Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert. 1938.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

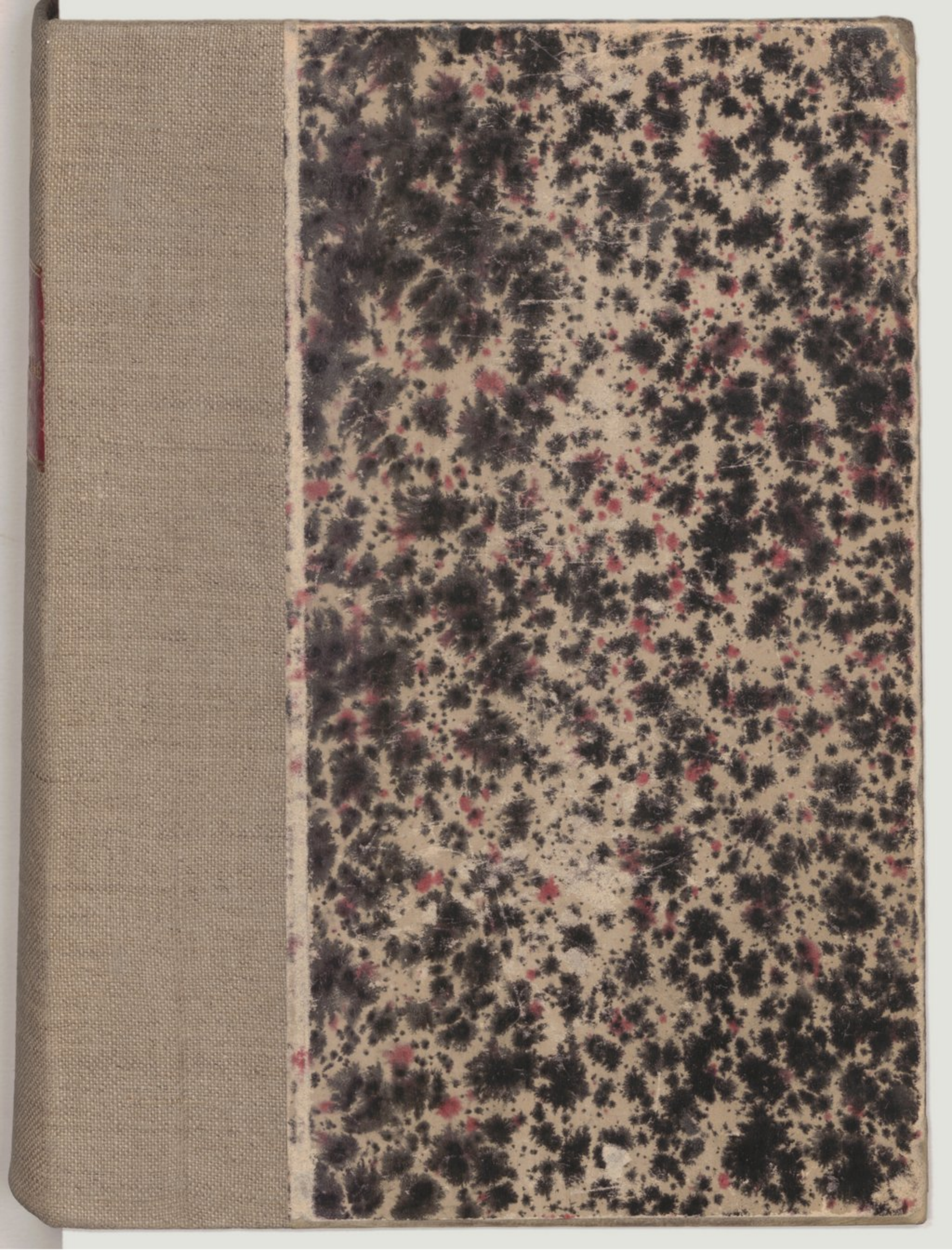
*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

INTRODUCTION A L'ÉTUDE
DU
DROIT COMPARÉ

Recueil d'Etudes
en l'honneur
d'EDOUARD LAMBERT

CINQUIÈME PARTIE

LE DROIT COMPARÉ
COMME SCIENCE SOCIALE

7401

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS
20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

—

1938

LL

INTRODUCTION A L'ÉTUDE
DU
DROIT COMPARÉ

Recueil d'Etudes
en l'honneur
d'EDOUARD LAMBERT

CINQUIÈME PARTIE

LE DROIT COMPARÉ
COMME SCIENCE SOCIALE

le 5
H F
4512 (3)

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME
DU RECUEIL SIREY
22, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
20, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

1938

DL 5653 29-9-45 A

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.
IMPRIMÉS

TITRE I

VALEUR ET METHODE DES SCIENCES SOCIALES

MITSCHERLICH, *Des Sciences de la Nature et de l'Esprit et de leur valeur de connaissance.*
VON MISES, *Entendre et Comprendre.*
LUNDSTEDT, *La part de responsabilité de la science juridique dans le destin des peuples.*

Nous rappelons que les études traitant de la MÉTHODE et des FONCTIONS DU DROIT COMPARÉ ont été classées dans le Tome I, Première Partie, Titre III, Chapitre II, §§ 26 à 28, et qu'en tête de ce chapitre ont été rappelées toutes les contributions examinant le RÔLE DE LA MÉTHODE COMPARATIVE.

⁂

L'étude de M. JESSUP sur l'APPLICATION DE LA MÉTHODE FONCTIONNELLE EN DROIT INTERNATIONAL se trouve dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre Ier : « Le Droit International Public », Section IV, § 81.

⁂

Enfin le Titre V de cette Partie contient les articles où il est question des MÉTHODES DES SCIENCES ÉCONOMIQUES (Titre V : « Les points de contact du droit comparé et de l'économie politique », §§ 161 à 163).

§ 133

DES SCIENCES DE LA NATURE ET DE L'ESPRIT ET DE LEUR VALEUR DE CONNAISSANCE

Par Waldemar MITSCHERLICH,

Professeur de Sciences Politiques à l'Université Martin-Luther de Halle-Wittenberg.

Traduit par H. JOURDAN,

Attaché culturel à l'Ambassade de France à Berlin, Directeur de l'Institut français de Berlin

et Jean LAMBERT.

I

C'est sous l'unité et la multiplicité que nous voyons le monde (1). Unité et multiplicité embrassent tout ensemble objets et événements. Ce sont deux modes d'expression d'une seule et même chose. Selon le point de vue de l'observateur, c'est l'une ou l'autre qui apparaît. Ces deux formes caractérisent la connaissance humaine, dont la conquête exige que soient surmontées des difficultés considérables.

Les connaissances sont incluses dans les concepts. Le concept seul pose déjà un problème. Il s'agit de savoir dans quelle mesure le concept est capable d'embrasser des connaissances. Pour apporter quelque clarté, il faut ici faire une distinction entre concepts primitifs et concepts scientifiques. Tandis que le concept primitif est généralement un produit de la communauté, une création sociologique, et offre infiniment plus qu'une simple compréhension de l'objet, le concept scientifique est avant tout le résultat de l'activité purement pensante des individus. Il arrive toutefois que dans tel concept scientifique l'influence de la communauté soit reconnaissable. Le concept est dans les deux cas une grandeur constructive en rapport avec le réel. Le réel fournit la matière, la forme est donnée par la raison.

Tout ce qui a rapport à la connaissance présente cette particularité. La connaissance ne consiste donc pas à rapporter intégralement le réel, mais à le recréer. La connaissance ne saisit jamais les objets, les événe-

---

(1) Cet article s'appuie sur deux ouvrages de l'auteur : *Die Lehre von den beweglichen und starren Begriffen erläutert an der Wirtschaftswissenschaft.* Fascicule I des *Geisteswissenschaftlichen Forschungen,* Stuttgart 1936, et *Die Erkenntnis-Möglichkeit der Natur- und Geisteswissenschaften,* Fascicule XI de la même collection, Stuttgart 1937.

ments et les rapports dans leur totalité. Ce qu'elle offre, ce sont seulement des fragments du réel, et ces fragments même présentent encore des lacunes, Il en va de même de toute conception humaine. Par un acte créateur, l'homme réunit les éléments qu'il a choisis et en forme un tout. Il s'ensuit que la connaissance ne retient que relativement peu de la multiplicité de l'Etre et de l'événement.

En vertu de sa structure physique et spirituelle, l'homme distingue, dans l'Etre et l'événement, d'une part des éléments en rapports les uns avec les autres, et d'autre part des éléments particuliers, c'est-à-dire isolés les uns des autres. L'établissement des rapports a pour objet, dans la recherche de la connaissance, de faire apparaître des liaisons de toute sorte entre les choses et les événements; la recherche du particulier a pour objet de tout séparer. Le premier est le principe d'unification, la seconde de division. Ces deux principes ne s'exercent pas séparément, mais ils sont intimement mêlés au réel comme la trame et la chaîne d'un tissu.

Duquel des deux il est tenu compte davantage dans la recherche de la connaissance, c'est ce que déterminent des nécessités vitales de nature idéale et matérielle. L'expérience nous enseigne que, dans le monde que lui a donné la nature, et qui par conséquent s'est formé lui-même et se maintient à lui seul, ce sont les rapports généraux que l'homme met au premier plan. L'image inverse est offerte par le monde qu'a formé l'homme, le monde qui doit son apparition à la puissance créatrice de l'homme, le monde de la culture humaine. Dans celui-ci les exigences vitales tendent à donner la primauté au particulier, à l'unique, à l'individuel.

Ce fait que, dans le monde donné par la nature, les rapports universels — nous dirons : le général — attirent plus fortement l'attention de l'homme et par là même s'offrent à la recherche, ce fait tient au manque d'importance qui caractérise ordinairement le particulier. Les différences les plus infimes qui existent entre telles gouttes d'eau, entre tels bouleaux, entre les papillons d'un même genre, entre les atomes ou les électrons, normalement ne signifient rien pour l'homme. Mais il est d'une importance considérable de connaître l'eau, l'or, l'acide sulfureux, le serpent à lunettes, le mûrier et surtout les atomes. C'est de la connaissance du général dans les choses et les faits du monde donné par la nature que dépendent pour une très large part la conservation et l'enrichissement de la vie humaine. Et c'est pourquoi l'homme explore avant toute chose ce côté du monde que lui a donné la nature. Il ne faut pas oublier que l'unique, le particulier, l'individuel, n'échappe pas pour autant à son attention. Mais il n'en est tenu que très peu compte dans le monde que la nature a donné à l'homme. L'approfondissement de ce monde revenant aux sciences de la nature, celles-ci ont avant tout pour tâche de faire apparaître le général dans les choses et les faits du monde donné par la nature.

Il convient maintenant d'apporter quelque clarté sur la valeur du particulier dans le monde qui est le produit de la culture humaine. Ici, encore, ce sont les exigences vitales qui constituent l'élément déterminant. Dans ce domaine, on ne saurait se contenter d'un mode d'observation aussi sommaire que celui qui convient pour le monde donné par la nature. Ici, c'est précisément le particulier qui a une importance décisive, par exemple les formes particulières de l'éducation politique en Allemagne ou en France, les particularités de la jurisprudence, l'importance d'un Frédéric le Grand,

d'un Napoléon Ier, d'un Goethe, d'un Racine, d'un Dante, d'un Lao-Tsé ou d'un Beethoven. Ainsi, les diverses relations contraignent, dans le monde formé par l'homme, infiniment plus que dans le monde donné par la nature, à saisir intégralement les choses et les faits. Il appartient donc aux sciences de l'esprit d'approfondir le particulier, l'unique, l'individuel. Il va sans dire qu'elles tiennent compte aussi, mais dans une plus étroite mesure, du général, comme le prouvent par exemple la sociologie et une partie des systèmes juridiques et économiques.

II

Par là se trouvent posées les frontières qui délimitent les recherches dans ces deux domaines : sciences de la nature et sciences de l'esprit. Nous sommes amenés à étudier le problème suivant : dans quelle mesure ces deux groupes de sciences sont-ils capables d'acquérir une connaissance assurée ? Les deux sciences auraient d'abord à surmonter l'obstacle que présentent la *multiformité* de chaque chose et de chaque fait et la *variabilité* de toutes les choses et de tous les faits. L'homme use à cet effet de deux artifices.

Il se rend maître du changement en réduisant ce qui se transforme en parties plus grandes ou plus petites selon les besoins. Pour chacun de ces fragments, la variabilité devient sans conséquence. Donc, on donne aux fragments en question le caractère d'une persistance, fût-ce même apparente, d'un non-changement, d'une identité, le caractère du repos. La permanence est ainsi introduite dans la nature. Par ce moyen la variabilité se trouve surmontée et l'on a créé un objet qui ne se dérobe plus à toute recherche par son instabilité continuelle. Ce qu'on a fait apparaître ici, c'est une grandeur constructive qui ne possède en réalité aucune existence.

On suit une voie analogue pour se rendre maître de la multiformité des objets et des faits. On groupe en unités les objets et les faits qui ne diffèrent pas trop les uns des autres. Le but poursuivi autorise à négliger la différence inhérente à tout objet, parce qu'elle est sous ce rapport, sans conséquence. De cette manière, l'homme a créé quelque chose qui demeure en apparence identique à soi-même. Cette identité est également une grandeur constructive qui n'existe pas dans la nature. Par cet artifice, l'homme, encore une fois, crée des objets qui peuvent être rendus accessibles à la recherche, à la connaissance.

III

Grâce à ces auxiliaires, les sciences de la nature et de l'esprit se rendent dans une certaine mesure maîtresses du facteur temporel et du facteur spatial. Elles peuvent disposer d'unités soustraites à la variabilité et à la multiformité. Ainsi apparaissent des objets qui demeurent identiques à eux-mêmes et grâce auxquels l'être et l'événement se laissent jusqu'à un certain point maîtriser. En va-t-il exactement de même pour les deux groupes de sciences ? C'est ce que nous devons examiner maintenant.

Une unité ainsi créée n'a rien à voir avec la partie des sciences de la

nature qui se consacre au particulier, à l'unique, et s'efforce de le discerner dans la nature. Dans ce cas il n'est pas besoin de partir de la multiplicité et de la variabilité, car le particulier, l'unique, doit précisément être saisi en tant que particulier, en tant qu'unique. Il suffit que ce particulier soit décrit dans sa particularité. Si l'on y a réussi, le but est atteint, et l'on dispose d'une connaissance qui est de nature permanente et ne peut être le moins du monde ébranlée par un changement de conception de l'univers, non plus qu'être éliminée. Ce qui est ainsi établi dépasse le temps et l'espace.

Si l'homme veut, dans le monde donné par la nature, se rendre, au moins dans une certaine mesure, maître de la variabilité et de la multiformité, il n'a d'autre ressource que de les surmonter par un moyen quelconque. Les sens fournissent ici un travail préparatoire très utile. Plus nous nous éloignons d'objets identiques, plus ils nous paraissent semblables; plus nous nous en approchons, plus ils se distinguent l'un de l'autre par leurs différences. Ainsi, plus la distance est grande, plus le général apparaît; plus elle diminue, plus le général se résoud en particularité. Variabilité et multiformité se trouvent donc réduites si l'on prend de la distance et peuvent même disparaître jusqu'à un certain point.

A ce procédé sensoriel vient s'ajouter un procédé conscient, dirigé, fondé en raison, qui permet de se rendre maître plus complètement encore de la variabilité et de la multiformité des objets et des faits. Pour y parvenir, l'homme commence par écarter tout ce qui échappe à une mise en œuvre raisonnée, autrement dit tout ce qui est affaire de sentiment ou de foi. Cela simplifie déjà beaucoup les objets et les faits. On poursuit encore cette simplification en écartant tout ce qui n'apparaît pas très nettement comme particulier, c'est-à-dire en n'en tenant pas compte. Mais il importe aussi d'éliminer toute déformation causée par les réactions particulières de chaque savant. On arrive à éliminer la subjectivité du savant en le soumettant à une sorte d'objectivation, laquelle est obtenue par l'emploi de méthodes neutralisantes, par des procédés de vérification et de perfectionnement. L'homme neutralise le phénomène subjectif de la chaleur en éliminant ses propres sensations et en éprouvant l'intensité de la chaleur au moyen d'un auxiliaire matériel, par exemple la montée et la descente d'une colonne de mercure. Il évite d'évaluer subjectivement la pesanteur en employant des mesures de poids. Il détermine la longueur, le volume, la distance, la vitesse, la puissance de la lumière ou de l'électricité à l'aide d'instruments de mesure. Il augmente ou atténue l'acuité de l'œil par l'emploi de lentilles et de plaques photographiques. Il introduit partout des objets matériels et évite par là les erreurs d'observation qui résulteraient de la diversité des hommes. De cette manière on évite dans une très large mesure les éléments hétérogènes que l'on réduit au général et c'est ainsi qu'on accroît considérablement la possibilité d'atteindre des connaissances ayant une valeur universelle.

Le résultat est le suivant : l'homme ne se contente pas d'écarter ce qui qui dans l'objet est sans importance et de parvenir ainsi à l'unification en supprimant variabilité et multiformité, mais il élimine bien plus radicalement encore les qualités personnelles du savant et crée par là une conformité ou plus exactement une coïncidence entre le facteur observation et le facteur découverte. Dans quelle mesure cependant il convient de décider de

la non-importance, d'écarter ce qui diffère, et, plus positivement, jusqu'à quel point le principe d'uniformisation doit-il s'exercer, c'est ce que détermine le but que l'on poursuit. C'est lui qui décide de ce qui doit être considéré comme sans importance, et dans quelle mesure. Si l'on procède à grands traits, l'application du principe d'uniformisation entraîne de vastes coïncidences et la variabilité et la multiformité se trouvent éliminées. Mais s'il est nécessaire de faire montre d'une précision plus grande, les coïncidences apparaissent dans une plus mince proportion.

C'est donc seulement en discernant ce que variabilité et multiformité présentent de non-important que les sciences de la nature se sont construit les objets qu'elles sont capables d'étudier. Il y aurait lieu d'insister sur ce fait, que les sciences de la nature se sont acquis par rapport aux sciences de l'esprit, grâce à l'objectivation du sujet chercheur, une supériorité nullement négligeable. C'est qu'une pareille objectivation du sujet chercheur n'est permise que dans des cas très rares lorsqu'on passe au domaine du monde formé par l'homme, et cela à vrai dire d'autant moins que l'esprit chercheur a davantage à faire avec les éléments les plus particuliers de ce monde. C'est ce qu'il reste à montrer.

Ainsi appréhendés, les objets du monde donné par la nature apparaissent à l'homme comme quelque chose d'*identique* et de *permanent*. Ce sont donc, dans une mesure non négligeable, ainsi qu'il ressort de nos déductions, des objets de construction. Cela explique pourquoi les connaissances qu'on acquiert de ces objets se trouvent en opposition avec l'essence du réel. Connaissances des sciences de la nature et réalité ne pourront jamais parfaitement coïncider. Mais il est au pouvoir de l'homme de tellement atténuer les désaccords existants qu'ils perdent toute signification pour lui-même et pour les buts qu'il poursuit.

D'une manière générale, une part relativement réduite de ces objets présente de l'intérêt par suite des nécessités vitales. Ce n'est en principe que la partie quantitative, tout ce qui peut se compter, se mesurer, se peser. L'homme cherche à se rendre maître, dans les limites des nécessités vitales, des objets qu'il a formés. Il y parvient grâce à ce fait qu'il a introduit la notion de général dans le monde donné par la nature. Cela fournit la possibilité de découvrir dans les objets des qualités qui passent et qui reviennent. Cette régularité, qui n'est en fait qu'apparente, le met en état d'établir des lois supérieures au temps et à l'espace et de donner forme à une essence immuable du réel. A prendre les choses strictement, le physicien devrait dire : c'est seulement lorsqu'il est fait exception, en vue de tel ou tel but, de ce qui pour l'homme n'offre pas d'importance, qu'une succession peut être considérée comme une permanence ou un retour comme une substance dans telle ou telle chose, dans tel ou tel fait.

Comme les sciences de la nature, grâce à ce procédé et en tenant compte des conditions imposées, partent à la recherche de connaissances qui possèdent une valeur universelle, elles peuvent aussi établir des concepts doués d'invariabilité, demeurant immuables, fixes, et donc indépendants de l'espace et du temps. Mais auprès de ce monde de concepts fixes, immuables, les sciences de la nature connaissent aussi des concepts changeants, mobiles, qui sont par nature perpétuellement en mouvement. Ces concepts n'appartiennent pas au monde de la pensée connaissante, mais à celui de la pensée productrice, créatrice. Tous les concepts où l'interprétation, où l'imagina-

tion jouent un rôle, sont du nombre de ceux-ci. Leur création peut être indéfinie, mais aucun d'eux ne saurait prétendre posséder une valeur universelle. Ces formes perpétuellement changeantes ne peuvent en aucune manière fournir le fondement de concepts fixes et invariables. Elles sont dans la dépendance du temps, de l'espace et de l'individu, auxquels il leur faut demeurer soumises, et elles restent par suite quelque chose de continuellement instable et variable.

En éliminant ainsi la variabilité et la multiformité dans le monde donné par la nature, l'homme devient à même d'intégrer dans la connaissance de ce monde l'être et l'événement.

Ainsi que nous l'avons établi, les connaissances découvertes n'ont pas un caractère idéal, mais elles suffisent à répondre aux nécessités vitales. Dans la mesure où il en a besoin, l'homme possède par suite une connaissance assurée du monde donné par la nature. Ces connaissances sont aussi peu autonomes les unes à l'égard des autres que le sont l'Etre et l'événement. Un réseau d'étroits rapports les lie les unes aux autres et les met dans une dépendance mutuelle. Le facteur grâce auquel la multiplicité apparaît comme un tout, grâce auquel la partie devient une unité et les unités se redivisent en parties, c'est l'homme lui-même, tel que le déterminent son esprit et ses sens. C'est ainsi que l'homme passe du tout aux parties, des parties au tout et accomplit là aussi le circuit auquel sont soumises toute activité et toute pensée humaines.

IV

Le monde formé par l'homme, auquel se consacrent les sciences de l'esprit, s'offre avec moins de clarté et d'évidence à la découverte des connaissances. Il convient donc d'établir les limites de ce qui relève du monde formé par l'homme, et de marquer les particularités qui présentent quelques rapports avec le monde donné par la nature.

Le monde créé par l'homme est le monde qui doit sa formation à la puissance créatrice de l'homme, dont l'existence dépend de l'homme et qui serait incapable de s'affirmer par lui seul, Il met l'homme en présence d'une série de problèmes que ce dernier ne cesse de travailler à résoudre et pour lesquels il lutte, sans toutefois pouvoir jamais parvenir à une solution satisfaisante. Il s'agit ici de la formation de la vie en commun, c'est-à-dire de l'obligation de créer Etat, société, économie, et mieux encore de l'unification en concepts universels de tout ce que nous rencontrons pour exprimer la vie de notre sentiment et de notre esprit, grâce à l'art de la poésie, de la musique et de la forme, pour permettre à l'homme de foi de soutenir sa lutte. Ce que l'homme crée à partir de connaissances scientifiques, comme par exemple le vaste domaine de la technique et des inventions, demeure exclu.

Il convient de distinguer dans le monde créé par l'homme deux sortes d'objets : les objets qui sont fixes et ceux qui sont soumis à un changement perpétuel. Les objets de la première catégorie, qu'ignore le monde donné par la nature, sont invariables. On en trouverait des exemples dans le Faust de Goethe, dans la Critique de la Raison Pure de Kant, dans la Neuvième Symphonie de Beethoven, l'Andromaque de Racine, la Cène de

Léonard de Vinci. Rien en eux n'est soumis au mouvement, au changement, ils restent tels qu'ils sont, pour autant qu'ils ne connaissent pas, comme il arrive pour un tableau ou une statue, une imperceptible usure.

Bien que ces œuvres soient fixes, invariables, elles possèdent cependant une puissance de rayonnement qui exerce sur les hommes une action plus ou moins grande. Cette action s'exerce selon les cas et selon les individus d'une manière et avec une intensité différentes, parce que la possibilité d'être ému et la particularité des émotions sont différentes chez les hommes.

Chacune de ces créations a cette qualité d'être unique. Aucun homme ne peut faire deux fois la même œuvre, un autre homme peut encore moins l'entreprendre. Il existe entre les modes d'expression de chaque individu la même diversité qu'entre ceux de l'humanité tout entière. L'humanité découvre dans le domaine où se posent les problèmes des solutions toujours nouvelles, dans le domaine par exemple de la religion, de la philosophie, de la littérature, de la peinture, de la sculpture, de la musique, dans l'élaboration de la morale et du droit. Les travaux d'*Edouard Lambert* illustrent excellement ce dernier domaine.

A considérer ces divers domaines, nous nous trouvons donc en présence d'objets en perpétuel changement. Tandis que les parties demeurent invariables, le tout évolue perpétuellement.

A côté de ces objets fixes se trouvent les autres dont la particularité consiste en ceci, qu'en tant qu'ils sont uniques ils n'offrent ni fixité, ni invariabilité. Aussi bien comme système clos — pour autant qu'il en peut être question — que dans les parties de ce système, ils sont soumis à un changement continuel. Sous ce rapport, ils offrent une certaine analogie avec le monde donné par la nature.

Il s'agit ici des objets que créent les rapports des hommes entre eux, que font apparaître les conditions d'une vie en commun. Ils sont le produit des ententes, des oppositions, des mélanges au sein des diverses formes de communauté aussi bien que des diverses communautés entre elles. Ils trouvent leur expression par exemple dans l'Eglise, l'Etat, la société et l'économie, dans les partis, dans les associations mondaines, scientifiques et artistiques.

Tous ont en commun cette particularité de changer continuellement, rien en eux n'est invariable, tandis qu'au contraire le monde soumis aux lois naturelles apparaît à l'homme comme demeurant par nature identique à lui-même. On ne saurait nier l'importance qu'une telle différence d'objets présente aussi pour la recherche de la connaissance dans le domaine des sciences de l'esprit.

