



UNIVERSITY OF NIŠ

The scientific journal **FACTA UNIVERSITATIS**

Series Law and Politics Vol. 1, N^o1, 1997, pp. 65-82

Editor of Series: Milan Petrović

Address: Univerzitetski Trg 2 YU - 18000 Niš, Tel: (018) 547-095, Fax: (018) 24-448

ABUS DU POUVOIR SUPRÊME (DE LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT)

UDK 342.3: 347.124

Milan Petrović

Professeur titulaire à la Faculté de Droit de l'Université de Niš

Résumé. *L'abus du pouvoir suprême apparaît comme une des formes de l'abus de droit. En partant de ce fait, cet article décrit d'abord brièvement les instituts de l'abus de droit dans le droit civil et l'abus du pouvoir discrétionnaire (le détournement de pouvoir) dans le droit administratif. Ensuite l'auteur nie la conception de l'illimité juridique du pouvoir suprême. Ce pouvoir qui apparaît en même temps comme le droit subjectif et comme la fonction de ses porteurs est soumis aux certaines limitations intérieures aussi bien qu'extérieures. Les limitations intérieures sont les règles du droit constitutionnel et du droit public international. Les limitations extérieures sont composées de certaines principes juridiques et juridico-éthiques dont la violation présente l'abus du pouvoir suprême. Cet abus n'est cependant pas le même dans tous les actes du pouvoir suprême. Il ressort dans des formes différentes à l'occasion de l'adoption des mesures "juridiques", des lois juridiques (formatives) et lors de l'adoption des "lois mesures", à l'occasion de l'exercice des droits internationaux de l'État et lors de l'entreprise des actes liée aux états des circonstances exceptionnelles, particulièrement des actes de la nécessité étatique. Les principes qui lient (limitent) le pouvoir suprême sont les principes de l'égalité, la prohibition du pouvoir arbitraire, le principe de la bonne foi et de loyauté et de confiance réciproque, l'interdiction des actes excessifs. Leurs effets dans le contexte du pouvoir suprême ont été examinés dans la pratique judiciaire en Allemagne, aux États Unis d'Amérique et en France, en cas des conflits entre des raisons d'états et des droits fondamentaux de l'homme. À la fin deux cas particulièrement importants pour le droit yougoslave ont été analysés: la Loi de Serbie du 5 juillet 1990 par laquelle les droits et les obligations de l'Assemblée et du Conseil exécutif de Kosovo avaient été transmis aux organes de République et la reconnaissance des républiques sécessionnistes de RSFY de la part des États occidentaux.*

Mots clefs: *L'abus des droits, pouvoir suprême (souveraineté de l'État), principe de l'égalité, prohibition du pouvoir arbitraire, principe de bonne foi et de loyauté et confiance réciproque, interdiction des actes excessifs, circonstances exceptionnelles, état de nécessité étatique, raison d'État, droits fondamentaux de l'homme.*

L'abus du pouvoir suprême ou de la souveraineté de l'État advient comme une forme de l'abus des droits, d'un type d'illicéité extrêmement complexe. La critique de la théorie de l'abus des droits qui dit que "Le droit cesse où l'abus commence",^[1] est fondée donc sur la fausse prémisse, vue que c'est seulement après la confirmation de l'abus du droit

Received December, 1995

qu'on peut parler de sa cessation. La complexité de la notion de l'abus du droit comme forme d'illicéité provient d'abord du fait que les droits subjectifs ont deux espèces de limites: *intérieures* et *extérieures*. [2] Les limites intérieures sont celles qui forment le contenu du droit subjectif. Ainsi, les limites intérieures du droit de propriété foncière sont, d'après plus ou moins tous les droits contemporains, les normes du droit public et les droits des tiers. Le propriétaire des fonds immobiliers qui les offense -disons, par exemple, les prescriptions urbanistiques, les prescriptions policières, les prescriptions se rapportant à la protection de la nature, ou bien les servitudes, n'abuse pas de son droit de la propriété, mais simplement agit à la façon illicite. Les limites extérieures du droit subjectif sont des principes juridiques et des normes qui se rapportent à son exercice. Le titulaire du droit qui les offense reste formellement à l'intérieur de son droit, mais l'exercice de ce droit, dans le cas donné, n'est pas permis. Ce conflit du droit et de son exercice présente le champ de l'abus des droits.

L'abus des droits était connu encore par le droit romain. Les adversaires de cette opinion faisaient appel au principe romain "*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*". Les recherches juridico-historiques plus récentes ont démontré cependant que ce principe, à l'époque ancienne, à l'égard de la propriété privée subissaient d'importantes exceptions du fait que "*actio*" et "*exceptio doli*" jouaient le plus grand rôle. Surtout "*exceptio doli generalis*" à ce que "*le droit stricte*" (*ius strictum*) soit adouci par le droit juste et par ses émanations (*aequitas, bona fides*). [3]

L'institut contemporain de l'abus a apparu d'abord dans la pratique judiciaire française et belge. [4] Le cas pilote représentait le verdict du tribunal à Colmar, prononcé le 2 mai 1855, par lequel a été ordonnée la suppression de la fausse cheminée, construite seulement pour gêner le voisin. [5] Aussitôt après, le Tribunal de cassation de Paris établira le principe: "Il faut empêcher et réprimer chaque fait dommageable entrepris de la haine et de la malice et sans utilité pour celui qui se la permet". [6]

La loi civile allemande (BGB) du 18 août 1896 a prévu une disposition semblable dans son article 226: "L'exercice d'un droit est inadmissible s'il n'a pour le but que de porter dommage à autrui". Cependant la pratique judiciaire, inspirée par l'idée "*exceptio doli generalis*" a pris comme critère de l'abus des droits (exercice illicite du droit) le principe de loyauté et confiance réciproque (*Treu und Glauben*), contenu dans l'article 242 du Code civil. Par là, l'institution de l'abus des droits a obtenu une portée plus large et plus fondée en principe. [7]

La pratique de la Cour administrative suprême française, du Conseil d'État, a instauré aussi l'institution de l'abus ou de l'excès de la libre appréciation (détournement de pouvoir). Il est intéressant de dire que celle-ci a été instaurée à peu près en même temps que l'instauration de l'abus des droits civil. Une certaine "incorporation consciente" de l'institution du détournement de pouvoir a été survenue dans la sentence "Lesbats" du 25 février 1864, [8] mais il se peut qu'elle eut été pour la première fois appliquée dans le cas "Vernhes" du 19 mai 1858. [9] Il n'est donc pas exclu que dans ce domaine de la création du droit prétorien, la jurisprudence civile aurait eu de l'influence auprès du Conseil d'État. Cependant le domaine de l'application de l'abus des droits est resté considérablement plus restreint que le domaine de l'application du détournement de pouvoir. Quoi que quelques uns des théoriciens aient exigé des tribunaux de soumettre sous la clause de l'abus des droits chaque exercice "antisocial" ou "antifonctionnel" de

l'exercice du droit, [10] les tribunaux, particulièrement quand il s'agissait de l'exercice du droit de propriété, sont restés d'avis que le critère de l'abus des droits est la mauvaise intention, "dolus" du titulaire du droit, parfois même une erreur grossière qui s'égalise à dolus.[11] Cette conception restrictive de l'abus du droit trouve sa justification dans la juste compréhension du rôle du pouvoir judiciaire dans un État de droit. L'enquête sur l'exercice d'un droit subjectif, surtout de propriété, s'il est "antisocial" ou "antifonctionnel", représenterait un tel pouvoir juridico-politique discrétionnaire des tribunaux que, dans un État de droit il peut y avoir seulement le législateur.

