.txt>, para. 95, 96, p. 39/49, lorsque la Cour affirme : « 95. La Cour ne peut davantage se prononcer sur le bien-

dire que dans les cas extrêmes où la survie même de la Nation est en péril, un état peut employer une méthode de combat ou une arme qui autrement serait d'emploi illicite. Pourtant, le droit à l'auto-préservation n'a pas survécu à la première guerre mondiale puisqu'il s'agit d'un droit qui ne peut être tenu en échec. En effet, l'argument allemand d'auto-préservation pour l'invasion de la Belgique et du Luxembourg n'a certes pas survécu à l'analyse de la *Commission sur la responsabilité des auteurs de la guerre et sur l'imposition des réparations* dans son rapport du 29 mars 1919.³⁹ L'autre motif de défense du *Kaiser* fut aussi rejeté, non pas parce qu'il n'était pas acceptable dans la coutume internationale, mais bien parce que les conditions nécessaires à son application n'était pas présentes. Ainsi, Waldock affirme clairement que le droit à la légitime défense était reconnu, mais que le cas de l'agression allemande ne pouvait s'en prévaloir puisqu'il ne s'agissait pas en l'espèce en une réponse à une attaque antérieure.⁴⁰

Les juristes sont plus ou moins tous en accord sur la question du droit d'un état à la légitime défense et sur l'absence d'un droit d'auto-préservation. La question qui demeure en suspend concerne l'étendue du droit à la légitime défense. Si tous s'accordent sur le droit de répondre à l'époque par les armes à une invasion armée contre le territoire et l'indépendance

fondé de la thèse selon laquelle le recours aux armes nucléaires serait illicite en toute circonstance du fait de l'incompatibilité inhérente et totale de ces armes avec le droit applicable des conflits armés (...) » et « 96. La Cour ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout État à la survie, et donc le droit de recourir à la légitime défense [sous le régime de l'art. 51 de la Charte des Nations Unies]... ». Voir aussi l'*Affaire Cahu*, jugement rendu par la Cour de Nîmes en 1985 lors du procès d'un lieutenant qui refusa de simuler le déclenchement d'une attaque nucléaire dû au caractère civil de la cible. La Cour condamna le lieutenant utilisant l'argument de la nécessité.

³⁹ I. BROWNLIE, *op.cit.*, note 37, 53. Il est à noter que le *Kaiser* ne fut pas accusé de crime de guerre, mais bien de crime contre l'humanité, sous l'article 227 des Traités de Versailles. La défense d'auto-préservation de la nation allemande fut rejetée du revers de la main.

⁴⁰ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 461-462.

politique d'un état, d'autres catégories de ce type de défense demeure plus ou moins en suspens. Un cas particulier concerne le droit à l'intervention armée pour la protection des ressortissants nationaux.

B. La protection des ressortissants nationaux et la légitime défense

La légitime défense découle principalement de l'*Affaire du Caroline*⁴¹ où des Canadiens attaquèrent un bâtiment américain venu prêter main forte à des insurgés canadiens durant la Révolte des Patriotes (1837-38). L'attaque résulta en un mort parmi les insurgés sur les quais, 12 manquants à l'appel et en la mise à feu du navire. Au procès d'un des participants, McLeod, capturé dans l'état de New York après s'en avoir vanté, les missives de défense en sa faveur de la part du gouvernement britannique en réponse aux critères posés par le secrétaire d'état américain listèrent deux conditions à remplir pour que la légitime défense soit acceptée, argumentant que ces conditions avaient été remplies. Ces conditions présumaient d'abord un état de nécessité absolu conduisant à : 1) une nécessité immédiate d'agir sans autre choix au moment de l'acte quant à des délibérations ou le choix des moyens ; et 2) un caractère raisonnable de l'action en proportion avec les dommages anticipés. La légitime défense doit donc remplir trois préalables : 1) Un acte hostile ou une menace de commission d'un acte hostile ; 2) l'échec ou l'incapacité d'un État à remédier à la situation par sa prévention ou son arrêt ; et 3) un acte de légitime défense pour prévenir ou arrêter un acte hostile dans une proportion raisonnable avec les dommages anticipés. Il s'agit donc non seulement d'un droit à la légitime défense pour repousser une attaque, mais d'un droit à la légitime défense anticipée pour prévenir une telle attaque. Ceci ne doit toutefois pas être confondu avec les représailles, celles-ci répondant à un

⁴¹ *The Caroline*, (1837) (2 Moore 409 I R.A.I. 681).

acte hostile déjà commis.⁴²

De plus, au sein même de ce droit à la légitime défense se trouve une sous-catégorie qui nous intéresse particulièrement puisqu'elle conduit au droit à l'intervention armée sur le territoire, mais pas contre celui-ci, d'un autre État : la protection des ressortissants nationaux à l'étranger. Bien que les opinions soient partagées sur ce point, il semble que dans l'ensemble ce droit ait aussi été reconnu comme partie intégrante du droit international, même sous la SdN. Selon Waldock, il est évident que le droit à l'intervention pour la protection des ressortissants nationaux a été une partie reconnue du droit à la légitime défense. En se basant simplement sur la pratique américaine, il compte 46 interventions de ce type entre 1813 et 1899. Plus évident encore, ce type d'intervention n'était pas exclu comme moyen légal de légitime défense dans les conventions I et II de La Haye de 1907. En fait, non seulement la légitime défense était un droit sous le *Pacte*, mais il s'agissait selon ses dires d'une obligation implicite.⁴³ Selon lui, il était clair que les États désiraient garder intact et large d'interprétation leur droit de légitime défense.

À titre de preuve que ce droit a survécu à l'adoption du *Pacte*, Simon et Sicilianos offrent la sentence arbitrale de Max Huber (1924) qui énonce sans détour que « ...ce droit d'intervention a été revendiqué par tous les États : ses limites seules peuvent être discutées... ».⁴⁴ En effet, malgré tous les efforts pour limiter le droit au recours à l'utilisation de la force armée entre 1918 et 1939, il est clair que les États entendaient conserver intact leur

⁴² C.H.M. WALDOCK, loc.cit., note 29, 460, 463-464, 476. Sur le point de la légitime défense comme étant une obligation implicite, il cite Giraud, Hague Recueil, vol. 3, 1934, 692.

⁴³ Id., 467-468.

⁴⁴ Denys SIMON et Linos Alexandres SICILIANOS, « La contre-violence unilatérale », (1986) 32 Annuaire français de droit international, 53, 57, note de bas de page 19 dans *l'Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, (1924) R.S.A.N.U. II, 641.

droit à l'intervention armée pour la protection de leurs ressortissants comme partie intégrante de leur droit de défense légitime. Dans le régime du *Pacte*, ce droit était vu comme automatiquement exclus de la prohibition sur le recours à la force armée, même si ce n'était que de façon implicite. Cette exclusion n'était toutefois pas limitée au *Pacte*.⁴⁵

Le *Projet de traité d'assistance mutuelle de 1923*, le *Protocole pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1924*, et les *Accords de Locarno de 1925* préparèrent la voie pour le *Traité général de renonciation à la guerre* (aussi appelé *Pacte de Paris* ou *Pacte Briand-Kellog*) du 6 septembre 1928, signé par 60 États et dont les mécanismes d'implémentation furent créés dans l'*Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux* une semaine plus tard. En tentant d'inclure la déclaration de renonciation à la guerre par les États, ces instruments internationaux visaient à combler le vide juridique que le *Pacte de la Société des Nations* créait par l'absence de mécanismes précis de définition du recours licite à la force par rapport au recours illicite et de mécanisme de règlement des différends. Or, tous et chacun de ces instruments créaient une exception à la règle sous la forme de la légitime défense sans la définir. Puisque aucune norme de droit international conventionnel ne s'appliquait, les États pouvaient donc continuer avec impunité à se fier à une coutume d'intervention sur la base de la légitime défense. Même le *Traité pour prévenir la guerre (sur la non-agression et la conciliation)* de Rio de Janeiro en 1933, auquel tous les États américains et quelques États européens adhèrent, n'aborde pas la question.⁴⁶ Les efforts des années 1920 en ce sens ont tous été défaits, surtout du fait de l'opposition américaine.⁴⁷

Une ouverture sur la limitation de ce droit a finalement lieu en

⁴⁵ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 495.

⁴⁶ Ian PEANSON, *Manual of the Terminology of the Law of Armed Conflicts and of International Humanitarian Organisations*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 26.

⁴⁷ C.G. FENWICK, *loc.cit.*, note 28, 654.

1933 à la 6^e Conférence Internationale des États Américains de Montévidéo. *La Convention sur les droits et obligations des États* adopte à son article 8 la déclaration des États suivant laquelle ils affirment qu'aucun État n'a le droit d'intervenir dans les affaires internes ou externes d'un autre État.⁴⁸ La Conférence inter-américaine pour le maintien de la paix de Buenos Aires de 1936 suivit cet exemple et adopta la *Convention pour le maintien, la préservation et le rétablissement de la paix*. Cette convention interdisait les conquêtes, rejetant ainsi la subjugation comme méthode classique de cessation des hostilités, l'intervention, le règlement des différends par d'autres moyens que les moyens pacifiques. Son article 1 déclarait inadmissible l'intervention, directe ou indirecte, pour quelques raisons que ce soit, dans les affaires internes ou externes d'un État. Ce langage fut répété dans la *Déclaration des Principes Américains*, adopté à Lima en 1938, lors de la 8^e Conférence Internationale des États Américains. Son préambule énonçait clairement que l'intervention d'un État dans les affaires internes ou externes d'un autre était inadmissible.⁴⁹

Il semblerait donc qu'au seuil des six ans de conflit appelé deuxième guerre mondiale (1939-1945), qui feront périr un nombre estimé de 50 à 70 millions de personnes, la norme coutumière de la légitime défense, en ce qui concerne son extension de l'intervention armée pour la protection des ressortissants nationaux, était subordonnée à une nouvelle norme conventionnelle. Du moins, cette conclusion semble s'appliquer aux États américains. Si tel est le cas, il apparaît que la modification du régime juridique a certainement influencer le nouveau régime qui résulte de l'hécatombe mondiale de 1939-1945. Il semblerait en effet que cette influence se soit traduite dans les traités de la dernière année des combats sur les théâtres opérationnels européen et asiatique. La Conférence sur les problèmes de la guerre et de l'après-guerre, tenue à Mexico du 21 février au 8 mars 1945, reflète bien une nouvelle doctrine de non-intervention applicable dans le régime juridique international de

⁴⁸ *Id.*, 655.

⁴⁹ *Id.*, 656.

l'après-guerre. L'*Acte de Chapultépec* qui en résulte résume les principes de droit international que les États américains incorpore dans leur compréhension du droit international. Parmi ces principes, le second inclut la condamnation de l'intervention dans les affaires internes et externes d'un autre État. De plus, sa Partie I inclut une définition de ce en quoi consiste une attaque, soit l'attaque contre l'intégrité territoriale ou l'inviolabilité du territoire, ou contre l'indépendance politique ou la souveraineté d'un État américain. Finalement, l'*Acte* comprend aussi une définition de ce qui consiste en une agression, c'est-à-dire l'invasion par des forces armées d'un État sur le territoire d'un autre. Interprétée *lato sensu*, il est évident que cette définition englobe l'intervention, sans égards pour son motif.⁵⁰

Si la norme était en évolution, le choc de la fin de la deuxième guerre mondiale a créé quant à lui une véritable révolution du régime juridique par la création de l'*Organisation des Nations Unies*. Ce qu'il nous faut maintenant savoir, c'est ce en quoi le droit à l'intervention a été modifié et comment doit-il être appliqué s'il a survécu.

C. Le droit à l'intervention armée sous la Charte de l'Organisation des Nations Unies

1) *La légitime défense sous la Charte*

La *Charte de l'Organisation des Nations Unies* inscrit dans son Préambule le but premier de l'O.N.U., soit de « préserver les générations futures du fléau de la guerre ».⁵¹ Le terme « guerre » est utilisée là pour la première et seule fois de la *Charte* et doit être interprété dans le sens de conflit armé, non pas simplement comme la guerre au sens juridique⁵², c'est-à-dire un état de faits

⁵⁰ *Id.*, 662.

⁵¹ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, *op.cit.*, note 4, Préambule.

⁵² C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 487.

reconnu juridiquement avec les conséquences légales qu'on lui connaît jusqu'à la cessation des hostilités.⁵³

L'intention des rédacteurs de la *Charte* semble donc être de régir l'emploi de la force sous toutes ses formes et non plus la guerre proprement dite comme c'était le cas sous le *Pacte*. Il ne s'agit plus d'une obligation de ne pas recourir à la guerre, mais bien de ne plus recourir à la force.⁵⁴ Ainsi, la *Charte* interdit l'emploi de la force ou la menace de l'emploi de la force en vertu de l'édit de son article 2(4).⁵⁵ En conséquence, les États se doivent de régler leurs différends par l'usage de moyen pacifique, suivant l'article 2(3) de la *Charte*.⁵⁶

Un dispositif de sécurité collective en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et autres actes d'agression est mis en place,⁵⁷ suivant lequel le Conseil de Sécurité détermine s'il y a menace à la paix ou rupture de celle-ci, ou encore tout autre acte

⁵³ I. PAENSON, *op.cit.*, note 47, 64, renvoi en bas de page à la décision du tribunal arbitral turco-italien dans l'Affaire de la « Sté Commerciale d'Orient c. la Turquie » (1929), cité dans SCHWARZENBERGER, *International Courts*, v.II, 60, où les effets de l'état de guerre sont entraîné *ipso facto* par une déclaration de guerre mais pas exclusivement par suite d'une déclaration. Suivant le tribunal, « dans certaine conditions, l'état de guerre pourra remonter à une date antérieure à celle de la déclaration formelle de guerre », donnant pour exemple la rupture des relations commerciales ou lors de la guerre *de facto*. Cette dernière consiste en un déclenchement des hostilités au moment opportun jugé par les commandants d'unités militaires. **La guerre est donc un état de faits reconnu juridiquement, non pas un état juridique reconnu dans les faits.**

⁵⁴ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 487.

⁵⁵ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, *op.cit.*, note 4, article 2(4) : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. ».

⁵⁶ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, *op.cit.*, note 4, article 2(3) : « Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger. ».

⁵⁷ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, *op.cit.*, note 4, chapitre VII, articles 39 à 51.

d'agression. Néanmoins, le droit à la légitime défense est conservé à l'article 51.⁵⁸

Si les limitations à l'usage de la force y sont fortement restrictives, la clause de légitime défense de l'article 51 demande une attention particulière quant à son interprétation. En effet, comme nous venons de le voir, le droit à la légitime défense dans l'ère pré-Charte incluait une vision large de ce droit, allant jusqu'à la légitime défense anticipée.⁵⁹ Le droit applicable sous l'article 51 de la Charte semble présenter des similitudes avec le droit applicable avant son entrée en vigueur, mais son interprétation est contestée par ceux qui maintiennent que la légitime défense anticipée continue de s'appliquer et par ceux qui croient que ce droit a été abrogé.