C'est ce monde si changeant, si variable, qu'il s'agit de soumettre à la connaissance, et il convient d'indiquer dans quelle mesure l'élimination de la variabilité et de la multiformité, si fructueuse pour la connaissance du monde donné par la nature, est capable de rendre les mêmes services dans le monde créé par l'homme. Qu'au sein de celui-ci le particulier, l'unique, l'individuel, joue en face du général un rôle de premier plan — non toutefois exclusif, comme on l'estimait jusqu'alors — c'est ce que nous avons déjà montré.

Ce qui sépare plus profondément encore les sciences de l'esprit des sciences de la nature, c'est le fait que les sciences de l'esprit portent aux

objets un intérêt infiniment plus vif. Les objets du monde formé par l'homme touchent de beaucoup plus près que ne le font ceux du monde donné par la nature les divers domaines de la vie humaine, qu'ils influencent et déterminent, en permettant à l'homme de réagir d'une manière plus rigoureuse et plus large. Cela contraint l'homme à se mesurer et à lutter davantage avec la totalité des objets qui sont sortis de sa main.

C'est pourquoi, dans la recherche de la connaissance au sein du monde formé par l'homme on ne saurait se contenter du facteur quantitatif comme au sein du monde donné par la nature, pourquoi mesures, poids et nombres ne peuvent suffir. Si l'on voulait se borner au seul quantitatif, les mailles du filet de la connaissance laisseraient beaucoup trop passer ce qui demande impérieusement qu'on lui prête attention. Aussi les sciences de l'esprit doivent-elles dépasser le simple quantitatif. C'est pourquoi l'on voit diminuer à l'intérieur de ce monde la proportion dans laquelle les objets ne présentent pas d'intérêt, et leur valeur croître en proportion inverse.

Bien que les sciences de l'esprit proposent surtout pour but à leurs recherches de se saisir du particulier, elles ne négligent cependant pas absolument le domaine du général. S'il est pour elles sensiblement plus réduit, cela vient simplement de ce que les éléments à partir desquels se constitue le général y sont en proportion infiniment plus restreinte que dans le monde donné par la nature. Représentons-nous par exemple que l'eau, le soufre, le basalte, chaque atome, chaque électron, considérés dans leurs éléments les plus réduits, se transforment continuellement sans que nous percevions de différences ou que nous y attachions la moindre importance. Le degré du changement dans ces cas et dans d'autres est négligeable, sans importance pour l'homme dans ses rapports avec le monde donné par la nature. Il en va aussitôt autrement si l'on se tourne vers le monde formé par l'homme et, dans celui-ci, vers ce qu'on nomme Etat, Religion, Philosophie, Economie, etc... La différence de conception de l'Etat en Allemagne, en France et en Angleterre apparaît immédiatement parce qu'elle présente pour l'homme une importance considérable. Ce qui différencie les Etats prend ici pour l'homme une importance beaucoup plus grande que ce qui les rapproche. Cela vaut pour tous les autres domaines du monde formé par l'homme. La sphère du général est dans ce domaine de la connaissance singulièrement réduite par rapport à celle du particulier.

Occupons-nous d'abord de l'acquisition de ce que l'on considère comme général dans le monde dont la formation revient à la puissance créatrice de l'homme, puis de la pénétration raisonnée de ce qui relève du monde du particulier, de l'individuel, de l'unique. Bien que les domaines qui sont en jeu lorsqu'il s'agit de généraliser passent à l'arrière-plan dans le monde formé par l'homme, on ne saurait cependant les négliger.

Leur conception ne présente aucune difficulté, et les connaissances acquises ont une valeur aussi assurée que celles qu'on acquiert dans le monde donné par la nature. Pour atteindre ces connaissances, on se rend maître aussi de la variabilité et de la multiformité ; on y parvient de la même manière que dans le monde donné par la nature. Les concepts qui expriment ces connaissances sont, comme ceux du monde donné par la nature, invariables, fixes et indépendants du temps et de l'espace. Ils possèdent l'universalité. On pourrait citer comme sciences qui maintiennent ce que le monde formé par l'homme présente de général : la sociologie, cer-

taines parties des théories d'économie générale, certaines parties de l'histoire, pour autant qu'on peut reconnaître en cette dernière la conformité à des lois, certaines parties des sciences politiques, juridiques et artistiques.

La conquête de la connaissance ne se présente pas dans des conditions aussi claires et aussi simples dans l'autre moitié du monde formé par l'homme, dans le domaine du particulier, de l'unique, de l'individuel. Cet univers se divise en deux parties qui, à vrai dire, ne sont pas très nettement séparées mais se recouvrent plus ou moins l'une l'autre. L'une a pour objet le particulier dans les objets et les faits qui appartiennent au monde stable, qui s'offrent à l'homme en tant qu'existence terminée ou que passé, par exemple le meurtre de César, la bataille de Marengo, la révolution bolchévique en Russie, l'ouverture du canal de Panama, la cathédrale de Reims, le Chevalier à la Rose de Richard Strauss, le Wallenstein de Schiller, ou le Penseur de Rodin.

La science a pour tâche, dans ce domaine du particulier, de maintenir celui-ci comme passé. Il faut donc restituer avec ses traits particuliers, originaux, tout ce qui en relève. Il s'agit de saisir les faits, ce qui est rendu possible par la description, la représentation. Plus on apporte de soins à celles-ci, plus elles répondent à la réalité. Les objets qui sont en question demeurent immuables, ne sont soumis à aucun changement. La recherche de la connaissance ne se heurte ici à nul obstacle essentiel.

Mais on n'a encore saisi par là que la première partie du monde du particulier, non la seconde, qui renferme tout ce qui est soumis à un perpétuel changement, tout ce qui présente un caractère de multiformité. C'est lui seul qui ouvre la voie de la connaissance.

Grâce à un tel procédé, les éléments soumis au changement sont réduits selon les besoins en fragments plus ou moins grands. La variabilité n'exerce plus alors qu'une action insignifiante par rapport au but poursuivi, et peut donc être négligée. On prête ainsi aux fragments un caractère de stabilité. Ils s'offrent à l'homme dans un état de repos. Pour se rendre systématiquement maître de ce monde du particulier — peu importe s'il s'agit de personnes ou de choses — l'homme est contraint de transformer au moins dans une certaine mesure *le particulier en général*, de remplacer le particulier par du général. Ce que l'on considère ainsi comme général se distingue de ce qu'il est dans le monde donné par la nature en ce sens que sa compréhension temporelle et spatiale est infiniment plus limitée. Cela touche à un domaine sensiblement moins vaste et plus étroitement circonscrit.

Ce procédé permet donc de diviser par artifice une unité en fragments à chacun desquels on prête cette qualité de *demeurer* identique. Il s'ensuit une simplification non négligeable de tout ce qui est et de tout ce qui se produit. C'est alors seulement que l'étude des fragments ainsi créés devient possible.

Après qu'on a plus ou moins bien réussi, on s'emploie à réunir les fragments en apparence immuables, à reformer leur liaison et à tout remettre en rapport. Ce procédé permet de connaître les éléments qui sont réellement stables au sein du changement continuel. A vrai dire, ce qu'on a saisi coïncide aussi peu que dans les sciences de la nature avec ce qui est à saisir. Ce qu'on a saisi suffit cependant aux exigences vitales de

l'homme. Mais que l'homme obtienne davantage, qu'il atteigne absolument son idéal, cela lui est à jamais refusé.

De la même manière que dans le monde donné par la nature, on se rend maître de la *multiformité* dans le monde formé par l'homme pour un plus ou moins large cercle d'objets. Il faut là aussi, pour se rendre maître du particulier, parvenir à créer du général. On élimine donc encore ce qui est sans importance. Cela limite la multiplicité des objets proches les uns des autres. Les différences très sensibles des diverses parties à l'unité créée — au contraire de ce qui se passe dans les sciences de la nature — font apparaître nettement qu'on se trouve là aussi en présence d'une grandeur constructive. Mais de telles unités ne peuvent être créées qu'à partir du moment où l'on a supprimé la variabilité. Ainsi, c'est seulement après avoir saisi ce qui *demeure* identique dans les objets qu'on peut se rendre maître de leur multiformité. On atteint par là dans une certaine mesure ce qui *est* identique dans les objets.

C'est ce qu'on a distingué comme particulier qui donne sa forme à ce qui est identique; ainsi pour telle forme d'économie, d'Etat, de culture, de religion, d'art. C'est ainsi que se forment des types idéaux selon l'esprit de Dilthey, de Max Weber et de Spranger : tels par exemple le siècle de Louis XIV, l'économie dirigée, la Renaissance, le siècle des lumières, la période individualiste, le classicisme en art, dans la musique. L'attention n'est pas dirigée ici vers l'essence de toute la musique, de toutes les formes de l'économie de l'Etat, de la religion, mais vers quelque chose de beaucoup plus limité; elle s'applique à ce que ces domaines présentent d'unique, de particulier.

L'avantage qu'on tire d'une telle connaissance consiste — comme dans les sciences de la nature — dans l'unification des éléments qui possèdent des formes multiples. On obtient ainsi une simplification du monde formé par l'homme. A la place de l'impénétrable juxtaposition des objets, on obtient une plus large vue d'ensemble, un ordre, on se rend maître de l'espace. On y parvient seulement en éliminant la multiformité.

Selon la manière dont est menée la recherche, le monde formé par l'homme peut donc comme le monde donné par la nature être soumis à la connaissance dans son essence spatio-temporelle, si l'on supprime relativement l'importance de la variabilité et de la multiformité ; la première démarche consiste dans la décomposition des unités, la seconde dans la création d'unités. Le chemin va dans le premier cas de l'unité à la multiplicité, dans le second de la multiplicité à l'unité.

V

Mais la conquête de la connaissance dans le monde qui doit son existence à la puissance créatrice de l'homme dépend encore d'une condition indispensable qui devrait être remplie, mais qui ne l'est pas. Cette condition est qu'en tout temps et au sein de tout espace on puisse faire apparaître du général à partir de ce qui a valeur de particulier, d'individuel, d'unique. Mais l'expérience de tous les siècles enseigne que cela ne peut servir de base à nulle généralisation. Il faut en chercher la cause dans la variation des conditions vitales dans le temps et dans l'espace, autrement dit dans

les intérêts prédominants. Ceux-ci déterminent ce que les objets peuvent présenter de particulier à l'intérieur de chaque fragment d'espace et de temps. Le critère est ici la position de l'homme à l'égard de chaque objet, laquelle varie en fonction des intérêts spirituels et pratiques. Cela laisse l'objet intact. Simplement, tel de ses traits particuliers se trouvera mis en lumière, comme il arrive pour le Penseur de Rodin, l'Evangile de St-Jean, le chant des Nibelungen, la Porte de Brandenburg, la bataille de Cannes ou la corporation des tisserands de Strasbourg. Le fervent catholique arrivera par exemple à une autre conception de Luther que l'évangéliste fervent. Le siècle des lumières considère les corporations du Moyen Age autrement que ne fait le Romantisme au XIX^e^ siècle ou le XX^e^ siècle. Mais tous affirmeront — et ils en seront convaincus — avoir atteint la vérité.

Ce qui arrive plus fatalement encore, c'est que, par suite des variations intervenant dans le groupement des éléments particuliers distingués dans les objets, on obtient des unités toutes différentes. Si l'on donne par exemple dans la vie économique du Moyen Age le premier rôle au commerce, on arrive à l'Economie naturelle de Hildebrand, mais si l'on a sous les yeux l'expansion locale, on arrive à une autre unité : l'économie urbaine de Schmoller. Etait-ce une économie féodale, naturelle, urbaine, localement dirigée ? Laquelle de ces conceptions pourrait-elle prétendre posséder seule une valeur exclusive ? On ne peut affirmer l'évidence d'aucune de ces formules. Aucune ne restitue dans sa réalité la forme de l'économie au Moyen Age.

Nous sommes donc amenés à reconnaître que dans tous les cas qui se présentent ce sont toujours tantôt des formes multiples du particulier qui se trouvent choisies dans *un* objet, tantôt des éléments différents pris à *plusieurs* objets dont on arrive à former un ensemble. Aussi bien l'absence d'un point de vue unificateur enlève-t-elle la possibilité d'acquérir des connaissances que nous puissions considérer comme assurées.

Les conditions sont plus favorables pour les sciences de la nature. Elles ont affaire essentiellement à des données identiques et la position de l'homme à l'égard de la nature prise comme objet de ses recherches a un caractère d'objectivité pure. On ne se propose rien d'autre que d'analyser la nature. Mais dans le monde formé par l'homme la détermination du but prend des aspects divers et perd sa claire direction, car les intérêts les plus divergents s'opposent souvent à la conquête de la connaissance, conduisent à des luttes passionnées et à l'emploi de moyens rien moins qu'irréprochables.

Mais nous faut-il dans le domaine des sciences de l'esprit, qui ne se propose ni la description ni la découverte du général, renoncer à acquérir des connaissances, ou existe-t-il une possibilité d'enlever à ces événements leur caractère utilitaire ?

Comme il arrive si souvent, la plus grosse difficulté est ici déjà résolue lorsqu'on a reconnu le problème en tant que problème. Il s'agit de remplacer la multiplicité des critères par un critère universel. Il n'est pas possible en fait de trouver un critère qui soit applicable à tous les objets. Mais on trouve aisément pour chaque objet un critère qui n'a de valeur que pour cet objet et exclut l'emploi d'autres critères. Le critère *unique, applicable à chaque objet,* ne peut se trouver que dans la nature même des objets en question. Nous n'acquerrons jamais la connaissance d'un objet telle qu'elle est re-

quise si nous commettons la faute de chercher notre critère dans des conditions d'existence étrangères à cet objet. Mais si l'on reconnaît que chaque objet obéit *à sa loi propre* dans le monde formé par l'homme, on supprime d'un seul coup le facteur qui s'opposait jusqu'alors à toute conquête de la connaissance dans ce domaine : le changement indéfini du point de vue et par là même du principe de choix et d'ordre, l'emploi de critères étrangers.

Il va de soi que pour suivre un tel chemin le sujet rencontre de très grandes difficultés. Celles-ci ne peuvent être surmontées que par une profonde *dépersonnalisation* du savant. Cela exige de lui qu'il se libère le plus possible de l'atmosphère intellectuelle qui l'entoure, qu'il possède le don de sentir au sein de mondes étrangers. Sinon, toute connaissance est impossible. Mais si le savant procède de la sorte, il dispose pour sa recherche de fondements absolument assurés. Une fois qu'on a reconnu le principe que chaque objet obéit à ses lois propres, on acquiert des connaissances sur la Réforme, sur le gothique, sur la musique classique, sur le fascisme, sur le papisme. S'il se mêle à ces connaissances quelque élément qui tient à la personnalité du savant et à ce fait, que nul savant n'est capable de se soustraire absolument aux courants qui règnent sur son époque, cela peut troubler sans doute la connaissance, mais ne saurait là mettre en danger.

S'il est vrai que la science, sans le secours de tels principes, ne pouvait créer dans ce domaine que des concepts exposés à varier rapidement, il lui est désormais possible d'élargir le cercle des concepts solides, invariables, fixes. Sans doute leur valeur est-elle limitée dans le temps et dans l'espace, mais, à l'intérieur de ces limites, la valeur de la connaissance demeure assurée. Le monde des concepts mouvants demeure toutefois intact, là où l'on dépasse le domaine de la pensée connaissante pour entrer dans celui de la pensée créatrice.

Pour l'acquisition et l'étude des principes assurés de recherche dont il a été parlé, on peut en outre faire appel à des critères étrangers. Il est vrai que cela ne permet guère que d'accroître nos connaissances de tel ou tel phénomène; mais l'emploi de critères étrangers peut cependant présenter un autre avantage, lorsqu'il s'agit pour le savant d'être utile à sa propre époque, à sa propre formation, ou de recevoir des indications utiles pour la connaissance de son propre temps.

Il faut bien reconnaître que l'idéal d'une connaissance parfaite est, dans cette sphère de la connaissance, plus difficile encore à atteindre. Cela s'explique par l'introduction de la puissance créatrice et formatrice de l'homme et par son action dans le travail de la connaissance. L'homme est submergé par un trop grand nombre de choses et de faits qui réclament d'être ordonnés et mis en rapports, qu'on en ait une connaissance suffisante ou non. Faute de savoir vraiment, on fait ensuite appel à une imagination aux constructions hardies. Il s'ensuit que, dès lors qu'intervient la pensée créatrice, on voit apparaître des œuvres intellectuelles qui ne reposent qu'en partie sur la connaissance. Ce mélange de connu et de non connu à partir duquel on constitue des unités enlève plus ou moins à ces unités leur valeur de connaissance. Cela a nécessairement pour conséquence de diminuer progressivement la certitude par rapport à des connaissances qui ont un caractère descriptif ou qui ne se proposent que de maintenir des généralités dans l'espace et dans le temps. Cette perte de la certitude dans la connaissance a pour seconde conséquence que les concepts qui relèvent de

ce domaine sont du nombre des concepts variables, mobiles, non des concepts fixes et invariables.

Maintenant encore, le chemin n'est ouvert à la connaissance dans le monde formé par l'homme qu'autant qu'on peut réussir à saisir ce que ce monde contient de particulier, d'individuel, d'unique. Il n'est pas possible à vrai dire de le saisir entièrement; analyse et raison ne peuvent s'y introduire que dans une mesure limitée. Les connaissances acquises dans ces limites permettent cependant de régler la conduite de l'homme dans le monde formé par lui et d'établir des règles de conduite. Ces règles sont toutefois liées la plupart du temps à des données spatio-temporelles. A côté de ces règles, il ne faut pas oublier celles dont la valeur dépasse l'espace et le temps, telle la règle de l'amour du prochain : la plus simple et pourtant la plus puissante des règles de conduite.

VI

Nous pouvons dire pour conclure : la possibilité pour les sciences de la nature et de l'esprit d'acquérir des connaissances est une chose évidente. Mais les connaissances qu'elles nous fournissent sont des grandeurs constructives issues du monde extérieur et du monde intérieur. La maîtrise de la variabilité et de la multiformité est un élément déterminant dans leur formation. Cette maîtrise soumet à la connaissance le monde donné par la nature et le monde formé par l'homme. Ces mondes se trouvent par là unifiés et simplifiés. Cela permet de les embrasser du regard et de les ordonner. Cela conduit à limiter ce que tous les domaines offraient d'illimité. Mais les connaissances découvertes n'offrent qu'une valeur d'approximation par rapport au réel, elles ne font pas qu'un avec le réel. En outre le monde du particulier offre une possibilité d'approximation de valeur plus grande que le monde du général car la conception du particulier exige qu'on tienne davantage compte de la totalité de l'objet. L'élément décisif est donc la position de l'homme à l'égard de l'objet et non point l'objet en soi. On peut par suite pour chaque objet s'approcher davantage de la réalité idéale et matérielle mais on ne réussit jamais parfaitement. L'être ni le devenu ne peuvent donc être saisis — ni par suite rendus — dans leur totalité. Ce que la connaissance nous offre de l'être et du devenu s'exprime en dernier lieu dans l'unité et la multiplicité. Les unités sont divisées et les multiplicités sont transformées en unités. Unités et multiplicités, multiplicités et unités font apparaître dans leurs innombrables entrelacements de magnifiques images — des images qui vont et viennent, mais possèdent ce trait commun: ce sont des ébauches très poussées de connaissance, ce ne sont pas des connaissances intégrales.

Il en résulte que les connaissances acquises par les sciences de la nature et de l'esprit représentent en partie à leur manière trois conceptions de la réalité. La première met l'accent sur le général et exclut le particulier, la seconde détermine le choix de ce qui peut être tenu pour essentiel et la troisième fait apparaître les concepts scientifiques par lesquels s'exprime la connaissance. Il importe pour tous trois qu'ils se chevauchent l'un l'autre. Le réel se trouve ainsi transformé en ce que nous nommons la connais-

sance. Auprès de cette connaissance qui est due à l'homme pensant, il faudrait indiquer encore deux autres mondes de la connaissance : celui du sentiment et celui de la foi, qui imposent à l'homme le plus de respect parce que c'est en eux que prennent racines ses forces vitales les plus hautes. Leurs voies sont moins bien tracées, leurs résultats par suite moins apparents. Mais qui oserait les en estimer moins ?

§ 134

ENTENDRE ET COMPRENDRE

Par Ludwig von MISES,

Professeur d'Economie politique à l'Université de Vienne
et à l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève

Traduit par P. Roubier,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,

et H. Mankiewicz,

Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon

1. — Connaissance extérieure et connaissance intérieure

Nous expliquons un phénomène en le ramenant à des règles générales. Mais ce mode d'explication — le seul qui nous soit accessible — ne permet pas de mettre à jour la cause profonde, ni du phénomène, ni de sa genèse. Tôt ou tard, ce mode d'explication arrive à un point au-delà duquel nous ne pouvons plus avancer.

Puisque nous n'avons jamais encore réussi à saisir de quelque manière que ce soit les relations entre le fait psychique et le fait physique et que nous sommes incapables d'en dire quoi que ce soit et d'établir d'une manière quelconque des règles générales régissant ces rapports, nous sommes obligés de distinguer deux sphères différentes de la connaissance scientifique, nettement séparées l'une de l'autre : c'est, d'une part, la science de la nature et, de l'autre, la science du comportement de l'homme.

En ce qui concerne l'objet de la science de la nature, nous nous en approchons du dehors. L'observation nous permet de constater des rapports fonctionnels de cause à effet. Nos constatations constituent des règles générales qui nous permettent de donner une explication de ce qui se produit réellement. Toutefois, coordonner ces règles dans un système — voilà tout ce qu'il nous est permis de faire dans le domaine de la science de la nature.

Or, dans le domaine de la science du comportement de l'homme, nous saisissons du dedans ce qui se passe. Etant nous-mêmes des hommes, nous sommes aptes à saisir le sens de l'action humaine, c'est-à-dire le sens que l'homme avait donné à son action. Cette possibilité que nous avons de saisir le sens de l'action humaine nous permet d'établir des règles générales qui nous servent à expliquer ce qui se passe.

On s'aperçoit des services susceptibles d'être rendus par cette manière d'observer — et qui consiste, répétons-le, à saisir le sens du comportement humain — quand on lui oppose le *behaviorisme* qui, telle la science de la psychologie des animaux, entend observer du dehors le comportement des

hommes. Les behavioristes se refusent, en effet, à saisir et à interpréter la conduite de l'homme par le sens qu'elle comporte. Ils n'y voient que des « réactions » sur des situations objectivement données. Or, à supposer même que les behavioristes réussissent à réaliser leur programme complètement, ils n'auraient fait rien d'autre qu'enregistrer des faits qui se sont produits *une fois*, sans qu'il soit cependant permis d'en tirer des conclusions pour ce qui s'*est* produit dans d'autres cas du passé, ou ce qui se produira dans l'avenir. Mais il faut se rendre compte que la situation même contre laquelle l'homme « réagit » ne saurait, en règle générale, être définie que si l'on essaye d'en saisir le sens. Si l'on veut la définir en faisant abstraction du sens qu'elle comporte aux yeux de celui qui « réagit », on ne réussira jamais à en dégager le trait essentiel, déterminant la manière dont l'homme réagira sur elle. Le comportement de l'homme à l'égard de celui qui veut l'entailler avec un couteau dépend de l'interprétation, du « sens », qu'il donne à cette menace. Son comportement n'est pas le même s'il veut y voir une mutilation ou s'il veut y voir une intervention chirurgicale. En effet, par aucun artifice d'aucune sorte, nous ne réussirons à définir une situation donnée — par exemple celle créée par une offre d'achat — si nous ne tâchons pas d'en saisir le sens. La réaction réfléchie comporte toujours un sens. On ne saurait la saisir qu'en recherchant précisément ce sens ; car la réaction réfléchie résulte à la fois d'une théorie, donc d'une doctrine reliant la cause à l'effet, et de la volonté d'aboutir à un but déterminé. Ce ne serait que par des voies détournées que le behaviorisme parviendrait à l'expliquer. Si le behaviorisme, fidèle en cela à son programme, renonçait vraiment à se préoccuper du « sens », il ne réussirait pas, parmi tous les comportements humains et animaux perceptibles aux sens, à isoler l'objet propre de ses recherches (Bühler, *Die Krise der Psychologie*, Iéna, 1927, p. 46). Il ne parviendrait pas non plus à délimiter son rôle par rapport à celui de la physiologie. La physiologie, il est vrai, dit Watson (*Behaviorism*, New-York, 1924, p. 11), étudie plus particulièrement les réactions des diverses « parties » de l'être vivant, tandis que le behaviorisme entend étudier l'être vivant « dans son intégralité ». Cependant, la réaction du corps humain contre une infection, des phénomènes de croissance, etc., ne rentrent sûrement pas dans le concept de « réactions des parties ». D'autre part, quand on tient à considérer le mouvement de la main comme « réaction de l'être dans son intégralité », on ne saurait le faire qu'en partant de l'idée que, dans ce mouvement de la main, agit quelque chose qu'on ne peut attribuer à une « partie » (déterminée ou isolée) de l'être vivant. Mais alors ce « quelque chose » pourrait bien n'être rien d'autre que le « sens », ou que ce qui détermine le « sens ». Quand les behavioristes prétendent que le but de leur travail est de pronostiquer et, dès lors, d'influencer le comportement de l'homme à l'égard d'une situation donnée, on doit leur demander comment, quand on ne tient pas compte du « sens », on peut pronostiquer, par exemple, la réaction d'un homme interpellé par un autre.

Les succès que le behaviorisme a remportés dans l'observation des animaux et des enfants sont dus uniquement à ce qu'il a introduit clandestinement, sans toutefois l'avouer, la téléologie. Sans elle, tout ce qu'il a produit ne serait qu'un assemblage monstrueux de cas isolés.