Mais, dans l'enquête de l'abus ou du détournement de pouvoir le Conseil d'État va considérablement plus loin. La raison pour cela se trouve dans le postulat que la libre appréciation ou le pouvoir discrétionnaire n'est pas le droit subjectif de l'organe d'État mais sa fonction, l'élément de sa compétence, qui doit s'exercer en accord avec l'intérêt public ou général. Quand il trouve qu'un acte de l'administration est adopté pour des raisons ou pour des motifs qui sont confiée à l'auteur de cet acte, le Conseil d'État, à cause de cela, annulera le dit acte de l'administration.[12] La vraisemblance essentielle de l'abus du droit et du détournement de pouvoir dans le droit français se reflète dans le fait que l'une et l'autre institution ont une base subjective. Les tribunaux judiciaires et le Conseil d'État chez deux institutions n'examinent pas les fins objectifs auxquels l'exercice des droits, c'est à dire l'acte de l'administration tend, alors leurs conséquences matérielles, mais seulement les intentions et buts du sujet de droit agissant ou bien de l'organe étatique [13].

Le droit allemand, par contre, connaît l'abus de la libre appréciation ainsi dans le sens subjectif que dans le sens objectif. La Loi de la procédure judiciaire administrative du 21 janvier 1960 dans son § 114 prévoit: Si l'organe compétent de l'administration est autorisé d'agir selon sa libre appréciation, le tribunal est celui qui examine aussi si l'acte administratif, ou le refus ou l'omission d'adopter l'acte administratif est illicite, pour la raison que les limites législatives de la libre appréciation sont dépassées ou parce que la libre appréciation est utilisée à la façon qui ne correspond pas au but de l'autorisation". Par cette disposition on a seulement confirmé les attitudes antérieures. [14] La libre appréciation ne doit pas non plus léser le principe constitutionnel d'égalité. [15] Mais le principe de loyauté et confiance réciproque lie aussi la libre appréciation de l'administration publique.[16]

Le droit contemporain yougoslave a adopté le même critère objectif aussi bien au point de vue de l'abus de droit qu'à l'égard de la libre appréciation fautive. Dans l'article 4, alinéa 2 du texte épuré du Code de procédure administrative de 1986, on a prévu que: "Dans les causes administratives dans lesquelles l'organe est autorisé par la loi ou par la prescription fondée sur la loi de décider selon la libre appréciation, la décision doit être apportée dans les limites et en accord avec la fin dans laquelle l'autorisation est donnée". Aussi, dans l'article 10, alinéa 2 de la Loi sur les litiges administratifs du 24 décembre 1976, se trouve: "Il n'y a pas d'application irrégulière de prescriptions lorsque l'organe compétent, selon la libre appréciation, décidait à la base et dans les limites de l'autorisation qui lui a été donnée par des règlements juridiques, en accord avec la fin dans laquelle l'autorisation est donnée." On n'a rien à reprocher à cela. Mais, lorsque le Code des obligations du 30 mars 1978, dans l'article 13, alinéa dit: "Il est interdit d'exercer le droit des rapports d'obligations contrairement à la fin à cause de laquelle celui-ci est établi

et reconnu” et lorsque la Loi sur le rapports fondamentaux juridiques de propriété, promulguée le 8 février 1980, dans l'article 4, alinéa 2 prescrit: “Il est interdit l'exercice du droit de propriété contraire à la fin à cause de laquelle celui-ci est fondé ou reconnu par la loi, ou contraire à la moralité de la société socialiste”, alors ceci représente la transformation des droits subjectifs privés en fonctions juridiques, ce que est contraire à l'idée de l'État de droit, dont la prémisse fondamentale est la séparation de la sphère politique de la société civile.[17]

La conception classique, absolutiste, du pouvoir suprême ou de la souveraineté de l'État se fondait sur à la position de l'absolutisme juridique de ce pouvoir. D'où provient que celui-ci, pour la différence de l'exercice du pouvoir de la part des autorités inférieures et des droits subjectifs, dont on a parlé jusqu'à présent pour de raisons d'introductions, ne peut pas être abusée. Le dernier grand représentant de cette conception était Carl Schmitt, que cette souveraineté illimitée de l'État revendiqua pour le “pouvoir constituant”. En s'appuyant sur les théories de la Révolution française de 1789, le plus grand explorateur du droit public européen dit: “Sur le pouvoir constituant résident tous les pouvoirs et toutes les attributions constitués conformément à la Constitution. Mais celui-ci ne peut jamais se constituer de la façon constitutionnelle et légale de lui-même. Le peuple, la nation, reste le fondement originaire de tous événements politique, la source de toute force nouvelle qui se manifeste toujours en nouvelles formes, qui accouche toujours de nouvelles formes et formes d'organisations sans jamais soumettre son existence politique à la formation définitive... Car, la nation peut changer ses formes et se donner de nouvelles formes de son existence politique, c'est elle qui peut être ce qui est sans forme tout en formant”.[18]

Cette conception théologisante du pouvoir constituant apparaît à la première vue comme fictive. Tout pouvoir dans l'État, de même constituant, est soumis à des limites du droit international et à de certaines règles juridiques de la civilisation concrète (du cercle culturel), dont on parlera plus tard. Ici, tout de même, il faut mentionner que le pouvoir constituant n'est pas du tout une catégorie générale du droit public. Elle apparaît seulement dans un État constitutionnel et de droit, comme porteur d'un processus, qui limite effectivement les activités d'État, vue que la Constitution de cet Etat n'est rien d'autre qu'un processus ainsi arrangé.[19] Avec l'opinion publique, elle pourrait avant tout présenter ce que Haurion appelle “la souveraineté de sujétion”.^{19a} En tant que le pouvoir restrictif, le pouvoir du contrôle suprême, le pouvoir constituant est l'inverse même de l'absolutisme juridique.

Le pouvoir suprême qu'est-ce que c'est? À la compréhension de sa notion nous pouvons arriver par l'analyse *des pouvoirs matériels d'État* qui se trouvent derrière la différence formelle de la législation, de l'exécutif, de la juridiction et du contrôle. Il existe trois genres de pouvoir suprême matériel: la législation dans le sens matériel, résidant dans la détermination originaire du statut du sujet de la communauté étatique, c'est à dire de leurs droits subjectifs, libertés et devoirs; le pouvoir de la politique étrangère qui touche les relations avec d'autres États; et le pouvoir militaire. Remarquons que John Locke encore, avec sa conception du pouvoir “fédératif”, qu'il appelait aussi “naturel”, a clairement entrevu les caractéristiques de ces deux derniers pouvoirs suprêmes matériels.[20] Pour Montesquieu, le pouvoir exécutif, dans le sens plus restreint, englobe justement le pouvoir de la politique extérieure et le pouvoir militaire: “Il y a dans chaque

État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit de gens et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit les ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l'autre, simplement la puissance exécutive de l'État".[21]

Par sa nature juridique, le pouvoir suprême est d'un côté le droit subjectif. C'est pourquoi, disons le d'avance, il n'est pas admissible d'examiner l'opportunité politique du législateur, du gouvernement ou du souverain de la façon dont les tribunaux contrôlent l'exercice de la libre appréciation des organes administratifs. Mais, il est de l'autre côté aussi une fonction, une compétence. La conséquence essentielle de cela est que le droit suprême doit être exercé. Comme Duguit l'a éloquentement montré, les détenteurs du pouvoir suprême (gouvernants) ont le devoir juridique d'organiser et de contrôler les services publics indispensables pour la réalisation et le développement de l'interdépendance sociale.[22] La caractéristique essentielle des services publics est leur continuité.[23] Voilà d'où l'interruption de la continuité dans l'exercice du service public présente la violation du droit, dans le cas donne aussi l'excès du pouvoir suprême.