L'étendue de l'interprétation de l'article 51 est en effet difficile à cerner parce que son libellé français parle d'un droit naturel, une notion qui est plus large que celui d'un « *inherent right* » de la version anglaise, puisqu'elle en fait un droit qui découle directement de la loi naturelle. Aucune limite ne peut donc y être apporté. Ce droit est intangible, incorporel et défini par le Lexique de termes juridiques comme étant « la recherche du juste par une analyse rationnelle (...) orienté par la considération de la finalité de l'homme et de l'Univers » ou comme des « Principes immuables, découverts par la raison, permettant d'éprouver la valeur des règles de conduites positives admises par le Droit objectif [l'ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique] ». ⁶⁰ Puisqu'il est du droit naturel, le droit à la légitime défense est associé à un droit supérieur qui prime sur les interdictions du principe de la non-

⁵⁸ Id., article 51 : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de Sécurité ait prit les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales... ».

⁵⁹ *Affaire du Caroline*, op.cit., note 42.

⁶⁰ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENET, Lexique de termes juridiques, 9^e édition, Paris, Dalloz, 1993, 214.

intervention de l'article 2(7) et sur la prohibition de l'utilisation de la force de l'article 2(4) de la *Charte*. Il s'agit d'un principe inhérent au système juridique d'ordre interne transposé dans le droit international, à cette différence que l'article 51 garantit ce droit comme applicable de façon individuelle et de façon collective, ce qui n'est normalement le cas dans les systèmes nationaux.⁶¹

Le droit à légitime défense n'est certainement pas contesté en droit international. Les exemples de la reconnaissance des États de son existence abondent. Par exemple, l'*Organisation des États Américains* dispose d'une clause reconnaissant sa légitimité dans sa *Charte* à son article 18.⁶² C'était la base juridique applicable aux traités de défense collective de l'*Organisation du traité de l'Atlantique Nord* (OTAN) et du *Pacte de Varsovie*. Dans le premier cas, l'article 5 reconnaissait ce droit en faisant une mention expresse de l'article 51.⁶³ On vise évidemment à sanctifier juridiquement la légalité de ces organisations politiques de défense collective.

Ce besoin de sanctification doit en effet être résolu car plusieurs auteurs argumentent que si ce droit de légitime défense existe sous l'autorité de la *Charte*, ce n'est que dans les limites

⁶¹ G. KERVAREC, *loc. cit.*, note 31, 102.

⁶² OAS CHARTER, Apr 30 1948, 2 UST 2394, TIAS no. 2361, 119 UNTS 3, Article 18 : « *The American States bind themselves in their international relations not to have recourse to the use of force except in the case of self-defense in accordance with existing treaties or in fulfilment thereof.* ».

⁶³ Scott DAVIDSON, *Grenada*, Avebury, Aldershot, 1989, 94, qui renvoie à (1949) 43 *American Journal of International Law*, suppl., 159ff, qui donne le texte complet du traité de l'OTAN. L'article 5 y énonce : « *...an armed attack against one or more of them in Europe or in North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by article 51 of the U.N. Charter...* ». Une copie conforme de ce texte se retrouvait à l'article 4 du *Treaty of Friendship, Co-Operation and Mutual Assistance*, connu sous le nom de *Pacte de Varsovie*, dont le texte original peut être trouvé dans (1955) 49, *American Journal of International Law*, suppl., et dans *Soviet News*, no.3165, 6 mai 1955.

nécessaires à la cessation des actes hostiles que l'État victime d'une agression subis.⁶⁴ Comme Max Huber l'avait dit, le droit à la légitime défense n'est donc pas mis en cause ; seulement ses limites.⁶⁵ Or, le texte de l'article 51 pose effectivement la problématique à savoir quelles sont ces limites puisqu'il édicte que le droit à la légitime défense est applicable « ...dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée... ».⁶⁶

Puisque cette phrase est rédigée au présent, l'interprétation conventionnelle est que l'agression doit avoir lieu avant de prendre les mesures de légitime défense et de pouvoir se réclamer de l'article 51. Toutefois, cette vision conventionnelle doit tenir compte du spectre des conflits armés. Avec l'évolution des différents types de conflits vers des opérations de nature continue et répétitive, mais de faible proportion, la question que pose les experts est à savoir ce que constitue une attaque armée au sens de l'article 51.

En effet, le spectre des conflits armés n'est plus limité à l'attaque armée au sens d'une invasion du territoire par une armée. Ce spectre est beaucoup plus subtil et inclus aujourd'hui les opérations spéciales, les opérations « noires » non-officielles effectuées par des commandos d'élite, les mesures économiques et les pressions diplomatiques. Les Forces canadiennes reconnaissent d'ailleurs cet état de fait dans le tableau suivant,⁶⁷ sa source étant les écrits du contre-amiral H.E. Eccles⁶⁸:

⁶⁴ Unesdi KETPAR-SMEN, « À propos du droit d'ingérence », Mélanges en l'honneur de Nicéphore Logothète, Inconnu, Inconnu, 77, 116.

⁶⁵ D. SIMON et L.A. SICILIANOS, loc.cit., note 45.

⁶⁶ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, op.cit., note 4, chapitre VII, article 51.

⁶⁷ Ministère de la défense nationale, L'armée de terre du Canada, Ottawa, Groupe de communication du Canada, 1998, 80.

⁶⁸ H.E. ECCLES, Military Concepts and Philosophy, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 1965.

CONDITIONS :	
OPERATIONS AUTRES QUE LA GUERRE	
Réactions stratégiques militaires	GUERRE
OPERATIONS AUTRES QUE LE COMBAT	
Moyens militaires opérationnels	OPERATIONS DE COMBAT

Ainsi, ce qui est défini comme une attaque armée peut être largement définie puisque les réactions stratégiques et les moyens militaires opérationnels ne se limitent pas à l'invasion armée d'un territoire. L'attaque peut être faite aux niveaux stratégiques, opérationnels ou tactiques et n'est définie par aucun texte quant à sa nature, sa portée ou ses moyens, à l'exception évidente des règles du *jus in bellum*. Ainsi, l'attaque n'est pas définie quant à ses auteurs, ressortissants nationaux ou non, ou quant à ses motifs. Avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour Permanente Internationale de Justice avait statué qu'une attaque avait lieu lorsque les frontières d'un état étaient traversées par les ressortissants d'un autre et que les ressortissants de l'État transgressé étaient physiquement attaqués, ces conditions devant être conjointement remplies.⁶⁹ Selon cette définition, des opérations d'espionnage ou même des opérations de subversions sont exclues de la définition d'une attaque. Un État ne peut donc pas prendre des mesures de légitime défense contre un État étant identifié comme finançant ou contribuant à ces activités. La légitime défense ne pourrait avoir lieu que si les frontières étaient physiquement transgressées et les ressortissants de l'État ciblé physiquement mis à mal. Une telle définition, comme le tableau ci-haut le démontre, ne peut permettre à un État de répondre à une attaque indirecte sur ses intérêts et ses ressortissants, résultants en une incongruité où l'attaquant est dans son droit en dépit de ses motifs et où le défenseur est un délinquant aux yeux du droit international s'il prend des mesures pour contrer ces activités.

⁶⁹ *Affaire du Lotus*, (France c. Turquie), (1927) C.P.I.J. Rec. Série A, no. 9, 16.

De plus, les conflits types des années 1960 à 1989 étaient les « *proxys' wars* » : les guerres par combattants interposés. Les superpuissances subventionnaient, équipaient et entraînaient des ressortissants nationaux en vue de déstabiliser ou maintenir un régime politique particulier. Le cas des rebelles *Contras* du Nicaragua est certainement le conflit le mieux connu à cet égard, mais aucunement le seul. Du Guatemala (1963) au Vietnam (1962-1972) en passant par Cuba (1960) et l'Afghanistan (1979-1991), les grandes et superpuissances se sont fait un devoir de mettre le camp opposé en échec en forçant l'attribution de ressources humaines et matérielles aux feux de brousse régulièrement créés par l'un et l'autre en vue de protéger ou d'acquérir des intérêts dans une sphère d'influence. C'est ce qui fait penser que concrètement, des attaques de natures limitées, parfois sporadiques mais néanmoins répétitives, donc continues au sens de leur objectif et de leur régularité, constituent véritablement des attaques au sens de l'article 51. Ce raisonnement n'est pas sans mérites. Il a certainement l'avantage d'être en accord avec la réalité géopolitique et géostratégique.

Des auteurs font toutefois remarquer que l'article 51 n'utilise pas le terme « agression », comme le fait l'article 39 de la *Charte* qui délègue au Conseil de sécurité le pouvoir de qualification de menace à la paix ou de rupture de la paix. Plutôt, l'article 51 utilise une expression plus limitative en se concentrant sur les attaques armées.⁷⁰ Donc, si l'utilisation de la force armée est limitée en droit international, le droit de riposte à son utilisation l'est encore plus. Mrazek cite à ce sujet les juges Nagenda Singh et E. McWhinney qui affirment que le droit à la légitime défense, bien que reconnu par la coutume et par le droit conventionnel, quoique ce dernier prévaut la première, n'est admissible que dans le seul et unique cas d'une attaque armée.⁷¹ Encore une fois, le problème est à définir ce qu'est une attaque armée. Une méthode pour identifier ce qui peut être considéré comme une attaque

⁷⁰ J. MRAZEK, *loc.cit.*, note 10, 91.

⁷¹ *Id.*, 92.

armée est de comparer cette notion à celle d'une agression.

La première définition de ce qu'est une agression se trouve dans l'*Acte de Chapultépec*, signé à Mexico le 8 mars 1945. Elle anticipait la fin de la deuxième guerre mondiale, mais ne s'appliquait toutefois qu'aux États des Amériques. Elle servit toutefois de base légale pour édicter un accord entre les vainqueurs pour l'établissement des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo pour justifier les procès des criminels de guerre. Alors que l'article 6 de la charte constitutive du *Tribunal Militaire International (TMI)*⁷² créait de toute pièce la notion de crime de guerre, l'article 7 niait la défense d'actes de l'État et l'article 8 celle des ordres supérieurs. Pour plusieurs auteurs, il demeure évident que l'application rétroactive d'une telle loi⁷³ au régime de droit international était un empiétement sans ambages sur la maxime *nulla poena sine lege* – pas de punition sans loi.⁷⁴

Plusieurs argumentent de façon convaincante que le droit international applicable avant et pendant la guerre, ainsi qu'immédiatement avant l'application de cet accord, n'avait toujours pas incorporé le crime de guerre d'agression dans sa coutume ou ses conventions. La nature même de la deuxième guerre mondiale peut certainement justifier cette méthode au

⁷² Le TMI est le résultat des multiples conférences inter-Alliés telles Moscou (30 octobre 1943), Postdam (2 août 1945) et Londres (8 août 1945). Sa base juridique repose dans la *Déclaration de Moscou* du 30 octobre 1943 et dans la *Déclaration de Londres* du 8 août 1945. Le TMI visait la juridiction concurrente des États sur les criminels de guerre dits « majeurs ». La *Déclaration de Londres* contient la *Charte constitutive du TMI* à son annexe. Son article 1 énonce sa juridiction alors que son article 2 énonce ses principes. Le partage des juridiction se retrouvent aux articles. 4 et 6.

⁷³ Le 20 décembre 1945, le gouvernement militaire sous l'autorité du général Eisenhower passait une loi rétroactive qui, à son article II(5) « ...exclut toutes les prescription acquise entre le 30 janvier 1933 et le 1^{er} juillet 1945 ainsi que le bénéfice de toute immunité, grâce ou amnistie accordée sous le régime nazi. ». Voir *Control Council Law no.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 December 1945, 1 TWC xvi, Taylor, Report, 250 ; 1, Friedman 908 ; 1 Friedman 9 ; Levie, Documents, 304.

⁷⁴ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 485.

point de vue moral et politique, mais il n'en demeure pas moins qu'au niveau juridique elle est pour le moins discutable. À titre d'argument pour justifier l'incorporation au régime international d'un crime de guerre d'agression, certains juristes se sont prévalus du *Traité général de renonciation à la guerre* de 1928 à titre de base juridique. Indépendamment de la justesse du raisonnement juridique, il en résulte qu'en 1946 dix-neuf États, dont trois neutres durant les hostilités de 1939-1945, ont unanimement reconnu en Assemblée générale les principes du *Tribunal Militaire International*.⁷⁵

Près de 30 ans après, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait par consensus une résolution qui définissait finalement l'agression. La résolution 3314 (XXIX) de 1974 définit l'agression à son article 1 comme étant : « ...l'emploi de la force armée par un état contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. ».⁷⁶ Une liste non exhaustive des actes pouvant être considérés comme des actes d'agression est donnée à l'article 3 de la résolution, alors que son article 4 dispose de dispositions donnant au Conseil de sécurité de larges pouvoirs discriminatoires quant à la qualification de menace contre la paix ou de rupture de la paix avec les termes « ...le Conseil de sécurité peut qualifier d'autres actes d'actes d'agression conformément aux dispositions de la Charte. ».⁷⁷ En vertu de la résolution 3314, le Conseil de sécurité peut donc qualifier tout acte contraire à la *Charte* comme étant une agression. Ainsi, si *a priori* l'emploi de la force armée contre un État est considéré comme une agression *per se*, la résolution 3314 reconnaît que l'agression n'est pas limitée qu'à ces seules actions. Les actes contraires à la *Charte* qui seraient d'une autre nature au minimum le potentiel de pouvoir être déclarés une agression.⁷⁸

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Définition de l'agression*, Rés. AGNU 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

⁷⁷ *Id.*, art. 4.

⁷⁸ G. KERVAREC, *loc. cit.*, note 31, 103.

L'attaque armée, telle qu'interprétée à l'article 51, ne dispose pas d'une résolution explicative qui permettrait d'en connaître les limites. Toutefois, l'*Affaire du détroit de Corfou*⁷⁹ donne de précieux indices à savoir ce en quoi le droit à la légitime défense consiste réellement. Dans ce cas impliquant un acte hostile commit par l'Albanie, soit le tir par des batteries côtières sur des navires de la *Royal Navy*, auquel le Royaume-Uni répondit par l'envoi de navires armés avec le personnel aux postes de combat pour affirmer son droit de passage, et qui résultat dans le minage de deux navires, la Cour prit certaines positions qui élargissent le droit à la légitime défense tout en limitant celui de l'auto-préservation.

Ainsi, la Cour maintien dans ce jugement que l'envoi de navires de combat prêts à l'action n'était pas déraisonnable à la lumière de l'attaque albanaise. La Cour affirme que la préparation au combat en prévision d'une attaque n'était pas contraire à l'article 2(4) de la *Charte*. Elle affirme de plus que la menace de l'emploi de la force et l'emploi de celle-ci, par l'envoi de navire de combat, n'était pas contraire à l'article 2(4) dans ce cas précis puisqu'il s'agit de l'affirmation d'un droit qui avait été illégalement nié avec l'emploi de la force armée. Finalement, la Cour énonce clairement que la simple présence d'une forte probabilité d'une attaque armée était suffisante pour justifier les mesures défensives britanniques puisqu'il s'agit en soi d'une menace de l'emploi de la force, ce qui est en soi contraire à l'article 2(4) et justifie la préparation pour riposter ou prévenir une telle attaque.⁸⁰ Il est donc évident que la Cour n'a pas interprété la légitime défense de façon limitative.