II. — Entendre et comprendre

Dans la logique et l'enseignement scientifique allemands, on désigne habituellement par le mot « comprendre » (*Verstehen*) la méthode qu'utilise la science du comportement humain dont le but est de « saisir le sens » de ce comportement. Pour bien se représenter ce que ce terme de « comprendre » veut dire, aux yeux de la plupart de ceux qui l'emploient, il convient de se rappeler qu'en Allemagne la formation et l'établissement définitif de cette branche scientifique — qui tend à élaborer des règles générales applicables au comportement de l'homme — a été, ou bien complètement négligée, ou bien passionnément combattue. L'historisme, en effet, se refusait à admettre qu'il pût y avoir, à côté des sciences travaillant avec les méthodes de l'histoire et de la philosophie, une science générale cherchant à élaborer des connaissances générales théoriques du comportement humain. Il n'agréait que la science de l'histoire (au sens le plus large du mot), et contestait, à la sociologie en général et à la théorie de l'économie politique en particulier, le droit et la possibilité d'exister. Il n'avait pas vu cette double vérité que l'histoire elle-même ne saurait être étudiée sans qu'on eût recours à des principes communément admis et reconnus, et que, dans l'ordre logique des choses, la théorie du comportement humain prend rang avant l'histoire. D'autre part l'historisme a eu le mérite d'avoir repoussé les tendances du naturalisme, lequel — non moins erroné, quoique sous un autre aspect — rejetait la science historique tout entière et entendait la remplacer par une science des lois de l'évolution — science qu'il voulait calquer sur le modèle, soit de la mécanique de Newton, soit de la doctrine de la descendance de Darwin. La notion de « Verstehen » (comprendre) a été élaborée par l'historisme dans sa lutte contre le naturalisme pour désigner la méthode propre aux sciences du comportement humain. Mais, en même temps, l'historisme l'a utilisée dans son combat avec la science des lois du comportement humain. Dès lors, quand un écrivain allemand parle aujourd'hui de « comprendre », il tient d'habitude à affirmer qu'il entend sous ce terme la méthode de travail propre aux sciences morales (*Geisteswissenschaften*), et qui s'oppose à celle employée par la science de la nature, laquelle se sert de la méthode de la « connaissance extérieure ». Mais, comme la plupart de ces auteurs ne s'aperçoivent pas qu'il peut y avoir aussi une science théorique du comportement humain, et qu'ils ont souvent essayé de définir la méthode dite compréhensive (*Verstehen*) comme celle propre à la compréhension du fait individuel et irrationnel, c'est-à-dire comme la perception intuitive du fait historique qui ne se produit qu'une fois, ils opposent pour ainsi dire la méthode « compréhensive » à celle qui consiste à « saisir le sens » à l'aide de la pensée raisonnée (Rothacker, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften* dans *Handbuch der Philosophie*, Munich et Berlin, 1927, p. 110 et ss.). Théoriquement il aurait été en effet possible d'embrasser par le terme « comprendre » toute méthode tendant à « saisir le sens ». Mais au point où en sont les choses actuellement, nous devons nous incliner devant l'usage bien établi qu'on fait de la notion de « comprendre ».

En conséquence, nous distinguerons, parmi les méthodes dont se servent les sciences du comportement de l'homme pour saisir le sens de celui-ci, celle qui consiste à « entendre » (*Begreifen*) et celle qui tient à « com-

prendre » (*Verstehen*). Celle qui veut « entendre » cherche à saisir le sens par une pensée discursive, tandis que celle qui cherche à « comprendre » emploie, pour saisir le sens, la méthode de la « perception sympathique » bergsonienne.

Dans la mesure où il est possible de l'appliquer, la méthode qui consiste à « entendre » (intelligence) prime la méthode compréhensive. Car jamais le résultat d'une pensée discursive ne saurait être contredit ou même ébranlé par ce que peut découvrir la compréhension intuitive. Logiquement la méthode compréhensive n'est applicable que dans le domaine inaccessible à l' « intelligence » et au concept, c'est-à-dire là où il s'agit de « saisir » la qualité des valeurs.

En effet, dans le domaine de ce que l'on peut « entendre » règne la logique stricte avec toute sa force. Ici on peut prouver et réfuter. Ici cela a un sens de discourir sur ce qui est « vrai » et ce qui est « faux ». Ici il est aussi possible de poser des problèmes et de discuter leurs solutions. Quant au résultat des recherches qui utilisent cette méthode on doit, ou bien le reconnaître comme exact, ou bien démontrer qu'il n'est pas prouvé, ou qu'il est démenti. Mais, en aucun cas, on ne peut l'esquiver, ni l'éluder.

Tout autre est la situation dans le domaine propre à la méthode « compréhensive ». Car là où l'on recourt à la « compréhension » commence aussi l'empire de la subjectivité. En effet, nous sommes inaptes à communiquer à autrui des idées précises de ce que notre intuition ne nous a permis que de pressentir et d'apercevoir, sans que nous ayons pu le durcir dans la forge de la pensée rationnelle. Car les mots dont nous nous servons pour exprimer nos divinations et conceptions intuitives peuvent seulement inviter à ce qu'on nous suive et qu'on revive le complexe par nous vécu. Mais si et comment la personne ainsi invitée nous suivra, cela dépend uniquement de *sa* personnalité et de *sa* volonté. Il ne nous est même pas possible de contrôler efficacement si nous avons été compris de la manière dont nous avons voulu être compris. Car ce n'est que la précision du concept qui élimine l'équivoque ; ce n'est que sur le concept qu'on peut modeler le mot. Mais avec la « compréhension », il nous arrive la même chose qu'avec d'autres essais d'exprimer un tout (une totalité), par exemple dans l'art, dans la métaphysique et dans la mystique. Ce que nous donnons dans ces cas, ce ne sont que des mots d'où ressort pour chacun ce qu'il met en eux. Ainsi, quand l'historien décrit les actes politiques et militaires de César, il ne peut y avoir aucun malentendu entre lui et son lecteur. Mais dès qu'il commence à parler de la grandeur de César, de sa personnalité, de sa mission et de ses « dons » (*charisma*), les mots qu'il emploie peuvent être compris de façons différentes.

Dès lors, on ne saurait discuter sur la compréhension, puisqu'elle est toujours conditionnée par le sujet qui veut comprendre. En effet, « entendre » c'est saisir par la pensée ; « comprendre » c'est saisir du regard.

Les buts que s'assigne la méthode qui veut « entendre » le comportement raisonné de l'homme sont moins ambitieux que ceux poursuivis par la méthode « compréhensive». Mais, dans les limites qu'elle s'est tracées, elle est apte à rendre les services qu'elle promet. Car nous saisissons et « entendons » le comportement raisonné, à cause de l'immuable structure

logique de notre pensée, source de tout rationalisme. L'*apriori* de la pensée est en même temps l'*apriori* de l'acte rationnel. L'acte qui consiste à « entendre » le comportement humain est ce qu'Empedokles a visé quand il a parlé de la γνῶσις τοῦ ὁμοίου τῷ ὁμοίῳ.

III. — L'IRRATIONNEL COMME OBJET DE LA CONNAISSANCE

Tous les essais d'explication scientifique ne peuvent en aucun cas donner davantage qu'une explication de la *modification* d'une donnée. La donnée elle-même reste inexplicable. Elle est. Pourquoi elle est — nous ne le saurons pas. Elle est l'irrationnel, ce que la pensée ne peut pas mesurer, ce que les concepts ne peuvent saisir complètement.

Dans le domaine de la science du comportement de l'homme, les valeurs appliquées et les buts derniers poursuivis par l'homme, ont la qualité de pareilles données inexplicables. En effet, la science du comportement humain peut enregistrer et classifier les valeurs. Mais il lui est interdit de les expliquer, au même titre qu'elle est inapte à en proposer, à en reconnaître quelques-unes comme valables et à en rejeter d'autres comme inadmissibles. Car, évidemment le fait de les « saisir » intuitivement au moyen de la « compréhension » n'équivant point à leur explication. Aussi la science se borne-t-elle à percevoir et à définir les valeurs, sans vouloir davantage. Et l'historien qui veut dépasser ces limites, devient un apologiste ou un juge, un démagogue et un politicien. Car, alors, il sort de la sphère de la science contemplative, chercheuse et laborieuse, et entre personnellement dans le champ de l'action et de l'activité humaines.

La science appartient tout entière au domaine du rationalisme. Il n'y a pas de « science » du non-rationnel, pas plus qu'il ne peut y avoir de science non-rationnelle. L'irrationnel est au-delà de la pensée et de la science de l'homme. La pensée et la science peuvent l'approcher par des enregistrements et des classifications. Mais les nappes profondes restent inaccessibles, alors même qu'on emploie la « compréhension ». Car le critère de l'irrationnel est précisément de n'être qu'incomplètement saisissable par la pensée. Ce que nous pouvons nous assimiler par la pensée n'est plus irrationnel.

Nous rencontrons l'irrationnel comme objet de la science — et alors dans sa forme la plus pure, dans la science de l'art. La *science* de l'art ne saurait être autre chose que l'histoire, soit des arts et artistes, soit des techniques et matériaux, soit, enfin, des idées directrices. En effet, il n'y a pas de doctrine de portée générale, ni de l'artistique, ni des valeurs ou individualités artistiques. Tout ce que les critiques d'art disent à propos de ces sujets est l'expression des sentiments personnels qu'ils ont éprouvés en face de l'œuvre d'art, soit qu'ils la glorifient ou la critiquent, soit qu'ils entendent la « comprendre ». En effet, tout ce qui est davantage que la constatation et la fixation du fait irrationnel n'est plus de la science. Car celui qui analyse une œuvre d'art la décompose au sens le plus pur du mot. Or, la valeur spécifique de l'œuvre d'art ne se dégage que de son ensemble et non pas de ses parties. En effet, l'œuvre d'art, c'est l'essai de vivre l'univers dans sa totalité. On ne saurait donc la décomposer, la désarticuler ou la commenter sans altérer son essence la plus intime. Dès lors, la science de l'art est condamnée à rester éternellement en-deçà de l'art et de ses œuvres : elle est

incapable de saisir l'art en tant que tel. Il se peut que la science de l'art apparaisse à quelques-uns comme indispensable puisqu'elle leur rend accessibles les délices des œuvres d'art. Il se peut qu'à d'autres yeux elle revête une certaine dignité, reflétée par les œuvres d'art elles-mêmes. Mais quand un troisième groupe constate que ce qui est spécifiquement artistique reste toujours inaccessible à cette science, ils ont également raison, si injuste qu'il soit de sous-estimer, pour cela, la valeur de l'histoire et des historiens de l'art.

Or, par rapport aux autres valeurs reconnues par les hommes comme motifs de leurs actes, la situation de la science est exactement la même que celle qu'elle occupe à l'égard des valeurs artistiques. Là encore la science ne peut faire davantage que les enregistrer et, tout au plus, les classer.

La méthode qui consiste à « entendre » ne peut lui servir qu'en ce qui concerne les moyens permettant de dégager les valeurs. Ce qui veut dire qu'elle ne peut s'appliquer qu'au comportement raisonné des hommes tendant à la réalisation de valeurs. A ce point de vue il n'y a pas de différence fondamentale entre l'histoire et la sociologie. La seule différence entre ces deux sciences consiste, en effet, en ce que la sociologie — qui est une science théorique — recherche les lois générales du comportement de l'homme, tandis que l'histoire — qui applique ces lois de comportement — décrit le cours, dans le temps, des actions humaines. L'objet de l'histoire est la « donnée historique individuelle » — donnée qu'elle travaille à l'aide des outils fournis par la théorie, mais que, même à l'aide de la méthode « compréhensive », elle est incapable de mesurer dans toute sa profondeur sans dépasser ses limites et devenir ainsi une apôtre de valeurs. On peut, à la rigueur, définir l'histoire comme une science de l'irrationnel. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'elle ne peut s'approcher du fait irrationnel qu'à l'aide des moyens de pensée propres aux sciences rationalistes, et que, du moment où ces moyens deviennent inopérants, elle est incapable de donner autre chose qu'une fixation du fait irrationnel par le moyen de la perception intuitive.

Or, la « compréhension » n'explique ni les valeurs, ni ce qui est individuel ou personnel, puisque ce n'est pas à l'aide de la méthode de l'entendement qu'elle en saisit le sens, et qu'elle se borne à le saisir du regard. En conséquence, les sciences historiques ne peuvent pas progresser au même sens que le font les sciences de la nature et la sociologie. Dans la science de l'histoire, en effet, il n'y a de progrès que dans la mesure où il s'agit d'objets de recherche accessibles à la méthode de l'entendement, c'est-à-dire dans la mesure où des perfectionnements dans l'utilisation des sources et des connaissances sociologiques approfondies permettent de mieux saisir le sens des événements ; par exemple quand à l'aide de la théorie économique on donne des événements économiques d'autrefois une interprétation autre que celle donnée par les historiens du passé. Mais l'histoire aura toujours besoin d'être écrite de nouveau, puisque l'élément personnel — changeant avec les époques et les personnalités — ouvre constamment des aspects nouveaux de « compréhension ».

C'est à cause de l'élément subjectif qui est inséparable de la méthode « compréhensive » qu'il est possible d'écrire l'histoire en partant de points de vue divers. Il y a une histoire de la Réforme écrite du point de vue catholique, et il y en a une écrite du point de vue protestant. Mais ce n'est

qu'au cas où l'on ne se rend pas compte de la différence fondamentale qui existe entre la méthode qui tient à « comprendre » et celle qui consiste à « entendre », et qui, dès lors, sépare l'histoire de la sociologie, qu'on peut croire que, dans le domaine de la sociologie, il pourrait également exister des points de vue divers, et qu'on pourrait distinguer entre « sociologie anglaise » et « sociologie allemande », entre « sociologie prolétarienne » et « sociologie bourgeoise ».

§ 135

LA PART DE RESPONSABILITÉ DE LA SCIENCE JURIDIQUE DANS LE DESTIN DES PEUPLES

Par A.-V. LUNDSTEDT,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Upsal.

Traduit par Paul ROUBIER,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,
et H. MANKIEWICZ,
Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon.

Toutes les disciplines juridiques se fondent sur certaines hypothèses concernant le droit objectif, les devoirs et droits subjectifs, les infractions à la règle de droit, ainsi que la faute de l'agent, comme cause de la réaction du droit, et, en général et par-dessus tout, sur l'hypothèse de l'existence d'un droit matériel devant se réaliser par le droit formel de la procédure. Si toutes ces hypothèses sont fausses, c'est-à-dire contraires à la réalité, il s'ensuit que toutes les branches de la science juridique, le droit public aussi bien que le droit pénal, le droit civil, etc., sont fondées sur le sable. Une science comparative du droit consciente de sa responsabilité dans le destin des peuples, doit, me semble-t-il, éclairer soigneusement ses méthodes et ses conceptions de base. Car elle veut et doit être une *science*. Quand on comprend par ce mot de science une activité recherchant la réalité dans le domaine du droit, il convient d'abord de poser — autrement, il est vrai, que jusqu'ici — la question de savoir s'il existe de nos jours une théorie de droit élaborée selon des méthodes scientifiques. Je ne crois pas qu'on puisse y répondre par l'affirmative. Aucun esprit, si subtil soit-il, ne peut découvrir la réalité, s'il part de concepts métaphysiques. Or, dans la littérature juridique que je connais, il n'y a aucune théorie qui ne soit « coupée » de métaphysique. Tel est évidemment le cas de la science juridique traditionnelle. Mais tel est aussi le cas de la science juridique contemporaine. Il en est ainsi évidemment de cette science juridique qui se conçoit comme une renaissance du droit naturel. Je rappelle à ce propos les théories de Saleilles, de Charmont, de Gény, de Krabbe, de Stammler et d'autres. Il en est ainsi aussi de l'idéal juridique de Demogue, et des théories d'allure positiviste, qu'elles se réclament d'Austin, de Bergbohm ou de Jellinek, ou qu'elles se présentent comme du positivisme sociologique à la Duguit. Il en est enfin ainsi des nombreuses théories du droit libre,

de la soi-disant théorie sociologique du droit à la Kornfeld, et de la doctrine de Roscœ Pound, bien que, selon cet auteur, le droit soit une institution sociale pour la satisfaction de besoins sociaux. Toutes ces théories croient en l'existence d'un soi-disant droit matériel concernant les droits et les devoirs juridiques des hommes et les actes conformes ou contraires au droit. Un acte est contraire au droit, dit-on, soit uniquement au point de vue objectif, soit au point de vue objectif et subjectif ; dans ce dernier cas, c'est la *faute* du criminel qui est la cause de la réaction du droit contre lui. Bien que Kelsen ait des conceptions un peu différentes, il est indéniable qu'il est un métaphysicien du droit des plus purs. Il déclare nettement qu'il transpose le droit dans un monde autre que celui où nous vivons. Or, si elle veut rester conséquente, la science juridique a nécessairement besoin de cette conception mystique. Quelles que soient les différences entre les diverses théories du droit, il est constant que tous les juristes sans exception se servent, d'une façon ou d'une autre, de valeurs objectives ou absolues. Mais le monde réel, déterminé par le temps et l'espace, n'a pas de place pour de pareilles valeurs. Par conséquent, quand on veut rester logique, on doit supposer qu'il existe à côté du monde réel un monde idéal. Cette supposition apparaît aux savants juristes d'autant moins étrange, qu'ils pensent pouvoir se référer à la distinction faite par Kant entre le *Mundus intelligibilis* et le *Mundus sensibilis*. Et comme je l'ai dit, on ne cache même pas toujours qu'on fait cette distinction entre le monde spécial du droit et le monde réel. Mais alors même qu'ils ne font pas cet aveu, les auteurs juridiques ne peuvent maintenir l'apparence du caractère scientifique de leurs théories qu'en supposant l'existence de deux mondes différents.

Dans la mesure où je connais la littérature juridique, il n'y a pas d'écrivain qui ait réussi à étudier les phénomènes juridiques sans s'inspirer de catégories juridiques absolues, fondées en elles-mêmes. Quand on croit à l'existence de pareilles catégories, on est nécessairement inapte à acquérir des connaissances sur ce qui se passe réellement dans le domaine du droit. Car ces catégories ne peuvent naître dans la fantaisie de l'homme que s'il a plus ou moins oublié ses propres conditions. En évaluant les fonctions sociales du droit, c'est-à-dire en étudiant le mécanisme social, on ne s'est pas aperçu de ce fait que le standard général des facultés intellectuelles, de la vie sentimentale, des besoins spirituels et matériels, bref que tout ce qu'on appelle culture et civilisation, n'est possible et n'est imaginable qu'en tant que fonction du mécanisme juridique, c'est-à-dire que ce standard a pour condition primaire l'existence de ce qu'on désigne par « ordre juridique ». Dès lors, il est erroné d'étudier l'ordre juridique en prenant comme base de recherche la situation existant dans une communauté déjà cultivée et civilisée. Cependant, il est facile de prouver que tous les auteurs juridiques commettent, chacun à sa manière, la même erreur et confondent l'effet avec la cause. En opérant de cette manière depuis les temps les plus anciens, la science juridique s'est toujours davantage éloignée du monde où nous vivons. Mais puisqu'elle ne peut jamais se débarrasser complètement du monde réel, il arrive qu'elle a un pied dans le monde réel, et l'autre dans un monde où il y a ni temps, ni espace, et qui est le monde de la métaphysique.

Cette croyance en un double monde est, je l'ai déjà dit, la conséquence

nécessaire de la croyance en l'existence de valeurs objectives ou d'un « devoir » (*Sollen*) objectif. Puisque, dans le monde du temps et de l'espace règne le principe de la relation de cause à effet et que dès lors toute chose *a* nécessairement un aspect déterminé, il est évidemment illogique de dire qu'en principe elle *devrait avoir* tel ou tel autre aspect. En conséquence : pour pouvoir se servir du concept de « devoir », il faut qu'on se transporte dans sa fantaisie, dans un monde au delà des « choses », c'est-à-dire dans un monde idéal où les rapports du temps et de l'espace ne s'opposent pas à l'hypothèse de l'existence d'un « devoir » objectif. Cependant, dans ce cas, on produit des clous sans têtes, puisqu'on part de l'idée que ces deux mondes peuvent coexister, et que, dès lors, on introduit dans le monde idéal les concepts de temps et d'espace, ce qui rend le concept du « devoir » de nouveau inutilisable.

Quand on croit en l'existence d'un monde non soumis aux rapports du temps et de l'espace, il faut logiquement qu'on fasse disparaître le monde réel où ces rapports existent. Sinon, le monde idéal serait, lui aussi, un monde déterminé par le temps et l'espace. C'est pour cela que, dès qu'on veut maintenir dans ces théories un contact quelconque avec le monde réel, ce dernier s'installe en souverain et chasse toute idée raisonnable sur l'existence d'un monde idéal. Cette vérité, la science juridique l'a oubliée Mais l'esprit humoristique du peuple s'en rend compte. On dit en Suède : Qu'est-ce que Dieu ne peut faire, pas plus que l'homme ? Et l'on répond : Tirer un vieillard chauve par ses cheveux. Ce qui veut dire que ce qui est en contradiction avec les rapports du temps et de l'espace ne peut *jamais* exister du point de vue d'un monde soumis à ces rapports, si grande que soit l'omnipotence de Dieu. Si la science juridique comprenait cette « blague » dans toute sa profondeur, elle jetterait par-dessus bord toutes les théories juridiques jusqu'ici élaborées.

Quand on veut rester dans le monde idéal, il faut faire *complètement* abstraction du monde réel, puisqu'il ne peut exister ni à côté du monde idéal, ni en même temps que celui-ci. Ce qui veut dire : pour une conception où entre l'idée d'un monde idéal, il ne peut logiquement exister de réalité dans le temps et dans l'espace.

***

Puisque la science juridique est la science des conditions et des formes de la vie en commun des hommes et des nations, elle assume une large part de responsabilité sociale dans la vie collective, aussi bien de chaque peuple particulier que de la communauté des nations. Or, l'absence de notions juridiques justes a eu des conséquences particulièrement néfastes dans le domaine de la vie sociale internationale. Je pense à ce propos notamment au droit international public ou droit des gens.

Avant d'examiner de plus près cette branche du droit, il convient cependant de jeter un coup d'œil sur la situation juridique à l'intérieur des Etats.

Les conceptions courantes sur les droits et les devoirs, sur l'infraction au droit, sur la faute et sa réparation, bref les conceptions sur ce qui est juste et ce qui est injuste ressortent toutes de ce mélange de choses irrationnelles qu'on appelle la conscience juridique commune, *the common sense of justice*. La toile de fond se compose d'instincts animaux, tels que

l'avidité, la vengeance, etc. Mais il y a, à côté de ces instincts animaux, aussi un instinct social qui amène l'homme à s'organiser en groupes. Sous l'influence de cette organisation — qu'on appelle bientôt l'ordre juridique — et par l'intervention de la magie et de toutes sortes de superstitions, tous ces instincts se transforment en des idées sur l'existence d'un pouvoir juridique dû à ce qu'on appelle les droits subjectifs. On croit que la réalisation de ces droits subjectifs est un devoir de justice, et cette croyance engendre, à son tour, la croyance en une justice objective absolue, fondée en elle-même. Cependant l'ordre juridique ne se borne pas à créer l'idée d'une conscience juridique commune. Il se soumet aussi les sentiments de justice, et les oblige à se subordonner à lui, de manière à devenir inaptes à toute rebellion. Il y a plus, ces sentiments de justice sont mis au service du mécanisme juridique lui-même. En effet, dirigés par l'ordre juridique, ils constituent les freins les plus efficaces des passions antisociales de l'homme, telles que l'avidité, la haine, la vengeance, la jalousie, etc.

En effet, s'il n'avait pas été possible de mettre les sentiments de justice eux-mêmes au service du mécanisme du droit, la loi n'aurait jamais acquis une fonction sociale. En tant que telles, toutes les idées qu'on a sur le droit — l'idée qu'on a sur les droits et devoirs subjectifs, sur ce qui est juste ou injuste, etc. — sont des falsifications de la réalité sociale — réalité cependant qui n'a pu s'établir que grâce à l'application effective des soi-disant règles de droit, et à l'influence que cette application a exercée sur le comportement de l'homme. Telle est la situation à l'intérieur d'un Etat.

Dans le droit international public, que nous allons aborder maintenant, règne, dit-on, le principe de la souveraineté des Etats. Souveraineté veut dire que tout Etat a le *droit* de régner sur son territoire. Le corrélatif de cette conception de la souveraineté est la croyance en l'existence, à la charge des divers Etats, d'un devoir juridique consistant dans l'obligation de respecter les droits de puissance de chacun des Etats étrangers. Il s'ensuit que l'Etat qui entrave l'exercice de la souveraineté d'un autre Etat enfreint un devoir qui lui incombe, et viole par là le droit de l'autre Etat. En d'autres termes : on se trouve dans ce cas, en présence d'un acte contraire à un devoir (ou au droit), qui donne naissance à une créance de l'Etat lésé à l'égard de l'Etat qui l'a lésé et qui, à raison de sa *faute,* est obligé d'accepter la demande de réparation de l'autre. Quand il n'accepte pas volontairement de donner satisfaction, l'autre Etat a le *droit* de recourir, d'abord à des sanctions, puis à la guerre. Cela signifie, pense-t-on, que les droits des divers Etats jouissent de garanties juridiques.

Un autre principe fondamental du droit international public est la faculté accordée aux Etats de conclure entre eux des contrats, considérés comme juridiquement valables. Ainsi, naissent, croit-on, de nouveaux droits et devoirs subjectifs, garantis eux aussi juridiquement par toutes sortes de sanctions et, finalement, par la guerre.