Nous sommes arrivés au point où on peut affirmer que même le pouvoir suprême, étant toujours une attribution juridiquement formée et limitée, peut être abusé. Ce pouvoir, ne se différenciant pas dans ce sens des droits subjectifs privés et du pouvoir de la libre appréciation, a ses limites intérieures qui tirent normalement les règles de la constitution et du droit international, de même que les limites extérieures, dont la violation représente son abus. La limitations de ces bornes n'est cependant pas la même chez tout les types des actes du pouvoir suprême. En lien avec cela, comme de tels types il faut distinguer: les "lois juridiques" ou formatives; les "lois mesures"; les actes de l'exercice des droit internationaux de l'État; les actes liés aux états d'urgence, surtout à l'état de nécessité d'État.

Lorsque l'organe législatif adopte des actes-règles dont on crée le système juridique - disons le droit pénal, civil, commercial, - des "lois juridiques" ou "formatives" dans le sens restreint, qu'on peut nommer "juridiques-systématiques" ou "juridiques-institutionnelles", en ce cas le contrôle juridique de la licéité des buts auxquels ces lois tendent est inadmissible. D'abord, la Constitution, en établissant la compétence du législateur de les adopter, ne dit presque jamais dans quel sens la volonté du législateur doit se diriger. Le législateur lui-même, conformément à sa compréhension de chose et à son orientation politique, définit cette direction. Par conséquent, il est possible de contester ses avis du point de vue de la politique juridique, mais pas du point de vue du droit positif. Contre les lois mauvaises depuis le début, ou de telles qui, à cause des circonstances variables survenues au cours du temps deviennent mauvaises, les organes qui les pratiquent, les tribunaux ou l'administration, ont, cependant un moyen efficace dans les règles de l'interprétations de la loi. La soi-disant libre interprétation du droit, qui permet au juge de juger exceptionnellement "au delà de la loi" (*praeter legem*), même "contre la loi" (*contra legem*), n'est pas aujourd'hui considérée, au temps de l'inflation des lois et d'autres règlements, de quoi que ce soit d'irrégulier.[24] Il est, dans de tels cas

essentiel que le juge ne prenne pas de décisions de manière arbitraire, mais en accord avec la nature de la chose, comme une source supplémentaire du droit.[25]

Le législateur, cependant, abuse de son pouvoir lorsque sa prescription lèse le principe de l'égalité. Ce principe est le fondement du droit et de la justice.[26] Une loi doit être générale précisément pour la raison que la généralité de ses formulations rend l'égalité possible. Le principe de l'égalité est reconnu et protège de tous les régimes contemporains fondés sur les principes de l'État constitutionnel et de droit. Dans la République Fédérale d'Allemagne la formulation constitutionnelle de l'égalité devant la loi (l'article 3, alinéa 1 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949) est considérée comme un droit fondamental et d'une norme fondamentale du régime juridique totale, qui appartient dans la sphère "du droit préétatique, suprapositif".[27]

La Constitution de la République Fédérale de Yougoslavie du 27 avril 1992 soulève aussi le principe de l'égalité comme un droit constitutionnel au rang le plus haut. Dans l'article 20, alinéa 2 le fondateur de la Constitution dit: "Tous sont égaux devant la loi". Et dans l'article 26, alinéa 1 il dit: "Toute personne a le droit à la protection égale de ses droits dans la procédure définie par la loi". Dans le premier cas il s'agit de l'égalité dans le droit matériel, dans le second dans le droit de procédure. Dans l'article 20, alinéa 1 sont citées les choses dans lesquelles, quelle qu'elles soient, l'inégalité entre citoyens n'est pas permise: "Les citoyens sont égaux sans égard à leur nationalité, race, sexe, langue, religion, conviction politique ou autre, éducation, origine sociale, état matériel ou autre qualité personnelle".

Le principe de l'égalité, pris généralement, n'interdit tout de fois chaque différenciations par le législateur. Elle est permise dans le cas où la nature de la chose l'impose. Par contre, si la différenciation qui n'est pas correspondante à la chose a lieu alors ceci présente un arbitraire inadmissible; par conséquent l'acte juridique qui le comporte pénètre dans le champs de l'abus constitutionnel du pouvoir.

Par exemple, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand est d'avis qu'il est non seulement dans le domaine du processus électorale et préparation des élections, mais aussi dans la phase de la formation de la volonté politique qu'il est ordonné et strictement formalisée la valorisation absolument égale (l'égalité des chances) des parties politiques.[28] En Yougoslavie, par contre, ou les médias les plus importants, particulièrement la radio et la télévision d'État, se trouvent tout a fait dans les mains du parti momentanément au pouvoir, il n'existe pas même les moindres conditions préalables pour cette égalité, sans lesquelles il n'y a pas d'État constitutionnel et de droit.

Il ne devrait pas être permis au législateur de faire, dans la forme de loi des actes administratifs et judiciaires onéreux, les soi-disant "Acts (Bills) of Attainder" selon le droit anglo-saxon.[29] Ils devraient d'autant plus être défendus car ils offensent aussi le principe de la division du pouvoir. Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand considère aussi comme inconstitutionnelles les lois extraordinaires se rapportant seulement à un cas particulier concret.[30]

Si, par contre, la loi fait la différence entre diverses catégories de personnes employées, disons de cette façon qu'elle reconnaît le stage bénéficiaire de travail aux ouvriers accomplissant des travaux particulièrement difficiles ou dangereux (les mineurs, les agents de police, etc.), alors on pourrait considérer cette différenciation, étant accommodée à la nature de la chose, compatible avec le principe de l'égalité. Mais si la

loi prévoit la fiscalité différente des entreprises selon le fait qui est leur propriétaire, alors elle lèse le principe de l'égalité.[31]

Il existe des cas lorsque la réponse n'est nullement facile. En Yougoslavie, les prescriptions font la différence entre différentes catégories de consommateurs de l'électricité dans le sens que les consommateurs plus gros payent l'électricité plus cher de ceux qui en consomment moins. En Allemagne, tous les consommateurs de l'électricité et les consommateurs de l'eau des entreprises communales sont absolument égaux.[32]

À l'égard des exigences que le principe de l'égalité impose, il est particulièrement difficile de débattre la question de soi-disant "lois mesures" (Massnahmegesetze). Différemment "lois juridiques" ou "formatives", les lois-mesures, dans le droit allemand, sont considérées celles qui "veulent réaliser des mesures concrètes" et elles cessent d'être en vigueur après avoir été réalisées.[33] Les lois-mesures, rien d'autre que le commencement de quelque opération administrative, peuvent être des actes de la lutte politique, les "lois combattantes". Le domaine important de leur application sont les différents cas et les différentes formes de l'état de nécessité d'État, étant donné que ces états peuvent être dépassés seulement à l'aide des mesures juridiques. On en parlera plus tard un peu plus au sujet de ces actes. Aujourd'hui, cependant, ces lois-mesures apparaissent normalement comme les actes du dirigisme économique, les actes de la politique économique auxquels chaque pays contemporain doit inévitablement accéder. Bien que les lois-mesures inévitablement créent des inégalités, les nécessités indispensables de l'État du plus haut degré les rendent en principe permises. Mais, cette position limitrophe des lois-mesures dans l'ordre juridique impose les standards plus sévères de leur constitutionnalité. Tout à fait justement, le Tribunal fédéral constitutionnel allemand exige que les lois-mesures soient faites dans l'intérêt public, c'est à dire dans l'intérêt de l'État social.[34] Ici donc, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois coïncide avec le contrôle judiciaire des actes administratifs selon la libre appréciation; ceci jette la lumière sur les circonstances que les lois-mesures présentent, dans le sens matériel, des actes de l'administration.