Ce que la Cour a limité dans son jugement est le droit à l'auto-préservation qui, comme le droit à la légitime défense, fait partie des droits à l'auto-protection. Dans les faits de la cause présentée, l'Albanie argumentait que les opérations de déminages

⁷⁹ *Affaire du détroit de Corfu*, Rec. C.I.J., 1949, 4, 30-31.

⁸⁰ C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 500.

subséquentes du Royaume-Uni dans le détroit étaient contraires au droit international puisqu'il s'agissait d'une intervention contraire au droit international. La Cour retint l'argument, rejetant d'emblée l'argument présenté par le Royaume-Uni que les États ont un droit limité d'auto-préservation qui leur permet de prendre les mesures nécessaires pour enquêter sur les causes d'un tort qui a été perpétré à son endroit et pour collecter les preuves, pour autant que son intention soit de s'en remettre par la suite au jugement de la Cour Internationale de Justice. La Cour fut extrêmement claire sur ce point en disant :

« The Court can only regard the right to intervention as the manifestation of a policy of force, such as has in the past given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever may be the present defects in international organisation, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here ; for, from the nature of thing, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself. »⁸¹

Il est important de mentionner que, contrairement à ce que plusieurs affirment, la Cour n'a pas ici sanctionner contre le droit à l'intervention en soi. Elle a sanctionner contre le droit à l'auto-préservation lorsque l'intervention est utilisée pour la réparation d'une offense, puisqu'il s'agit alors d'un État prenant la justice entre ses mains pour imposer les sanctions qu'il juge nécessaire.

De fait, la Cour a dans son jugement fait une distinction très nette entre deux choses complètement différentes et en est arrivée à des décisions logiques qui partagent bien les situations. Le jugement de la Cour a en effet statué sur la légalité de l'utilisation de la force armée en tant que mesures de légitime défense pour l'affirmation d'un droit tout en statuant sur l'illégalité de

⁸¹ *Affaire du détroit de Corfu*, Rec. C.I.J., 1949, 4, 35.

l'utilisation de la force armée par un État pour l'obtention de réparations suite à un acte commit contre lui par un autre État.⁸² Comme Mrazek le propose, la Cour établit une distinction claire entre deux formes d'auto-protection : les représailles, qui sont illégales en soi puisqu'il est parti intégrante d'un droit à l'auto-préservation déjà rejeté par les cours, quoique ce point est contesté, et la légitime défense qui est expressément permise par l'article 51 de la Charte et interprété *lato sensu* dans l'*Affaire du détroit de Corfou*.⁸³ À la lumière de ce jugement, on peut donc voir que les principes énoncés dans l'*Affaire du Caroline* demeurent applicables.⁸⁴

Dans cette affaire, on remarque que ce en quoi consiste une attaque armée n'est pas simplement l'attaque proprement dite : une menace d'attaque est aussi considérée comme un motif valable pour justifier la légitime défense. Le droit à la légitime défense inclurait donc le droit à la légitime défense préventive (anticipée) pour empêcher d'infliger des dommages.

La *Commission de droit international* semble en effet pencher en ce sens dans sa définition de 1980 expliquant ce qu'est la légitime défense. La *Commission* définit la légitime défense comme étant l'utilisation légale de la force armée sous les conditions prescrites par le droit international, en réponse à une utilisation ou la menace d'utilisation antérieure de la force armée par un État.⁸⁵ De cette définition, il n'est pas présomptueux de faire le lien avec les cas où les attaques armées sont sporadiques mais continues et répétitives.

Puisque le droit à la légitime défense existe toujours selon la coutume, mais qu'il est supplanté par le droit conventionnel de la

⁸² C.H.M. WALDOCK, *loc.cit.*, note 29, 502-503.

⁸³ J. MRAZEK, *loc.cit.*, note 10,102.

⁸⁴ *The Caroline*, *op.cit.*, note 42.

⁸⁵ *Rapport de la Commission de droit international*, 32^e session [1980] II (2), I.L.C.Ybk, I, 54, dans Yoram DISTEIN, *War, Aggression and Self-Defense*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 15.

Charte, ses limites peuvent seules être discutées. Or, ces limites se résument aux principes de l'*Affaire du Caroline*, soit la nécessité et la proportionnalité.

La nécessité résulte du caractère imminent d'une attaque qui ne laisse aucune place aux débats et à des mesures diplomatiques, lorsque des pertes humaines ou des dommages matériels importants sont anticipées. Ce critère peut être évalué de façon objective.

La proportionnalité, quant à elle, est plus difficile à cerner. Ce critère est celui qui limite réellement les actions de défense légitime. Par exemple, l'utilisation de l'arme nucléaire contre des opérations de guérilla transfrontalières serait évidemment hors de proportion avec les dommages anticipés par ces opérations. Des cas grossiers de cet ordre sont faciles à identifier. Il n'en est toutefois pas de même dans des cas où il s'agit de réponse à une invasion ou encore de raids contre des camps terroristes. La mesure dans laquelle un État peut prendre des mesures de défense légitime demeure soumise au cas par cas et présente de grandes difficultés d'interprétation une fois la réaction de défense initiale passée.

L'exemple de la réponse tanzanienne à l'invasion ougandaise d'octobre 1978 présente ce type de problème de proportionnalité de la légitime défense. Suite à l'invasion, les forces tanzaniennes ont non seulement repoussé l'envahisseur, mais l'ont poursuivi sur son territoire. Le gouvernement tanzanien argumenta que ses opérations en Ouganda étaient la « continuation » de son droit de légitime défense.⁸⁶ Il est alors difficile de savoir si les limites proportionnelles du droit à la légitime défense ont réellement été outrepassées puisque le défenseur doit tenir compte de la réaction ennemie s'il arrête les hostilités à ses frontières. Ce n'est pas parce qu'un agresseur a été repoussé une première fois qu'il ne reviendra pas à la charge. Bien que la cessation de fait des

⁸⁶ G. KERVAREC, *loc. cit.*, note 31, 104.

hostilités soit une méthode classique acceptée pour mettre fin aux hostilités,⁸⁷ sans la conclusion d'un traité formel, elle est une recette reconnue pour le désastre. Certainement, l'exemple de la cessation de fait des hostilités par la Russie communiste en 1917 n'a fait que conduire les troupes à la déroute et à l'acceptation des conditions imposées par le gouvernement allemand une fois la reprise des hostilités. Un gouvernement ne peut réellement se permettre de prendre un tel risque. Un État peut sentir le besoin d'oblitérer la menace avant sa résurgence.

L'exemple des raids israéliens contre les camps terroristes du Liban porte aussi à considérer la mesure dans laquelle la proportionnalité doit être appliquée dans le cas de la légitime défense contre des attaques armées sporadiques, mais continues et répétitives. Il ne fait aucun doute que les raids aériens allaient à l'encontre de la souveraineté du Liban. Il n'y a toutefois aucun doute que le Liban abritait, subventionnait et entraînait des terroristes pour commettre des attaques contre Israël. Il est clairement établi que des dizaines d'attaques ont eut lieu à intervalles irréguliers contre le territoire et les citoyens d'Israël au sein d'une « guerre » déclarée par des factions terroristes, tel le Hamas. L'utilisation d'artillerie lourde ou d'aviation tactique contre les bases de ces terroristes peut être vue comme dépassant la proportionnalité puisque le choix des armes dépassent largement les moyens de l'ennemi. Toute la question peut en fait se trouver là : à savoir si le choix des moyens est justifiable par rapport à la capacité ennemie et aux dommages qu'ils infligent.

À la première question, le contre-argument est simple. Le choix des moyens n'a pas à être proportionnel à la capacité ennemie. Il ne s'agit pas d'un combat régulier mais bien de l'annihilation de la menace pour s'assurer qu'elle ne se concrétise pas.

À la seconde question, il faut répondre avec la réalisation que l'utilisation de la force armée dans le cadre de la légitime défense

⁸⁷ I. PAENSON, op.cit., note 47, 68.

concrétise la convergence du *jus ad bellum* et du *jus in bellum*. Indépendamment des buts honorables de la légitime défense, l'utilisation de la force armée entre États en n'importe quelles circonstances consiste en un conflit armé, sans égard pour sa durée. Le choix des méthodes et moyens de combat pour faire face à la menace doit tenir compte des pertes et dommages anticipés par des actions de légitime défense et ne peut dépasser les limites du droit humanitaire international.

Toute intervention armée recourant à l'utilisation de la force est en soi un conflit armé.⁸⁸ En conséquence, les dommages collatéraux doivent être considérés et le choix des armes influencé par ces facteurs.

Bien qu'il soit difficile d'établir les limites proportionnelles du droit à la légitime défense, il ressort de ces exemples que l'utilisation de la force armée dans le cadre de la légitime défense ne peut être analysée autrement qu'au cas par cas, mais que ces limites existent en vertu du droit humanitaire international. Elles permettent ainsi l'usage de ce droit pour défendre les intérêts de l'État et ses citoyens. Cette analyse ne s'arrête pourtant pas à ces situations de légitime défense étatique. En effet, si le droit à la légitime défense demeure en existence sous la forme de l'article 51, il y a probablement de nouvelles normes applicables à la protection des ressortissants nationaux à l'étranger.

2) *Le droit à l'intervention humanitaire*

Le problème du droit à l'intervention pour la protection des ressortissants nationaux à l'étranger résulte d'abord de la difficulté de sa classification à savoir s'il fait partie intégrante du droit à la légitime défense ou d'un droit à l'intervention pour la protection des droits de la personne. Cette catégorisation demeure un sujet controversé. Même l'appui de juristes reconnus

⁸⁸ B.F. BURMESTER, *loc.cit.*, note 17, 270.

à une catégorie plutôt qu'une autre ne peut finaliser le débat théorique parmi les académiciens. Par exemple, Lillich supporte la vision que le droit international a toujours reconnu et continu de reconnaître sous la *Charte* l'utilisation de la force armée pour deux situations de protection des droits de la personne, la protection des ressortissants nationaux et les interventions humanitaires,⁸⁹ alors que Schacter refuse de regrouper ce droit sous la protection des droits de la personne, mais plutôt sous le droit de légitime défense.⁹⁰

Supportant Lillich, Simon argumente que l'expression « intervention humanitaire » peut être utilisée lorsqu'un État tente de secourir ou de sauver ses ressortissants retenus dans un autre État.⁹¹ Toutefois, ce raisonnement paraît erroné si l'on soumet la pratique des États au test acide de Davidson. Ce dernier propose que, pour déterminer à quelle catégorie la protection des ressortissants nationaux appartient, on soumette la pratique des États à la question suivante : « Les États ont-ils justifiés leurs interventions armées sur la base de principes humanitaires ? ».⁹²

L'évidence force à répondre que ce n'est pas le cas. L'analyse des justifications des conflits depuis l'entrée en vigueur de la *Charte* va à l'encontre d'une thèse supportant l'intervention pour la protection des ressortissants nationaux comme partie intégrante de l'intervention humanitaire. Que ce soit les conflits pakistanos-indiens au sujet du Cachemire, de l'intervention vietnamienne au Cambodge, de la Grenade ou de l'opération « *Just Cause* » au Panama par les Américains, la pratique des États démontre clairement que les États voient la protection de leurs ressortissants comme étant partie du droit de légitime défense et même s'ils n'excluent pas un lien avec un droit d'intervention humanitaire.

⁸⁹ R. LILLICH, op.cit., note 27, 326.

⁹⁰ Oscar SCHACTER, « The Right of States to Use Armed Force », (1984) 82 Michigan Law Review, 1629, 1630.

⁹¹ D. SIMON et L.A. SICILIANOS, loc.cit., note 45, 120.

⁹² S. DAVIDSON, Grenada, op.cit., note 64, 121.

Le cas de la Grenade (1983) illustre particulièrement cet état de fait. Ainsi, si l'on remarque les arguments américains en ordre chronologique, on se rend compte que le gouvernement Reagan tenta d'abord de justifier l'intervention sur la base de principes humanitaires. On peut même dire que pour un moment le gouvernement républicain semblait invoquer un droit à l'intervention humanitaire. Toutefois, devant la levée de boucliers de l'opinion internationale et des pressions étatiques, le gouvernement se récusait et adopta l'argument de la légitime défense.⁹³ Ce retour aux arguments traditionnels dénote une longue tradition américaine suivant laquelle une attaque contre un citoyen américain est une attaque contre les États-Unis d'Amérique, tout autant que le serait une attaque contre un membre de ses Forces armées.⁹⁴ Ce type d'attaque contre l'État remplit donc les conditions préalables à l'application du droit à la légitime défense suivant le raisonnement offert par Greenwood :

*« If that is the case, forcible counter-measures employed by Utopia may rate as self-defense, providing the use of force by Arcadia within its own territory against Utopia's nationals, is considered by many to constitute an armed attack against Utopia and that the usual conditions of necessity, proportionality and immediacy are complied with. »*⁹⁵

En des termes on ne peut moins équivoques, le major R. Riggs (*United States' Army*) propose une version abrégée de ce raisonnement en écrivant : « ...*injury to a state's national (...) is an injury to the national's state.* »⁹⁶ La doctrine américaine en ce sens semble donc bien établie, mais bien qu'elle semble aller dans

⁹³ *Id.*, 96.

⁹⁴ J. QUIGLEY, « The Legality of the United States Invasion of Panama », (1990) 15 *Yale Journal of International Law*, 278, 288.

⁹⁵ C. GREENWOOD, « International Law and the United States' Air Operation Against Libya », (1987) 89 *Western Virginia Law Review*, 936, 941.

⁹⁶ Ronald RIGGS, « The Grenada Intervention : A Legal Analysis », (1985) 109 *Military Law Review*, 1, 16.

ce sens, elle doctrine ne résout toutefois pas complètement la question à savoir si le droit à la protection des ressortissants nationaux est partie intégrante du droit à la légitime défense ou sous un droit à l'intervention humanitaire.

L'option d'un régime mixte pourrait aussi être explorée. Pour pouvoir porter un jugement sur ce point, il nous faut donc savoir s'il existe un droit à l'intervention humanitaire et, si oui, en quoi il consiste.

Tel que mentionné précédemment, plusieurs auteurs affirment que la théorie de l'intervention humanitaire unilatérale a été d'abord présentée par Saint Thomas d'Aquin, mais la plupart voit Grotius comme étant le père fondateur de cette théorie.⁹⁷

Avec l'avènement de la *Charte* et le jugement du détroit de Corfou, plusieurs de ces auteurs argumentent avec force que cette théorie est inapplicable et illégale sous le régime juridique en vigueur depuis 1945. Pourtant, l'argument de sa survivance continue malgré tout. Ceci tient du fait des grandes divisions de l'opinion des académiciens sur l'interprétation à donner aux articles 2(3), 2(4) et 2(7) de la *Charte*. Dans l'ensemble, ces opinions peuvent être classées en trois catégories : les conditionnalistes, les réalistes et les minimalistes.