Or, en réalité, tout ce qu'on raconte sur les droits subjectifs, l'infraction au droit, la faute des Etats, etc., n'a d'autre fondement qu'une analogie erronée. En effet, on a transposé, dans le domaine des *relations entre Etats souverains,* la conception de l'existence d'une conscience juridique commune, qui, primitivement, ne valait que pour les *relations entre les individus* appartenant à un même Etat. Or, à l'*intérieur* d'un Etat, les sentiments populaires de justice — c'est-à-dire la croyance en l'existence

d'une conscience juridique commune — ne sont pas dépourvus de toute base réelle. Ils forment, comme on l'a vu, une supra-structure idéologique et métaphysique se superposant à certaines situations sociales, réellement existantes, et dues au maintien effectif — obtenu par l'intervention de tribunaux, de procureurs, d'agents administratifs, etc. — d'un ordre donné pour la réglementation des rapports des hommes entre eux et avec les choses. Mais depuis des siècles, méconnaissant son caractère chimérique et ne pouvant en apercevoir les fondements véritables, on a appliqué cette supra-structure idéologique aux relations entre Etats, en oubliant que les réalités sociales — qui, bien qu'on ne s'en rende pas toujours compte, sont cependant à la base de toute conscience juridique commune et de ses réalisations, — n'existent qu'à l'intérieur des Etats, dans le domaine des rapports entre les particuliers, et qu'elles font défaut dans le domaine des relations internationales.

Evidemment, on trouve des décisions permettant de dire qu'en temps de tranquillité politique, le maintien de certaines règles du droit des gens est effectivement garanti. Mais, dès que surgissent des conflits engageant l'existence et les intérêts vitaux d'un Etat, les idées juridiques n'ont plus de contact avec ce monde. A ce moment « le droit » ne revêt plus d'autre force que celle due à la simple *croyance* en la puissance mystique inhérente aux « droits » d'un Etat et à sa « créance » en réparation de la « violation du droit » dont il a été victime — croyance non seulement impuissante en face de la réalité, mais encore — puisqu'elle ne se fonde pas sur des faits réels — particulièrement apte à servir d'instrument dans la poursuite fanatique d'intérêts égoïstes et, en fait, utilisée souvent à cette fin.

Ce sont tout spécialement les situations, où le « droit » international public devrait être un frein pour empêcher la naissance d'une guerre, qui font comprendre que ce « droit » n'est autre chose qu'une idéologie juridique transposée du domaine national dans le domaine international et dépourvue de toute base réelle. A l'*intérieur d'un Etat*, la conception de l'existence d'une conscience juridique commune est l'expression — quoique fausse — de situations réellement existantes. Dans le domaine des *relations interétatiques*, cependant, il ne nous reste, dans les situations critiques où le maintien de la paix est en jeu, que des *idées*, vides et abstraites, sur les droits, les devoirs, etc. Pour les conceptions juridiques valables à l'intérieur d'un Etat, on peut dire à la rigueur : Où il y a fumée, il y a aussi du feu. Mais pour les conceptions juridiques internationales, elles ne sont, dans les moments décisifs, rien autre que de la fumée.

Puisqu'il lui manque toute analogie avec le mécanisme juridique intra-étatique, le droit international public n'est autre chose qu'un assemblage de chimères métaphysiques. On cache cependant cette absence de choses tangibles en établissant toutes sortes de principes. C'est ainsi que le grand juriste Oppenheim proclame que l'Etat lésé est fondé à se faire justice à lui-même (Selbsthilfe) et avec l'appui des Etats sympathisants. Mais qui est-ce qui empêche les deux parties en cause de se déclarer chacune lésée, et de trouver chacune des sympathies auprès d'autres Etats ? L'aspect véritable de la question de droit litigieuse, on ne le connaît peut-être qu'au moment où l'une des parties est déjà abattue. Alors on apprend que c'est la partie qui a eu tort, et que l'autre, avec l'aide de ses alliés, n'a fait que défendre le *droit*. En d'autres termes : la science du droit des gens

est incapable de prouver que ce qu'elle comprend par « droit international public » est autre chose que « l'ordre » qui règne parmi les animaux de proie. La différence quant aux principes paraît, en effet, minime : Quand il s'agit d'Etats, ce qu'on appelle le vrai droit s'attache au « matériel de guerre » le plus perfectionné. Quand il s'agit d'animaux carnassiers, le droit suit les meilleurs « armes naturelles », les gencives les plus fortes, les dents et les griffes les plus solides.

Ce malheureux droit des gens est, en vérité, un fléau de l'humanité. C'est en élevant les intérêts nationaux au rang de droits, et en transformant l'idée de vengeance et de revanche en idées juridiques sublimes, qu'il crée le nationalisme et le chauvinisme. *Ces faux concepts de droit sont des forces particulièrement aptes à enflammer et à exciter l'égoïsme et la haine des peuples.* Il faut se rappeler à ce propos que les sentiments de justice ont des racines profondes et quasi-religieuses dans la vie sentimentale, et que, dès lors, ils revêtent une force toute spéciale. Le halo de sainteté et d'inviolabilité, qui entoure si souvent les soi-disant droits subjectifs, répand de vigoureuses forces suggestives. A l'intérieur d'un Etat, le mécanisme juridique se sert de ces forces, inhérentes à ces sentiments, comme d'un *rempart* contre les passions nées de l'égoïsme primitif, de la vengeance et de la haine. Qu'on s'imagine donc un moment ce qui se produira si les sentiments de justice font *partie commune* avec la haine, la vengeance et l'égoïsme, et excitent, à leur tour, ces passions. Or, c'est précisément ce qui se produit dans les relations entre les peuples.

La guerre mondiale nous aura vraiment montré qu'on peut fort bien présenter les droits d'un Etat particulier comme quelque chose d'absolu, sans être obligé de se préoccuper des intérêts des peuples vivant de l'autre côté de la frontière. Dès que les forces du droit endormies se réveillent, on ne sait jamais où l'on va. L'issue peut être heureuse aussi bien que funeste. Mais il y a toujours du *danger ;* car il manque dans le droit des gens la direction régulatrice d'un ordre juridique. Quand les forces mystiques se réveillent complètement et entrent librement en jeu — malheur aux hommes, même à ceux vivant dans l'Etat « injustement lésé ». Car, sous peu, toutes les parties se sentiront lésées dans leur droit et réclameront satisfaction. Des deux côtés s'y mêleront des sentiments de justice effrénés, insouciants du sort des hommes et de ceux qui vont naître, et indifférents aux valeurs humanitaires et à l'héritage de civilisation du genre humain. La vague de sang qui risquait de noyer tout notre continent, il y a un peu plus d'une vingtaine d'années est la preuve que je n'exagère point. Parmi les peuples qui participaient à la grande guerre, il n'y en avait aucun qui ne s'imaginât d'affronter la mort au service de la justice, pour venger le droit violé de sa patrie et de ses alliés. Bref : il n'y avait aucune nation qui ne s'inspirât, du moins au début, du désir de défendre de ses armes sanglantes le règne du droit.

Ces conceptions, propres au droit des gens, ont continué après la guerre — et continuent encore — leur course macabre. La chimère juridique de la *faute* d'un peuple a servi de base pour entraîner la déroute de l'économie mondiale. Tout un peuple a été appauvri et a sombré dans une misère telle que l'arc risque de nouveau de se briser.

Cependant, dans ce cas particulier, il ne suffit plus, pour expliquer le caractère chimérique du droit des gens, d'avoir recours à la seule concep-

tion métaphysique de la faute comme cause légitime de la réparation. Car c'est à tout un peuple qu'on a demandé réparation. Personne cependant ne sera assez stupide pour croire que ce *peuple*-là ait davantage contribué à déclencher la guerre que d'autres nations. Les peuples, en effet, n'ont jamais de choix. Ce peuple-là — comme tous les peuples qui firent la guerre — était soumis au commandement de l'Etat-Major de son armée, et on n'est nullement fondé à alléguer qu'il y ait eu même un pour cent de la population qui ait désiré la guerre. Il y a plus : la majeure partie de ceux qui souffrent aujourd'hui des réparations qu'on leur demande n'étaient au moment de la déclaration de la guerre que des enfants mineurs, ou ils n'étaient même pas encore nés.

Pour pouvoir recourir au bavardage de faute, il fallait donc mobiliser un autre concept, non moins mystique : on concevait le peuple comme représentant une seule volonté uniforme, comme une personne particulière qu'on appela l'Etat. C'est cet *Etat* qu'on déclara fautif, de même qu'en 1914 l'assassinat de l'archiduc autrichien fut présenté comme une violation du droit de l'Autriche-Hongrie par l'*Etat* serbe, et qu'à l'occasion du conflit de Corfou on interpréta l'assassinat de *trois* officiers italiens par des nationalistes grecs comme une injure infligée par la Grèce à l'*Etat* italien. Qu'on veuille donc enfin comprendre que de pareilles stupidités ont les conséquences les plus dangereuses pour le commerce des peuples.

L'idée de la Société des Nations est évidemment en elle-même une idée excellente. Mais qu'est-ce qu'est la Société des Nations vue de près ? Fondée par les créateurs du Traité de Versailles, elle repose elle aussi sur cette chimère juridique que nous connaissons déjà. La défense de ce qu'on appelle le droit, et la réalisation de la justice par la guerre sont ici érigées en système. J'ai expliqué en 1931 au Parlement suédois, que la Société des Nations et ses sanctions obligatoires provoqueront inévitablement un nouvel incendie du monde. Je ne puis revenir *in extenso* sur cette question, et je me bornerai à démontrer combien est vaine la tentative de rendre, si peu soit-il, raisonnables des idées juridiques qui ne le sont pas.

On réussira certainement, par le moyen des sanctions, à éviter que la guerre ne soit localisée. Mais on se trompera gravement, si on s'imagine que le soi-disant devoir de prendre des sanctions aura pour conséquence qu'il n'y aurait de guerre que d'un seul côté, à savoir du côté où portent les sanctions. Car le devoir de prendre des sanctions entre nécessairement en conflit avec la souveraineté des Etats qui est la base de tout le droit des gens, et d'où ressort le *droit,* pour chaque Etat, de vivre et de défendre ses intérêts vitaux. A l'encontre de ce droit à la vie, les devoirs juridiques d'origine contractuelle sont évidemment inopérants. Or, le Pacte de la *Société des Nations* n'a pas tenu compte de cette opposition entre, d'une part, l'obligation d'appliquer des sanctions, et, d'autre part, les principes généraux du droit international public. Ce qui déterminera en réalité les mesures que les parlements arrêteront en cas de guerre, ce seront tout naturellement les intérêts vitaux de leur Etat respectif. Est-ce qu'on peut s'imaginer que l'Angleterre courra le risque de la destruction de son empire, uniquement à raison de son adhésion à la Société des Nations ? *Fiat justicia, pereat patria,* c'est évidemment une devise qu'aucun pays ne voudra faire sienne, si attaché qu'il soit à l'idée de la Société des Nations. Mais cet adage reste néanmoins le principe de base des sanctions obligatoires

prévues par le Pacte de cette Société. Or, dès qu'il y a incompatibilité entre l'obligation de prendre des sanctions et les intérêts vitaux d'un Etat, cet Etat, en se refusant à accomplir ses devoirs de membre de la Société des Nations, devient automatiquement l'ennemi de ceux qui pratiquent les sanctions. *Paix ou Ragnarok !* Etablissement de la paix sur le volcan de la guerre ! ce sont les devises qu'on pourrait écrire en tête du Pacte de la Société des Nations, et, plus particulièrement, du Protocole de Genève de 1924 qui a trouvé, pour ces principes, des formules encore plus nettes que le Pacte.

Je ne mets nullement en doute la sincérité de l'enthousiasme des idéalistes qui espèrent voir triompher, dans les relations internationales, les principes du Droit et de la Justice. Ils conçoivent le Droit et la Justice comme d'origine presque divine, et ils méritent sûrement notre plus grand respect. Mais ils ne voient de la médaille que le côté représentant la Déesse de la Paix portant le rameau d'olivier, et ils oublient d'en regarder le verso où l'on trouve l'image du diable excitant les peuples et les dressant les uns contre les autres au nom emprunté de la Justice divine. Tout peuple a inscrit sur ses drapeaux la parole : La *destruction* de l'ennemi est un acte de justice. En effet, la justice n'est pas seulement un idéal moral. Elle englobe aussi le *droit* de contrainte à l'égard du rebelle. Cette conception ne prête à aucune critique tant qu'elle s'applique dans les relations entre des individus soumis à un ordre autoritaire et omnipotent. Mais, dans les relations entre les peuples, cet ordre fait défaut. Dès lors, exercer une contrainte, fût-elle basée sur le droit, signifie, dans le domaine international et dans les conditions actuelles, avoir le droit de provoquer au nom de ses propres intérêts égoïstes une catastrophe mondiale, lourde de conséquences. C'est identifier, avec l'idée de droit, le droit de détruire les hommes — identification représentant le côté infernal de la justice internationale. Mais cet aspect de la justice, il est vrai, reste imperceptible à ceux, idéalistes. qui n'en aperçoivent dans leur enthousiasme que le côté noble et divin. La Justice, me semble-t-il, est comparable au feu. Tant que nous la dominons, tant qu'elle est notre servante, elle est d'une utilité inappréciable. Mais dès que nous perdons notre pouvoir sur elle, dès qu'elle se libère de ses chaînes — et c'est précisément ce qui se produit dans les relations internationales — elle devient dangereuse, et incendie le monde entier.

Je voudrais enfin signaler un dernier aspect du problème. On ne l'aperçoit pas dans sa véritable ampleur, quand on ne regarde que le déguisement des intérêts vitaux des Etats en droits subjectifs, qui, s'annihilant réciproquement lors de leur réalisation, contiennent pour ainsi dire un appel direct déclenchant la catastrophe mondiale. En effet, dès qu'on l'analyse de plus près, on voit que la chimère juridique dont je viens de parler joue encore un autre rôle, non moins néfaste. Tant que la chimère de la souveraineté des Etats, de leurs droits et notamment de leur droit de dominer leur territoire en maîtres absolus, et de décider des questions intérieures sans égard aux intérêts des autres nations — tant que ces idées fantaisistes règnent dans les cerveaux des hommes, il sera impossible de prévenir le heurt des intérêts, origine de toute guerre. En d'autres termes : notre chimère juridique ne joue pas seulement un rôle de déclencheur de conflits existants, mais elle est aussi la base même des heurts. Comment,

en effet, serait-il possible de s'entourer de barrières douanières, de retenir des matières premières à son propre profit et au détriment des autres, de couper, par la possession de son territoire, les voies commerciales d'un autre Etat — comment, dis-je, de pareils faits pourraient-ils exister, si l'on ne s'inclinait pas devant cette chimère qu'est le principe de la souveraineté, accordant à tout Etat le droit absolu de dominer et de régler *tout* ce qui existe et se passe à l'intérieur de ses frontières ? Ce droit imaginaire est le principal obstacle à la division du travail entre les peuples, et à l'épanouissement d'une économie mondiale susceptible de remplacer, par une prospérité, au moins relative, la misère économique, génératrice d'un prolétariat de chômeurs qui augmente sans cesse. L'*esprit social universel* — qui, pour peu qu'on veuille amorcer une organisation pacifique du monde, doit être imprimé aux relations internationales — n'est qu'*une phrase vide* tant que les imaginaires droits de souveraineté des Etats continuent à s'opposer à une répartition équitable des matières premières, des forces du travail et des produits manufacturés.

Par ce qui précède, j'ai voulu souligner un aspect particulier de la responsabilité de la science juridique dans le destin des hommes et des peuples. Quelle est donc la véritable fonction de cette science ? Est-ce qu'elle a pour tâche de permettre aux juristes de visiter plus ou moins amplement certains compartiments d'un monde de l'esprit, ou est-ce qu'elle doit s'occuper uniquement des conditions qui existent dans le monde où nous habitons ? Quand on adopte ce deuxième point de vue, il faut que la science juridique renonce, sans retard aucun, aux méthodes dont elle s'est servie jusqu'ici. Les conceptions juridiques actuellement en vigueur n'ont-elles pas encore fait assez de dégâts ? Si la race blanche continue à construire, pour sa vie de nations civilisées, un monde de conceptions chimériques, et si elle ne se résout pas enfin à regarder en face la réalité sociale de ce monde, elle préparera sa propre destruction et l'avènement d'autres races qui se substitueront à elle.

TITRE II

LES PRINCIPALES ORIENTATIONS GENERALES DES DROITS

CHAPITRE PREMIER

SECURITE JURIDIQUE ET EQUITE

SAUER, *Sécurité juridique et justice.*

Il convient de rappeler sous ce chapitre :

a) en ce qui concerne le problème de LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LES MODES D'EXPRESSION DU DROIT l'étude de M. MAURY, OBSERVATIONS SUR LES MODES D'EXPRESSION DU DROIT : RÈGLES ET DIRECTIVES, classée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre IV, § 35.

b) en ce qui concerne LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LES POUVOIRS DU JUGE, outre l'article précité de M. Maury, celui de M. MARTY, ETUDE DE DROIT COMPARÉ SUR L'UNIFICATION DE LA JURISPRUDENCE PAR LE TRIBUNAL SUPRÊME, publié dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre III, § 122.

c) en ce qui concerne plus particulièrement LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LE POUVOIR DU JUGE DE CONTRÔLER LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS, les contributions sur le contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis et en France classées dans le Tome II, Troisième Partie, Chapitre IV, Sections III et IV, §§ 88 à 93.

§ 136

SÉCURITÉ JURIDIQUE ET JUSTICE

Par Wilhelm SAUER,
Professeur de droit à l'Université de Münster (Allemagne) (1)

Traduit par P. ROUBIER,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon
et H. MANKIEWICZ,
Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon

I. — Les notions de « sécurité juridique » (*Rechtssicherheit*) et « justice » (*Gerechtigkeit*) se trouvent actuellement enveloppées dans une véritable pelote de problèmes et d'obscurités. Le défaut de moyens de solution et l'absence d'une formation suffisante dans les disciplines de philosophie du droit et d'éthique sociale ont eu pour conséquence qu'on a suggéré, dans des manuels tout aussi bien que dans des conférences et articles de presse, d'abandonner purement et simplement ces notions, considérées comme superflues pour le juriste. Or, donner suite à ces invitations équivaudrait à la restauration du « bon plaisir » du côté des gouvernants et de l'insécurité de celui des gouvernés.

Les deux notions en question peuvent être définies provisoirement de la façon suivante : *Sécurité juridique signifie ordre et stabilité dans la vie juridique de l'Etat de droit.* La sécurité juridique a toujours été considérée comme l'une des bases essentielles et indispensables de tout organisme étatique. Mais l'expérience nous montre constamment que, dans des cas qui sont loin d'être des cas exceptionnels, la sécurité juridique, entre en conflit avec *la justice,* considérée comme non moins nécessaire dans tout Etat de civilisation moderne et qui passe pour être le premier des devoirs moraux et sociaux de celui-ci. (Elle est, en effet, la première des quatre vertus cardinales de Platon). D'une manière générale, on peut dire que *la justice,* tant désirée et tant de fois manquée, *consiste dans le traitement des efforts humains conformément à la valeur qu'ils représentent pour la*

---

(1) Cette contribution est un extrait, fait par l'auteur, de son livre *Rechts- und Staatsphilosophie. Eine systematische Einführung in das lebende Recht mit besonderer Berücksichtigung der Strömungen im Ausland,* Stuttgart, 1936, p. 415, ouvrage qui, dans ses § 8 et ss., contient un exposé détaillé des tendances qui se dessinent à l'heure actuelle dans la philosophie, la philosophie du droit et la sociologie en France et les autres Etats civilisés.

société (*étatique*). La mesure commune est donc le « principe de prestation » (*Leistungsprinzip*), vivement discuté, mais que nous continuerons à considérer comme étant la loi juridique fondamentale (le bien du peuple). Le particulier, en effet, n'a droit à être pris en considération par la communauté que dans la mesure où il lui apporte, ou s'efforce de lui apporter, des valeurs reconnues par celle-ci. C'est la justice sociale, visée par tout Etat moderne. La justice est la conscience de la nation. Rien ne saurait révéler d'une façon plus nette et plus précise la véritable nature de l'homme et de la nation que leur attitude à l'égard de la justice. Quand un homme, alors même que ce serait à son détriment, traite un autre d'après les principes de la justice, le peuple le considère comme un « homme honorable ». Les effets desdits conflits avec la sécurité juridique sont, dès lors, d'autant plus choquants.

Dans mon livre *Grundlagen des Prozessrechts* j'ai essayé de donner une vue d'ensemble des diverses conceptions de la justice (v. *op. cit.*, § 2 *in fine*). Platon la considère comme la vertu générale par excellence, Aristote comme la vertu sublime. Dans les droits romain et canonique (Augustin) elle est le *jus æqui et boni*, consistant à attribuer *suum cuique*. Spinoza conçoit la justice comme la ferme disposition à faire revenir à chacun en fait ce qui lui revient effectivement selon le droit; (c'est exprimer le bien d'une façon générique). Rousseau insiste sur l'amour du prochain et appelle la justice « l'amour des hommes dérivé de l'amour de soi ». Selon Kant il y a de l'injustice non seulement en la forme, mais aussi au fond (conception que les représentants modernes de l'idée de « l'acte matériellement contraire au droit » en droit pénal ne semblent pas connaître le plus souvent). D'après lui, Dieu doit être pensé comme un juge statuant conformément à la justice. « Rien n'est plus révoltant que l'injustice ». « Quand périt la justice, cela n'a plus de valeur qu'il y ait des hommes sur la terre » (formule dont le façonnement linguistique même souligne que c'est la « valeur » qui est décisive dans la vie). Spencer dit que la justice consiste en ce que tout être vivant doit « accepter » les avantages et tares de sa nature et des actes qui en résultent; (cette liaison de la justice à la responsabilité est vraiment excellente). Pour Wundt, le support de la justice est constitué par la volonté commune, c'est-à-dire par un ordre supérieur. Quant à R. Stammler, il voit la justice dans la concordance et l'harmonie du vouloir individuel avec la direction de la pensée collective.

Nous n'aborderons ni la systématisation, ni la critique de ces opinions. On remarque cependant à première vue un défaut, chez quelques auteurs, de précision logique. On sent l'absence, tantôt d'une notion supérieure, tantôt de différenciations, de sorte que les définitions qu'on nous donne valent autant pour d'autres valeurs supérieures. En effet, on ne saurait expliquer d'une manière à peu près satisfaisante ce qu'est la justice que dans le cadre d'un grand ensemble de civilisation, d'une conception systématique de la vie et du monde. Ni les essais d'interprétation monographiques, ni ceux utilisant d'une manière casuistique la méthode inductive, ne sauraient y aboutir. Et si — comme l'a constaté à juste titre Max Ernst Meyer — les juristes aiment choisir le problème de justice comme thème de leurs discours de fête (Rümelin, Heimberger, F. Exner et autres encore), on peut cependant retenir que — malgré les réserves qu'il convient de faire quant à l'exposé et aux conclusions de ces « discours solennels » — il s'y mani-

feste l'idée que la justice est quelque chose de solennel qu'il faut garder pour les rares jours de grandes fêtes. Ce ton de fête retentit encore dans les citations de poètes que nous trouvons à la fin de ces discours, celle par exemple de Schiller, Demetrius :

« ..... Gerechtigkeit
Heisst der kunstreiche Bau des Weltgewölbes,
Wo Alles Eines, Eines Alles hält,
Wo mit dem Einem Alles steht und fällt. »
Schiller, Demetrius.

I. On aimait autrefois dire que la sécurité juridique et la justice étaient concurrement les principes suprêmes du droit. Mais il est impossible de se contenter de ce dualisme, à moins qu'on ne nous dise lequel des deux principes a, le cas échéant, le droit de préséance. Or, bien que ce système de *relativisme* (Radbruch) soit susceptible d'assurer le respect de la sécurité juridique, il n'est cependant pas toujours apte à réaliser la justice. Cette difficulté n'est pas écartée, mais, au contraire, elle augmente, quand on ajoute à la sécurité juridique et la justice un troisième principe, à savoir l' « opportunité » (*Zweckmässigkeit*) (qu'on définit aujourd'hui quelques fois par le « bien-être du peuple » (*Volkswohl*) (2) ou le « Politique » (3). On ne saurait, en effet, concevoir, ni que l'opportunité puisse primer la sécurité juridique ou la justice, ni que le droit puisse avoir comme but autre chose (mais alors quoi ?) que la justice ou la sécurité juridique.

2. Le mouvement nationalsocialiste met l'idée de sécurité juridique à la charge du positivisme juridique qu'il combat et qui, d'après lui, en liaison avec le libéralisme, voit la valeur juridique suprême dans l'ordre (4). Mais il faut se demander, si, en revanche, le mouvement national-socialiste est prêt à considérer la justice comme le principe suprême du droit ; car, en tant qu'idée, celle-ci est marquée des traits de l'idéalisme, représenté par les grands défenseurs de l'idée de justice comme Platon, Kant, Schiller, et Hegel (5) et réalisé précisément par les porte-paroles du libéralisme. Il ne nous resterait donc que « l'opportunité » (le « Politique ») ou un système de relativisme ?

II. — On peut cependant accepter un *système de relativisme* en ce sens que, ainsi que nous allons l'expliquer, il peut y avoir prédominance tantôt de l'un, tantôt de l'autre des deux principes suprêmes que sont la sécurité juridique et la justice. Ce sont là, en réalité, des observations se rattachant à la *sociologie des sciences*.

I. — Dans des époques calmes, où ni l'*ordre politique, ni l'ordre social ou économique* ne sont exposés à des troubles, c'est la sécurité juridique qui occupe le premier plan. Quand les relations, et notamment le droit, subissent des modifications intervenant à une cadence accélérée, c'est au contraire la justice qui tend à tenir la vedette. Enfin, lorsqu'il

---

(2) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3e édition, 1932, p. 70 et ss.
(3) Franzen, *Gesetz und Richter*, 1935.
(4) Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, 1934.
(5) Actuellement par les représentants de l'idéalisme juridique, tels que Stammler, Binder, etc. *Cf.* Sauer, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, 1929, § 10, II.

s'agit de changements brusques, provoqués par la violence, la sécurité juridique disparaît complètement, et la justice — suivant le degré d'impériosité des événements — cède la place à l'opportunité (*Zweckmässigkeit*) pure et simple.