Parmi les cas de la lésion arbitraire du principe de l'égalité appartiennent les lois qui sont en collision avec le principe de loyauté et confiance réciproque. À l'époque plus récente on est d'avis que ce principe comme un des plus hauts principes juridiques oblige aussi le détenteur du pouvoir suprême.[35] Le terrain important de la pratique du principe de loyauté et confiance réciproque de l'article 242 du Code civil allemand comme facteur de la limitation du législateur étaient les cas de la pratique de la Cour impériale (Reichsgericht) se rapportant à l'inflation après la Première Guerre mondiale. Le mark allemand en papier, introduit par la Loi des banques du 1 juillet 1909, commença à perdre la valeur de son taux de change par rapport aux autres monnaies, surtout par rapport au dollar nord-américain, de manière que, au jour du 21 novembre 1923, au moment où la baisse de sa valeur atteint le point le plus bas, sa valeur mesurée par rapport au dollar ne fut qu'un millionième de la valeur du Mark allemand à l'époque d'avant-guerre. Comme conséquence de cela la valeur des créances antérieures en argent étaient tombées à zéro. Cependant, en réagissant contre l'inflation, le Troisième sénat civil de la Cour impériale a décidé dans son arrêt du 21 décembre 1920 que celui qui, par un contrat en long terme conclu à l'époque de la valeur stable de la monnaie, s'était engagé à la livraison, peut non seulement refuser la livraison au prix auparavant fixe mais aussi, si lui-même et son

adversaire veulent rester en contrat, peut exiger la hausse du prix, vu la valeur de l'argent dévalorisée.[36] Ce principe a été plus tard appliqué à tous les cas des contrats à des obligations mutuelles, même à des contrats conclus à l'époque de l'inflation, à condition qu'entre la conclusion du contrat et sa réalisation fut survenue une autre chute catastrophique du mark.[37]

La limitation en principe de l'exercice du pouvoir représente aussi l'interdiction de l'excès, c'est à dire le commandement de la proportionnalité. Cette interdiction dit que les buts de l'activité de l'État doivent être liés à la nécessité, ses moyens aux buts. Elle est particulièrement tournée contre les actes et les actions d'État grâce auxquels un certain but permis est réalisé, mais qui pourrait être atteint par des actes et faits d'État dont les conséquences pourraient être plus douces pour celui qui en est atteint. Dans de tels cas il s'agit également de l'abus du pouvoir, mais pas "juridique", mais d'un abus "réel".

L'interdiction de l'excès a son origine dans le droit administratif. Elle est aussi, sous le nom "principe de l'efficacité" prévue par l'article 6 du Code de procédure administrative (le texte épuré de 1986). Le même Code, dans l'article 5, alinéa 3 définit: "Si par la loi quelques obligations sont imposées aux parties, à leur égard seront appliquées les mesures prévues par les règlements qui sont plus favorables pour eux, si par de telles mesure on atteint la fin de la loi". Ces orientations principales sont concrétisées par ce Code dans l'article 243, alinéa 2 et dans l'article 273, alinéa 1.

À l'époque plus récente l'interdiction de l'excès est reconnue comme le principe constitutionnel. En cette qualité elle s'applique particulièrement à des lois-mesures et à d'autre différents actes de la nécessité d'État. Cependant, à part celles-ci, toutes les autres lois et règlements ayant la structure téléologique, sont soumises au contrôle de l'excès, par exemple les règles du Code de la procédure pénale et de la Loi sur les contraventions se rapportant à l'arrestations, c'est à dire à la retenue de l'inculpe.

La doctrine de la "raison"(Reasonableness) que dans le contrôle des actes normatifs ont développé les tribunaux anglo-saxon est ici d'une grande importance. À ce propos, les tribunaux anglo-saxons exigent que l'habitude juridique pour présenter le bon droit doit être "raisonnable".[38] La jurisprudence des Etats Unis d'Amérique va encore plus loin; elle applique le teste de la "raison" à tous les actes normatifs qu'elle examine, y incluses les lois.[39] Tous ça pris, il faut avoir en vue que ces jurisprudences considèrent "d'irraisonnables" les actes arbitraires, de même que ceux qui sont improporcionnels. Dans l'affaire connu *Lochner v. New York* (la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, 1905) on cite, sans distinctions suffisantes, les notions "irraisonnables", "arbitraires" (arbitrary), "incompatibles", "innécessaires" (innecessary). Ceci, en effet, démontre la proche parenté du principe de l'égalité et de l'interdiction de l'excès. Par exemple, en Amérique, la "loi arbitraire" (arbitrary statute) se définit comme la loi qui "limite sévèrement la liberté de l'individu ou le droit de propriété plus que ce serait justifiable pour l'utilité possible pour la société".[40] Mais, suivant les différences que nous avons constaté il ne s'agit pas d'une loi arbitraire, mais d'une loi improporcionnelle.

Le Tribunal fédéral constitutionnel allemand est aussi d'avis que les lois qui lèsent l'interdiction de l'excès sont inconstitutionnelles. Mais, conformément à sa décision du 24 juin 1958, ceci provient du principe de l'égalité.[41] Cependant, une telle attitude doit être considérée plutôt comme l'expression du devoir général des tribunaux de subordonner ses décisions aux normes du droit écrit et respectivement comme un exemple

de l'application du principe de l'analogie que de la considérer comme l'expression de la conviction que l'interdiction de l'excès présente un des cas de la violation du principe de l'égalité.

D'après notre avis antérieurement exposé, [42] l'interdiction de l'excès est en effet incorporé dans le principe de l'égalité d'un autre genre que de celle dont on en avait parlé. À cette égalité proportionnelle nous renvoi Jhering, historien de droit et penseur juridique allemand connu: "Les juristes romains reconnaissent explicitement l'égalité comme le pilote, comme un principe d'organisation de la société (societas), mais pas extérieure, absolue, arithmétique, qui à chaque participant reconnaît absolument le même part, à l'un comme à l'autre, mais intérieure, relative, géométrique, qui mesure la part de chacun proportionnellement à sa contribution. Ce n'était donc pas l'idée de l'égalité absolue des individus particuliers, mais la balance entre l'enjeu et le gain, autrement dit l'idée de l'équivalence dans son application particulière à la société." [43] La grande idée du droit français sur l'égalité devant les charges publiques [44] provient aussi du principe de l'égalité proportionnelle. Un acte d'État non proportionnel est inconstitutionnel donc parce qu'il heurte un des principes suprême du droit.