Les minimalistes n'acceptent aucune utilisation unilatérale de la force outre le cas de la défense légitime, puisqu'il est prévu à l'article 51 de la *Charte*. Ils interprètent de façon restrictive la portée de cet article en le mettant en relation avec l'article 2(7) qui ne permet aucune intervention dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États. Les seules interventions qui leurs sont acceptables sont les interventions collectives entreprises sous le régime du Chapitre VII de la *Charte*. Ainsi, toute action posée à l'intérieur des frontières nationales, incluant un génocide, ne posant pas *a priori* une

⁹⁷ B.F. BURMESTER, loc.cit., note 17, 272.

menace militaire à la paix et à la sécurité internationale, le Chapitre VII ne peut normalement être applicable. Pour circonvenir à ce problème, les minimalistes argumentent que l'article 39 de la *Charte* ne se limite pas qu'aux menaces militaires. En conséquences, le Conseil de sécurité peut identifier une menace ou une rupture de la paix permettant l'intervention collective.

En ce qui concerne l'intervention unilatérale, les minimalistes argumentent qu'il n'existe aucune norme légale permettant son entreprise. Ils entretiennent toutefois une exception : la protection des ressortissants nationaux à l'étranger s'ils sont menacés par un péril imminent.⁹⁸ Mais même sur ce point, les minimalistes ne s'entendent pas entre eux, Bronwlie rejetant l'utilisation de l'argument d'auto-protection pour justifier l'intervention.

Les conditionnalistes, comme les minimalistes, craignent l'abus d'une théorie applicable d'intervention unilatérale. Toutefois, ils reconnaissent aussi l'échec du système international pour la protection des droits de la personne. Dans un raisonnement conciliatoire, ils argumentent donc en faveur d'une théorie justifiant l'intervention unilatérale lorsque certaines conditions sont remplies, permettant ainsi de prévenir l'abus.

Ces conditions sont au nombre de cinq⁹⁹ et permettraient ainsi de justifier l'emploi légal de l'intervention unilatérale pour la protection des droits de la personne. L'argument juridique utilisé par les conditionnalistes est que la protection des droits de la personne est fermement ancrée dans la coutume depuis Grotius et que lorsque le système juridique conventionnel applicable

⁹⁸ *Id.*, 276.

⁹⁹ B.F. BURMESTER, *loc.cit.*, note 17, 279. Il s'agit : 1) de la nature des droits menacés ; 2) de la nature de l'intervention ; 3) des motifs de l'intervention ; 4) de l'épuisement de tous les moyens pacifiques de règlement des disputes ; et 5) de la préférence accordée aux actions collectives, les actions unilatérales étant le dernier recours.

échoue, le droit coutumier antérieur devient applicable comme mesure supplétive et complémentaire.¹⁰⁰

Finalement, les réalistes argumentent que le droit à l'intervention unilatérale ne repose pas sur une base juridique objective, mais sur une obligation morale supérieure qui prend préséance sur les normes objectives. Ils argumentent que l'intérêt de la justice est mieux servi par l'analyse au cas par cas puisque le régime légal dispose de trop de vides juridiques et de conditions à remplir pour être ponctuel et effectif. Plutôt que de limiter le droit à l'intervention unilatérale, les réalistes désirent l'étendre.

Ils argumentent que la *Charte* n'interdit pas l'intervention. Leur raisonnement juridique se fonde sur l'article 2(4) qui interdit seulement l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État. Or, les articles 55 et 56 conserveraient le droit coutumier de l'intervention unilatérale pour la protection des droits de la personne. L'article 55 oblige les États à promouvoir les droits et libertés fondamentales, alors que l'article 56 requiert des actions conjointes et séparées des États pour assurer ces droits et libertés.¹⁰¹ Selon ce raisonnement, un État qui intervient pour la protection de ces droits, qui seraient autrement essentiellement du ressort de la compétence nationale, n'interfère pas avec l'indépendance politique de l'État subissant l'intervention. Ils argumentent qu'une telle intervention est en accord avec les buts et principes de la *Charte*.¹⁰²

L'argument principal des commentateurs qui désirent voir interdit l'intervention unilatérale repose essentiellement sur une crainte particulière : l'abus de ce droit. L'exemple le plus mentionné date de l'ère pré-Charte. Il s'agit de l'annexion de la Tchécoslovaquie par l'Allemagne en 1938. En effet, lors de la prise de possession allemande du territoire tchèque, le Chancelier A.

¹⁰⁰ *Id.*, 279.

¹⁰¹ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, *op.cit.*, note 4, articles 55 et 56.

¹⁰² B.F. BURMESTER, *loc.cit.*, note 17, 283-285.

Hitler avait justifié son intervention sur la base de motifs humanitaires ; principalement la protection de la minorité allemande des Studettes.¹⁰³ L'interdiction de l'intervention unilatérale devrait, selon eux, prévenir la répétition de la chaîne d'événements qui menèrent à la deuxième guerre mondiale.

De manière incidente, ils argumentent aussi qu'un tel droit à l'intervention serait circonscrit aux États disposants de la force militaire nécessaire pour exercer ce droit. Ceci serait un préjudice à l'égalité souveraine des États de l'article 2(1) de la *Charte*.

C'est précisément le principe de la souveraineté étatique qui est en jeu avec l'acceptation d'un droit à l'intervention humanitaire unilatérale. Puisque l'article 2(7) interdit les interventions dans les affaires relevant essentiellement de la compétence nationale des États, la question est maintenant à savoir si les droits de la personne sont toujours limités à la juridiction nationale ou s'ils sont maintenant partis intégrante du *corpus* international, donc un sujet qui peut être analysé par le Conseil de sécurité pour déterminer s'il y a menace contre la paix ou rupture de la paix.

C'est ce qui force les auteurs à analyser d'abord le concept de souveraineté absolu et à le confronter à une doctrine émergente d'une souveraineté relative. En effet, depuis le XIX^e siècle les relations internationales a connu quatre étapes majeures. De la théorie anglaise de la balance du pouvoir, elles sont passées au système de la *Société des Nations* en 1919. Par suite de la deuxième guerre mondiale, ce système fut remplacé par la *Charte des Nations Unies*, mais son effet peut être résumé au système bipolaire de la guerre froide, empêchant son implémentation maximum. Toutefois, depuis l'écroulement du bloc communiste, les relations internationales sous la *Charte*, bien que souffrant d'une certaine nostalgie régressive comparable à la guerre froide, ont évoluées dans l'ère du système économique multipolaire. Le régime juridique est influencé par les relations économiques des multiples blocs (CIE, UE, APAC, MERCUSOM, ALÉNA) et par

¹⁰³ B.M. BENJAMIN, loc.cit., note 21, 135.

une polarité simple en matière de puissance militaire : l'OTAN (américaine). La relation symbiotique entre le régime juridique, économique et politique influence grandement la capacité d'appliquer en totalité la *Charte*. Avec les multiples polarités et les organisations régionales, la possibilité d'en arriver à réaliser le potentiel de la *Charte* semble en effet à portée de main, non sans difficultés. C'est pourquoi l'interrelation de ces domaines force l'analyse de la théorie de l'immunité absolue par opposition à celle de l'immunité relative. Ainsi, des domaines qui auparavant étaient limités à la juridiction nationale pourraient aujourd'hui être de nature internationale. De fait, certains argumentent que la souveraineté étatique est un concept qui s'est progressivement égrainer pour en arriver à rendre permis l'intervention humanitaire unilatérale.¹⁰⁴

Cette analyse est capitale puisqu'elle est la source du raisonnement juridique qui permet l'intervention humanitaire unilatérale. Si la souveraineté de l'état est absolue, alors l'intervention est illégale puisque l'État ne peut être tenu pour responsable. Si elle est au contraire relative, alors l'État est soumis à l'examen international et la communauté internationale peut prendre les actions requises pour y remédier si l'État ne le fait pas.

Pour déterminer si une nouvelle norme coutumière a vu le jour pour soutenir le concept de l'immunité relative, il faut alors analyser son contenu à la lumière de l'article 38(1)(b) du *Statut de la Cour Internationale de Justice* qui la définit comme étant : « ...preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit... ».¹⁰⁵ Elle se compose ainsi de deux éléments constitutifs : la pratique des états (élément matériel) et l'*opinio juris* (élément subjectif).¹⁰⁶ L'un et l'autre élément comportent une importance

¹⁰⁴ Ruth E. Gordon, « Humanitarian Intervention by the United Nations : Iraq, Somalia and Haiti », (1996) 31 *Texas International Law Journal*, 43, 46.

¹⁰⁵ *Statut de la Cour Internationale de Justice*, 1 R.T.N.U., article 38(1)(b).

¹⁰⁶ Claude EMANUELLI, « L'immunité souveraine et la coutume internationale », (1984) 22 *Canadian Yearbook of International Law*, 26, 30.

concurrente lorsque mis en opposition et il est parfois difficile de juger lequel des deux importe le plus pour déterminer l'existence d'une coutume.

Ainsi, l'*opinio juris sive necessitatis* est la conviction qu'ont les États de devoir obéir à une norme légale. Cette conviction peut se refléter dans la pratique des États, mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, si l'interprétation traditionnelle veut que l'importance soit d'abord attribuée à l'*opinio juris*, son interprétation contemporaine semble plutôt être le reflet de « ...la conviction des États quant au caractère juridique de la règle exprimée par la pratique... ».¹⁰⁷ L'*opinio juris* est jugé sur la pratique des États. Quoiqu'il en soit, la création d'une coutume ne dépend pas simplement d'une unanimité qu'il s'agit de la norme légale.

Comme la C.I.J. l'a affirmé dans l'*Affaire du plateau continental*,¹⁰⁸ la norme à atteindre pour déterminer s'il existe une coutume est une pratique « pratiquement uniforme », c'est-à-dire disposant d'une participation très large et très représentative des États, surtout de la part de ceux qui sont particulièrement intéressés.¹⁰⁹ De plus, la C.I.J. affirme que la coutume peut être construite sur de longues périodes,¹¹⁰ mais qu'elle peut aussi être créée dans un court laps de temps.¹¹¹

Pourtant, la dichotomie entre la pratique des États et l'expression de leurs convictions, particulièrement chez les États les plus intéressés, peut être qualifiée de schizophrénique.

Ainsi, les résolutions réaffirmant l'interdiction de l'intervention abondent. Certainement, la résolution 1815 incluait dès 1962 sept

¹⁰⁷ C. EMANUELLI, *op.cit.*, note 34, 46, par. 118 (2)

¹⁰⁸ *Affaire du plateau continental de la Mer du Nord* (R.F.A. c. Danemark et Pays-Bas), Rec. C.I.J. 1969, 4.

¹⁰⁹ C. EMANUELLI, *loc.cit.*, note 107, 35.

¹¹⁰ Voir *Affaire du droit de passage en territoire indien* (Portugal c. Inde), Rec. C.I.J., 1960, 28 ; *The Paquete Habana*, *The Lola*, 175 U.S. 677 (1900).

¹¹¹ C. EMANUELLI, *op.cit.*, notes 108 et 109.

principes fondamentaux auxquels les États adhéraient et qui étaient explicites quant à la renonciation à l'intervention.¹¹² De la même manière, la résolution 2131 (XX) était évocatrice par son titre, *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance politique et de leur souveraineté*.¹¹³ Les termes de cette résolution furent repris dans la résolution 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*.¹¹⁴ Pourtant, si ces termes sont repris de façon répétitive, la pratique des États ne concordent absolument pas avec l'énoncé des convictions des multiples gouvernements.¹¹⁵

¹¹² *Examen des principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU Rés. 1815 (XVII), 1962 dans G. KERVAREC, *loc.cit.*, note 31, 88. Les sept principes sont : a) Le principe que les États s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ; b) Le principe que les États règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soit pas mises en danger ; c) Le devoir de ne pas intervenir dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État, conformément à la Charte ; d) Le devoir des États de coopérer les uns les autres conformément à la Charte ; e) Le principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples ; f) Le principe de l'égalité souveraine des États ; g) Le principe que les États remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte.

¹¹³ *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance politique et de leur souveraineté*, AGNU Rés. 2131 (XX), 21 décembre 1965.

¹¹⁴ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU Rés. 2625 (XXV), 1970.

¹¹⁵ Que ce soit l'intervention française en Centrafrique (1979), soviétique en Afghanistan (1979), l'opération hélicoptée des États-Unis à Tabas (1980), l'attaque israélienne contre le réacteur nucléaire irakien (1981), le conflit des Malouines (1982), l'opération « Paix en Galilée » (1982), l'intervention de la France au Tchad (1983), celle des États-Unis en Grenada (1983), les raids multiples de l'Afrique du Sud contre l'Angola, le Botswana ou le Lesotho ou encore les raids américains contre Tripoli et Benghazi (1986), les interventions sont monnaies courantes et ne reflètent pas

Malgré ces affirmations répétitives, rien n'a empêché les États-Unis d'intervenir en Grenade ou au Nicaragua. Dans ce dernier cas, les Américains ont toutefois dû défendre leurs actions devant la C.I.J. et le raisonnement de la Cour en dit long sur l'admissibilité de l'intervention humanitaire à ce stade.¹¹⁶ La Cour détermina que le principe de la non-intervention interdit l'intervention directe et indirecte dans les affaires intérieures et extérieures des États. À l'argument américain qui voulait que la règle coutumière et du droit conventionnel applicable concernant l'interdiction au recours à la force [pour intervenir] soit la même règle, interdisant à la Cour de se baser sur la coutume pour rendre son jugement, la Cour répondit de façon incisive. Elle affirma avec force que la *Charte* ne couvre en aucun cas toute l'étendue du droit réglementant l'usage de la force armée et que la coutume est donc supplétive au droit conventionnel. Elle affirme donc sans détours que le droit coutumier continue d'exister parallèlement au droit conventionnel et comble les vides du droit conventionnel. Elle rejette d'emblée la proposition américaine que le droit à la légitime défense de la Charte l'emporte sur le droit conventionnel puisque la règle coutumière et la règle conventionnelle ne couvre pas exactement le même champ d'application, gardant donc des existences distinctes.¹¹⁷

L'impact de cette décision, lorsque jointe à celle du plateau continental, a un potentiel beaucoup plus grand sur le point de vue théorique de l'application de la coutume par rapport au droit conventionnel que plusieurs voudraient le croire. Ewing propose ainsi un modèle théorique qui permet de combler les vides

l'expression des convictions des États. Voir D. SIMON et L.A. SICILIANOS, *loc.cit.*, note 45, 54.

¹¹⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Rec. C.I.J., 1986, 14.

¹¹⁷ J. MRAZEK, *loc.cit.*, note 10, 86.

juridiques sans transgresser le droit conventionnel applicable.¹¹⁸ Elle argumente de façon convaincante que la Cour a reconnu dans l'*Affaire du plateau continental* que la mesure réelle de l'*opinio juris* des États est à la lumière de leur pratique, plutôt que par l'expression officielle de l'intention, et par la tolérance des autres États de cette pratique.¹¹⁹ Si l'on accepte cet argument et que l'on y joint l'opinion de la C.I.J. dans l'affaire du Nicaragua, on peut voir que ce n'est pas parce que un droit conventionnel a été mis en place qu'il supplante automatiquement le droit coutumier dans son ensemble.