2. — Comme dans toutes les questions qui touchent à la philosophie du droit et à la philosophie sociale, le *caractère* et le *niveau de civilisation* (*Kulturstand*) du peuple sont essentiellement décisifs.

Quand on attache une grande importance aux usages, mœurs et coutumes — ce qui est le cas de l'Angleterre, mais aussi de l'Allemagne et des pays latins — la sécurité juridique prime tout ; sans elle, le culte anglo-saxon du « précédent » serait inimaginable. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la civilisation du peuple et sa jurisprudence soient déjà parvenues à un niveau assez élevé. Quand sa civilisation et sa jurisprudence sont encore en voie de se former — comme c'est le cas de peuples jeunes et évoluants — ce sera non pas la sécurité juridique, mais la justice, vers laquelle tendront tous les efforts. Les peuples imprégnés d'idéalisme — comme l'Hellade, la nouvelle Italie et l'Allemagne — feront avant tout l'éloge de la justice, rejetteront les considérations de pure opportunité et aspireront à réaliser toujours davantage l'idée de la justice. Et on est profondément frappé par l'antagonisme entre ces idéologies et la mentalité réaliste propre à l'ancienne Rome, à la France et aussi à l'Angleterre, où la sécurité juridique prédomine par rapport à la justice (qui cependant ne s'efface pas complètement). Ce n'est que dans des stades primitifs, où s'affirme encore l'instinct, que les considérations de pure opportunité (c'est-à-dire d'utilité privée de tout idéalisme) occupent la première place ; mais le danger qu'un tel régime ne s'installe existe également dans les groupements communautaires à caractère nettement autocratique qui, en effet, ont un penchant vers ce système.

3. — C'est d'ailleurs un terrain où s'accusent les particularités des diverses branches du droit. Le droit civil et le droit de la procédure tendent, dans leur ensemble, à réaliser la sécurité juridique, tandis que le droit pénal et quelques-uns des domaines du droit privé visent plus particulièrement la justice. Dans le droit administratif et dans une partie du droit public proprement dit (*Staatsrecht*) ce sont les considérations d'opportunité (liberté d'application) qui l'emportent ; mais ce devraient être les principes de sécurité juridique et de justice qui devraient prévaloir dans le droit public proprement dit.

III. — Il faut maintenant éclairer la *nature* et le *rôle* respectifs de ces principes. En regardant de près on s'aperçoit que les auteurs qui discutent sur leur prédominance comprennent ces concepts souvent dans des sens différents.

1. — Celui qui demande que *la sécurité juridique l'emporte sur la puissance de contrainte* et sur l'arbitraire pur et simple (c'est-à-dire sur l'*opportunité*) peut compter sur les applaudissements de tout homme doué de raison. Car la puissance pure donne naissance à la « contre-puissance », engendre la terreur et se creuse sa propre tombe. Dans ce cas, le terme de sécurité juridique est souvent employé comme synonyme de *justice*. Alors : *non pas puissance, ni opportunité, mais justice = sécurité juridique*.

2. — Souvent on oppose la *sécurité juridique* à la *sécurité du commerce*,

aux besoins du commerce et, dès lors, de nouveau, à l'*opportunité*, à laquelle elle devrait céder la place (cf. Code civil allemand §§ 929 et ss.). C'est ce qui se produit dans les droits privé, procédural et administratif, ainsi que dans le droit international public. L'opposition qu'on fait alors ressortir est, en réalité, l'opposition plus profonde entre la forme et le contenu. Quand, d'un point de vue purement formaliste, on conçoit la sécurité juridique comme un simple ordre, elle doit s'effacer devant les *nécessités de la vie* (*Lebensnotwendigkeiten*). Car la norme sert la vie et ses besoins ; elle n'est pas une fin en soi. C'est à cette signification de la norme que pense le mouvement national-socialiste quand il part en guerre contre « la sécurité juridique », « la logique », « l'ordre », « le paragraphe » et « la lettre » (6) ; mais il ne sous-estime cependant pas ces valeurs en tant que telles. Car, pour des raisons précisément de sécurité juridique, les normes (*Rechtssätze*) sont nécessaires. Alors : *non seulement sécurité juridique = ordre ; mais encore = progrès de la vie, et, dès lors, aussi dans ce sens = justice et opportunité.*

3. — La question se pose souvent de savoir si la décision doit tenir compte de la *sécurité juridique* — c'est-à-dire, dans ce cas, si elle doit *se conformer strictement aux normes* — ou si, à côté et en plus de la sécurité juridique, elle doit s'inspirer du principe de *justice* et, sourtout de *considérations d'opportunité*. Il convient de répondre par l'affirmative — et on le peut sans scrupules — dans la mesure où la sécurité juridique « laisse assez de jeu ». Tel est le cas quand on est en présence de lacunes et de contradictions des normes, quand il s'agit de clauses générales (bonne foi, etc.), ou encore de la libre appréciation du juge comme en droit pénal et en droit administratif.

Mais on ne peut jamais se passer de la sécurité juridique. Il en est ainsi, alors même qu'il ne s'agit que des questions de réglementation technique où les exigences de la sécurité juridique s'identifient d'ailleurs dans une large mesure avec ce qui est opportun, comme c'est le cas dans le droit de la procédure et le droit administratif. Dans tous ces cas, c'est l'établissement de la réglementation, et non pas le contenu de celle-ci, qui importe, et les problèmes de justice et même d'opportunité ne se posent pas. Il en est ainsi quand il s'agit de la réglementation de la circulation (doublage sur le côté droit ou le côté gauche, etc.), de la fixation de limites d'âge, de termes de prescription, de délais, etc. Et il en est ainsi, non point seulement pour les nombreuses dispositions de pure forme des droits civil, procédural et international public, mais encore pour des intérêts matériels qui peuvent se plier à l'idée de simple réglementation. Parfois, en effet, les parties au litige n'ont aucun intérêt autre que celui d'avoir une décision — quel que soit du reste son contenu — susceptible de servir dans l'avenir de règlement de leurs relations (relations de voisinage, relations contractuelles, etc.). Dans tous ces cas, il n'y a même pas de place, ni pour les considérations de justice, ni pour celles d'opportunité. Alors : *ce qui l'emporte en première ligne, c'est la sécurité juridique = conformité aux normes ; quand il y a place pour elles, entrent en ligne de compte la justice, et si besoin est, les considérations d'opportunité.*

---

(6) *Cf.*, par exemple, Schmitt, *op. cit.*

4. — Dans la mesure où l'on accorde à la *justice* et aux *considérations d'opportunité* un champ d'action, on le fait en se réclamant de l'idée du droit qui les explique. *Est juste et opportun ce qui sert au maintien et au développement de la communauté du peuple, unifiée dans l'Etat.* Cette définition utilise le concept de maintien et, dès lors, — mais dans un sens nouveau —, l'idée de sécurité juridique. On dit, en effet, que l'Etat vise avant tout sa propre sécurité et celle du peuple. *Sécurité juridique équivaut donc à sécurité du peuple.* Or, par là, il faut entendre le « bien-être du peuple » (*Volkswohl*) qui est aussi *la mesure suprême de la justice et de l'opportunité.*

Mais, à travers la définition que nous venons de donner, se manifeste la tension naturelle qui existe entre « maintien » (sécurité) et « développement ». C'est ce qui nous conduit à un autre problème que quelques-uns ont clairement posé, mais que la plupart ne sentent qu'obscurément. C'est le problème de savoir auquel des deux principes appartient le droit de préséance, à la sécurité juridique (au sens de sécurité de l'Etat) et au maintien des situations existantes, ou au développement du bien-être du peuple (dans le sens d'opportunité et de justice) ? Les deux principes ressortissent de l'idée même du droit. La discussion tourne donc autour de cette idée et des conditions posées à sa réalisation. Or, il n'est pas difficile de prendre position. L'idéal supérieur est certainement celui du développement, et non pas celui du maintien d'un état de choses existant, celui du progrès et non pas celui de la stabilité. Cette décision correspond à la conception « perfectionniste » de l'idée du droit et de la loi juridique fondamentale — conception que j'ai exposée ailleurs. L'idée du droit et la loi juridique fondamentale tendent, en effet, au perfectionnement. Elles ont donc une tâche éternelle, elles tendent à une fin à laquelle elles n'aboutiront jamais. Et, dès lors, elles doivent souvent se contenter d'un idéal plus proche, qui est celui du maintien des situations données. Il en résulte que, *en pratique,* la *sécurité juridique* prime de nouveau les *considérations d'opportunité,* souvent désignées par le terme de *justice.* Mais, ici les diverses branches du droit ne réagissent pas de la même façon. Dans le droit public proprement dit, dans les droits privé et procédural, et notamment dans le droit pénal, il faut se contenter souvent, et même dans la plupart des cas, des principes de sécurité juridique et de sécurité de l'Etat. En revanche. le développement du bien-être de l'Etat joue un rôle plus important dans le droit administratif et dans le droit international public. Alors : *en tout cas, sécurité juridique = sécurité de l'Etat et sauvegarde de l'ordre ; dans la mesure du possible, développement du bien-être du peuple, ascension dans le domaine de la civilisation, et augmentation des valeurs tendant à réaliser la justice* qu'est l'opportunité sociale dans un sens plus élevé. *L'ordre juridique* et *la sécurité de l'Etat* en tant que tels *trouvent* en dernière analyse *leur légitimation dans la justice et l'augmentation de la civilisation.*

5. — La *sécurité juridique,* au sens de *conformité aux normes* et d'*ordre,* s'oppose à la *justice* et aux *considérations d'opportunité supérieures* au sens qu'attribue à ces principes l'idée du droit. On se sert de cet antagonisme souvent inconsciemment, rarement sciemment. « La simple sécurité juridique », dit-on, a un rôle subordonné, et on parle d'elle souvent en termes désobligeants, en demandant qu'elle cède le pas à l'idée éter-

nelle du droit, à la justice, au droit qui est né avec nous, au droit céleste et divin. Mais, quand nous exigeons des renseignements plus précis sur la nature de la justice de ce droit supérieur, on nous sert de vagues périphrases ou bien des exemples sur des cas concrets, dont les particularités matérielles et juridiques, aux dires de nos interlocuteurs, exigent et justifient une décision non conforme à la règle. Il s'agit donc là d'une opposition entre la sécurité juridique au sens de conformité aux normes et stabilité, d'une part, et, d'autre part, la justice individuelle (concrète) et les considérations d'opportunité supérieures résultant, dit-on, de l'idée du droit.

Le juriste professionnel versé dans les affaires donnera la préférence à la sécurité juridique ; le juré, l'homme du peuple, et, peut-être, le juriste se piquant de modernisme opteront pour la justice individuelle. Ces derniers, dépourvus d'une expérience suffisante, s'attaqueront souvent à une décision conforme au droit en évoquant les particularités évidentes du cas concret qui demandent et justifient, selon eux, une décision non conforme à la règle. Le philosophe du droit appuyera leurs revendications en avançant que la loi n'entendait établir qu'une réglementation générique adaptée à la majorité des cas et que, si elle l'avait prévu, elle aurait réglé le cas dont il s'agit d'une manière différente.

Un jugement est juste, non pas quand il présente une décision satisfaisante dans le cas isolé, mais seulement quand il est susceptible d'être généralisé et de s'appliquer à des cas pareils ou analogues à celui dans lequel il a été rendu. Le jeune juriste qui n'est pas encore mûri est difficilement, le juré qui ne voit que le cas isolé est rarement, accessible à ce raisonnement et à cette vérité. Mais ils hésitent dès que le juge professionnel leur demande si cette même décision pourra être rendue au moment où ces cas isolés augmenteront en quantité. En effet, il peut être légitime de ne punir que légèrement un voleur de bicyclette isolé. Mais, lorsqu'il est susceptible de devenir récidiviste et que les délits se font plus nombreux — il y a, comme on sait, de véritables contagions criminelles —, alors l'application d'une peine de cette douceur aura des suites catastrophiques. C'est d'ailleurs l'idée que la décision doive être apte à être généralisée, qui est à la base de la pénalisation de simples infractions, de fraudes fiscales, d'interdictions d'omissions, etc.

D'autre part, si l'on jugeait le même cas aujourd'hui encore avec clémence et demain déjà avec sévérité, la conscience juridique de la population serait fortement éprouvée par cette instabilité jurisprudentielle. En effet, rien ne nuit davantage à l'idée de justice que de traiter différemment ce qui est identique et de mettre, par contre-coup, le criminel sur le même pied que le « gentil ». Les élèves d'une même classe veillent sévèrement à l'application de cette justice générique : ils se révoltent contre le maître qui installe le « favoritisme ». Un sentiment de justice d'une vigueur et d'une netteté analogues règne dans les districts de campagne où tout le monde se connaît et se juge instinctivement avec justesse. Que le maître d'école, le juge ou le législateur jugent sévèrement, cela on l'accepte, à condition qu'ils appliquent toujours la même mesure. Alors, on les approuve même finalement, et cela profite à la collectivité. Mais rien n'est plus préjudiciable à l'autorité du juge que le fait, par lui, d'appliquer aux parties des mesures différentes et d'accorder, par exemple, terme et délai

dans un cas quand il les refuse dans un cas analogue. Avant tout, aucune cause affectant le droit, aucun procès, aucune affaire administrative, aucun problème législatif, etc., ne doivent être considérés isolément à la lumière d'une justice individuelle. Ils exigent, dans tous les cas, une *appréciation d'ensemble s'inspirant du bien-être du peuple* qui, lui, réclame des *solutions aptes à être généralisées*. C'est là d'ailleurs le sens profond de cette impératif catégorique de Kant : Aptitude (de la décision) à servir de règle à une « législation générale ».

Conclusion : Importent avant tout la *sécurité juridique,* la *stabilité des jugements,* l'uniformité de traitement des choses de même valeur. Ceci est la *justice générique.* Elle prime la *justice individuelle* (7).

Les pays où l'évolution juridique va de pair avec une grande stabilité et se produit d'une manière organique — tels les pays anglo-saxons où règne le « précédent » et tous les Etats ayant un droit coutumier vigoureux — sont « supérieurs » aux pays où la vie juridique et étatique est la proie de changements brusques et non organiques. C'est dans ces pays-là, non pas dans les derniers, que se forme un « ethos » juridique uniforme qui est le fondement indispensable de toute ascension dans le domaine de la civilisation. Dans des époques révolutionnaires, en effet, la conscience juridique est exposée à des secousses, ou, du moins, à des inquiétudes, dès lors, se produisent des « crises de confiance », et c'est la raison profonde pour laquelle il faut triompher de ces époques le plus rapidement possible. Car la sécurité juridique engendre non seulement cette stabilité et cette uniformité dont nous parlions tout à l'heure, mais aussi la stabilité du comportement de la population, l'uniformité ordonnée et mesurée des évolutions juridique et étatique, ainsi que la confiance dans les juridictions et, dès lors, dans la direction de l'Etat, la croyance en la réalisation de la justice dans la vie, la propreté et la probité de la vie humaine et, enfin, la prospérité nationale et culturelle de la collectivité.

6. — Mais le problème le plus compliqué résulte d'une autre antithèse que voici : Une *norme juridique* (une disposition légale, une règle coutumière, un commandement du Führer, un règlement administratif ou une décision judiciaire) est en *opposition avec l'idée du droit* et, dès lors, *avec la justice générique.* Un autre aspect du même problème nous présente le cas, plus fréquent, où l'application de cette norme produit, dans le cas concret, un *résultat contraire* à la justice (individuelle ou générique). Dans ce cas-là, est-ce la sécurité juridique, c'est-à-dire l'application et l'exécution du *droit qui n'est pas juste* (*unrichtiges Recht*), qui doit prévaloir, ou faut-il assurer la victoire de ce qui est juste au fond sur le droit « formel » ?

a) Quand on recourt aux trois critères essentiels (les trois dimensions)

---

(7) L'éminent et expérimenté juriste qu'est l'ancien Président de Chambre au *Kammergericht,* M. Baumbach fait ainsi l'éloge de la *sécurité juridique* : « Elle est le bien suprême de l'ordre juridique; on se console plus aisément d'une injustice matérielle que d'une application du droit qui, parce que non prévisible, est ressentie comme arbitraire. » C'est une phrase extraite du « commentaire résumé », très apprécié, de son Code de la procédure civile, répandu à 67.000 exemplaires (*Kurzkommentar der Zivilprozessordnung,* 1935, p. 16). Espérons qu'elle sera approuvée, et appliquée !

du droit (8), on incline à penser que le droit qui, au point de vue du fond, n'est pas juste, n'est pas du droit du tout (9). Car ce droit-là, bien qu'il satisfasse au critère de forme, ne répond pas aux deux autres exigences de la nature du droit qui sont la conformité aux besoins du peuple et l'idée du droit.

b) Mais il est possible que l'autorité, de qui émane la règle dont il s'agit, ait estimé que cette norme était particulièrement propice à guider, former ou corriger la conscience du peuple et que, de ce point de vue, elle satisfaisait à l'idée du droit, alors que le juge du cas concret, l'agent administratif, qui exécute le règlement ou le commandement du Führer, etc., ou celui qu'on appelle scrutateur « objectif » professent une opinion contraire. Quand le problème se pose de cette façon, on incline à accorder la primauté à la sécurité juridique au détriment de la jurisprudence matérielle. Car quel est celui qui pourrait garantir que le second appréciateur se fait de ce qu'est le droit une idée plus juste que celui qui a porté la règle ? Et, par ailleurs, ainsi que nous venons de le voir, la sécurité juridique est un bien indispensable pour la justice matérielle. Il suit de là que, alors même qu'on risque, dans un cas concret, d'être injuste ou de subir une injustice, on ne saurait, dans l'intérêt de la collectivité, applaudir à ce que la norme juridique ne soit pas respectée, et il faut accepter la décision conforme à la loi comme une épreuve du destin.

c) Supposons maintenant un cas où la violation de l'idée du droit, du bien-être du peuple et de la loi juridique fondamentale (les trois « critères essentiels » du droit) soit hors de doute. Dans cette hypothèse, lequel des deux principes prime l'autre ? Est-ce ce qu'on considérera comme la sécurité juridique, qui passera là encore avant la justice pourtant évidente ? C'est là le problème du droit qui n'est pas juste (*unrichtiges Recht*), c'est-à-dire du droit qui n'a pas les trois critères essentiels du droit, et où la forme est en opposition avec le contenu. Le droit qui n'est pas juste est-il valable et obligatoire ? C'est là une question — pertinente dans le droit administratif et le droit de la procédure — qui dépasse le cadre de cette étude. Pour lui donner une conclusion pratique, nous ne présenterons que les réflexions suivantes :

aa) L'autorité, qui doit appliquer le droit qui n'est pas juste, doit utiliser tous les moyens dont elle dispose pour aboutir dans le cas concret à un résultat juste, c'est-à-dire conforme à l'idée du droit. Ce serait, en effet, un mauvais juge qui, pour ne pas se déranger, appliquerait purement et simplement la mauvaise loi et « s'excuserait » pour ainsi dire auprès des parties de son mauvais jugement en se retranchant derrière la « loi ». S'il n'a pas le pouvoir ou la permission de tourner la loi, alors — s'il s'agit du droit pénal — il peut, ou bien opérer avec le concept de la contrariété au fond du droit (matérielle Rechtswidrigkeit), ou bien se tirer d'affaire, soit par une application habile des formes de la faute, soit par une appréciation appropriée des preuves quand leur résultat lui laisse plusieurs possibilités d'appréciation ; dans les cas les plus graves, il faut

---

(8) V. à ce propos mon exposé intitulé *Le Droit vivant*, reproduit dans *IIe Annuaire de l'Institut International de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1936.

(9) Nicolaï, *Der Staat im nationalsozialistischen Weltbild*, 1933, p. 16.

ouvrir « la soupape de sûreté » qu'est la remise de la peine. Dans le droit civil, si les clauses générales ne sont d'aucun secours, il faut présenter un désistement, ou une reconnaissance, ou une transaction, comme un « devoir urgent » et ajourner le procès à une date éloignée pour exercer une certaine pression et éviter, en attendant, la décision injuste. D'autre part, il faut que le juge se garde d'employer ces moyens nullement « détestés » par les tribunaux, qui sont la fausse constatation des faits, l'appréciation sciemment fausse des preuves et l'artifice d'une interprétation violente. Il va de soi que le moyen suivi par l'autorité publique, à tout moment de la procédure, ne doit pas soulever d'objections. Alors : *aussi* dans cette hypothèse, *la sécurité juridique prime la justice concrète.*

bb) Si tous les détours possibles sont inopérants, le juge doit s'engager dans la voie, qui est la plus dure et constitue son ultime recours, et justifier devant soi-même et devant les autres la « nullité » et l' « inefficacité » de ce droit qui est injuste. C'est ainsi qu'on aboutit donc — il est vrai non sans hardiesse et génialité — à l'*harmonie* entre la loi et l'idée du droit, *entre la sécurité juridique et la justice.*

On reste donc, jusqu'à la fin, sur le terrain de la *sécurité juridique* par laquelle s'affirme en même temps la *justice générique.*

CHAPITRE II

LE DROIT DE LA PROPRIETE PRIVEE

TROTABAS, *La responsabilité de l'Etat en droit interne et le respect de la propriété privée.*
MARKOVITCH, *Dans quelle mesure pourrait-on recommander la limitation du droit de propriété ?*

La LIMITATION EFFECTIVE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE PAR SUITE DE CERTAINES RÉFORMES AGRAIRES est évoquée, à côté de M. Markovitch, qui étudie ce problème au point de vue du droit yougoslave, par M. A. IONASCO, LE FACTEUR ÉCONOMIQUE DANS L'ÉLABORATION DU DROIT CIVIL, RÉPERCUSSIONS DE LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE DE LA ROUMANIE SUR L'ÉVOLUTION DE SA LÉGISLATION EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRAT, étude publiée ci-dessous, dans le Chapitre VI : « L'influence des facteurs économiques sur le droit », Section I, § 149.

***

Un examen critique du STATUT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN ALLEMAGNE, ITALIE, POLOGNE ET U. R. S. S. se trouve dans l'article de M. GOLAB, DROIT CIVIL ANTILIBÉRAL, publié ci-dessous, Chapitre IV, § 142. Le droit de la propriété privée dans la Russie soviétique est étudié par M. FREUND, L'AVENIR DU DROIT CIVIL DANS L'UNION SOVIÉTIQUE, ci-dessous, Titre IV : « Les orientations particulières du droit de la Russie soviétique », § 160. Des principes de base du droit de la propriété privée dans l'Allemagne nationalsocialiste traite également M. RIEZLER, OBLITÉRATION DES FRONTIÈRES ENTRE LE DROIT PRIVÉ ET LE DROIT PUBLIC, ci-dessous, Chapitre V, § 143, tandis qu'on trouve des éléments sur la réforme de la liberté de disposer de ses biens à cause de mort, actuellement à l'étude en Allemagne, dans l'article de M. BOEHMER, CONTRIBUTION AU PROBLÈME DE LA RÉFORME DU DROIT A LA RÉSERVE LÉGALE EN DROIT ALLEMAND, publié ci-dessous dans le Titre III consacré au droit nationalsocialiste (§ 156).

§ 137

LA RESPONSABILITE DE L'ETAT EN DROIT INTERNE ET LE RESPECT DE LA PROPRIETE PRIVEE

Par Louis TROTABAS

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy,
Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence.

Parmi les théories juridiques qui ont subi, au cours de ces dernières décades, une évolution marquée, une place de choix doit être faite à la théorie de la responsabilité. Dans le droit public, cette évolution a conduit à substituer au principe primitif de l'irresponsabilité de l'Etat, sauf responsabilités exceptionnelles, le principe tout opposé de la responsabilité de l'Etat à l'occasion de dommages causés par le fonctionnement des services publics, sauf hypothèses exceptionnelles d'irresponsabilité. Cette transformation, particulièrement remarquable dans le droit public français, apparaît également dans la plupart des pays ; il suffit, pour s'en convaincre, de consulter les travaux du Congrès international de droit comparé qui s'est tenu à La Haye du 2 ou 6 août 1932. Une section de ce congrès a en effet adopté, *à l'unanimité*, des résolutions qui proclament très nettement le principe de la responsabilité générale de l'Etat en matière administrative (1).

Le développement de la responsabilité de la puissance publique, produit d'un long travail de la doctrine et de la jurisprudence, se justifie par des considérations de justice et de solidarité sociale ; il n'est pas juste de laisser à la charge d'une personne le dommage causé par le fonctionnement d'un service public dont profite, par définition, toute la collectivité. C'est l'idée d'un droit social, le désir de défendre l'individu isolé, c'est-à-dire le faible, qui ont déterminé cette évolution, et ses résultats ont été tenus, jusqu'à présent, pour généreux et conformes à l'avènement d'une justice sociale meilleure. Or, si l'enquête de droit comparé de 1932 a révélé une unité de pensée absolue entre les treize systèmes juridiques représentés (seules les modalités d'application, et le degré d'évolution du

---

(1) V. les travaux de la section IV sur la question XIII, « la responsabilité de l'Etat en droit interne », publiés dans les *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé,* Paris, Sirey, 1935, 3e partie. Les résolutions susvisées ont été d'ailleurs proposées et soutenues par le signataire de ces lignes, et le *Rapport général* qui concluait à leur adoption a été également publié, avec ces résolutions, dans la *Revue du Droit public,* 1932.

principe variant de pays à pays), une dissidence vient de se manifester récemment. M. Karadgé-Iskrow, formé aux solutions du droit soviétique qui s'opposent diamétralement à cette conception régnante, condamne en effet, au nom de la justice sociale, les solutions adoptées au Congrès de La Haye, tout en se défendant d'ailleurs de vouloir soutenir les principes du droit soviétique contre ceux du droit occidental (2). Cette condamnation met en cause la valeur sociale de la responsabilité en droit public. C'est à ce titre qu'il importe de peser les raisons qu'elle invoque, et de rechercher si les juristes qui ont pris parti pour le développement de cette responsabilité ont réellement fait fausse route, jusqu'à ce jour.