Les droits et les libertés fondamentaux dans un État constitutionnel et de droit font d'importantes limitations supplémentaires du pouvoir suprême. Mais pas dans le sens qu'ils seraient "absolus". Ils ne sont pas les droits acquis caractéristiques pour le système politique féodal. Tout à fait justement G. Jellinek remarque: "Tous les droits fondamentaux exigent en plus le règlement législatif de leur exercice. Une liberté, reconnue en n'importe quel point serait dans ses conséquences simplement apte à détruire tout l'État." [45] L'élimination de telles conséquences des droits et des libertés fondamentaux est surtout le devoir de la législation pénale, laquelle, ensemble avec la législation de procédure pénale prévoit des empiètements atteignant le plus loin dans la sphère des droits et libertés fondamentaux. Leur caractère fondamental dans un État constitutionnel et de droit se reflète en fait que l'empiètement législatif dans leur sphère présente une exception, mesurée et limitée en principe, une exception généralement réglée. [46] Les prescriptions de l'article 19, alinéa 2 de la Loi fondamentale pour l'Allemagne Fédérale du 23 mai 1949 mérite ici une attention particulière: "En aucun cas on ne doit pas toucher la qualité essentielle (Wesensgehalt) d'un droit fondamental. La Constitution yougoslave de l'année 1992 ne connaît pas une telle garantie des droits et libertés fondamentaux. Mais, une loi qui dans un cas donné porterait atteinte à un droit fondamental ou à une liberté pourrait être proclamée d'inconstitutionnelle à cause de l'arbitraire ou de l'improportionnalité.

Dans le droit des gens, l'État est aussi obligé de se tenir du principe de l'égalité dans ses deux formes; par l'arbitraire ou par l'excès démesuré de celui-ci il abuse de son pouvoir international. Et même, vu le principe de l'égalité des États dans leurs relations internationales, pour des prérogatifs internationaux de l'État sont tirées des limitations plus restreintes de celles valables dans son pouvoir législatif intérieur. Ceci d'autant plus que dans le droit international il n'existe pas un législateur supraétatique qui, pour la différence de la législation d'État, peut formuler ces droits personnels suivant les besoins du temps et du lieu. Par conséquent pareil comme dans le cas de la libre appréciation des organes administratifs, l'État abuse de ses prérogatifs internationaux toujours quand il les exerce contrairement à leur destination objective. [47] Objectivement, téléologiquement,

“institutionnellement” [48] compris, l’institut de l’abus des droits internationaux peut devenir un instrument puissant de la construction des relations internationales.

Surtout à l’égard des étrangers résidant sur son sol, l’État peut les traiter arbitrairement de façons les plus différentes. Il peut, par exemple, sans raisons valides les priver de leurs vies ou de leurs libertés, les interner ou les déporter, il peut leur droit pécuniaire et surtout la propriété, prendre sans dédommagement.

Toutes ces empiètements, comme beaucoup d’autres semblables, rentrent sous l’interdiction internationale de l’excès.[49] Il faut ici particulièrement avoir en vue que les principes du droit pénal “nulla poena sine lege”, et “ne bis in idem” sont pertinents aussi dans le droit des gens. Un étranger qui aurait commis à l’étranger un acte criminel et qu’il y aurait répondu devant la justice, ne pourrait pas être soumis à la justice de l’État de son domicile à propos de cet acte.

L’État, cependant, pourrait abuser de ses droits internationaux aussi par des traitements de ses propres citoyens. Les États totalitaires pratiquaient la privation de la citoyenneté dans le but pénal ou pour des raisons politiques. Comme suite survenait l’encombrement des autres États par des personnes expatriées. À propos de cela, les tribunaux français à la suite de la Première Guerre mondiale jugeaient que les personnels de l’origine russe auxquelles la citoyenneté russe avait été ôtée par la législation russe “en réalité n’avaient pas perdu leur nationalité.” Car “un État qui se débarrasse ainsi en masse de ses nationaux de cette façon agit contre le droit des gens et les autres États ne peuvent pas assurer aucun effet à cette mesure.”[50]

L’apparition de l’état de nécessité étatique qu’on peut définir comme l’attaque subite à l’existence de l’ordre social ou contre celles des fonctions nationales que cet État considère d’essentielles, ramène à un relâchement considérable des limites juridiques du pouvoir suprême, par quoi on diminue considérablement la possibilité de son abus. Dans des situations exceptionnelles de la lutte pour la survie, surtout en guerre, l’État est autorisé de se libérer même de celles de ses devoirs lesquels proviennent des principes suprêmes. Toutefois, même dans cette situation la libération absolue de l’État du droit, n’est pas permise.[51]

La Constitution de la République Fédérale de Yougoslavie prévoit le cas de l’accès de la nécessité dans l’art. 99, al. 11. Par cette disposition le Gouvernement fédéral est autorisé, en cas de l’impossibilité de convoquer l’Assemblée nationale pendant l’État de guerre, du danger de guerre ou d’état d’urgence et après avoir entendu le Président de l’Assemblée nationale, de prendre des actes de la compétence de l’Assemblée fédérale. Par des actes pris durant l’état de guerre, pendant la durée de cet état, on peut limiter certaines libertés et droits de l’homme et du citoyen, à l’exception de ceux qui sont contenus dans l’articles 26, 27, 28, 29, 35 et 43 de ladite Constitution. Le Gouvernement fédéral est obligé de les soumettre à l’Assemblée fédérale pour être confirmé dès qu’elle serait en possibilité d’être convoquée.

L’élaboration des actes du domaine de l’art. 99, al. 11 de la Constitution fédérale présente le droit et le devoir du Gouvernement fédéral. Ces actes peuvent être soit généraux, soit particuliers, soit en forme de l’application immédiate de la force physique.

La protection juridique de ces actes du Gouvernement fédéral résiderait d’abord dans l’analyse si, généralement parlant, les conditions constitutionnelles de les prendre existent : état de guerre, ou le danger de guerre, ou l’état d’urgence. Ensuite, en cas des

actes pris au cours de l'état de guerre il est juridiquement permis d'examiner s'ils heurtent quelque droit constitutionnels, ou la liberté, qui en serait exclus. Quand il s'agit de l'état d'urgence ou du danger immédiat de guerre, on pourrait envisager l'examen si l'acte du Gouvernement fédéral est arbitraire ou disproportionnel. Pendant la durée de l'état de guerre, comme cas de nécessité étatique dans le vrai sens du mots, aucun examen de la valeur juridique qualitative de l'acte du domaine de l'art. 99, al. 1 de la Constitution fédérale, de la part du Tribunal constitutionnel fédéral n'est à prévoir tant que cet état dure. C'est uniquement l'Assemblée fédérale qui pourrait y prononcer son jugement.[52]

Un exemple très instructif au sujet du comportement des tribunaux à l'égard des actes déterminés par des nécessités de guerre présente la décision de la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Korematsu v. United States* (1944).[53] À la base de l'ordre (executive order) du Président des États-Unis du 19 février 1942 le commandant responsable avait commencé à évacuer les citoyens américains d'origine japonaise de certaines régions de la Côte Ouest et de les concentrer dans des camps à l'intérieur du pays. Le Congrès a approuvé ces mesures par un acte législatif. Dans le communiqué officiel on avait cité qu'il s'agissait des nécessités militaires, car il n'était pas exclu que le Japon envisage l'invasion de la Côte Ouest, dans lequel cas on ne pourrait pas avoir confiance à la loyauté des Nippo-Américains. *Korematsu*, un de ceux que ces mesures atteignait n'avait pas voulu se plier, la raison pour laquelle il avait été condamné. Ensuite il s'est adressé à la Cour Suprême des États-Unis en citant une suite de reproches aussi bien en vue du fondement factique de ces mesures qu'en vue de leur opposition directe à la Constitution des États-Unis. Il relevait qu'en temps de l'application de ces mesures (1942) il n'existait aucun danger de l'invasion japonaise; que ces mesures avaient frappé tous les citoyens américain d'origine japonaise; sans égard à leur âge de la vie et ceci sans vérifications antérieures de leurs loyauté, alors que la culpabilité individuelle confirmée représente l'unique raison valable pour la limitation des droits individuels; que la vraie raison des mesures contestées l'intolérance de race et que par conséquent elles outrageaient le principe de l'égalité.