Dans le cas du droit à l'intervention, Ewing fait judicieusement remarquer qu'en 1984 le *Foreign and Commonwealth Office* britannique se refusait à rejeter l'idée que l'intervention humanitaire était illicite sans ambiguïté.¹²⁰ Au contraire, ce document n'exclut pas la possibilité qu'une coutume d'intervention humanitaire puisse subsister parallèlement au système juridique de la *Charte*. C'est bien ce que la Cour semble avoir affirmé dans l'affaire du Nicaragua. Ainsi, il n'est pas exclu qu'une coutume à l'intervention humanitaire existe, pour autant qu'il existe une pratique uniforme acceptée par les États.

L'argument justifiant l'existence d'un droit à l'intervention humanitaire serait donc que la coutume est supplétive et concurrente au droit conventionnel sur la base de l'efficacité du système de sécurité collective de la *Charte*. Le système de l'article 2(3), 2(4) et 2(7) est le système primaire qui doit être suivi. Toutefois, si ce système échoue dans son but de maintenir la paix et la sécurité internationales, il serait effectivement sage d'avoir

¹¹⁸ Michelle EWING, Justifying Humanitarian Intervention, mémoire de maîtrise, Montréal, Institute of Comparative Law, McGill University, 1993, 37 en relation avec 28 à 36.

¹¹⁹ Id., Elle supporte cette affirmation par S.J. Toope, Lecture in Public International Law, Montréal, Faculté de droit de l'université McGill, 1992, non-publié.

¹²⁰ Id., 28. Elle affirme que le *UK Foreign Policy Document No. 148* : « Is Intervention Ever Justify », (1986) 57 British Yearbook of International Law, 614, 619 supporte cette vision.

un système d'appoint en lieu et place d'un vide juridique. Ce raisonnement a certainement ses mérites autant théoriques que pratiques, puisqu'il offre une alternative conditionnelle au droit à l'intervention, limitant le risque d'abus, tout en s'assurant que le système soit effectif.

Ainsi, si le droit conventionnel de la *Charte* a d'abord transférer la juridiction de l'intervention au Conseil de sécurité sous son autorité, la pratique étatique a quant à elle rétablie un droit parallèle d'intervention des États sous certaines conditions en dépit des expressions d'intention de la part des États qui ne coïncident pas avec leur pratique. L'*opinion juris* résultant de la pratique supporte en soi cette affirmation.

De plus, un tel raisonnement n'est pas sans assises juridiques. La Convention de Vienne sur le droit des traités supporte sur raisonnement par la règle *rebus sic stantibus* de son article 62, qui édicte que :

« 1) Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que : a) l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que b) ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.»¹²¹

Puisque le but premier de la *Charte* est le maintien de la paix et de la sécurité internationales, cet argument fait le pont entre l'efficacité du système de protection de ce maintien de la paix et les moyens d'application de ce système. Si le système de sécurité

¹²¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, A/Conf Doc. NU 39/27, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

collective échoue dans ses efforts de protection sous le droit conventionnel, il est raisonnable d'assumer les circonstances de respect des obligations et d'application de ce système est radicalement modifier. Par conséquent, l'obligation de maintenir la paix dans le système international sous le droit conventionnel demeure, mais le droit de maintenir la paix se trouve alors transférer aux États qui peuvent et veulent agir pour rétablir le droit en cas de violations grossières des droits de la personne.¹²²

L'acceptation de ce raisonnement dépend évidemment de la théorie que l'on désire adopter face au droit à l'intervention. Malgré ces visions opposées, un fait établi clairement un droit à l'intervention : les cas de menace contre la paix, ceux de rupture de la paix et les autres actes d'agression, tels qu'adjudgés par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Il y a donc lieu de comprendre le système conventionnel en place pour être mieux en mesure de déterminer si un droit coutumier parallèle est applicable ou désirable, tout en tentant de déterminer s'il n'y a pas sous le Chapitre VII de la *Charte* lieu d'inclure une vision interventionniste plus large que celle présentement appliquée.

3) *Le droit à l'utilisation de la force armée sous la Charte*

Comme nous l'avons vu tout au long le début de ce mémoire de recherche, le droit à l'intervention n'est pas une notion nouvelle. Elle repose sur des fondements religieux et psychologiques, telles certaines notions philosophiques et de morales, qui provient tout au moins de l'ère chrétienne de la Rome antique.

Ce qui est relativement nouveau, ce sont les règles qui régissent l'emploi de la force armée sous le système de sécurité collective des Nations Unies et la tendance à faire du droit à l'intervention un droit *sui generi*, parallèle au droit conventionnel de la *Charte*, mais différent par son champ d'application sur la base d'une

¹²² M. EWING, *op.cit.*, note 119, 32-33.

coutume évolutive.

Le droit à l'intervention est régit, en totalité dans sa forme collective et peut-être partiellement sous sa forme individuelle, par le Chapitre VII de la *Charte*. Ce Chapitre VII édicte en effet les règles juridiques de l'intervention pour contrer les menaces contre la paix, les ruptures de la paix et tout autre acte d'agression. Pour que ces moyens d'actions soient effectués, une menace ou une rupture doit donc être identifiée pour justifier leur mise en branle. L'organe qui constate cette rupture est le Conseil de sécurité en vertu de l'article 39 de la *Charte*.¹²³ Le Conseil de sécurité a donc le mandat précis de juger ce qu'est une rupture, une menace ou un acte d'agression et doit le faire en suivant les principes de l'article 24 qui défère les pouvoirs de l'Organisation au Conseil, en conformité avec les buts et principes de la *Charte* suivant l'article 24(2).¹²⁴

Une adjudication de cet ordre par le Conseil ne revient pas à une décision automatique de l'emploi de la force. Les pouvoirs dévolus au Conseil sont séparés en deux branches distinctes : les mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée de l'article 41 et les mesures impliquant toutes actions nécessaires pour maintenir ou rétablir la paix, incluant l'emploi de forces aériennes, maritimes ou terrestres de l'article 42.¹²⁵ Le premier réfère au Chapitre VI, alors que le second renvoi au Chapitre VII. Le jargon juridique les qualifie aujourd'hui d'opération de maintien de la paix, par opposition à celles d'imposition de la

¹²³ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, *op.cit.*, note 4, article 39 : « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. ». Précisons que l'autorité du Conseil de sécurité pour décider de ce qui consiste une menace à la paix ou une rupture de la paix a été reconnu par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial Incident at Lockerbie*, (Lybia v. U.S.), 1992 I.C.J.

¹²⁴ *Id.*, article 24.

¹²⁵ *Id.* articles 41 et 42.

paix. Cette distinction est théoriquement claire et toujours soumise au système de votation de membres permanents et non permanents du Conseil, les premiers devant être unanimes et les seconds devant être majoritaires, chacun dans leur catégorie de vote.

Le problème du système n'est pas nécessairement les édits de la *Charte*, mais plutôt son application pratique. Il faut se souvenir que la rédaction de la *Charte* a été faite durant le plus grand conflit de l'humanité et que l'idée première présente dans l'esprit des rédacteurs était la guerre en cours et le fléau qu'elle représentait pour la race humaine, particulièrement avec l'ajout de l'arme nucléaire à l'arsenal conventionnel américain qui prit le monde par surprise les 6 et 9 août 1945 à Hiroshima et Nagasaki. L'idée de maintenir la paix et la sécurité internationale était premièrement d'éviter le jeu des alliances de la première guerre mondiale et d'interdire le recours à la guerre d'agression des deux guerres mondiales. Cette vision ne laissait en rien présager les conflits de la période de décolonisation, ni les multiples conflits ethniques. C'est pourquoi les premières mesures tendent à s'appliquer aux cas de tensions internes sans éruption de violence trop grande pour ne pas être contrôlée ou encore lorsque le conflit a été tempéré et que les parties veulent contenir la résurgence d'un conflit, alors que les secondes visent des conflits ouverts inter-étatiques.

Traditionnellement, les opérations de maintien de la paix ne se concernaient que du respect de cessez-le-feu et de mission d'observation, auxquelles la seule force applicable était celle de la défense légitime des troupes onusiennes qui pouvaient être prise sous le feu d'un belligérant. Toutefois, depuis la crise congolaise les lignes se sont rapidement embrouillées entre les mesures n'impliquant pas l'usage de la force du Chapitre VI et celles les impliquant du Chapitre VII vu les actions hostiles des forces en place contre les Casques Bleus. La mission de l'ONUC de 1961 avait été autorisée par le Conseil de sécurité sous le Chapitre VI, mais devant les menaces et les attaques des sécessionnistes

katangais, les Casques Bleus ont fait progressivement un usage plus agressif de leur droit de légitime défense pour en venir « ...à plusieurs reprises, recourir à un droit de défense « préventif ». ».¹²⁶

Dès ce point, la question s'est posée à savoir s'il existait un « Chapitre VI ½ » de la Charte qui permettrait de justifier le droit de légitime défense des troupes onusiennes qui n'ont normalement pas le droit d'imposer la paix, n'ayant qu'un rôle d'observateur et d'assistance humanitaire. En bref, la question est à savoir s'il existe un droit d'intervention à l'extérieur du cadre rigide du Chapitre VII de la *Charte*.

Le cœur du débat qui a fait couler tant d'encre depuis l'instauration du régime de la *Charte* se trouve dans cette simple phrase sous laquelle tant de personnes sont mortes pour en justifier l'application et pour laquelle un nombre infiniment supérieur sont mortes pour le principe des États qui veulent en interdire l'application. Le régime de sécurité collective de la Charte légiférant sur le droit à l'intervention, existe-t-il un droit pour les États d'intervenir pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationale à l'extérieur de ce cadre ?

Les minimalistes réfutent toute hypothèse en ce sens, appelés classicistes par certains auteurs, ne pouvant trouver dans la Charte aucune disposition pouvant justifier l'emploi de la force armée à l'extérieur du cadre du droit de légitime défense et du système de sécurité collective.¹²⁷ Cette prise de position est personnifiée par O. Schacter qui combat âprement toute argumentation en ce sens.¹²⁸ Il s'oppose à la ferveur quasi-religieuse de W.M. Reisman qui, sur une base morale plus que juridique, veut comme tous les réalistes adapter le régime juridique à la situation tactique. Reisman affirme sans détour :

¹²⁶ Claude Emanuelli, Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, 16-18.

¹²⁷ S.G. SIMON, loc.cit., note 16, 129.

¹²⁸ O. SCHACTER, loc.cit., note 91.

« *When human beings are being killed in another part of the world, it upsets me very much and I want to do something about it.* »¹²⁹ Toutefois, leur argumentation ne repose pas simplement sur une certaine morale. Les réalistes argumentent, souvent avec passion, parfois avec démagogie, que la *Charte* n'a pas abrogé ou affaibli le droit à l'intervention, mais l'a plutôt renforcer et étendu parce qu'elle a confirmé son but homocentrique en créant un processus d'articulation de ce que sont les droits de la personne, de rapport et de décision quant à leurs infractions et d'évaluation du degré de gravité de ces infractions.¹³⁰ Alors que Schacter désire conservé à tout prix le principe de la non-intervention et de la souveraineté des États, Reisman s'appuie sur une théorie de la diminution de l'immunité souveraine des États, argumentant que la souveraineté n'appartient pas à l'État, mais au peuple. C'est le concept de la souveraineté populaire de John Locke qu'il applique ici. Comme Locke, il croit que : « *Government is not their [the governed's] master : it is created by the people voluntarily and maintained by them to secure their own good.* »¹³¹ Leur argument se fonde principalement sur le libellé de l'article 2 de la *Charte*, particulièrement à son paragraphe 4. Celui-ci édicte en effet que l'emploi de la force armée est interdit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État. Ils argumentent que si les rédacteurs de la *Charte* ont inclus ces mots, sur le modèle de l'*Acte de Chapultepec* ce n'étaient pas pour ne rien dire, comme le principe le veut en droit national.¹³² Si les rédacteurs qualifient les situations où l'emploi de la force est interdit, le corollaire est donc qu'il existe des situations où l'emploi de la force est légal, soit dans des situations où l'emploi de la force armée ne porte pas atteinte à l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État ou de toute autre manière incompatible avec les buts et principes de la *Charte*. De plus, l'argument qui suit ce raisonnement est que l'un des buts de la

¹²⁹ Dans R. LILLICH, *op.cit.*, note 26, 17.

¹³⁰ *Id.*, 167.

¹³¹ S.G. SIMON, *loc.cit.*, note 16, 142.

¹³² *Id.*, 129.

Charte est de résoudre les problèmes humanitaires,¹³³ que l'un des principes est la proclamation de la foi des Nations dans les droits fondamentaux de l'homme,¹³⁴ qu'un autre principe est de créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités ou d'autres sources du droit international¹³⁵ et qu'à ces fins les États se sont engagés à accepter de ne pas faire usage de la force, sauf dans l'intérêt commun.¹³⁶ Or, si la souveraineté appartient au peuple, une intervention dans le but de protéger ses « sujets-souverains » ne peut aller à l'encontre de l'indépendance politique d'un État. En logique cartésienne, force est d'avouer que le raisonnement est solide.

Reisman affirme que si une intervention n'effectue pas un changement à l'intégrité territoriale ou ne porte pas atteinte à l'indépendance politique d'un État et qu'elle n'est pas en contravention avec les buts et principes de la *Charte*, elle est donc justifiée. Elle ferait ainsi partie du système d'appoint du droit à l'intervention. Même Schacter s'incline devant la qualification de l'article 2(4), ce qui ne veut toutefois pas dire qu'il l'interprète de la même façon. En effet, il ne s'objecte pas au fait que le droit à l'utilisation de la force armée est qualifiée, mais il argumente que cette qualification fait référence au droit de légitime défense prévu à l'article 51, puisque l'utilisation défensive restreinte de la force n'est permise qu'à cet article. À la base, Schacter argumente que toute intervention sur le territoire d'un État est en soi une atteinte à l'intégrité territoriale. Abiew passe sous silence cette subtilité de manière plutôt subreptice dans son mémoire de maîtrise, pourtant il s'agit d'une différence majeure entre ce que l'on tente de faire dire aux clacissistes et ce qu'ils veulent

¹³³ *Charte de l'Organisation des Nations Unies*, op.cit., note 4, article 1(3).

¹³⁴ Id., préambule, deuxième résolu.

¹³⁵ Id., préambule, troisième résolu.

¹³⁶ Id., préambule, troisième moyen.

réellement affirmer.¹³⁷

L'argument réaliste est donc plus faible que l'on tente de le faire croire parce qu'il est difficile de réconcilier son interprétation de l'article 2(4) avec la réalité même des faits, sur lesquels les posent leurs assises juridiques. Malgré ce problème, ceci ne veut pas dire que l'argument est dénué de tout fondement. Le reste de l'argumentation demeure solide, même si sa prémisse peut être vue comme un sophisme.