***

Il n'y a pas lieu d'entreprendre ici la critique détaillée des arguments présentés par notre collègue de Moscou, car toute discussion ou toute polémique, sur le terrain purement scientifique s'entend, ne présenterait qu'une valeur relative et un intérêt médiocre pour ces Etudes de droit comparé (3). Mais l'article publié dans les *Archives de Philosophie du droit* doit être retenu comme l'expression d'une attitude juridique dans la mesure où il réalise, conformément au programme de ces *Travaux d'introduction à l'étude du droit comparé* « une projection sur le plan juridique des directives générales du droit soviétique ». Le reflet de cette projection sur la doctrine occidentale de la responsabilité de la puissance publique doit être enregistré, et jugé.

Quelle est donc la raison profonde qui conduit le représentant des conceptions soviétiques à condamner la responsabilité de la puissance publique ? Il n'est pas difficile de la découvrir : la condamnation de cette responsabilité n'est que la conséquence d'une condamnation majeure, — celle du droit de propriété. Il est remarquable, en effet, de voir M. Karadgé-Iskrow retenir seulement, pour condamner le principe général de la responsabilité de la puissance publique, l'hypothèse des dommages causés par les faits de guerre. Sur ce terrain très spécial, il justifie sa critique en observant que le principe de responsabilité reste sans effet pour réparer le dommage à la personne, de telle sorte que le fondement de la règle se révèle purement « propriétariste ». Ce n'est pas la justice qui parle ainsi, dit-il, reprenant une formule de Karl von Stengel, c'est le capitalisme. Le principe de responsabilité de la puissance publique est-il donc discrédité par la protection qu'il accorde à la propriété privée ? .

---

(2) N. Karadgé-Iskrow, *Notes sur la responsabilité de la puissance publique en droit interne*, dans *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1936, p. 196.

(3) Il suffira de noter ici que le développement de ces arguments soulève les plus sérieuses réserves, tout au moins au point de vue du droit français. C'est ainsi que M. Karadgé-Iskrow entend par « responsabilité pour actes légaux » la responsabilité encourue à l'occasion du développement normal des activités publiques, ce qui comprend, dit-il, les dommages causés par les travaux publics et les actes qui constituent les faits de service du droit français (*op.* et *loc. cit.*, p. 196-197) : c'est confondre la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute de service, et le fondement de la responsabilité est un problème trop important pour être ainsi négligé. De même, la responsabilité « pour actes irréguliers des fonctionnaires » est étudiée sur l'exemple du service de la justice et de la réparation des dommages causés au cas d'erreurs judiciaires (*ibid.* p. 300) : c'est plutôt la responsabilité de service, ou de la puissance publique, qui est alors en cause, etc...

a) Il est d'abord tout à fait arbitraire d'éliminer la responsabilité relative au fonctionnement normal des activités publiques pour retenir une seule hypothèse, évidemment importante, mais qui demeure néanmoins exceptionnelle. L'hypothèse de la guerre se rapporte à une situation anormale, hors la loi, tandis que la question de responsabilité se pose et doit se résoudre d'après les données quotidiennes des problèmes juridiques, dans les contacts normaux de l'individu avec le service public. Quand bien même il serait vrai que les dommages de guerre ne peuvent pas engager la responsabilité de l'Etat (et l'on sait d'ailleurs que la chose n'est pas exacte, notamment pour le droit français qui s'est efforcé d'assurer également la réparation des dommages aux biens et des atteintes à la personne), on n'en serait pas moins contraint d'aborder le problème de la responsabilité à raison du fonctionnement quotidien et normal des services publics.

b) Ceci posé, nous conviendrons que la distinction entre le dommage aux biens et l'accident aux personnes est exacte, et bien connue, et nous regretterons sans réserve de voir le dommage matériel plus aisément et plus complètement réparé que le dommage corporel. Mais cette observation ne doit pas conduire à condamner le principe de responsabilité de l'Etat. Il faut, en effet, tenir compte de deux choses. D'une part, l'évolution même de la responsabilité, son développement logique, auquel s'oppose précisément la conception soviétique, doit conduire à la réparation des dommages corporels, comme à la réparation des dommages matériels. On ne doit pas ignorer que la jurisprudence administrative française a admis le risque professionnel avant le vote de la loi sur les accidents du travail (4), et que la législation des pensions assure la réparation des dommages corporels grâce au régime des pensions d'invalidité (5) et à certaines applications particulières, telle la loi de 1921 sur la réparation des accidents causés par les établissements de la défense nationale (6). De même, en matière de travaux publics, la distinction du dommage et de l'accident ne résulte pas d'une divergence sur le principe même de responsabilité, selon qu'il s'agit d'une atteinte aux biens matériels ou à la personne. Cette dualité de régime révèle simplement des modalités différentes dans la mise en œuvre du principe de responsabilité (7). D'autre part, le retard que peut encore marquer la réparation des dommages corporels ne permet pas de prétendre que la responsabilité de l'Etat est fausse dans son principe : il peut tout au plus montrer que cette responsabilité est insuffisamment développée dans son application. Il faut donc protester énergiquement contre le raisonnement, réellement décevant, qui prétend justifier l'irresponsabilité de l'Etat en opposant la réparation du dommage matériel à l'absence de réparation du dommage corporel. Serait-il vrai qu'une injustice subsiste à l'égard de certaines victimes de l'Etat (et l'on convient bien qu'il y aurait injustice à ne pas réparer le dommage à la personne), on ne peut

---

(4) Cons. d'Et., 21 juin 1895, *Cames*, concl. Romieu et note Hauriou, *Notes d'arrêts*, 1, 676.

(5) V. J. Delpech, *Pensions et retraites civiles et militaires*, Paris, Sirey, 1936, t. I, p. 33 et suiv.

(6) V. not. l'étude de P. Duez, *Revue du Droit public*, 1932.

(7) V. pour la compréhension de cette jurisprudence, A. Mathiot, *Les accidents causés par les travaux publics*, thèse, Paris, 1934.

en conclure qu'il faut aligner sur cette injustice toute la théorie de la responsabilité, et renoncer aux solutions plus heureuses qui permettent de réparer les dommages aux biens. Si l'on recherche réellement la justice et la paix sociale, c'est le raisonnement inverse que l'on doit faire : il faut aligner ce qui demeure injuste sur le juste déjà acquis. Cette attitude, qui est précisément celle du Congrès de la Haye, s'impose d'autant plus que la voie se trouve ouverte, et que l'état actuel du droit positif ne permet réellement plus d'affirmer, sans erreur, que la doctrine, la jurisprudence et la loi développent exclusivement la responsabilité de l'Etat en faveur des dommages causés à la propriété. Il est réellement impossible de prétendre que l'arrêt de cette évolution serait un progrès social.

c) Cette dernière observation conduit d'ailleurs à mettre en lumière l'argument principal dirigé contre la responsabilité de la puissance publique, et à mesurer sa valeur. Par son caractère « propriétariste », la responsabilité de la puissance publique serait au service de la propriété privée « inviolable et sacrée » : il suffirait dès lors de détruire ou de contester ces attributs pour enlever toute valeur au principe de responsabilité.

Certes, il est aujourd'hui d'usage, au nom de certaines conceptions sociales et politiques de combattre le droit de propriété. Mais, si l'on veut raisonner juridiquement, il faut renoncer à cette attitude et convenir que ce parti-pris contre la conception dite « propriétariste » du droit est mal fondée. Quand on dit de la propriété privée qu'elle est « inviolable et sacrée », il est certain que ces qualificatifs s'appliquent au *droit* de propriété, et non au bien, à la richesse sur laquelle porte ce droit. Et tout autre droit est également sacré, par exemple le droit à la liberté individuelle, à la liberté de pensée. C'est à raison du droit atteint que les violations ou les préjudices subis par le propriétaire doivent être réparés, et il n'y a là aucun privilège, car le principe de responsabilité permet la réparation des atteintes portées à tous les droits, et non pas seulement à celui qui porte sur les choses. Quand on attaque la « propriété inviolable et sacrée », c'est la notion même de droit que l'on détruit, et pas seulement, comme l'on dit, la puissance d'une classe dirigeante.

D'autre part, si les hommes de 89 ont voulu spécialement magnifier le droit de propriété, il est faux de présenter cette attitude comme le signe d'un état d'esprit matériellement « propriétariste », comme une manifestation de classe en faveur des possédants. Il ne faut pourtant pas oublier que la Révolution française a rompu les classes sociales, et par la disparition des privilèges, démocratisé la propriété. Le respect dont la propriété est entourée, dans le droit français révolutionnaire, s'explique plus par des considérations spirituelles ou désintéressées, que par des considérations matérielles. Les hommes du XVIII^e^ siècle savaient parfaitement que la propriété privée était à la base de la liberté politique, dont on se préoccupait bien avant 89, car c'est uniquement en faveur des droits de propriété que les Etats Généraux avaient revendiqué et obtenu, dès le XIV^e^ siècle, le droit de consentir l'impôt, germe de tous les régimes représentatifs. Et les ordres religieux, de tout temps, qui exigent le vœu de pauvreté, ont bien compris le sens de la propriété privée : le vœu de pauvreté, c'est la renonciation à la propriété individuelle, nécessairement lié au vœu d'obéissance, renonciation à la liberté individuelle. Dans le monde laïc, précisément, la Révolution devait mettre la propriété privée, déjà génératrice de la liberté

politique, à la base de la liberté individuelle. La déclaration des droits voit dans la propriété un moyen de défense et de protection de l'individu, c'est cela qu'elle magnifie, et non pas le bien matériel, la richesse qu'elle représente. L'individu doit pouvoir conquérir, par son initiative et son travail, un bien qui assure son existence, son indépendance, et, par là-même, l'épanouissement et le respect de sa personne. C'est ce respect de la dignité humaine, tant par les autres individus que par l'Etat, et non le respect matériel d'un bien ou d'un patrimoine, qui exige et justifie le droit de propriété. Au regard de l'individu, le droit de propriété est de même nature que l'indemnité parlementaire, les immunités et les incompatibilités au regard des gouvernants : seuls des esprits mal informés peuvent voir dans ce statut traditionnel des élus du peuple un ensemble d'avantages établis pour le bien-être du représentant, car sa fonction seule est en cause. Il en est de même pour le droit de propriété : il est faux de le présenter comme l'expression d'un privilège économique, et s'il n'était que cela, sa disparition et son abandon n'effraieraient personne de bonne foi. Mais la propriété privée est sacrée, on peut le dire sans honte, dans la mesure où elle est la condition d'épanouissement et de défense de l'individu, dans la mesure où elle établit non seulement son droit, mais encore sa fonction sociale. Ces considérations expliquent l'attitude de certains partis qui peuvent être socialement très avancés, mais qui sont fidèles au principe individualiste ; ils demeurent fermement attachés au droit de propriété (8). En revanche, combattre la responsabilité de l'Etat sous le prétexte de son caractère « propriétariste » est parfaitement dans la ligne des doctrines anti-individualistes et anti-libérales : sous la fausse apparence du désintéressement et de la libération de l'individu contre les forces économiques « propriétaristes », on poursuit l'asservissement de l'individu à l'Etat, et la dépersonnalisation de la société. Mais on conviendra que cette attitude s'explique plus, quoi qu'on dise, par un a-priori politique que par des raisons juridiques.

Enfin, il est un point encore qui achève de montrer l'erreur de l'attaque dirigée contre le principe de propriété à propos de la responsabilité de la puissance publique. C'est que cette attaque est conduite contre un poncif, dont on abuse réellement. La propriété « inviolable et sacrée », c'est, en tant qu'expression de la puissance du propriétaire sur sa chose, une image réellement périmée, qui ne correspond plus du tout à la réalité. Si l'on veut aujourd'hui discuter le droit de propriété, il faut le discuter *tel qu'il est,* et non tel qu'on a pu le concevoir il y a plus d'un siècle. Or, personne n'ignore que le droit de propriété a évolué depuis la déclaration de 89, et qu'il a subi, plus que tout autre principe juridique, l'effet du passage de l'absolu au relatif. La propriété privée n'est plus la forteresse économique et égoïste que l'on dit, et que l'on entend évoquer quand on rappelle la formule de 89. La propriété a subi une évolution qui a tempéré l'élément purement personnel du droit par l'élément social du devoir. Cette évolution a permis de mettre en valeur des aspects essentiels du droit de propriété, que les fameux principes de 89 avaient quelque peu négligés, mais que

---

(8) V. R. Capitant, « Les propos d'Alain ou l'idéologie de la troisième République », dans *Mélanges Paul Négulesco,* Bucarest 1935, p. 152.

la conception chrétienne de la propriété avait déjà dégagés. L'influence du droit public a largement contribué à les préciser (9). En l'état de cette évolution, un juriste ne peut raisonner, à l'heure actuelle, comme si le contenu de la notion de propriété était encore tel qu'on a pu le concevoir en 1789. Il est certes possible de dire que certaines formes de propriété ont échappé à cette évolution sociale, et présentent un caractère exclusivement capitaliste, telle la propriété anonyme des sociétés, ou des trusts, comme l'on dit aujourd'hui. Il est même désirable, à nos yeux, de poursuivre la transformation ou la disparition de ces propriétés, dans la mesure où elles trahissent l'ordre social individualiste et libéral, au lieu de le servir (10). Mais il ne faut pas oublier qu'il existe une différence de nature, et non pas seulement de degré, entre la grande et la petite propriété, entre la propriété anonyme et la propriété individuelle. Et, de toutes façons, il n'est pas juste de condamner, en évoquant exclusivement une forme périmée, une institution dont l'importance humaine, et non capitaliste, fait tout le prix.

***

Comme la matière des dommages de guerre, la matière, également exceptionnelle, de la responsabilité de l'Etat à propos du fonctionnement des services de la justice a pu être choisie pour établir le caractère « propriétariste » de cette responsabilité. On a pu avancer, en effet, qu'en cette matière, l'absence de réparation au cas de détention préventive, de perquisition, de séquestration, s'explique par le fait que les « classes régnantes » sont moins menacées par ces mesures, que par les violations de leur propriété. Or, cette irresponsabilité n'est pas aussi nettement acquise qu'on le dit, soit au profit de l'Etat, soit au profit de ses agents. Mais, surtout, l'évocation tendancieuse des « classes régnantes », comme celle de la propriété privée style 89, a l'inconvénient d'avoir un bon petit siècle de retard... Il est peut-être possible d'évoquer aujourd'hui avec quelque vérité le privilège des « classes régnantes » devant la justice si l'on raisonne en tenant compte des institutions et des coutumes d'un pays que l'influence démocratique n'a jamais pénétré. Mais on ne peut expliquer ainsi l'état de la doctrine française. Un siècle, ou peu s'en faut, de suffrage universel, et une longue pratique du parlementarisme moderne, ont réellement détruit chez nous, sur ce point surtout, l'idée même de privilège de classe, et rendu impossibles certaines pratiques judiciaires, telles que détentions arbitraires, instructions truquées et jugements sommaires, dont les années présentes fournissent malheureusement des exemples, — sous d'autres cieux.

Enfin, l'irresponsabilité de l'Etat est encore présentée comme un bienfait dans la mesure où elle condamne la tendance moderne du droit occidental à mettre à la charge de l'Etat la faute personnelle du fonctionnaire :

---

(9) Pour le développement de ces idées, qui sont bien connues des juristes, nous renvoyons aux deux études publiées par G. Renard et L. Trotabas, sur la *Fonction sociale de la propriété privée* (Paris, Sirey, 1930), où l'on trouvera exposés successivement, avec le point de vue philosophique, « la pensée chrétienne sur la propriété privée » et, avec le point de vue technique, « le régime administratif de la propriété civile ».

(10) « L'autorité publique peut... s'inspirant des véritables nécessités du bien commun, déterminer, à la lumière de la loi naturelle et divine, l'usage que les propriétaires pourront ou ne pourront pas faire de leurs biens » (*Quadragesimo anno*).

on affranchit ainsi l'agent public de sa propre responsabilité, qui serait un stimulant nécessaire de sa bonne gestion, et on se lance dans de très grandes difficultés pour délimiter les cas où l'Etat est responsable et ceux où il laissera l'individu lésé se retourner exclusivement contre le fonctionnaire fautif. Certes, ce problème de délimitation des responsabilités peut être délicat à résoudre, on en conviendra, mais depuis quand la difficulté d'une tâche justifie-t-elle qu'on s'y dérobe, si le devoir est de la remplir ? Et, d'ailleurs, le problème est déjà résolu, ou peu s'en faut, notamment par la jurisprudence française dite du cumul, et les résolutions du Congrès de La Haye tendant à élargir la responsabilité de l'Etat au cas de faute du fonctionnaire suppriment, par ce recouvrement, la plus grande part du problème de délimitation des responsabilités. Inutile, enfin, de discuter à nouveau, l'opportunité de laisser le fonctionnaire seul responsable de sa faute personnelle : on a observé depuis bien longtemps que si la responsabilité peut ainsi pousser l'agent au contrôle de ses actes (ce que le pouvoir hiérarchique et de surveillance permet d'ailleurs d'assurer aussi bien), elle entraînerait plutôt sa pusillanimité et son inaction. Surtout, elle conduirait à rendre illusoire la réparation du dommage causé évidemment par une faute personnelle, mais subi, par là-même, à l'occasion du service public. C'est cette considération pratique de la réparation effective du dommage qui est déterminante, car la fortune du fonctionnaire peut rendre vaine sa responsabilité personnelle si l'Etat n'intervient pas. Et l'on ne sera pas surpris de voir en fin de compte la doctrine d'irresponsabilité de l'Etat aboutir au sacrifice de l'individu soumis, sans réparation certaine, au dommage causé par le fonctionnaire comme à ceux causés par l'Etat.

⁂

A la doctrine dominante acquise à la responsabilité de la puissance publique s'oppose ainsi, sous l'influence des directives générales du droit soviétique, une conception nouvelle qui prône l'irresponsabilité de l'Etat, et prétend réaliser plus de justice en supprimant tous les cas de protection démesurée de la propriété privée. Si cette justice est meilleure, comme on nous le dit, il faut préciser du moins qu'elle ne peut avoir de sens que dans un monde d'où le respect de la personnalité, reposant sur l'individualisme et la liberté, fruits de la propriété privée, est préalablement banni. Ainsi, la critique dirigée contre les résolutions du Congrès de La Haye révèle plus qu'un désaccord de portée juridique. Entre la conception dominante de la responsabilité de la puissance publique et la conception restrictive, qui nous est proposée comme un progrès et un bienfait, l'option est déterminée par la conception de l'Etat et du rapport de l'individu et de l'Etat. Réduire la responsabilité de l'Etat peut paraître chose désirable aux yeux de ceux qui sont pénétrés du « complexe de supériorité » qui magnifie les solutions du droit soviétique : laisser le sacrifice causé par une activité publique à la charge de celui qui le subit est évidemment conforme à l'ordre social et politique qui repose sur la dépersonnalisation des individus, et qui prétend assurer le bonheur de tous aux dépens de chacun (11). Pour tous ceux, au contraire, qui, sur le plan juridique comme sur

(11) A. Gide, *Retour de l'U. R. S. S.*, Paris, N.R.F. 1936, p. 48.

le plan politique, social, moral, philosophique ou religieux, croient à la dignité de la personne humaine, le principe d'irresponsabilité de l'Etat est inconcevable. Ce n'est point l'individualisme jacobin que nous voulons opposer au collectivisme et à l'anonymat qui caractérisent certaines conceptions politiques modernes. C'est le côté humain du problème, plus que son côté politique, qui nous retient. Devant tout problème de responsabilité, l'individu, victime ou responsable, est toujours en cause, à la fois sous son aspect matériel et spirituel, même quand il s'agit d'un modeste problème de riveraineté ou de mur mitoyen. Et c'est pour lui que nous demandons non seulement le maintien, mais encore le développement de la responsabilité de la puissance publique, pour soumettre à ses règles toutes les hypothèses dans lesquelles elle ne s'applique pas encore. Le développement de la responsabilité de la puissance publique ne risque d'ailleurs pas, comme on le prétend, de compromettre les finances de l'Etat. Le dommage subi représente pour l'économie nationale un préjudice constant, soit qu'il reste à la charge d'un individu, quand il n'y a pas responsabilité, soit qu'il se trouve réparti sur la collectivité, quand il y a responsabilité. Le principe de responsabilité réalise simplement une option entre deux procédés de répartition d'une charge publique : répartition individuelle pour qui supporte le préjudice, ou répartition collective pour qui supporte l'impôt. On voit par là que la responsabilité de l'Etat réalise une conciliation précieuse, et unique, entre l'intérêt individuel et la solidarité sociale. Et c'est au droit de propriété, à ce qu'on nous dit, s'il est le fondement ou l'inspirateur de cette responsabilité de la puissance publique, que l'on doit cela. Alors, si l'on doit choisir, c'est le système juridique dit « propriétariste » qui paraît le meilleur. Car la propriété est trois fois sacrée, peut-on dire aujourd'hui, puisque reposent sur elle ces trois biens mille fois plus précieux que les richesses qu'elle exprime : la liberté politique, qu'elle a permis de conquérir, — l'individualisme, qu'elle a consacré et assuré, — et la solidarité sociale, dont elle a donné le sens.

Et l'on notera, pour terminer, que ce développement de la responsabilité de la puissance publique où conduit, dit-on, le droit de propriété, ne risque pas, ce qui est encore important, de ruiner le prestige et l'autorité de l'Etat. Il ne faut pas oublier, en effet, que la responsabilité est signe de force, et non de faiblesse. L'irresponsable, c'est le mineur, le fou, ou, dans les institutions constitutionnelles, l'organe auquel les pouvoirs effectifs de gouvernement sont refusés. L'Etat doit être responsable envers ses sujets, car sa responsabilité est le signe et la mesure de sa puissance et de sa force, que l'individu ne doit pas redouter quand elles ne sont pas arbitraires. Ceux qui sont portés à sacrifier les droits de l'individu et à magnifier les conceptions totalitaires de l'Etat, devraient, moins que tous autres, ne pas l'oublier.

§ 138

DANS QUELLE MESURE POURRAIT-ON RECOMMANDER LA LIMITATION DU DROIT DE PROPRIETE

Par Ced. MARKOVITCH † *

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade.

La matière énoncée dans le titre ci-dessus était une des questions discutées au *Congrès des juristes slaves* qui a eu lieu à Bratislava (Tchécoslovaquie), du 8 au 10 septembre 1933 ; le présent article n'est que la traduction littérale du rapport que j'avais présenté au Congrès et qui a été publié en serbo-croate dans le *Pravosudje*, revue de jurisprudence (Belgrade, 1933, N^os^ 15-16).

Pour avoir une réponse satisfaisante à la question de savoir dans quelle mesure la limitation du droit de propriété pourrait être recommandée, il faut, tout d'abord, être d'accord sur la notion, sur l'objet et sur le titulaire du droit de propriété, ainsi que sur les points de vue suivant lesquels la réponse doit être donnée. Ceci est incontestable, sans doute, mais dans notre cas, il est tout de même particulièrement nécessaire de le mettre en évidence. Car, le thème est *trop vaste*, peut-être même très imprécis; cela résulte aussi bien de la diversité d'objets du droit de propriété que de la multiplicité des limitations possibles, de même que de la diversité de titulaires de ce droit. Il est donc évident qu'à la question ainsi posée on ne peut attendre qu'une *réponse de principe*.

Notion, objet et titulaire du droit de propriété

On peut citer deux textes de loi qui expriment la notion moderne du droit de propriété :

« La propriété, d'après son contenu, est le droit le plus étendu que, *d'après la loi*, on puisse avoir sur une chose ». (Code général des biens pour

---

(*) L'auteur de cette contribution avait brillamment marqué sa place dans l'enseignement, d'abord à l'Université de Soubotitza, puis à celle de Belgrade. Sa mort, survenue dans les derniers mois de 1937, interrompt une production de travaux juridiques en langue serbe où s'affirmait une forte culture de sociologue, de philosophe du droit et de comparatiste. Son héritage scientifique pourra heureusement être entretenu par un fils, Milivoië Markovitch, auquel la bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon doit l'un de ses meilleurs volumes (tome 41, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, 1936).

la Principauté de Monténégro de 1888, art. 831), et « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en *disposer librement dans les limites de la loi* » (Art. 641 c.c. suisse).

En réalité, il en est de même déjà d'après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui a élevé le droit de propriété au rang des « droits naturels et imprescriptibles ». L'exercice de ces droits « n'a d'autres limites que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » (pour que les autres membres puissent jouir des mêmes droits, il est tout d'abord nécessaire qu'ils les possèdent en réalité), et cela parce que ces droits ont été auparavant, non seulement limités, mais aussi violés (confiscation des biens) par le bon ou mauvais vouloir des gouvernants ; désormais, ils ne *peuvent être limités que par la loi.* La loi est une œuvre humaine consciente et variable ; par conséquent, le droit de propriété, considéré par rapport au législateur, n'est point sacro-saint ni absolu. C'est donc un fait notoire que le droit de propriété est susceptible de limitation, aussi on ne peut concevoir de désaccord à ce sujet.

Une divergence de vues pourrait apparaître lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet du droit de propriété ; car, comme il est bien connu, le concept de *droit de propriété* est employé soit au sens large, soit au sens étroit. Dans sa conception la plus large le droit de propriété est identique au patrimoine : « Au sens juridique du mot, la *chose* est tout ce qui n'est pas un être humain et qui sert à l'usage des hommes » et « Tout ce qui appartient à quelqu'un, toutes ses choses corporelles et incorporelles s'appellent sa propriété » (§§ 285, 353 du c.c. autrichien ; §§ 182, 211 c.c. serbe). Il en est, à peu près, de même dans le droit français (art. 516, 526, 529, 544 c.c.). D'après la Constitution du Royaume de Yougoslavie, la propriété est, jusqu'à un certain point, identique au monopole : « Les mines, eaux thermales (minérales) et sources, ainsi que les forces naturelles, sont la propriété de l'Etat ». Dans sa conception plus étroite, l'objet du droit de propriété est représenté ou bien par les choses corporelles uniquement (art. 813 du Code général monténégrin ; §§ 90, 903 du c.c. allemand), ou bien encore par « les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation » (art. 713 du c.c. suisse). Même dans le droit allemand, où le droit de propriété, d'après les dispositions du code civil, est limité aux seules choses corporelles, on emploie les termes *propriété minière* et *propriété industrielle ;* et dans la littérature et la jurisprudence allemandes on rencontre l'opinion que, par la notion de propriété, au sens de la Constitution (allemande), l'on doit entendre « tout droit privé patrimonial » (art. 153 de la Constitution de Weimar : « La propriété est sous la protection de l'Etat. Son contenu et ses limites sont déterminés par les lois.... La propriété oblige. Son usage doit en même temps servir au bien commun »).