La Cour suprême avec six voix pour et trois contre a confirmé qu'il n'y avait pas de violation de droits constitutionnels, ni de principe d'égalité. L'intérêt de vaincre dans la guerre peut justifier des autorisations politiques du pouvoir suprême beaucoup plus larges que c'est le cas à l'époque normale, quoi qu'elles soient soumise même en guerre à des limitations constitutionnelles.

Au sujet de reproches que les mesures présidentielles étaient motivés par des raisons de race, la Cour s'est, il est vrai, exprimée que de telles mesures seraient inconstitutionnelles, mais il s'agissait du danger de guerre et c'est pourquoi, comme l'a exposé le juge Black, en exposant l'opinion de la majorité des juges, l'attitude des organes militaires compétents, leur "crainte" de l'invasion, les "sentiments" qu'ils avaient été obligés d'entreprendre des mesures adéquates de sécurité, la seule "décision" que l'urgence de guerre exigeait la dislocation temporaire des citoyens d'origine japonaise de la Côte Ouest, finalement la confirmation du Congrès comme l'expression de la "confiance" à l'égard de la direction militaire, font que la Cour ne peut pas dire que ces actes à cette époque étaient injustifiables. Du sens des expressions employées, que nous avons mis entre les guillemets, on voit clairement que dans les états de nécessité nationale l'intuition a la priorité devant la logique juridique et c'est ça en effet la raison pourquoi le

contrôle judiciaire des actes qui se rapportent à la nécessité étatique dans le sens objectif, n'est pas possible.

À la fin nous voudrions faire la démonstration des attitudes théoriques de ce que nous venons d'exposer sur deux cas qui, pour nous, ont non seulement l'importance juridique mais aussi historique.

L'Assemblée de la République Socialiste de Serbie a fait le 5 juillet 1990 la Loi sur la cessation du travail de l'Assemblée de la Région Autonome de Kosovo et du Conseil exécutif de l'Assemblée de la Région Autonome de Kosovo. L'article 1 de cette Loi qui n'a que six articles dit: "En partant du fait que déjà depuis assez longtemps l'Assemblée de la Région Autonome de Kosovo ne fonctionne pas et ne procède pas en accord avec la Constitution, de même qu'un grand nombre de délégués de l'Assemblée de Kosovo et la plupart de membres du Conseil exécutif de l'Assemblée de Kosovo par leurs activités menacent la souveraineté, l'intégrité du territoire et l'ordre constitutionnel de la République Socialiste de Serbie, cessent dans leur travail l'Assemblée de la Région Autonome de Kosovo et le Conseil exécutif de l'Assemblée de Kosovo." D'après l'article 2 de la Loi: "Les droits et les devoirs de l'Assemblée de Kosovo sont repris par l'Assemblée de la République Socialiste de Serbie et ceux du Conseil exécutif de la Région Autonome de Kosovo par le Conseil exécutif de la République Socialiste de Serbie jusqu'à ce que la nouvelle Assemblée de la Région Autonome de Kosovo et le nouveau Conseil exécutif de la Région Autonome de Kosovo seront constitués."

Cette Loi ne cite pas son fondement constitutionnel. C'est compréhensible si l'on a en vu que ni alors valable Constitution de la RS de Serbie, ni la Constitution de la République Fédérale de Yougoslavie adoptée en 1974 ne prévoyaient pas la possibilité qu'une unité politico-sociale interrompe le travail de l'autre et reprend en son pouvoir. Mais ici il n'était pas question de l'application de certains règlements constitutionnels mais la réaction de l'Assemblée de la République Socialiste de Serbie à *l'abus du pouvoir* de la part de l'Assemblée de la Région Autonome de Kosovo et de son organe exécutif. La Loi cite en quoi consiste cet abus du pouvoir: le non-fonctionnement et le non-comportement en accord avec la Constitution dans un délai prolongé, la menace de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et du système constitutionnel de la République Socialiste de Serbie. Bien que les régions autonomes de la Serbie, en accord avec la Constitution fédérale, régionale et celle de la République, jouissaient dans une mesure considérable du pouvoir suprême, ce pouvoir ne leur avait pas été en aucun cas reconnu et donné pour détruire la Serbie et la Yougoslavie.

La sanction de l'abus du pouvoir régional consistait en privation du pouvoir de ses anciens titulaires et dans son transfert aux organes correspondants de la RS de Serbie. Ce forfait, cette déchéance ("forfait" en anglais; "Verwirkung" en allemand), présente une vieille institution juridique, semblable au droit de résistance à l'oppression.

L'application importante de cette sanction se trouve dans le Décret du Sénat français du 3 avril 1814 par lequel Napoléon Bonaparte a été déchu du trône impérial ainsi que le droit d'hérédité instauré dans sa famille, a été aboli, quoi que le Sénat par aucune règle constitutionnelle ne fut pas autorisé à pouvoir prendre un tel acte juridique. Dans le Décret se trouve: "Considérant que dans une monarchie constitutionnelle le monarque n'existe qu'en vertu de la Constitution ou du pacte social; - Que Napoléon Bonaparte pendant quelque temps d'un gouvernement ferme et prudent avait donné à la nation des

sujets de compter aussi pour l'avenir sur des actes de la sagesse et de justice; mais qu'ensuite il a déchiré le pacte qui l'unissait au peuple français, notamment en levant des impôts, en établissant des taxes autrement qu'en vertu de la loi, contre le teneur expresse du serment qu'il avait prêté à son avènement au trône, conformément à l'article 53 de l'acte du 28 floréal an XII (le 18 mai 1804); qu'il a commis cet attentat au droits du peuple lors même qu'il venait d'ajourner, sans nécessité, le Corps législatif, ...; Qu'il a entrepris une suite de guerres en violation de l'article 50 de l'acte des constitutions du 22 frimaire an VIII (le 13 décembre 1799) qui veut que la déclaration de guerre soit proposée, discutée, décrétée et promulguée comme des lois; ... - Qu'il a anéanti la responsabilité des ministres, confondu tous les pouvoirs et détruit l'indépendance des corps judiciaires; considérant que la liberté de la presse, établie et consacrée comme l'un des droits de la nation, a été constamment soumise à la censure arbitraire de sa police et qu'en même temps il s'est toujours servi de la presse pour remplir la France et l'Europe de faits controuvés, de maximes fausses, de doctrines favorables au despotisme et d'outrage contre les gouvernements étrangers; ...- Considérant qu'au lieu de régner dans la seule vue de l'intérêt, du bonheur et de la gloire du peuple français aux termes de son serment, Napoléon a mis le comble aux malheurs de la patrie, par son refus de traiter à des conditions que l'intérêt national obligeait d'accepter, et qui ne compromettait pas l'honneur français; ... - Considérant que, par toutes ces causes le gouvernement impérial établi par le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, a cessé d'exister.... - Le Sénat déclare et décrète comme suit: Article 1-er. Napoléon Bonaparte est déchu du trône et le droit d'hérédité établi dans sa famille est aboli."