Pour circonvénir à ce problème, il serait opportun de chercher à savoir s'il existe une obligation qui pourrait justifier les États à prendre des mesures extraordinaires qui seraient en accord avec le raisonnement réaliste et qui circonviendrait au problème de l'intégrité territoriale. Alors que nombre d'auteurs se concentre sur la pratique récente des résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies pour tenter de prouver l'émergence d'un droit à l'usage de la force armée, donc à l'intervention, lors d'opération de maintien de la paix telle l'assistance humanitaire, peu d'entre eux ont tenté de faire le pont entre le *jus ad bellum* sous l'autorité de la *Charte* et le *jus in bellum* auquel la très grande majorité des États adhèrent.

La première notion de base qui est littéralement ignorée par les auteurs est l'obligation de respecter et de faire respecter le droit humanitaire contenu à l'article 1 des *Conventions de Genève de 1949*.¹³⁸ Bien que cette notion crée des débats monstres dans les domaines humanitaires, il est plutôt aberrant de constater combien peu d'érudits du droit international public et du *jus ad bellum* sont prêts à utiliser cette notion pour justifier l'emploi de la force armée dans le champ d'application du Chapitre VI. Pourtant, le libellé de l'article 1, commun aux quatre Conventions

¹³⁷ W.M. REISMAN, « Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law », (1990) 84 American Journal of International Law, 866, 867-868. et K.F. ABIEW, *op.cit.*, note 10, 33.

¹³⁸ Comité International de la Croix Rouge, Les Conventions de Genève du 12 août 1949, 4^e édition, Genève, CICR, 1981. Voir aussi 1949, 75 R.T.N.U. 31.

de Genève est clair : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances. », ¹³⁹ Si le droit d'intervention n'est pas mentionner *stricto sensu*, l'article semble clair dans son obligation de faire respecter. C'est l'interprétation que le *Manuel du Mouvement international de la Croix Rouge* fait de cette obligation.¹⁴⁰ Plusieurs juristes croient qu'elle fait partie des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire applicable à tous les États, selon les principes que le jugement de la C.I.J. a clairement énoncés dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Co.* :

*« In particular, an essential distinction should be drawn between the obligation of a State toward the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in thier protection; their are obligations erga omnes. Such obligation derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights entered in the body of general international law [while] (...) others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character. »*¹⁴¹

¹³⁹ *Id.*, article 1 commun aux quatre Conventions.

¹⁴⁰ *Manuel du Mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant Rouge*, Genève, CICR/Fédération internationale des Sociétés de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, 1994, 23.

¹⁴¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgique c. Espagne), C.I.J., Rec. 1970, 3, 32 dans J.A. PERKINS, *loc.cit.*, note 32, 209-210. L'argumentation de l'assimilation de l'obligation de respecter et de faire respecter est soutenu de la même façon par G. KERVAREC, *loc.cit.*, note 31, 83 et par U. KETPAR-SMEN, *loc.cit.*, note 65, 113 et par Paul FAUTEUX, « Droit d'ingérence et non-intervention », (1992) *Conseil Canadien de droit international*, 161, 172.

S'il y a une obligation de faire respecter édictée en toute lettre, le corollaire est évidemment que quelqu'un a le droit de faire respecter. L'article 1 assimile l'obligation aux Hautes Parties contractantes. Les États ont donc cette obligation et par conséquent le droit. Si le lien entre le jus ad bellum et le jus in bellum apparaît encore ténu pour certains, il suffit alors de les référer à l'article 89 du premier *Protocole Additionnel* de 1977 pour justifier l'interrelation des deux branches, Genève et La Haye, du droit des conflits armés. Cet article édicte en effet que les États s'engagent à agir « tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies. »¹⁴² Évidemment, on pourrait argumenter le cas où un État ne serait pas parti aux Conventions de Genève, mais en date de 1995, 168 États y étaient partis. De plus, plusieurs argumentent que certaines dispositions des Conventions font aujourd'hui partie du *jus cogens* et qu'il est donc impossible d'y déroger.¹⁴³

La deuxième notion qui est passée sous silence doit être prise en relation avec la première : la clause Martens. Du nom du délégué russe à la Conférence de la Haye de 1899, cette clause est reprise dans plusieurs traités qui font partie du *corpus* du droit international humanitaire, dont l'article 1(2) du premier *Protocole Additionnel* de 1977 et énonce :

« Dans les cas non prévus pour le présent Protocole **ou par d'autres accords internationaux**, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »¹⁴⁴
[caractères gras ajoutés]

¹⁴² Comité International de la Croix Rouge, Les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, CICR, 1977, Protocole Additionne 1, article 89.

¹⁴³ U. KETPAR-SMEN, loc.cit., note 65, 113.

¹⁴⁴ Protocole Additionnel 1, op.cit., note 143, art.1(2).

Si l'on considère l'intention des rédacteurs de la *Charte* par rapport au type de conflit envisagée par ses Chapitres VI et VII et que l'on s'accorde pour dire que cette situation n'était pas véritablement prévue par eux, alors il est admissible de croire que la clause Martens renforce l'obligation des articles 1 commun aux quatre *Conventions de Genève de 1949*. Ce raisonnement peut paraître incident, mais il confirme l'esprit de l'obligation de respecter et de faire respecter contenu dans ces instruments du droit international humanitaire et ne doit pas être mis de côté sans être plaidé.

Il est important de mentionner ici que ceci s'applique aux conflits armés internationaux (CAI). Il serait erroné de croire que l'on tenterait ici de rendre applicable à des conflits armés non internationaux (CANI) des mesures du premier protocole. En effet, l'étendue du champ d'application de la clause Martens dans le cas de CAI est justifiée par l'article 11(1) et (4) du premier protocole.¹⁴⁵ Ces paragraphes interdisent en effet tout acte ou omission volontaire d'une personne au pouvoir d'une Partie autre que celle dont elle dépend. Or, par définition, toute personne contre qui un acte ou une omission volontaire est commis qui porterait atteinte à la protection de la personne est au pouvoir d'une puissance autre que celle dont elle dépend dans un CAI au moment où cet acte est commis. Ceci est encore plus évident si ces actions ou omissions volontaires sont systématiques. De telles actions ou omissions vont à l'encontre du droit des gens et sont couvertes par la clause Martens, entraînant l'obligation de respecter et de faire respecter des articles 1 communs des *Conventions de Genève*.

Ce raisonnement a certainement ses mérites et l'absence de volonté des juristes de faire valoir cet argument porte à poser la question à savoir si l'implication de cette clause a bel et bien été comprise et interprétée par le passé. Quoiqu'il en soit, l'argumentation en faveur de l'utilisation de la force armée pour

¹⁴⁵ *Id.*, article 11.

respecter et faire respecter devrait inclure l'ensemble de cette base juridique.

Une obligation existe donc, donnant le droit d'intervention aux États dans le cadre de l'application du droit international humanitaire. Que ce soit lors d'opérations des Nations Unies ou d'organisations régionales sous l'égide des Nations Unies, l'argument est que les actions militaires entreprises par des troupes relevant des Nations Unies relèvent du droit international humanitaire applicable puisque qu'elles sont « entreprises par des contingents nationaux fournis sur une base volontaire par certains États membre. ». ¹⁴⁶ L'application dans les faits de cette obligation demande donc à être regardée d'une façon qui devient de plus en plus conventionnelle dans la littérature sur le sujet, soit par l'analyse des missions de maintien de la paix depuis la crise congolaise.

Comme il a déjà été décrit, l'intervention des Nations Unies en territoire congolais s'est faite sous l'autorité du Chapitre VI de la *Charte*. Toutefois, avant peu les forces onusiennes en présence se sont vite appropriées un droit de légitime défense élargi. Ainsi, la résolution du 21 février 1961 décrétait légitime, sans déclaration d'une menace à la paix ou d'une rupture de la paix, le recours à la force en dernier ressort pour empêcher le déclenchement d'une guerre civile au Congo. Celle du 24 novembre 1961 autorisait quant à elle le Secrétaire générale à «... l'emploi de la force dans la mesure requise pour faire immédiatement appréhender, placer en détention (...) ou expulser tous les personnels militaires ou paramilitaires et conseillers techniques étrangers (...) ainsi que les mercenaires... ». ¹⁴⁷ L'engrenage qui s'ensuivit éveillera des souvenirs lors de la crise somalienne de 1992. Mais avant d'en arriver là, deux crises allaient attirer l'attention des juristes sur

¹⁴⁶ C. EMANUELLI, op.cit., note 127, 26. Pour la question de l'application du droit international humanitaire aux troupes participants à de telles opérations, voir Claude EMANUELLI, Les casques bleus : policiers ou combattants, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997.

¹⁴⁷ Id.

l'élargissement de l'emploi de la force armée dans le cadre d'opérations humanitaire sous le Chapitre VI : le Liberia (1990) et l'Iraq d'après le deuxième conflit du Golfe persique (1991).

La crise au Liberia prit naissance avec la révolte armée du Front Patriotique National dirigé par Charles Taylor contre le gouvernement du président Doe. Après quelques mois de combats, le pays entier fut réduit à la guerre civile et à l'anarchie. Pour tenter de temporiser la crise, la Communauté économique des États Ouest-africains (ci-après Communauté économique) envoya un contingent multinational en tant qu'organisation régionale dans le but de s'interposer entre les combattants. Il est important de noter ici que le consentement du gouvernement du Liberia à l'époque n'a pas été établi et qu'à la lumière des faits qui suivirent l'entrée de jeu du contingent multinational, il s'avère impertinent au problème. En effet, que le consentement ait été donné ou non n'a pas d'importance car le président Doe fut tué par les rebelles en septembre 1990 et un nouveau régime fut imposé par la Communauté économique. De plus, l'interposition, puis l'intervention subséquente, ne peut entre aucun cas trouver sa base juridique dans la *Charte*, car l'article 53 édicte qu'aucune action d'imposition de la paix ne saurait être prise sans l'autorisation du Conseil de sécurité. Cela vaut pour les organisations régionales telle la Communauté économique. La légalité de l'intervention fut sanctionnée après les faits par la résolution 788 du Conseil de sécurité, passée le 19 novembre 1993 sous l'autorité du Chapitre VII.¹⁴⁸ Bien qu'inapplicable pour justifier le droit à l'intervention armée lors de crises humanitaires, cette première crise signale une certaine reconnaissance tacite, quoique rétroactive, du Conseil de sécurité aux actions régionales entreprises pour mettre fin à des violations grossières des droits de la personne. Elle valorise en soi ces droits et signale l'adoption d'une attitude plus homocentrique au sein du Conseil de sécurité.

¹⁴⁸ M. EWING, *op.cit.*, note 119, 40-41.

Le véritable point de confusion rendant convergentes les mesures du Chapitre VI et celles du Chapitre VII s'est toutefois produit avec la résolution 688,¹⁴⁹ dans laquelle le Conseil de sécurité condamna clairement les exactions irakiennes contre la population kurde.¹⁵⁰ En effet, cette résolution consacre le principe « d'assistance humanitaire » sous l'autorité du Chapitre VI, ne déterminant pas de menace à la paix ou de rupture de la paix dans le cas d'espèce, mais a servi de justification pour le parachutage américaine pour soutenir la population kurde et à l'emploi de la force armée pour exclure l'aviation irakienne de ses zones de protection imposées. Ainsi, ce texte servit de base à l'établissement de zone et localités sanitaires et de sécurité, telles que prévues d'abord aux articles 23 de la première Convention de Genève et 14 de la quatrième Convention, ainsi qu'à l'article 60 du premier Protocole additionnel. À la mi-avril 1991, les *U.S. Marines* américains et les *Royal Marines* britanniques avaient établi de nombreuses zones de cet ordre en vue de protéger la population du Nord de l'Iraq. En refusant de considérer le refus du gouvernement irakien de consentir à ces opérations tout en opérant sous les auspices du Chapitre VI, les membres du Conseil allaient à l'encontre des principes établis quant à l'importance de ce consentement. En agissant ainsi, le Conseil a institutionnalisé l'emploi de la force armée lors d'intervention humanitaire en créant un précédent.¹⁵¹ Ce précédent a, dans les faits, créé la base juridique du « droit d'ingérence » sous la *Charte*,¹⁵² justifiant la doctrine allant en ce sens pour justifier l'emploi de la force armée dans le cadre d'opérations humanitaires.

Peu s'en est fallu pour que ce précédant se voit utiliser dans les crises subséquentes. Le cas de la Somalie est probablement le meilleur, mais nullement le seul, exemple qui tend à démontrer la

¹⁴⁹ Rés. C.S. Doc. N.U. S/RES/688 (1991). Il est aussi important de voir que l'accord des membres du Conseil reposait un arrangement compréhensif qui réfutait pour la première fois le besoin d'agir avec révérence au consentement de l'état.

¹⁵⁰ U. KETPAR-SMEN, *loc.cit.*, note 65, 126-127..

¹⁵¹ D. Scheffer, *loc.cit.*, note 25, 268.

¹⁵² G. KERVAREC, *loc.cit.*, note 31, 127.

reconnaissance des États, particulièrement de l'hémisphère Nord-Ouest, de la légalité de l'emploi de la force armée pour la protection des droits de la personne lors d'opérations sous le Chapitre VI.

Avec la désintégration de l'ordre social en Somalie, les factions miliciennes se sont multipliées pour tenter de prendre le pouvoir régional, certaines visant le pouvoir national. Dans un état d'anarchie totale et avec une population en proie à la panique du fait des exactions des « *technicals* », ces clans armés à la façon des films post-apocalyptiques des années 1980, le Conseil de sécurité a vu porté à son attention la situation et a décidé d'intervenir sans consentement d'un gouvernement légal, puisque celui-ci n'était pas en existence. Les troupes onusiennes, à grands renforts médiatiques [plus d'une cinquantaine de journalistes attendaient les *U.S. Marines* sur leur plage de débarquement, à leur plus grande surprise et humiliation !], prirent pied et étendirent leur tête de pont de façon à contrôler Mogadishu pour ensuite superviser et protéger l'acheminement de l'aide humanitaire. La résolution 733,¹⁵³ prise sous le Chapitre VI, donnaient à ces militaires le droit de prendre les moyens nécessaires pour améliorer l'aide humanitaire à la population somalienne.

Toutefois, au cours de cette mission d'abord pacifique, quelque chose alla terriblement mal. Le manque d'unification du commandement, l'entraînement relativement mal planifié et instruit, l'utilisation de troupes d'élites prêtes au combat plutôt qu'à la médiation et la mise en place trop hâtive du processus de déploiement résulta dans les problèmes que tous ont pu voir dans les médias, autant chez les Pakistanais, les Américains, les Belges que les Canadiens. Malgré ces facteurs, la mission aurait peut-être pu se dérouler de façon satisfaisante si ce n'était du précédent de la résolution 688.

¹⁵³ Rés. C.S. Doc. N.U. S/RES 733 (1992).