Il serait toutefois plus avantageux pour la terminologie juridique de limiter la conception du droit de propriété aux seules choses corporelles et de ne pas la confondre avec la notion du patrimoine ; mais les raisons que l'on allègue pour la limitation du droit de propriété, sont, en général, les mêmes pour tous les droits patrimoniaux. Actuellement, par exemple, la réduction des dettes agrariennes par voie légale dans les pays agricoles s'impose de la même manière que la réforme agraire s'était imposée naguère et s'impose encore aujourd'hui ; un pouvoir absolu de certains particuliers sur les forces naturelles susceptibles d'appropriation pourrait

avoir pour autrui ou pour la communauté des conséquences presqu'aussi nuisibles que l'aurait la propriété foncière illimitée ou bien la propriété illimitée de grandes masses de denrées alimentaires. C'est pourquoi l'on devrait entendre ici la notion du droit de propriété dans le sens le plus large, dans celui du patrimoine. En réalité, dans ce cas aussi, le point central du problème est représenté par le droit de propriété portant sur les choses corporelles, et en premier lieu sur le sol, sans lequel, comme on l'a dit plus d'une fois, il ne pourrait y avoir de vie, de même qu'il ne pourrait y en avoir sans soleil, sans eau et sans air. Que ferait-on si, par hypothèse, les particuliers devenaient maîtres absolus de ces facteurs de la vie ?

Les titulaires du droit de propriété sont non seulement des particuliers, mais aussi des personnes morales tant du droit privé que du droit public, y compris les Etats. Les particuliers peuvent être ou bien citoyens nationaux ou bien étrangers, de même que les personnes morales peuvent être ou nationales ou étrangères. Or le droit de propriété peut aussi être limité eu égard aux titulaires, et cela non seulement d'après leur profession ou leur but, mais encore d'après leur nationalité. La limitation du droit de propriété quant aux étrangers, relevant du domaine de la politique internationale, fournit à elle seule la matière suffisante pour un thème spécial. Si elle aussi était donnée comme le sujet de discussion, on prendrait pour point de départ le fait qu'en principe on reconnaît aux étrangers les mêmes droits privés qu'aux titulaires nationaux ; mais en même temps il faudrait constater qu'en l'état actuel des relations internationales, le besoin se fait sentir de faire établir certaines exceptions à cette règle en faveur des titulaires nationaux.

Point de vue sociologique

La sociologie est la science générale de la société. Elle a pour objet l'ensemble des phénomènes sociaux dans toute leur complexité. Dans la sociologie, comme dans les sciences naturelles, on constate les faits et on recherche le rapport de causalité ou les lois qui en résultent : les mêmes causes dans les mêmes circonstances produisent les mêmes effets. Il faut cependant remarquer que, même dans les sciences naturelles, il arrive souvent qu'en raison de circonstances imprévisibles, la réalisation des phénomènes déterminés se présente plutôt comme probable que comme certaine. Plus fréquemment encore, c'est le cas dans le domaine des phénomènes sociaux, où l'homme lui aussi est l'un des nombreux facteurs, avec ses sentiments, ses croyances, ses intérêts, sa raison et sa volonté.

Dans la sociologie juridique, qui est une partie de la sociologie générale, on recherche les causes, les manifestations et les effets des règles juridiques et des institutions juridiques. C'est par là que la sociologie juridique devrait être distinguée de l'histoire juridique qui se bornait, — du moins jusqu'à ces tout derniers temps, — à rechercher les règles juridiques du passé et à les exposer d'une manière plus ou moins systématique. Mais les résultats auxquels on est arrivée en sociologie juridique ne dépassent pas beaucoup la constatation de certains faits dont nous allons rappeler ici quelques-uns.

Dans le passé existaient, et actuellement existent encore, la propriété individuelle et la propriété collective, la propriété privée et la propriété publique (propriété appartenant aux institutions de droit public, le fisc). L'une comme l'autre sont donc possibles ; la nature des choses n'impose point l'une à l'exclusion de l'autre. C'est la constatation la plus importante et la contribution la plus considérable que l'histoire juridique, ou, si on le veut, la sociologie juridique, fournissent à la solution du problème qui nous occupe ici.

Dans l'histoire du droit de propriété on remarque un mouvement qui part de la propriété plutôt collective et mène vers une propriété plutôt individuelle, et puis, surtout dans les temps les plus récents, un mouvement qui va de la propriété individuelle vers la propriété collective ; pourtant la sociologie ne nous montre pas encore quelle est la loi qui régit le refoulement d'une forme par l'autre et la transition de l'une vers l'autre. Ainsi, par exemple, les historiens affirment que, jusqu'à la conquête espagnole, l'Etat des Incas (Pérou), avait été organisé sur une base communiste, que la civilisation y avait atteint un très haut degré et que la terre y avait été cultivée d'une manière intensive. Comment y était-on arrivé à cet état de choses ; les habitants de Pérou se sentaient-ils mieux ou plus mal que les habitants des autres pays de la même époque, dans lesquels régnait un autre régime de propriété, — nous n'en savons rien. Et nous ne pouvons non plus savoir comment ce régime aurait continué à se développer et quelle civilisation il aurait donnée sans l'arrivée des conquérants européens. C'est seulement la Russie actuelle qui, avec son expérimentation grandiose, fournira les éléments nécessaires à une comparaison complète entre les conséquences de la propriété individuelle et celles de la propriété collective. Il serait, sans doute, trop tôt de déduire dès maintenant les conclusions des rapports de quelques observateurs objectifs (comme BRUCE-HOPPER), suivant lesquels, par exemple, sur le territoire de l'U. R. S. S. il y avait avant la guerre 14.000 médecins, tandis qu'en 1931 il y en avait 92.123, ou, suivant lesquels, la grande masse de la population de la Russie ne souffre pas davantage maintenant qu'elle ne souffrait auparavant.

Même en dehors de la Russie, l'étatisation de nombre d'entreprises est déjà en cours ; l'intervention de l'Etat dans les rapports économiques devient chaque jour plus intense ; on opère l'expropriation pour cause d'utilité publique ; par le prélèvement des impôts et des taxes successorales, l'Etat devient en réalité copropriétaire et cohéritier.

La propriété foncière a été depuis longtemps limitée dans une certaine mesure sous forme d'impositions et de servitudes. Même dans le droit romain, de caractère absolu et individualiste, lorsqu'il s'agissait du droit de propriété foncière, la jurisprudence ne permettait pas chaque abus, quoique ce droit se présentât formellement comme un droit absolu. Dans une certaine mesure et dans un certain sens, le droit de propriété, aussi bien de propriété foncière que de propriété sur les meubles (choses corporelles et choses « incorporelles »), se trouve déjà limité par un nombre de lois. Dans le Royaume de Yougoslavie, par exemple, le droit de propriété est limité par les lois et les décrets suivants (que nous citons sans tenir compte de l'ordre chronologique ni de toute autre classification) : lois et décrets

sur la réforme agraire, sur les mines, sur les forêts, sur les eaux, sur les bains, sur les monopoles d'Etat, sur l'expropriation, sur les bâtiments, sur les associations hydrauliques, sur les droits d'auteur, sur la propriété industrielle, sur l'assurance obligatoire des semailles et récoltes, sur l'importation et l'exportation, sur la protection des agriculteurs, sur la réglementation des paiements des épargnes, sur la lutte contre la vie chère, sur le port d'armes, sur l'importation et la vente de la poudre à canon et des matières explosives, sur les mesures hygiéniques et les mesures de sûreté dans les établissements industriels, sur les spécialités pharmaceutiques, etc... Il suffit, d'autre part, de mentionner les limitations que le droit de propriété a subies pendant et immédiatement après la guerre et qui déjà appartiennent au passé. Tout cela montre que de telles limitations, et d'autres limitations pareilles, peuvent même aller jusqu'à la suppression complète de la propriété privée sur certains biens déterminés.

Le passé et le présent nous enseignent que l'on acquiert la propriété individuelle ainsi que la propriété collective par le travail ; cependant, nous apprenons que ces deux sortes de propriétés peuvent aussi provenir des différentes formes du vol, lequel avait été jadis considéré comme une source régulière de richesse lorsqu'il s'agissait du vol des biens ennemis.

Il est à la fois incontestable et compréhensible que la propriété privée représente pour les individus, laissés à leur propre sort dans la lutte économique, le stimulant de leur activité et de leur esprit d'économie ; mais en revanche la propriété privée rend possible la vie parasitaire, et, ce qui est encore pire, elle est la cause d'une grosse partie de la misère humaine, la cause d'immoralité de toute espèce, et c'est encore elle qui, directement ou indirectement, donne lieu à l'accomplissement de la plupart de délits. C'est à la sociologie juridique qu'appartient d'examiner plus profondément cet aspect du droit de propriété, aspect qui jusqu'à ces tout derniers temps a été assez négligé.

Dans la sociologie juridique, on recherche et on examine, on constate et on décrit, mais *on n'apprécie point* et *on ne recommande rien*. Par conséquent, envisagées du point de vue de la sociologie juridique, la propriété individuelle et la propriété collective, propriété de droit privé et propriété de droit public, propriété plus ou moins absolue et propriété plus ou moins limitée, ne sont que des faits, qui, comme tous les autres, ont leurs causes et leurs effets. Pour la sociologie juridique, ces différentes sortes de propriété ne sont ni choses sacrées ni malédiction ; elles ne sont que des formes, variables selon la volonté humaine, par lesquelles se manifeste la participation des membres d'une communauté sociale déterminée à la jouissance des biens matériels de la vie.

Point de vue économique

C'est le point de vue de la production en vue de satisfaire les besoins actuels de la vie et d'assurer la satisfaction des besoins futurs, ou, tout court, le point de vue de la production et de l'épargne.

Or, du point de vue économique, la réponse à la question de savoir

dans quelle mesure la limitation du droit de propriété est recommandable, dépend de la réponse à une autre question, à savoir : dans quel régime de propriété produit-on et épargne-t-on davantage, dans le régime de la propriété plus ou moins illimitée ou bien dans celui de la propriété plus ou moins limitée ?

Une réponse précise ne pourrait être donnée à cette seconde question, car on n'a pas encore rassemblé et classé les données nécessaires. Mais nous vivons dans une époque où la forme prépondérante du droit de propriété est celle de la propriété privée, plus ou moins illimitée, et nous sommes témoins du fait suivant : d'une part, on produit certains biens en quantités énormes, et il arrive parfois que l'on en détruit une partie intentionnellement afin de maintenir les prix, tandis que, d'autre part, des millions de chômeurs subissent la disette de ces mêmes biens, végètent plus ou moins grâce à l'aumône et entreprennent « la marche des affamés » sur les centres où il y a des personnes qui à cette même époque vivent, sans travailler, dans l'abondance et le luxe. Ce fait a imposé (non pas pour la première fois dans l'histoire) l'idée de l'économie dirigée. L'économie dirigée exige une certaine limitation du droit de propriété, autre que les limitations qui existent déjà dans les pays où on l'introduit ; cette limitation est recommandable en tant qu'il est nécessaire de faire régner dans l'économie nationale et mondiale l'ordre au lieu du chaos.

Lorsqu'il s'agit de répondre à la question posée sur la production et l'épargne, ainsi que lorsqu'on traite de l'économie dirigée, il ne faut point perdre de vue que, d'une part, les hommes, dont le nombre augmente sans cesse, représentent à la fois et les consommateurs et le moyen de production, et que, d'autre part, il devient nécessaire de les soumettre à la rationalisation, — comme l'avaient d'ailleurs préconisé certains penseurs de l'antiquité, — vu que les places libres pour la colonisation et l'émigration ou pour la réforme agraire font de plus en plus défaut.

Point de vue le la philosophie du droit

Puisque la production et l'épargne ne sont pas par elles-mêmes le but à atteindre, mais seulement le moyen de satisfaire les besoins de la vie, on devrait avoir — avant de répondre à la question, dans quelle mesure la limitation du droit de propriété est-elle recommandable — non seulement la réponse à la question de savoir si l'on produit et si l'on épargne davantage dans l'un ou dans l'autre régime de propriété, mais aussi la réponse à la question : est-ce que les besoins *de tous* (et non pas seulement les besoins d'un certain nombre plus ou moins grand d'individus) trouvent une satisfaction plus complète dans l'un ou dans l'autre régime ; en d'autres termes, lequel des deux régimes fournit-il, d'une manière plus complète, *à chacun ce qui lui appartient* (*suum cuique*) ? Il faudrait donc, suivant la conception que l'on a de la justice, ce problème fondamental de la philosophie du droit, donner aussi préalablement la réponse à la question : dans lequel des deux régimes de propriété la participation de tous les membres

du groupe social à la production et à la répartition des biens se présente-t-elle comme plus équitable ?

Ceux qui trouvent injuste l'état actuel de la production et de la répartition des biens, et pensent que cela vient du régime de propriété plus ou moins illimitée, n'hésiteront sans doute pas à déclarer que la limitation du droit de propriété est recommandable dans la mesure nécessaire à écarter l'injustice, si seulement ils sont capables de s'élever au-dessus de leurs propres intérêts éventuellement opposés à cette déclaration.

Point de vue de la philosophie sociale

La question du but de la communauté humaine représente le problème central de la philosophie sociale. Telle qu'elle a été précisée par la philosophie sociale, la conception de ce but a été adoptée par quelques Constitutions, créées sous le signe des idées triomphantes de liberté, d'égalité et de fraternité.

C'est *le bien-être des citoyens* (1) (Déclaration des droits de l'homme, en Virginie, du 12 juin 1776), le *bien-être de tous* (Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, du 3 septembre 1791), le *développement du bien-être commun* (Constitution suisse, du 29 mai 1874), la création de la possibilité pour chaque citoyen de gagner sa vie par son travail, et, en cas de chômage, l'obligation pour l'Etat de s'occuper de la subsistance du chômeur (Constitution allemande du 11 août 1919).

Tous ceux qui pensent comme Aristote « que le meilleur gouvernement est celui dont la constitution serait telle que chaque citoyen puisse être vertueux et vivre heureux », seront d'avis que *la limitation du droit de propriété est recommandable dans la mesure où elle crée la possibilité pour chaque citoyen, capable de travailler, de vivre — à la sueur de son front — honnêtement et d'être heureux ; seuls ceux qui sont incapables de travailler seraient admis à vivre du travail des autres.*

La résolution du Congrès pourrait être rédigée dans ce sens.

Elle ne contiendrait rien de concret ; elle ne serait qu'une résolution de principe, ce qui d'ailleurs correspond à la question posée d'une façon générale.

Elle ne contiendrait rien de nouveau. Elle n'aurait qu'à évoquer l'ancienne idée du but final et de la justification de l'Etat ; elle n'aurait qu'à exprimer le désir de tous ceux qui ne veulent pas vivre aux dépens de leur prochain et n'acceptent pas la disette alors que la nature offre à tous ceux qui veulent travailler la possibilité de satisfaire au moins leurs besoins les plus pressants.

---

(1) On rencontre la même idée déjà dans le code de Hammourabi, roi de Babylone (xx[e] siècle av. J.-C.), ce que j'ai particulièrement souligné dans ma traduction serbe de cette loi. « Chef-d'œuvre de la pensée humaine ».

POINT DE VUE DE LA POLITIQUE JURIDIQUE

En recherchant le but de l'Etat, le philosophe social part de l'hypothèse que l'Etat est fondé et qu'il se maintient par une entente entièrement libre de ses membres. Il imagine un tel Etat que pourrait accepter volontiers tout homme raisonnable, même s'il était capable de vivre en dehors de tout Etat. Mais la réalité est toute différente. Et le politique juridique en tient compte. Lorsqu'il est sans préjugés, et lorsqu'il s'élève au-dessus de tout intérêt de groupe, le politique juridique se demande, — après un examen complet de l'état de choses dans un pays déterminé, en tenant compte de toutes ses actuelles forces matérielles et morales, — dans quelle mesure le bien-être commun est réalisable déjà de nos jours, vu l'éloignement actuel de l'ordre social modèle. De cette manière il détermine le but immédiat que l'on devrait atteindre par la modification, par la suppression ou par le complément des règles juridiques existantes ; puis il formule et il propose les règles juridiques nouvelles les plus appropriées à la réalisation de ce but.

Or, si on veut introduire dans la résolution des propositions concrètes ou des conseils aux législateurs, il faudrait, tout d'abord, établir, où s'arrête la réalisation du bien-être commun dans chacun des Etats représentés au Congrès et dans quelle mesure cet arrêt dans la réalisation est la conséquence soit de l'absolutisme du droit de propriété, soit de la limitation insuffisante ou de la limitation déjà existante de ce droit. Il faudrait, ensuite, examiner dans quelle mesure et par quelles limitations ou par quelle suppression des limitations existantes, cette conséquence peut-elle être écartée dans l'état actuel des choses, sans que cela porte plus de préjudice que de profit. C'est dans cette mesure que serait recommandable la limitation du droit de propriété, ou la suppression ou la modification des limitations déjà existantes. En tenant compte de la diversité susdite des objets du droit de propriété (objets de consommation, d'usage, de production, de transport ; objets dont la quantité peut être augmentée ou non ; terrains agricoles et terrains urbains) ; en tenant compte de la multiplicité des limitations possibles (limitations concernant la consommation, l'usage ou la production ; limitations concernant l'aliénation par la volonté du propriétaire ou contre sa volonté ; celles concernant les successions, ou bien la quantité des objets de consommation, d'usage ou de production — détermination d'une quantité maximum ; limitations concernant les titulaires du droit de propriété — détermination des personnes qui peuvent être titulaires de ce droit et détermination des objets du droit de propriété ; limitations concernant l'importation et l'exportation, les impositions, etc...) ; en tenant compte de la liaison directe ou indirecte existant entre la question du régime de propriété et *toutes les autres questions sociales* ; en tenant compte, enfin, de la durée du congrès, il est impossible de formuler des propositions concrètes relatives à toutes ces questions. On risquerait, d'autre part, de rester incomplet, si on se bornait à une seule ou à quelques-unes de ces questions. Cependant, en raison de l'importance spéciale de la réforme agraire qui intéresse sans doute également tous les Etats représentés au Congrès, ainsi qu'en raison de *l'importance toute par-*

ticulière du principe même sur lequel la réforme agraire repose, le Congrès pourrait se prononcer du moins sur la limitation du droit de propriété portant sur les terres que les bénéficiaires obtiennent par voie de la réforme agraire.

Dans le Royaume de Yougoslavie, à la base de la réforme agraire se trouve le principe : la terre aux cultivateurs. Dans l'exposé du ministre yougoslave de l'agriculture du 27 mars 1933, il est dit que dans tout le travail concernant la réforme agraire il existe un point lumineux « qui mérite d'être particulièrement souligné, à savoir : depuis les premiers débuts jusqu'à présent, on s'en tient au principe : *la terre appartient à ceux qui la cultivent...* » Sur le même principe repose, dans les pays industriels, la revendication que tous les autres moyens de production appartiennent aux producteurs.

Pour que la terre reste toujours entre les mains de ceux qui la cultivent, il ne suffit pas de déterminer le maximum que l'on peut posséder, comme on l'a fait en Yougoslavie. Il faut, en outre, empêcher que la terre, adjugée aux bénéficiaires de la réforme agraire, ne devienne avec le temps la propriété de ceux qui en ont plus que l'on n'accorde à ces bénéficiaires, ou ne devienne la propriété de ceux qui ne sont point cultivateurs, et que, par suite, les bénéficiaires actuels ou leurs héritiers ne restent à nouveau sans terre. On pourrait y arriver *en donnant aux bénéficiaires la terre,* expropriée pour les fins de la réforme agraire, *non à titre de propriété, mais en fermage héréditaire,* l'Etat restant propriétaire. De cette façon, la terre serait non seulement attribuée en réalité à ceux qui la cultivent, mais encore elle resterait pour toujours entre leurs mains. Il est à la fois inopportun et inconséquent de laisser juridiquement possible que la terre, *— comme toute autre marchandise, et comme c'était admis jusqu'à présent,* — continue à être un objet de spéculation, et à passer, ne fût-ce que partiellement, en propriété à ceux qui ne la cultivent pas eux-mêmes, ou bien de laisser juridiquement possible que puisse s'agrandir la possession de ceux qui en ont déjà suffisamment pour vivre aisément de leur propre travail agricole ; cela donnerait lieu avec le temps à une nouvelle réforme agraire. D'ailleurs, une nouvelle réforme agraire, sous forme de révision du maximum de possession, s'impose déjà en raison de l'accroissement constant de la population. En donnant la terre expropriée en fermage héréditaire, et non en propriété, on écarterait tous ceux qui ne songent même pas à la cultiver personnellement ; l'effet n'en serait que dans l'intérêt de ceux pour qui la réforme agraire intervient et pour qui, à cause du maximum de possession établi, il n'y aurait même pas assez de terre disponible. Celui qui tient à cultiver la terre comme si elle était sienne, et qui n'en possède point, sera heureux d'en obtenir en fermage héréditaire, et d'être le fermier, non pas d'un de ses concitoyens, mais bien le fermier de l'Etat qui restera le propriétaire.

Quant aux terres qui ont été déjà adjugées en propriété aux bénéficiaires de la réforme agraire intervenue, on pourrait, par une loi interdire toute aliénation de ces terres, de même que leur transmission aux successeurs non cultivateurs. Cette limitation exceptionnelle du droit de pro-

priété, acquise par voie de réforme agraire, serait justifiée par le fait que l'Etat soustrait la terre aux uns pour la donner aux autres. Dans le Royaume de Yougoslavie ce serait d'autant plus réalisable que dans une partie de son territoire (l'ancien Royaume de Serbie) il existe déjà une certaine défense (§ 471 du code de la procédure civile) (2) d'aliéner une partie de la terre appartenant au cultivateur. Cette mesure, en elle-même, ne pouvait pas être parfaite, puisqu'il était permis de vendre même cette partie des biens en vue du recouvrement des frais de procès criminel, en vue de la réparation du dommage causé par un délit, ou en vue du recouvrement des impositions, de même qu'en cas de partage successoral ; néanmoins, cette mesure a sans doute contribué dans une large mesure à empêcher au moins partiellement la création du prolétariat, d'une part, et la formation de la grande propriété, d'autre part. En réalité, les pauvres et les riches ne sont que formellement citoyens d'un et même Etat.

***

Les congrès des juristes de différents pays s'organisent sous le signe de la reconnaissance du processus historique de l'unification du droit et avec le désir de contribuer, par un travail conscient, à l'accélération de ce processus pleinement utile. On peut dire que ces congrès représentent un des instruments de la politique juridique législative et jurisprudentielle, cette fonction fondamentale de la science juridique. En définitive, c'est aussi le but des ouvrages comme le présent Recueil, publié en l'honneur de M. Edouard Lambert, jurisconsulte dont les recherches dans le domaine du droit comparé ont donné des résultats que l'on doit accueillir comme une acquisition impérissable. Aussi, à tous ceux qui, par amour excessif du particularisme ou peut-être par vanité nationale, ne sont pas enclins aux efforts tendant vers une accélération volontaire de ce processus historique de l'unification, ne serait-il point superflu de rappeler les paroles de M. Lambert : « Pourquoi renoncerions-nous donc à continuer... l'œuvre d'effacement progressif des diversités juridiques accidentelles qui, de tous temps, a constitué l'une des plus hautes missions sociales de la doctrine, et à laquelle se sont consacrés avec une particulière prédilection tous ceux des jurisconsultes qui ont tracé, dans l'histoire des variations de la vie juridique, leur sillon lumineux. » (*La fonction du droit civil comparé*. Tome I, Paris 1903, p. 992).

---

(2) Elle tire son origine d'un décret du prince Miloche, du 29 mai 1836, par lequel on avait introduit l'institution du *homestead*. Ce décret avait été inspiré par le désir de prévenir la misère et la ruine des familles que peuvent causer l'endettement et la vente de tous les biens. Cette idée, — que le prince Miloche n'avait pas empruntée à un droit étranger, mais qui était son idée propre, — avait été déjà connue de certains peuples anciens. Ainsi, on lit dans *La Politique*, d'Aristote : « C'était encore une loi fondamentale dans plusieurs Etats de ne permettre à personne d'aliéner l'héritage paternel. La loi dite d'Oxilus, qui défend à chaque citoyen d'emprunter avec hypothèque sur la terre qu'il possède, peut avoir aussi quelque influence du même genre. »

CHAPITRE III

L'ETAT ET LES GROUPES SOCIAUX

Section I

LE PROBLEME

DABIN, *Droit de classe et droit commun.*

BESSLING, *Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du droit.*

DOWDALL, *L'anatomie d'un corps social ; la théorie des institutions ; tendances à la vie en commun et l'activité sociale.*

(Cette dernière contribution publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV : « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre III : « L'institution », § 33.)

§ 139

DROIT DE CLASSE ET DROIT COMMUN

Quelques réflexions critiques

Par Jean DABIN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Louvain

Dans un livre récemment paru, brillant comme à l'ordinaire, M. Georges Ripert énumérait, de manière objective et systématique, mais non sans désenchantement, les progrès accomplis en France, dans le domaine du droit privé, par la « législation de classe », désignant par là un système de statuts particuliers divers, par opposition à l'ancien type du « droit commun » uniforme (G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, n° 198 et suiv.).