La même sanction a été appliquée dans les relations entre l'Autriche et la Hongrie pendant la révolution de 1849. Le Parlement national hongrois a décidé le 14 avril 1849 la destitution Habsbourgs du trône hongrois, ce qui représentait l'acte final de la sécession hongroise de l'Autriche. Au mois d'août 1849 les troupes russes ont porté défaite aux Hongrois et les ont fait rentrer de nouveau au sein de l'Autriche. À la suite de cela, le Gouvernement autrichien a déclaré en Hongrie l'état de siège et le 31 décembre 1849 l'absolutisme a été proclamé dans ce pays. Le Gouvernement a, en effet, pris la position que la Hongrie, ayant abusé, de son pouvoir suprême a déchu pour cette raison du droit à sa propre Constitution.[54]

La Serbie donc, en réagissant d'une manière semblable à l'abus fait par de la part de sa région du Sud n'a pas dépassé par cela ses prerogatives constitutionnels. Bien au contraire, elle les a utilisés de la façon la plus juste au fond.

Le cas suivant se rapporte à la reconnaissance des républiques sécessionnistes de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, de la Slovénie, de la Croatie et de la Bosnie et Herzégovine en 1991 et 1992 par les États membres de l'Union européenne et par les Nations Unies, en premier ordre par l'Allemagne et le Vatican.

Dans la théorie du droit international public la question de la reconnaissance des États est excessivement complexe. Il y a trois points de vue sur la nature juridique de cet acte.[55] D'après le premier, l'État a le droit de décider tout à fait librement de reconnaître un pays ou de refuser sa reconnaissance. D'après l'autre, l'État est obligé de reconnaître l'autre État dès que les conditions objectives soient remplies, en premier lieu si celui qui attend la reconnaissance est capable de gouverner sur son territoire de la façon efficace et suffisamment stable. D'après le troisième, qui nous paraît plus juste,

l'État a le droit de reconnaître ou de ne pas reconnaître un autre État, mais il ne peut pas exercer ce droit arbitrairement, c'est à dire qu'il ne le peut pas abuser.

L'abus de reconnaissance d'autre État peut avoir deux formes. L'une d'elles serait présente lorsque un État refuse de reconnaître un autre bien que celui-ci, comme organisation gouverne, sur un territoire, exerce le pouvoir effectif et incontestable, existe vraiment, et ceci pour des raisons qui lèsent le principe de l'égalité. Un tel abus de reconnaissance se produisait depuis 1949 jusqu'à 1971 à l'égard de la Chine par certains pays occidentaux, particulièrement par les États-Unis d'Amérique. Ils ne reconnaissaient pas la Chine ni lui permettaient d'entrer dans l'ONU et son Conseil de sécurité, où la place de la République Populaire de Chine jusqu'au 25 octobre 1971 occupait le dernier vestige de la Chine nationaliste, la République de l'île de Taiwan. L'essence de cet abus du pouvoir suprême consistait en effet dans l'insistance obstinée sur la fiction que le régime de Taiwan représentait tout le peuple chinois. L'autre forme de l'abus de la reconnaissance d'État serait présente si cette reconnaissance survient avant que l'État reconnu soit constitué comme pouvoir effectif et stable, c'est à dire pour une autre raison et non pour celle de confirmer le fait de la création d'un nouvel État participant des relations internationales.

Et c'est en effet cette forme de l'abus de reconnaissance d'État qui est commis contre la Yougoslavie par la reconnaissance de ses trois républiques occidentales qui aspiraient vers la séparation de l'État fédéral yougoslave.

Dans sa note du 13 janvier 1992 par laquelle le Secrétariat d'État de Vatican informe le Ministère des affaires étrangères de la République Socialiste Fédérale de Yougoslavie de sa reconnaissance de la Croatie et de la Slovénie par le Vatican, il motive cette décision de la façon suivante: "En procédant à une telle reconnaissance, le Saint-Siège vise uniquement au respect de la volonté et des droits des peuples disposer d'eux-mêmes, dans les documents internationaux, en particulier dans ceux de l'Organisation des Nations-Unies, de la conférence sur la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe et du Conseil de l'Europe." [56] Seulement, la protection du droit des peuples à l'autodétermination n'est en aucun cas le but de l'institut de la reconnaissance des États. Selon ce critère les États qui ont reconnu la Slovénie, la Croatie et un, peut plus tard, la Bosnie et Herzégovine, auraient du aussi reconnaître l'État des Courdes sur les territoires de la Turquie, de l'Iraqe et de l'Iran, ou l'État palestinien, sur le territoire que l'Israël avait illégalement occupé. Car le droit international public reconnaît un rang supérieur plutôt à la sauvegarde des États qu'au droit des peuples à l'autodétermination. Ici, cependant, ce principe a été tourné à l'envers et à cause du soi-disant droit des peuples à l'autodétermination a été détruit l'État yougoslave qui existait depuis 1918. Mais, même quand il s'agit de la reconnaissance du droit des peuples à l'autodétermination comme raison de la reconnaissance d'un État, les pays occidentaux n'ont pas agi de la façon égale à l'égard de tous les peuples yougoslaves, ce qui représente *un abus dans l'abus de la reconnaissance des États*. Le droit à l'autodétermination n'a pas été reconnu au peuple serbe en Croatie et la Bosnie et Herzégovine. Ce droit a été reconnu seulement aux Croates et aux Musulmans Bosniaques. Par cela a été négligée la circonstance que la Croatie était l'état de deux peuples égaux, en Bosnie et Herzégovine de trois peuples égaux et que, par conséquent, la volonté de tous les peuples constitutifs dans ces républiques aurait du être également respectée. Remarquons ici que des États dualistes ou

trialistes existaient déjà dans le monde politique. À une époque c'était le Royaume de Bohême dans le cadre de l'Empire autrichien, aujourd'hui c'est la République de Liban. Dans ce faisceau des abus du droit à la reconnaissance des États il est sans doute le plus ignoble l'abus de non-reconnaissance de la part de l'Occident de la République Fédérale de Yougoslavie comme communauté de la Serbie et du Monténégro, deux États auxquels la pleine souveraineté a été reconnue par les puissances européennes déjà depuis le Congrès de Berlin en 1878.