Le précédent de cette résolution fut répété dans la résolution 733, réaffirmant un mandat hybride où l'emploi de la force se trouve justifié de facto comme moyen de maintien et d'imposition de la paix, non plus simplement comme moyen d'imposition. Techniquement, le langage employé n'a pas autorisé l'intervention militaire avec la bénédiction du Conseil. Néanmoins, les États fournissant des contingents se sont de plus en plus immiscés dans un concept élargi d'interposition au point où l'utilisation du droit de légitime défense pour la protection de l'acheminement de l'aide humanitaire a inclut des raids sur des caches d'armes suspectées, des opérations hostiles contre certaines factions et un mandat d'arrêt international contre le général Aïdeed. La question à savoir si c'est l'initiative des commandants sur le terrain ou les actions hostiles des *technicals* qui a forcé la main des parties peut être débattue, mais les actions de l'ONUSOM étaient faites sous le Chapitre VI et qu'en conséquence, seule la légitime défense pour la protection immédiate était normalement permise. Malgré ce fait, l'utilisation préventive de la légitime défense s'est établi rapidement comme le mode d'opération favorisé, particulièrement par les forces américaines qui en étaient réellement qu'à leur seconde intervention de cette nature.

Reconnaissant les difficultés sur le terrain et les problèmes juridiques, le Conseil a adopté deux résolutions successives faisant passer la situation d'une mission du Chapitre VI sous le Chapitre VII. De cette façon, le Conseil faisait un effort apparent de rétablir des lignes plus strictes entre ces actions pour rétablir une certaine balance dans le droit à l'intervention. La résolution 794¹⁵⁴ établie une force d'intervention unifiée (UNITAF) dans le but de créer des conditions de sécurité par la protection armée pour la distribution de l'aide humanitaire. Par la suite, la résolution 814¹⁵⁵ eut pour mandat de faire tous les efforts nécessaires pour établir l'autorité de l'ONUSOM II, qui était

¹⁵⁴ Rés. C.S. S/RES/794 (1992).

¹⁵⁵ Rés. C.S. S/RES/814 (1993).

maintenant sous le Chapitre VII.¹⁵⁶

Ce type de langage reprenait les termes de la résolution 770¹⁵⁷ et fut repris dans la résolution 816¹⁵⁸ dans le cours du mandat de la FORPRONU en ex-Yougoslavie. Ceci signale bien que la question du droit à l'intervention armée dans le cadre des opérations humanitaires n'est pas un droit d'ingérence large comme le voudrait certains, mais qu'il est bel et bien régit par les chapitres applicables de la *Charte*. En effet, si ces résolutions successives semblent bien avoir comme principe directeur l'intention d'inclure la protection des droits de la personne dans un concept d'intervention plus large que celui de l'interposition traditionnelle, il ne le fait pas en vertu d'un Chapitre VI ou d'un Chapitre VI ½. La confusion de la situation au Liberia puis en Iraq a bel et bien révisée et remise en cause. Ceci ne veut toutefois pas dire qu'une interprétation restrictive des pouvoirs des troupes sous commandement onusien ou d'une organisation régionale agissant sous son égide demeure figée. L'on se doit de reconnaître que, dans une certaine mesure, le droit à légitime défense pour la prévention d'actes hostiles fait partie intégrante du mandat des missions basée sur le Chapitre VI. Toutefois, ceci n'est pas un absolu : les principes énoncés dans l'affaire du *Caroline* doivent être les lignes directrices déterminant son application. Ce qui a créé la confusion légale n'est pas l'incohérence d'un texte de loi. La *Charte* fait un partage équilibré et logique des situations. Ce qui a développé une doctrine d'un quasi-droit parallèle au droit réel de la *Charte* est la situation particulière des conflits de guerre civile et la division idéologique du Conseil de sécurité où les 5P (cinq membres permanents) se confrontent. Alors que les pays socialistes ou ex-socialistes tentent de limiter le droit à l'intervention de peur qu'il en soit victime, les membres de l'Ouest tentent de répondre au besoin réel des populations victimes des conflits, souvent en favorisant leurs intérêts géostratégiques.

¹⁵⁶ C. EMANUELLI, *loc.cit.*, note 127, 20.

¹⁵⁷ Rés. C.S. S/RES/770 (1992).

¹⁵⁸ Rés. C.S. S/RES/816 (1993).

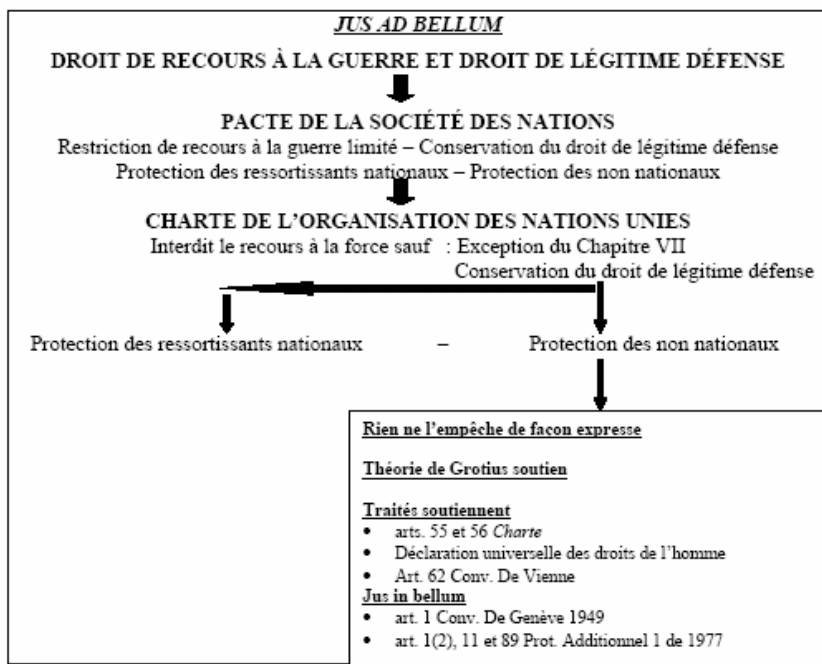
Pour en arriver à un compromis, les 5P sont donc plus portés à prendre des mesures sous l'autorité du Chapitre VI. Une fois ce mandat accordé, les troupes sur le terrain prennent alors l'initiative d'aider la population avec les moyens appropriés. C'est donc le facteur politique qui force d'abord l'adoption de mesures pacifique juridiquement, mais applicable dans les faits avec une attitude de conflit armé. C'est cette réalité qui brouille la distinction juridique entre les mesures des Chapitres VI et VII. Le plan est stratégiquement simple : d'abord convaincre l'opposition à une opération d'aide humanitaire que l'opération sera d'une nature limitée. Une fois un accord obtenu et une autorisation par vote effectuée au Conseil, les pays déploient leurs troupes. Avec celles-ci s'accompagne toujours une nuée de journalistes qui garantissent la pression de l'opinion publique pour une action toujours plus efficace. Celle-ci demandant le recours à une force toujours plus grande, la justification juridique du droit à la légitime défense porte l'opinion publique à demander encore plus d'action. Puisque les troupes sont déjà en place avec des têtes de pont multiples dans des bases éparpillées, des renforts sont ajoutés en termes de ressources matérielles et humaines. À son tour, ceci garantit une pression sur le Conseil de sécurité, forçant l'approbation des membres récalcitrants à l'élargissement du mandat. Puisque dans les faits les troupes participent à des mesures du Chapitre VII sans en avoir nécessairement le droit, le Conseil tente de faire adopter un élargissement du mandat sous le Chapitre VII.

Bien évidemment, ces grandes lignes ne prennent pas en ligne de compte tous les facteurs reliés à la situation sur le terrain et au marchandage politique, mais elles résument bien le mode de fonctionnement du passage des missions comme celles que nous venons de voir du Chapitre VI au Chapitre VII. Dans les faits, il apparaît que les troupes agissent en accord avec leur mandat alors qu'en réalité elles l'outrepassent, forçant l'adaptation du mandat aux troupes et non l'inverse, créant l'illusion d'un Chapitre VI½. Ce droit élargi n'existe donc pas. Le droit de la

légitime défense demeure dans les lignes traditionnelles. Seules les mesures coercitives du Chapitre VII ne permettent donc des actes hostiles pour remédier à une menace à la paix ou à une rupture de celle-ci. Dans le système de sécurité collective, les États doivent adhérer aux principes de la Charte. Le système garanti une action proportionnelle à l'offense et s'adapte progressivement à la situation. Néanmoins, si cette théorie est acceptable du point de vue juridique, elle l'est certainement moins pour les populations qui elles souffrent des conflits dans l'attente d'une réaction de la communauté internationale. Le système de sécurité collective prévoit les mécanismes régissant les situations de conflit et ces mécanismes sont adéquats. Ce qui ne l'est apparemment pas, c'est la volonté politique de certains États de les mettre en œuvre. Cette situation était certainement véridique durant la guerre froide et le demeure toujours aujourd'hui. Les intérêts géopolitiques dictent toujours le degré de volonté d'intervention des États ou leur degré d'opposition à de telles interventions. C'est pourquoi l'idée de mettre en branle un système global, doté d'un système primaire de sécurité collective couplée d'un système d'appoint de réaction collectif et individuel doit être exploré. Les notions qui ont été explorées ici donne les fondements d'un tel système et les mérites qui peuvent lui être attribués, de même que ses failles, valent la peine de s'y attarder.

Jusqu'ici, les académiciens et doctrinaires du droit se sont acharnés sur une guerre de terminologie, exprimant leurs conceptions sans les illustrer. Les diagrammes qui suivent offre une perspective différente du droit exprimé dans la littérature. Ils offrent une interprétation traditionnelle et nouvelle du droit, dans le but de rendre le débat stagnant du droit à l'intervention plus adapté à l'après-guerre froide.

TABEAU 1 : L'ÉVOLUTION DU DROIT À L'INTERVENTION

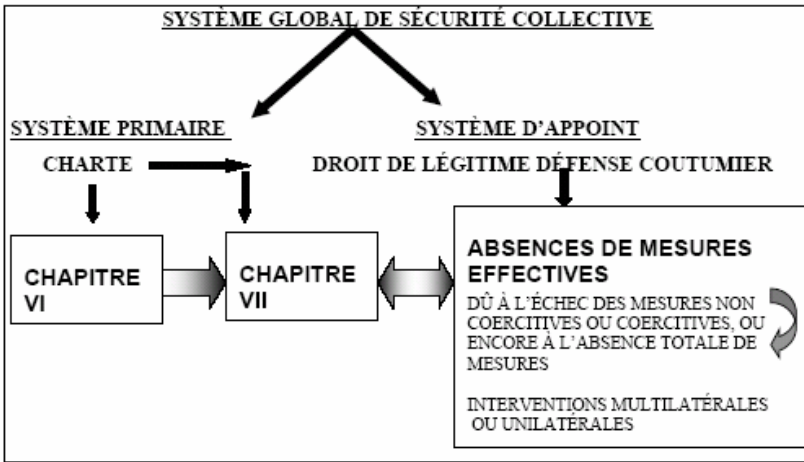


Le tableau 1 offre donc une perspective où le droit de légitime défense, de par sa forme coutumière dépassant le cadre restreint de la *Charte*, permet la justification de l'intervention dans le respect des buts et principes de la *Charte*, en se basant sur sa valeur coutumière plutôt que sur sa base conventionnelle, mais qui s'appuie sur une reconnaissance conventionnelle partielle de sa valeur coutumière.

La source du droit à l'intervention ne serait pas simplement les dispositions de la *Charte*, mais aussi une thèse coutumière plus large qui permet la protection des ressortissants nationaux et des non nationaux sur la base du droit à la légitime défense. Comme Grotius le proposait, si l'individu ne peut prendre les mesures nécessaires et que l'État dont il ressort ne prend pas les mesures

nécessaires pour le protéger, comme dans le cas de la protection des ressortissants nationaux, alors un État tiers pourrait intervenir pour le protéger. Ceci signifierait donc la possibilité d'entreprendre des actions unilatérales dans un système global de sécurité collective où le système d'appoint entrerait en action si le système primaire échoue. On assisterait donc à un système schématisé ainsi :

TABLEAU 2 : SYSTÈME GLOBAL DE SÉCURITÉ COLLECTIVE



De cette façon, qu'importe la situation, une réaction peut prendre place et sauvegarder la paix et la sécurité internationales en accord avec les principes de la *Charte*. Si les implications d'un tel système sont difficiles à accepter, il faut alors considérer les alternatives. Ce qui est certain, c'est que l'interprétation traditionnelle doit être révisée.

Une telle révision, en surtout quant au droit à l'intervention unilatérale, sera l'objet de la seconde partie de ce mémoire. Particulièrement, il y sera examiné le droit à l'intervention unilatérale pour le rétablissement de la démocratie.

CONCLUSION

Ce travail visait à explorer l'évolution du droit à l'utilisation de la force et à l'intervention dans une perspective historique pour expliquer le droit applicable d'intervention armée lors d'opérations humanitaire.

À la lumière de cette évolution, il apparaît que le droit applicable sous le régime de la Charte a effectivement limité le droit à l'utilisation de la force pour l'intervention humanitaire, mais que ce droit n'a pas été abrogé.

La *Charte des Nations Unies* prévoit des exceptions majeures pour permettre l'assurance et la protection de la paix et de la sécurité internationales. Le droit à la légitime défense l'article 51 et les mesures coercitives du Chapitre VII permettent en effet de remédier par l'utilisation de la force armée aux situations de menace à la paix et de rupture à la paix. De plus, le droit coutumier a tout au moins le **potentiel** de pouvoir étendre le droit à la légitime défense à ces situations pour l'intervention d'organisation régionale ou individuelle si le régime de sécurité collective n'est pas mis en action pour assurer cette sécurité.

Ce qui ressort de cette analyse globale du droit à l'utilisation de la force armée est une interprétation plus homocentrique de la *Charte*. En effet, ce que les juristes semblent conclure est que l'interprétation même *stricto sensu* du Chapitre VII de la *Charte* n'empêche pas une interprétation *lato sensu* coutumière du droit à la légitime défense et que la pratique des États semble en effet supporter une telle vision du droit applicable.

De plus, ce droit à la légitime défense peut aussi être interprété de cette façon lors d'opération d'interposition du Chapitre VI, résultant en des interventions limitées. Toutefois, la confusion ne doit pas être faite avec les opérations du Chapitre VII. L'utilisation de la force armée lors d'opérations d'interposition sont limitées au niveau tactique pour assurer l'accomplissement de la mission et la protection locale des victimes. Dès lors que

l'utilisation de la force armée atteint une structure institutionnalisée au niveau opérationnel ou stratégique, il s'agirait alors d'intervention sous le régime du Chapitre VII. Les troupes sur le terrain peuvent donc prendre les mesures nécessaires pour la protection locale des victimes, mais ne peuvent prendre l'initiative d'étendre de leur propre chef le champs d'application de cette protection en élargissant continuellement leur portée opérationnelle. Une telle décision doit être prise par les autorités compétentes, soit les États au travers du Conseil de sécurité en adoptant des mesures sous le Chapitre VI.

C'est seulement lorsqu'il apparaît que les États ne peuvent en venir à cette décision et que les menaces ou les actions hostiles commencent contre l'endroit des victimes sont si grossières que quelqu'un doit prendre ces actions qu'une force d'interposition, sur ordre de son ou de ses gouvernements peuvent intervenir.