REMARQUES

1. Planiol, in: M. Planiol/ G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, Paris 1932, p.289.
2. Voir: W. Weber, *Treu und Glauben* (§242 BGB), Berlin 1961. Bem. D. 24.
3. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1955, §31. Weber, op.cit., D 5.
4. La revue comparative des instituts de l'abus des droits et la théorie de l'abus dans le droit français, allemand et anglais exposée par M. Markovitch, *La Théorie de l'abus des droits en Droit comparé*, Paris, 1936, pp.57, 178, 311.
5. Colmar, 2.5.1855, Recueil Daloz, 1856, 2,9.
6. Cassation, 8.6.1857, Recueil Sirey, 1858, 1, 305.
7. Voir: Weber, op. cit., D 1 sqq.
8. Recueil des Arrêts du Conseil d'État ("Lebon"), p. 209.
9. Voir: L. Dubois, *la Théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, 1962. p. 302 sq.
10. Voir: Marković, op. cit., p. 151 sqq.
11. Dubois, op. cit., p. 338 sqq.
12. Voir: Vedel, *Droit administratif*, 2-e, Paris 1961, p. 431 sqq.
13. Ibidem. Dubois, p. 300 sqq.
14. Voir: W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen 1913, p. 331 sqq.
15. E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungschts*, I. Allgemeiner Teil, 10-ème éd., München, 1973, p. 96.
16. Weber, op. cit., A 68 sqq.
17. M. Hauriou, *Principes de Droit public*, 2-e édition, Paris 1916, p. VII sqq, 393 sqq.
18. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. éd., Berlin, 1970, p. 79, 81.
19. C.J. Friedrich, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1953, p. 137 sqq.
- ^{19a} Hauriou, op. cit., pp.653 sqq, 725 sqq.
20. J. Locke, *Two Treaties of Civil Government*, London 1953, II, §§145 sqq.
21. Montesquieu, *Esprit des lois*, Paris, 1894, chap. VI, p. 128 sq.
22. L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3-ème éd., II, Paris 1928, p. 59 sqq.
23. Ibidem, 61.

-
24. Sr.: D. Moench, *Die Methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegungen auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 156 sqq.
25. Ibidem, pp. 104 sqq., 139 sqq.
26. V.: N. Hartmann, *Ethik*, 4-ème éd., Berlin 1962, pp. 419 sqq.
27. V.: A. Hamann/A. Hamann Jr./ H. Lenz, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3-ème éd., Neuwied/Berlin 1970, pp. 149 sqq.
28. *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, VIII, p. 64 sq.; XIV, p. 133; XX, pp. 56 sqq.
29. V.: D. Hood Phillips, assisted by G. Ellenbogen, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*, London 1952, p. 70.
30. *Amtliche Sammlung*, op.cit., XI, p. 348.
31. Ibidem, XII, p. 307.
32. Hamann/Hamann Jr./ Lenz, op. cit., p. 161.
33. *Amtliche Sammlung*, op. cit., IV, S.18. Plus en détails sur les lois-mesures avec la littérature sur ceux-ci voir chez: M. Petrović, *La compétence liée et le pouvoir discrétionnaire dans la théorie du droit public*, thèse de doctorat (polycopiée), V 32 . I, Belgrade 1979, pp. 79 sqq. et note 32. Id., *La compétence liée et le pouvoir discrétionnaire d'État et de ses organes*, Belgrade, 1981, pp. 57 sqq. et note 32.
34. *Amtliche Sammlung*, op. cit., IV, p. 18 sq.; VIII, p. 329; X, p. 108.
35. Voir: M. Baumann, *Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, Ein Beitrag zur Lehre von den obersten Rechtsgrundsätzen, Dissertation Zürich 1952, p. 80 sqq.
36. *Juristische Wochenschrift*, 1920, p. 961; *Deutsche Juristenzeitung*, 1920. p. 915.
37. Weber, op. cit., F 5
38. Voir: Sir C. K. Allen, *Law in the Making*, 6-ème éd., Oxford, 1958, pp. 136 sqq., 599 sqq.
39. Voir: E. S. Corwin ed., *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, Washington, D.C. 1953, p. 563 sq. et passim.
40. A.H. Kelly/W.A. Harbison, *The American Constitution. Its Origins and Development*, New York 1948, pp. 522 sqq.
41. *Amtliche Sammlung*, op. cit., VIII, pp. 68 sqq.
42. M. Petrović, thèse de doctorat citée, II, Id., *La compétence liée*, op. cit., pp.264 sqq.
43. R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, 6-ème éd., Leipzig 1916, p. 289.
44. Voir: P. Delvolve, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, 1969, passim.
45. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2-e éd. (réimpression), Tübingen 1919, p. 102 sq.
46. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 166
47. Dans ce sens aussi: G. Leibholz, *Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten*, Karlsruhe 1964, p. 6.
48. J. Esser, *Schuldrecht*, I. Allgemeiner Teil,, 3-ème éd., Karlsruhe 1968, §§ II sq.
49. Loewenfeld, *Der Schutz wohlverborener Rechte von Ausländern*, *Zeitschrift für Ostrecht*, I, 1927, pp. 1347 sqq.
50. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 46, 1926, p. 470.

-
51. M. Petrović, thèse cit., pp. 403 sqq.
52. D'excellentes délibérations historiques et juridico-comparatives de ces actes contient la monographie: C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 2-e éd., München/Leipzig 1928. surtout pp. 171 sqq.
53. Voir: M. Petrović, thèse cit., II, pp. 449 sqq., 460 sqq.
54. E.C. Hellbling, *Oesterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien 1956, pp. 354 sqq.
55. G. Dahm, *Völkerrecht*, I, Stuttgart, 1958, pp. 132 sqq.
56. Ce document est réimprimé et traduit dans: M. Bulajić, *La destruction de l'État Yougoslave 1991-1992 - le crime contre la paix. La responsabilité du Vatican et de l'Allemagne*, Belgrade, 1994, pp. 303 sqq.

ZLOUPOTREBA VRHOVNE VLASTI (DRŽAVNOG SUVERENITETA)

Dr Milan Petrović

Zloupotreba vrhovne vlast javlja se kao jedna od formi zloupotrebe prava. Polazeći od toga, članak najpre ukratko opisuje institute zloupotrebe prava u građanskom pravu i zloupotrebe diskrecione vlasti (détournement de pouvoir) u administrativnom pravu. Potom autor pobija shvatanje o pravnoj neograničenosti vrhovne vlasti. Ta vlast, koja se istovremeno javlja kao subjektivno pravo i kao funkcija njenih nosilaca, potčinjena je izvesnim unutrašnjim i spoljašnjim ograničenjima. Unutrašnja ograničenja jesu pravila ustavnog i međunarodnog javnog prava. Spoljna ograničenja sastoje se od izvesnih pravnih i pravno-etičkih principa čija povreda predstavlja zloupotrebu vrhovne vlasti. Ta zloupotreba nije, međutim, ista kod svih akata vrhovne vlasti. Ona se u različitim formama javlja kad donošenja "pravnih", formativnih zakona i donošenja "zakonamera", kod vršenja međunarodnih prava države i kod preduzimanja akata vezanih za vanredna stanja, posebno akata državne nužde.

Principi koji vezuju vrhovnu vlast jesu princip jednakosti, zabrana samovolje, princip poštenja i savesnosti (de bonne foi et de loyauté et confiance réciproque), zabrana prekomernosti. Njihovi efekti u pogledu vrhovne vlasti ispitivani su u sudskoj i ustavnosudskoj praksi u Nemačkoj, Sjedinjenim Američkim Državama i Francuskoj, u slučajevima konflikta "državnog razloga" (raison d'État) i osnovnih prava pojedinaca. Konačno, analizirana su dva slučaja posebno značajna za jugoslovensko pravo: Zakon Srbije od 5. jula 1990. godine, kojim su prava i dužnosti Skupštine i izvršnog veća

Kosova preneseni na republičke organe, i priznanje secesionističkih republika SFR Jugoslavije od strane zapadnih zemalja.

Ključne reči: Zloupotreba prava, vrhovna vlast (državni suverenitet), načelo jednakosti, zabrana samovolje, načelo poštenja i savesnosti, zabrana preteranih akata, vanredne okolnosti, stanje državne nužde, državni razlog, osnovna prava čoveka.