Malgré les affirmations diffamatoires de certains, le régime de la Charte fonctionne dans son ensemble. Les Nations Unies ont certainement besoin de réformes, mais dans l'ensemble ce forum a permis d'éviter les pires conflits. Lorsque pour des raisons politiques le régime légal ne peut être activé, alors seulement les États devraient pouvoir prendre des mesures supplétives pour compenser cette inaction, tout en se soumettant à l'autorité des Nations Unies dès que celle-ci sort de sa torpeur imposée par certains États réfractaires.

Comme l'a affirmé Sir Winston Churchill, la démocratie est un bien mauvais système, mais c'est le meilleur que nous avons. Le régime de la Charte n'est pas un mauvais système : il est logique, reflète une évolution homocentrique constante et est applicable dans une grande proportion des cas.

Toutefois, la vérité est que l'interposition accompagnée par l'utilisation de la force et l'intervention elle-même résulte en un conflit armé où les troupes onusiennes deviennent parties au

conflit pour le temps de leurs actions. Or, dans un conflit armé c'est le plus fort qui l'emporte. Les Nations Unies, les organisations régionales et les contingents nationaux ne peuvent croire pour un instant pouvoir remporter tous les combats. Ainsi, une opération d'envergure des Nations Unies en République populaire de Chine serait impensable. À moins d'investir la grande majorité des forces nationales disponibles sous un commandement unifié, une opération d'intervention sur le modèle de l'intervention en Corée (1950-53) serait irrémédiablement vouée à l'échec. Et encore, même avec de telles forces, les résultats seraient pour le moins aléatoires. Or, les Nations Unies ne peuvent se permettre de perdre une bataille. Le discrédit qui en résulterait éliminerait à long terme toute la possibilité d'action dissuasive que la menace d'intervention pourrait avoir aujourd'hui et résulterait en une situation comme sous le *Pacte de la Société des Nations*.

Le droit international est en grande partie un droit réactif, justifiant la pratique passée. Il est donc intimement lié aux relations internationales et dépend de la volonté des États de le créer et de l'appliquer. Lorsque les moyens ne permettent pas son application totale, les juristes doivent comprendre que le meilleur moyen d'action repose dans la forme conciliatoire de la *Charte*, non dans ses mesures coercitives.

L'intervention, c'est un conflit armé. Dans un conflit armé, des gens meurent ; beaucoup de gens. Avec les coupures des forces militaires du monde, une étape en soit positive, la capacité de faire face à des situations de génocide ou de violations grossières des droits de l'homme est fortement diminuée. Le gouvernement canadien et les organisations internationales se doivent de considérer ces facteurs pour l'application du régime légal. C'est pourquoi ce mémoire recommande une attitude conservatrice de la séparation légale des mesures non coercitives par opposition aux mesures coercitives.

Mais s'il arrivait que l'on doive en venir à ces dernières, alors

toutes les forces en présence doivent être commises dans le but d'intervenir rapidement, avec une force surpassant la capacité des belligérants et dans un esprit de coalition dans la mesure du possible.

BIBLIOGRAPHIE

Traités et conventions

Charte de l'Organisation des Nations Unies, 1 R.T.N.U.xvi.

Control Council Law no.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, 1 TWC xvi, Taylor, Report, 250 ; 1, Friedman 908 ; 1 Friedman 9 ; Levie, Documents, 304

Convention de Vienne sur le droit des traités, A/Conf Doc. NU 39/27, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Comité International de la Croix Rouge, Les Conventions de Genève du 12 août 1949, (1949) 75 R.T.N.U. 31

Comité International de la Croix Rouge, Les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, CICR, 1977

OAS Charter, Apr 30, 1948, 2 UST 2394, TIAS no. 2361, 119 UNTS 3.

Statut de la Cour Internationale de Justice, 1 R.T.N.U

Traité de l'Organisation de l'Atlantique Nord

Jurisprudence

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), (1986), C.I.J., Rec. 14.

Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, (1924) R.S.A.N.U. II, 641.

Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. inde), Rec.

C.I.J., 1960, 6.

Affaire du Lotus, (France c. Turquie), (1927) C.P.I.J. Rec. Série A, no. 9, p.28.

Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (R.F.A. c. Danemark et Pays-Bas), Rec. C.I.J., 1969, 4.

Affaire du Détroit de Corfou, Rec. C.I.J., 1949, 4.

Affaire relative à l'usine de Chorzow, C.P.J.I., Rec. Série A, no. 7.

Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 8 juillet 1996 : Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, [1996], no. 95, C.I.J., <http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/foreignp/disarm/agavis.txt>.

Barcelona Traction, Light Power Company, Ltd, (Belgique c. Espagne), C.I.J. Rec.1970, 3.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial Incident at Lockerbie, (Lybia v. U.S.), 1992 I.C.J.

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Rec.1949, 174.

The Caroline, (1837) (2 Moore 409 I R.A.I. 681)

Documents publics

De Cuellar, Secretary General of the United Nations J. Perez, Secretary General Address at the Université de Bordeaux, Report of the Secretary General's Work on the Work of the Organisation, U.N. Press Release SG/SM/4560 (1991), 1991, 13 pp.

Définition de l'agression, Rés. AGNU 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, AGNU Rés. 2625 (XXV), 1970.

Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance politique et de leur souveraineté, AGNU Rés. 2131 (XX), 21 décembre 1965.

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, (1970), Rés. 2625 (XXV)

Examen des principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, AGNU Rés. 1815 (XVII), 1962

Manuel du Mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, Genève, CICR/Fédération internationale des Sociétés de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, 1994

Ministère de la défense nationale, L'armée de terre du Canada, Ottawa, Groupe de communication du Canada, 1998, 134 pp.

Rés. C.S. Doc. N.U. S/RES/688 (1991)

Rés. C.S. Doc. N.U. S/RES 733 (1992)

Rés. C.S. S/RES/770 (1992)

Rés. C.S. S/RES/794 (1992)

Rés. C.S. S/RES/814 (1993)

Rés. C.S. S/RES/816 (1993)

Doctrine

BRETTON, Philippe, *Le droit de la guerre*, Paris, Armand Colin, 1970, 95 pp.

BOWETT, D.W., *Self-Defense in International Law*, New York, Frederick A. Preager, 1958, 294 pp.

BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*,

Oxford, Clarendon Press, 1963, 532 pp.

DAVIDSON, Scott, Grenada, Avebury, Aldershot, 1989, 300 pp.

DE LIMA, F.X., Intervention in International Law, Uitgeverij Pax Nederland, Den Haag, 1971, 398 pp.

DE VATTEL, E., The Laws of Nations or the Principles of Natural Law, Washington, Carnegie Intitution of Washington, 1916, 398 pp.

DISTEIN, Yorami, War, Agression amd Self-Defense, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 325 pp.

EMANUELLI, Claude, Droit international public, tome I, 2^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Édition Wilson & Lafleur, 1993, 299 pp.

EMANUELLI, Claude, Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, 112 pp.

EMANUELLI, Claude, Les casques bleus : policiers ou combattants, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, 130 pp.

GROTIUS, Hugo, De Jure ac Pacis Libri Tres, vol. II, bk. I, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 168 pp.

GUILLIEN, Raymond et VINCENT, Jean, Lexique de termes juridiques, 9^e édition, Paris, Dalloz, 1993, 565 pp.

KETPAR-SMEN, Unesdi, « À propos du droit d'ingérence », Mélanges en l'honneur de Nicéphore Logothète, Inconnu, Inconnu, pp. 113-127.

LILLICH, Richard B., Humanitarian Intervention and the United Nations, Charlottesville, University Press of Virginia, 1973, 368 pp.
PEANSON, Ian, Manual of the Terminologie of the Law of Armed Conflict and of International Humanitarian Organisations, Bruxelles, Bruylant, 1989, 844 pp.

Mémoires et thèses

ABIEW, Francis Kofi, Revisiting the Right of Humanitarian Intervention

in International Law, mémoire de maîtrise, Edmonton (AB), Faculty of Graduate Studies and Research, University of Alberta, 1993, 100 pp.

DE JOYA, Maniano M., Intervention, Either Collective or Individual, on the Grounds of Humanity, is Justifiable, and Should Be Recognized as a Settled Rule of International Law, mémoire de maîtrise, Yale University Law Department, Yale University, 1907, 49 pp.

EWING, Michelle, Justifying Humanitarian Intervention, mémoire de maîtrise, Montréal, Institute of Comparative Law, McGill University, 1993, 102 pp.

Ouvrages généraux

ECCLES, H.E., Military Concepts and Philosophy, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 1965.

EHRENREICH, Barbara, Blood Rites, New York, Metropolitan Books, 1997, 292 pp.

HOLMES, Richard, The World Atlas of Warfare, Londres, Pinguin, 1988, 296 pp.

O'CONNELL, Robert L., The Ride of the Second Horseman, Oxford, Oxford University Press, 1997, 358 pp.

Periodiques

BENJAMIN, Barry, M., « Unilateral Humanitarian Intervention : legalising the use of force to prevent human right atrocities », (1993) 16 Fordham International Law Journal, pp.609-628.

BURMESTER, Byron F., « On Humanitarian Intervention : The New World Order and Wars to Preserve human rights », (1994) Utah Law Review, pp. 269-324.

EMANUELLI, Claude, « L'immunité souveraine et la coutume internationale », (1984) 22 Canadian Yearbook of International Law, pp. 26-97.

EVANS, Cedric E., « The Concept of 'Threat to Peace' and

Humanitarian Concerns : Probing the Limits of Chapter VII of the U.N. Charter », (1995) 5 Transnational Law and Contemporary Problems, 213.

FAUTEUX, Paul, « Droit d'ingérence et non-intervention », (1992) Conseil Canadien de droit international, 161-179.

FENWICK, Charles G., « Intervention : Individual and Collective », (1945) 39 American Journal of International Law, pp. 645-663.

FINK, Jon E., « From Peacekeeping to Peace Enforcement : The Blurring of the Mandate for the Use of Force in Maintaining International Peace and Security », (1995) 19 Maryland Journal of International Law and Trade, 1-46.

FONTEYNE, Jean-Pierre, « The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention », (1974) 4 California Western International Law Journal, pp. 203-226.

FRANK, Thomas M. et RODLEY, Nigel S., « After Bangladesh : The Law of Humanitarian Intervention by Military Force », (1967) 67 American Journal of International Law, pp. 275-305.

GORDON, Ruth E., « Humanitarian Intervention by the United Nations : Iraq, Somalia and Haiti », Texas International Law Journal, v. 31, 1996, pp. 42-57.

GREENWOOD, C., « International Law and the United States' Air Operation Against Lybia », (1987) 89 Western Virginia Law Review, 936.

KERVAREC, Gaeille, « L'intervention d'humanité : principes de non-intervention », (1998) 32 Revue Juridique Thémis, pp.77 à 133.

KLOEPFFER, Stephen, « The Syrian Crisis, 1860-1861 », (1985) 23 Canadian Yearbook of International Law, pp. 246-260.

KRESOCK, D.M., « Ethnic Cleasing in the Balkans : The Legal Foundations of Foreign Intervention », (1994) 27 Cornell International Law Journal, pp. 203-229.

MOURGEON, Jacques, « L'intervention internationale à titre humanitaire », (1994) 121 *Journal du droit international*, pp. 645-652.

MRAZEK, Joseph, « Prohibition of the use of force and threat of force : self-defense and Self-Help in International Law », (1989) 27 *Canadian Yearbook of International Law*, pp.81-111.

PERKINS, John A., « The Right of Counter-Intervention », (1987) 17 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, pp. 171-227.

QUIGLEY, J. « The Legality of the United States Invasion of Panama », (1990) 15 *Yale Journal of International Law*, 278.

REISMAN, W.M., « Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law », (1990) 84 *American Journal of International Law*, 866-873.

RIGGS, Ronald, « The Grenada Intervention : A Legal Analysis », *Military Law Review*, v. 109, Summer 1985, pp. 1-81.

ROUGIER, Antoine, « La théorie de l'intervention d'humanité », (1910) *Revue générale de droit international public*, 468.

SCHACTER, Oscar, « The Right of States to use armed force », (1984) 82 *Michigan Law Review*, pp. 1601-1660.

SCHEFFER, David J., « Toward a modern doctrine of humanitarian intervention », (1992) 23 *The University of Toledo Law Review*, pp. 253-293.

SIMON, Denys et SICILIANOS, Linos Alexandros, « La contre-violence unilatérale », (1986) 32 *Annuaire français de droit international*, pp. 53-78.

SIMON, Steve G., « The Contemporary Legality of Unilateral Intervention », (1993) 24 *California Western International Law Journal*, pp. 117-153.

WALDOCK, C.H., « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law », (1952) 81 *Recueil des cours de l'académie de droit international*, pp.451-515.

FREE WORLD PUBLISHING

CALL FOR ARTICLES

FOR PUBLICATION IN THE FOLLOWING JOURNALS:

FREE LAW JOURNAL - (ISSN 1712-9877)

WAR AND PEACE JOURNAL - (ISSN 1712-9885)

WORLD HISTORY JOURNAL - (ISSN 1712-9893)

Articles are welcomed in: English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Innuktikut, Italian, Latin, Polish, Portuguese, Romanian, Russian, Serb, Slovenian, Spanish and Turkish.

FREE LAW JOURNAL Pertains to all legal subjects, whether from a national, comparative or international perspective and including Canon Law, International Law, Islamic Law or social and historical perspective of laws' impacts on societies.

WAR AND PEACE JOURNAL Pertains to all issues ranging from conflict prevention to nation-building; including political sciences and diplomacy, nation-building, defence policies, strategies, operations, tactics, logistics, intelligence, peacekeeping, peacemaking, leadership, psychology of combat, technological developments and counter-terrorism; and finally Military Historical studies, relating to the conduct of operations, their causes and effects, the avoidance of conflict, leadership and personalities.

WORLD HISTORY JOURNAL Pertains to the whole spectrum of human development, whether from local, regional or global perspectives, including history from all periods, palaeontology, anthropology, linguistics, letters and languages, arts as well as sociological perspectives.

Please consult the journals from <http://www.FWPublishing.net> or contact us at FWP@FWPublishing.net.

FREE LAW JOURNAL

The Free Law Journal results in 2005 of the merger of the Eastern European Law Journals into one journal and of the acquisition of the EELJs by the Free European Collegium, through its publishing arm, Free World Publishing Inc.

The Free Law Journal aims at the widest diffusion of legal research by academicians, practitioners and post-graduate students from across the world. It publishes in English, French, Bosnian, Bulgarian, Croatian, Czech, Finnish, German, Greek, Hungarian, Icelandic, Inuktitut, Italian, Latin, Polish, Portuguese (both Brazilian and European), Romanian, Russian, Serb (both Latin and Cyrillic), Slovenian as well as Spanish, all in electronic and print format.

These publications are the property of *Free World Publishing*, partner and publishing arm of the Free European Collegium, a higher learning institution based in Ottawa, Canada and with administrative offices in Budapest, Hungary. For all concerns and details please consult our web site at www.FWPublishing.net.



Free Law Journal
ISSN 1712-9877



Free European Collegium