Déjà Planiol avait remarqué, critiquant l'expression *contrat de travail*, que « le monde parlementaire tenait à avoir l'air de faire une loi de droit civil, alors qu'on voulait surtout établir une législation de classe pour créer des règles spéciales en faveur des ouvriers ». Et le même auteur ajoutait : « Il vaudrait mieux reconnaître qu'on légifère en faveur de ceux qui ont la qualité sociale d'ouvriers, quel que soit le contrat de droit civil qu'ils ont fait avec leur patron » (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1826).

Tout dernièrement, dans une chronique d'alerte synthèse, M. Josserand soulignait avec force le même phénomène de « dissociation du droit commun », en y joignant cette constatation, qui en double la portée, que le droit de classe tend aujourd'hui à s'unifier internationalement, non seulement dans son type, mais dans le contenu de ses dispositions (L. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, Dalloz, *Recueil Hebdomadaire*, 1937, p. 1 à 4).

Dans cette brève étude, je voudrais présenter quelques observations sur le concept de droit de classe, sujet qui ne me paraît pas trop étranger au cadre assigné à ce *Recueil* pour un double motif. D'abord parce qu'il n'a pas manqué de frapper l'esprit averti, toujours en éveil, toujours en avant-garde, d'Edouard Lambert : je songe notamment aux travaux de ses élèves (qu'il est impossible de séparer du maître), Ishizaki (*Le droit corporatif international de la vente des soies*, Lyon, 1928) et mon compatriote del Marmol (*Le droit corporatif de la vente commerciale*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1936). Ensuite et surtout

parce que le problème du droit de classe touche au droit comparé, en raison précisément de la tendance universaliste relevée par M. Josserand et aussi parce que tout phénomène juridique, spécialement quand on l'envisage sous l'angle comparatif, appelle de soi un effort d'appréciation critique.

I

Je précise en premier lieu que par *classe*, j'entends non pas exclusivement la catégorie sociale définie qui a nom de classe et dont les sociologues s'efforcent de délimiter les contours, mais, au sens large, toute catégorie quelconque résultant d'une différenciation entre les hommes, dès lors que cette différenciation affecte un caractère social et non strictement individuel. Telles sont, entre autres et pour en montrer la variété, les différenciations résultant non seulement de la profession (commerçants, industriels, agriculteurs, artisans, avocats, médecins, employés, ouvriers...) ou du degré de fortune (riches, pauvres...), mais de telles particularités plus spéciales encore : charges familiales (pères et mères de famille nombreuse...), services rendus à l'Etat ou à la patrie (anciens combattants), lieu d'habitation (ruraux, citadins de grande ville ou de petite ville...), aussi bien que de la nationalité (au sens scientifique du terme, dans les Etats mixtes ou plurinationaux), de la confession religieuse ou de la classe sociale proprement dite.

Toutes ces différenciations, tirées de points de vue multiples et d'ailleurs susceptibles de cumuls et d'entrecroisements (telle, brochant sur les autres, la distinction entre « petits » et « grands ») sont génératrices de types sociaux distincts, prétendant chacun à un statut distinct, provoquant même souvent, par l'intermédiaire du groupement des individus de même type, la constitution d'un droit corporatif autonome. Cependant je laisserai de côté cette conséquence ultérieure de la catégorie pour m'en tenir à la différenciation elle-même et à ses répercussions sur la règle promulguée directement par l'Etat.

A vrai dire, ni le phénomène du droit de classe ni celui de son universalité n'apparaissent dans l'histoire comme des nouveautés. La nouveauté résiderait plutôt dans le phénomène du droit commun national valable pour tous les citoyens, nonobstant les catégories, concept qui triompha à la Révolution française, continuatrice sur ce point comme sur tant d'autres de l'œuvre d'unification commencée par les légistes. On sait qu'au Moyen Age et, en grande partie, sous l'Ancien Régime, le droit de classe formait, sous le nom de privilèges, le système de droit commun des pays d'Occident, tant en droit privé qu'en droit public (privilèges et chartes des communes, des ordres, des gildes, des métiers, des corps et communautés...). Et il est incontestable que la solution traditionnelle a largement persisté, après la Révolution française, chez les peuples germaniques et anglo-saxons.

Mais voici que, même en France et dans les pays qui ont subi l'emprise de la Révolution, le droit de classe renaît (sur d'autres bases, il est vrai, que celui d'autrefois), avec une vigueur et une ampleur telles qu'il

risque de submerger le droit commun unitaire. Non seulement les catégories se multiplient — tantôt à titre définitif, tantôt en vertu de lois de circonstance posant les jalons du « provisoire qui dure » — mais elles s'introduisent dans toutes les branches du droit : par exemple en droit public, où l'on voit réapparaître comme cadre de l'organisation de l'Etat, à la place de l'individu-citoyen, la profession et la famille — en procédure, où, à côté des privilèges de juridiction, s'instituent des juridictions spéciales pour les commerçants, pour les employés et ouvriers (tribunaux de prudhommes, héritage d'ailleurs ancien), en droit international privé où, au point de vue de la condition des étrangers, les ouvriers sont souvent soumis à un régime particulier (d'ordinaire inspiré, il est vrai, par une pensée protectionniste), etc... La catégorie n'a même pas respecté le domaine jusqu'ici jalousement réservé, comme loi en quelque sorte constitutionnelle des rapports privés, à savoir le droit civil. Le statut des individus s'en trouve influencé de telle sorte que la position juridique des particuliers les uns à l'égard des autres est désormais variable, selon la catégorie à laquelle ils appartiennent. La règle qui était objective devient subjective. Passe encore pour le droit des obligations, où la politique sociale-protectrice qui dicte l'intervention amène de soi la catégorie : ainsi dans la réglementation du louage de services souscrit par les ouvriers et qui a pris, de ce fait, le nom spécial de contrat de travail. Mais la catégorie tend à s'insinuer jusque dans le droit familial économique (matière des régimes matrimoniaux et des successions) et, de proche en proche, jusque dans certaines parties du droit familial tout court.

Il serait sans doute excessif de parler, à ce propos, d'un statut propre à la famille ouvrière, constituant une espèce de droit ouvrier familial : l'évolution n'en est pas à ce point. Pour l'instant et jusqu'à nouvel ordre, le droit ouvrier se contente d'être un droit particulier aux individus, hommes ou femmes, qui exercent le métier d'ouvrier ; et si la famille ouvrière a effectivement bénéficié des lois de prévoyance et d'assistance sociales, le droit ouvrier n'a point débordé, en vue d'un aménagement *sui generis*, sur le régime intérieur, organique, de la famille ouvrière, qui reste soumise à la loi commune. Et pourtant, bien que l'on ne voie poindre nulle part à l'horizon un régime de mariage ou de divorce spécial aux époux ouvriers, l'on ne saurait nier qu'il se rencontre, en législation et en jurisprudence, un mouvement en faveur d'une accommodation des principes de l'autorité maritale et paternelle aux contingences de la vie ouvrière, dans le sens d'une indépendance plus marquée de la femme ouvrière à l'égard de son mari, des enfants ouvriers à l'égard de leurs père et mère. Alors que la femme mariée ordinaire, tenue du devoir d'obéissance (au moins en Belgique, selon le Code Napoléon, art. 213), doit obtenir de son mari l'autorisation pour l'exercice de toute profession, la femme mariée ouvrière (ou employée) est admise à suppléer au défaut d'autorisation maritale par autorisation de justice (art. 29 de la loi belge du 10 mars 1900 sur le contrat de travail, art. 25 de la loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi). Alors qu'un mineur ordinaire ne peut passer aucun contrat sans habilitation, le mineur ouvrier ou employé est dispensé d'habilitation pour le contrat de travail ou d'emploi et, en même temps,

pour l'ensemble des opérations juridiques qu'implique la vie ouvrière : simplement le système préventif de l'autorisation est remplacé par un régime d'opposition (art. 34 de la loi de 1900 et 25 de la loi de 1922). Il est vrai que parfois le droit social a fini par déteindre sur le droit commun et par l'amener à sa propre règle : n'est-ce pas l'évolution qui s'est produite en Belgique, précisément pour le statut civil de la femme mariée (rappr. art. 29 de la loi de 1900 et art. 223 *b* al. 1 du C. Nap., modifié par la loi du 20 juillet 1932 sur les droits et devoirs respectifs des époux. *Adde*, en ce qui concerne l'influence du droit commercial sur le droit civil, G. Ripert, *op. cit.*, n° 201, p. 405, texte et note 1) ? Il n'en reste pas moins que, même dans ce cas, le droit fut, durant l'intervalle, différent selon les catégories sociales et en un point grave qui touche à l'organisation de la famille.

Tel est donc le phénomène. Il serait inutile, pour le but que je me propose, de multiplier les exemples soit sur le terrain du droit interne, soit sur le plan du droit comparé. Un fait paraît acquis, nonobstant la divergence des régimes politiques, à savoir l'internationalisation du phénomène du droit de classe, sinon l'uniformisation (par voie de convention ou autrement) du contenu de ce droit de classe. Car si, incontestablement, le droit ouvrier marche vers une certaine uniformité, au moins chez les peuples de mêmes civilisation et régime économique (voy., à cet égard, la *Série législative*, éditée par le Bureau International du Travail depuis 1920 et le *Recueil international de jurisprudence du travail*, édité par le B. I. T. depuis 1926), il subsiste cependant des différences assez nombreuses, tenant à la diversité des psychologies nationales et des conjonctures propres à chaque pays. D'autre part, en dehors du droit spécial aux ouvriers, la catégorisation n'a pas été poussée partout au même degré ni dans les mêmes directions : c'est ainsi que le droit anglais et d'autres droits continentaux ne connaissent pas de distinction entre le droit des commerçants et celui des non-commerçants, sauf pourtant certaines adaptations du droit commun aux particularités de la vie commerciale.

Quoi qu'il en soit de ces variétés, il convient de réfléchir sur un processus qui échappe peut-être, dans une certaine mesure, à l'action du juriste, mais non certes à son jugement. Formulant ce jugement en forme de thèse, pour la clarté de l'exposé et sans prétendre exprimer autre chose que ma modeste opinion, je dirai que le principe du droit de classe (au sens général précédemment défini) me paraît légitime et nécessaire, même sur le terrain du pur droit civil, mais qu'il s'agit d'en faire des applications à la fois pertinentes et modérées.

II

La notion de classe ou de catégorie sociale a sa place en droit, d'abord parce que la classe existe comme phénomène naturel ou historique, ce qui oblige le juriste à accepter cette réalité dans la mesure où, à un titre quelconque — de condition d'application ou de motif des règles — elle est appelée à intervenir dans l'élaboration juridique.

Que si l'on observe chaque individu humain, l'on constate qu'il est

en même temps semblable aux autres hommes, par les éléments constitutifs de la personnalité humaine commune à tous les membres de l'humanité, et différent des autres hommes, par les traits sociaux multiples, d'ordre économique ou psychologique, qui le particularisent et le classent. Les individus humains ne sont pas seulement hommes, et, dans le cadre de l'Etat, citoyens. A ces notes essentielles s'ajoutent les notes accidentelles de la profession, du milieu social, de la nationalité, de la confession religieuse... qui, par-dessus l'égalité fondamentale, établissent entre les hommes des distinctions, des inégalités, des supériorités et des infériorités. A vrai dire, le fait n'est ni contesté ni contestable. Ce que l'on conteste en revanche, c'est qu'il puisse émouvoir sinon l'homme politique, le sociologue ou même le juriste de la législation sociale, du moins le pur juriste de la législation civile.

On pose en principe que la législation civile devrait être identique pour tous, que dans la réglementation des rapports de droit civil l'Etat ne devrait connaître que l'individu et le citoyen (*homo juridicus*). Mais c'est là un postulat qu'il conviendrait de démontrer. Si l'on fait le relevé des matières habituellement rangées dans le droit civil, on s'aperçoit au contraire qu'elles sont loin de se rapporter toutes de manière exclusive aux intérêts de l'homme comme homme (vis-à-vis desquels en effet tous les hommes sont égaux), mais qu'elles touchent en outre et fort souvent à des intérêts spécifiques, procédant de la diversité des conditions humaines, auquel cas un traitement inégal ne saurait être d'avance proscrit.

Prenons d'abord la matière du *droit de famille*, qui paraît représenter l'hypothèse la moins favorable. A l'égard de la famille, institution répondant à des tendances génériquement humaines, il semble que tous les hommes soient égaux, qu'ils mériteraient par conséquent même traitement. Cependant il n'est pas impossible de découvrir dans la matière familiale, en plus des intérêts humains, des intérêts spécifiques susceptibles de justifier quelque diversité, sinon dans le statut complet, du moins dans quelques-unes des règles du statut. N'avons-nous pas signalé déjà que la famille ouvrière pouvait mériter, en ce qui concerne l'aménagement de l'autorité maritale et parentale sur la personne et sur les biens, un statut mieux adapté aux particularités de la vie ouvrière en un temps et dans un pays donnés ? De la même manière ne saurait-on élever aucune objection de principe contre un certain allègement des formalités ordinaires du mariage au profit des classes indigentes de la population, qu'un excès de formalisme pourrait détourner de l'union régulière (cf. lois belges du 30 avril 1896 et du 7 janvier 1908).

Ce sont là, dira-t-on des modifications qui n'altèrent que le détail de la réglementation, non ses lignes essentielles. En voici d'autres plus graves, d'ailleurs fondées sur des particularités plus profondes. Comme l'organisation de la famille est étroitement liée à la religion et à la nationalité des individus, l'on concevrait fort bien, au sein d'un Etat comprenant des citoyens de religions ou de nationalités différentes, un statut familial divers suivant les religions ou les nationalités. Naturellement, il faudrait réserver un ordre public supérieur, comportant un certain nombre de principes communs, soustraits à toute dérogation particulariste. Mais dans

le cadre de cet ordre public, pourquoi les droits individuels — sous l'aspect religieux ou national — des sujets devraient-ils, en tant qu'ils se réfèrent à la famille, être méconnus par l'Etat ? On sait que la question se pose — et qu'elle a été résolue, notamment en Italie — par rapport au mariage des catholiques. Pourquoi l'Etat se croirait-il tenu, en vertu de sa mission, d'imposer aux futurs époux catholiques un mariage civil qui, pour eux, ne constitue pas un vrai mariage ? Lorsqu'il agit de la sorte, l'Etat transgresse non seulement le droit propre à une catégorie, mais les droits généraux de la personne humaine, représentée en l'espèce par la liberté de conscience, bien commun de tous les sujets. La même diversité, selon les usages nationaux ou régionaux, pourrait fort bien être accueillie, toujours sous réserve de l'ordre public, dans la matière du droit patrimonial de la famille, régimes matrimoniaux et successions. Il est vrai que le principe général de liberté laisse place ici aux adaptations. Mais d'abord la liberté n'est pas admise partout comme principe dominant en la matière ; et puis il reste à organiser le régime légal pour ceux qui n'usent pas de la liberté. Sans doute, toutes ces distinctions sont de nature à compliquer à la fois le droit et les relations sociales. Mais on n'examine pour l'instant que la thèse du droit commun exclusif et sa valeur théorique (comp. G. Ripert, *op. cit.*, n° 218, p. 438 à 441).

Ce qui est vrai d'une manière relative et somme toute secondaire pour le droit de la famille, est vrai d'une manière plus radicale pour l'autre partie du droit civil, à savoir le *droit du patrimoine et du contrat*. Comment soutenir qu'à l'égard du patrimoine et du contrat, lieux naturels de l'inégalité des conditions humaines, la même norme formelle pourrait convenir indistinctement à tous ? Comment le droit des relations économiques pourrait-il être élaboré sans référence aucune à la condition économique des sujets ? Sans doute le droit économique est appelé à régler l'économie, c'est-à-dire les échanges de formes diverses qu'implique la vie économique : en ce sens le droit économique est *objectif*. Mais il est impossible de considérer les échanges à part des sujets qui échangent et de régler les opérations économiques en faisant abstraction de la capacité économique des individus qui les font. C'est ainsi que sont nés le droit commercial qui, déjà du temps de Rome, avait conquis son autonomie relative (cf. P. Huvelin, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, publiées par H. Levy-Bruhl, Paris, 1929) et, au XIX^{e} siècle, sous le régime de la grande industrie, le droit ouvrier (cf. G. Scelle, *Le droit ouvrier*, dans Collection Armand Colin, Paris, 1922). La profession commerciale, la profession ouvrière ont déterminé non seulement des mesures de police ou d'assistance, étrangères de soi à l'ordre civil, mais un droit civil *sui generis* venant déroger, dans le cadre spécial des intérêts proprement commerçants ou ouvriers, au droit civil commun : sans cesser d'être civile, en tout cas privée, la règle juridique a pris modèle non sur les *actes* (qui en soi n'ont rien de spécifique : ainsi l'achat pour revendre reste un achat et la revente une vente), mais sur l'*activité* professionnelle, la condition ou la qualité sociale des parties.

De même il se comprend que la transmission successorale puisse être réglée de manière différente suivant que l'héritage a la nature de domaine

rural ou celle de maison bourgeoise. L'héritage rural est soumis à des conditions d'exploitation qui empêchent de lui appliquer purement et simplement les règles de dévolution ou de partage valables pour les héritages urbains. De là la naissance d'un droit successoral rural, qui reste un droit civil, puisqu'il a pour objet la matière successorale, mais un droit successoral particulier aux ruraux, car, ici encore, la distinction est fondée sur les personnes et non sur les choses mêmes, l'héritage n'étant rural qu'à raison de l'exploitation agricole, c'est-à-dire du mode d'usage imprimé au bien par le propriétaire.

Autant de droits civils spéciaux aux personnes par conséquent, mais qui n'offrent rien de plus extraordinaire, dans leur spécialité, que la diversification des règles du droit selon la diversité des choses ou des opérations ou des circonstances constituant le « donné » réel préalable à l'élaboration juridique. Partout et toujours, en toutes les branches du droit, le juriste est obligé de distinguer. Pourquoi ne tiendrait-il pas compte des distinctions entre les personnes, comme il est amené à distinguer entre les choses, entre les opérations, entre les circonstances, chaque fois que les exigences profondes de l'ordre juridique commanderaient d'admettre la distinction ?

Or les exigences profondes de l'ordre juridique demandent que les hommes soient traités par la loi selon ce qu'ils sont essentiellement et accidentellement, car c'est le seul moyen pour l'Etat de rendre à chacun ce qui lui revient. Remarquons en effet que les qualités accidentelles qui particularisent les hommes ne viennent pas simplement se superposer à la nature humaine ; en réalité elles informent la personnalité même, de telle sorte que l'Etat n'a pas rempli vis-à-vis des individus tout son devoir, lorsqu'il s'est borné à tenir compte en eux des droits abstraits de la personne humaine. Encore faut-il qu'il mesure et proportionne son traitement selon les caractères déterminateurs de chaque catégorie ; ou sinon il manque à la justice distributive.

Tantôt le caractère déterminateur appellera un traitement plus sévère ou moins sévère, au total *différentiel* : ainsi pour le commerçant, par rapport au non-commerçant, pour le médecin ou le chirurgien, par rapport à tous autres loueurs d'industrie. De fait, l'exercice habituel de certains actes, matériels ou juridiques, engendre un phénomène nouveau, celui de la profession, et un type social nouveau, celui du professionnel, qui appellent une réglementation distincte. Il ne suffit pas d'opposer que les mêmes actes pouvant être accomplis indifféremment par tout le monde, il n'est pas besoin d'un statut spécial pour les professionnels. Car, d'une part, il est utile que certains individus fassent profession d'une activité déterminée où ils se cantonnent et se spécialisent ; d'autre part, chaque profession a ses conditions particulières d'exercice, comme aussi ses périls, pour les professionnels eux-mêmes et pour les tiers. Il importe donc que le législateur se préoccupe de ces données et que, par une législation adéquate, il veille à permettre le fonctionnement à la fois aisé et sûr de chaque profession. Or, à cet égard, le droit commun des *actes*, dans son objectivité abstraite, peut être incapable de satisfaire aux exigences sociales que soulève le fait de l'exercice habituel de ces mêmes actes (comp., en

ce qui concerne les commerçants, G. Ripert, *op. cit.*, n° 200, p. 400 à 403). Bien plus, il est logique que sous le contrôle de l'Etat, gardien de l'intérêt général et notamment de l'intérêt des consommateurs, les professionnels soient appelés à poser eux-mêmes les règles qui gouverneront l'exercice de la profession, y compris les rapports avec les clients.

Tantôt la catégorie appelera un traitement *préférentiel*, protecteur. Tel est le sens de cette partie de la législation dite sociale où se trouvent réglés les rapports contractuels entre patrons et ouvriers, employeurs et employés. L'ordre juridique profond demande que les contrats commutatifs, surtout ceux où l'une des parties engage sa vie même, soient, autant que possible, conformes à la stricte justice. Or la justice court risque de subir violation toutes les fois qu'au regard du contrat ou du marché à conclure, les parties sont de force économique inégale. La partie la plus forte est en mesure d'imposer à la plus faible, par le seul fait de la faiblesse de celle-ci, des conditions inégales qui, à travers le professionnel, atteindront la personne même du co-contractant, dans ses possibilités de vivre ou dans ses libertés essentielles. En ce cas, l'intérêt du professionnel rejoint l'intérêt de la personne, car c'est bien la personne humaine du travailleur qui souffre quand les droits spécifiques du travail ne sont pas respectés et garantis.

Mais il faut comprendre la portée de cette intervention légale par préférence. Le but de la loi n'est pas d'affirmer ou de réaliser une égalité de fait qui dépasse sa puissance. Simplement elle entend prévenir les abus dont l'inégalité pourrait être la cause, spécialement à l'égard de la loi contractuelle qui résultera de l'accord des parties ; simplement, elle entend défendre la partie faible contre des clauses lésionnaires procédant du choc de deux libertés inégales. C'est la nature du contrat, et par conséquent l'ordre civil lui-même, qui sollicite ce rétablissement d'équilibre par la substitution à une liberté théorique d'un régime de protection légale. Sans doute cette protection se traduira, pour le bénéficiaire, par des entraves et même des incapacités de contracter ; un ordre réglementaire va remplacer l'ordre purement contractuel du droit commun. Mais le choix est fatal entre une certaine restriction de la liberté et les périls de la liberté. Il est vrai encore que souvent l'intervention a dépassé, dans le fait, le point de vue strictement protecteur pour viser des fins plus ou moins avouées de politique sociale. Mais, sous réserve des applications, c'est encore le droit de l'Etat de régler les rapports privés en fonction non seulement des intérêts individuels des parties en présence, mais du bien de la communauté toute entière. Car la législation privée, comme toute législation quelconque, a pour norme dernière le bien public. En ce sens, toute législation est sociale, y compris la législation civile, et ce serait verser dans l'individualisme que d'exclure de la législation même civile tout souci de justice proprement sociale (cf. J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929, n° 44 et suiv., pp. 171 et suiv.).

En résumé, le bien public et la justice s'accordent pour imposer à l'Etat l'obligation de venir au secours de toutes les faiblesses, non seulement de la faiblesse physique envisagée par le droit civil commun sous le nom d'incapacités d'exercice, mais de la faiblesse économique dans les

circonstances où il pourrait être abusé d'elle. Laisser la liberté aux forts et protéger les faibles, inaptes à se défendre eux-mêmes, c'est l'une des tâches essentielles de la loi dans le règlement des intérêts moraux et patrimoniaux des individus. Sous prétexte de droit commun égal, reconnaître à tous, aux faibles comme aux forts, la même liberté contractuelle sanctionnée par la même contrainte, ce serait, de la part de l'Etat et du droit, abdiquer.

Au vu de ces explications, il devient facile de réfuter les deux objections — l'une d'ordre social, l'autre d'ordre juridique — que l'on oppose généralement au système des statuts spéciaux.

D'abord l'objection tirée de *l'intérêt général* : il y aurait une sorte de contradiction *in terminis* entre le concept d'intérêt général et le concept de statuts spéciaux. Par définition, l'intérêt général postulerait le statut général, le statut spécial ne représentant que l'intérêt particulier des catégories (voy., par exemple, G. Ripert, *op. cit.*, n° 198, p. 397 et n° 221, p. 446). Mais cette argumentation pèche par une équivoque et par un excès de logique. Il n'est pas exact que l'intérêt général soit hostile à la considération des catégories, comme si la « généralité » signifiait le résidu d'homme abstrait qui se retrouve en tous les individus concrets. Au contraire, l'intérêt général est l'intérêt de tous les individus et de toutes les catégories, non pas au sens d'une somme ou même d'une moyenne, mais au sens d'une synthèse équilibrée, où le souci des intérêts particuliers entrera en ligne pour le dégagement de la solution utile à la « généralité ». Ainsi, loin d'exiger que les catégories soient ignorées ou écartées, l'intérêt général demande que chacune reçoive le traitement correspondant à sa valeur. En un mot, l'intérêt général n'est pas abstraction, mais harmonie dans la justice distributive ; c'est à ce titre qu'il appelle les statuts spéciaux, différentiels et éventuellement préférentiels. Il est vrai que l'harmonie n'exclut pas subordination des catégories à la généralité. Mais cette subordination même, loin d'impliquer abstraction, suppose la reconnaissance préalable des catégories et de leurs droits, sauf les rabattements ou ajustements imposés par le droit égal des catégories concurrentes et le droit supérieur de la communauté totale.

L'objection de *l'égalité civile* est celle des juristes. Tous les citoyens, disent-ils, sont égaux devant la loi. Si la loi établit entre eux des différences ou des privilèges tenant à la catégorie sociale à laquelle ils appartiennent, elle viole le principe constitutionnel de l'égalité. Mais la question est de savoir en quel sens il faut prendre cette égalité, dans le sens absolu d'une égalité *arithmétique* écartant toute distinction ou dans le sens relatif d'une égalité *proportionnelle* adaptant le traitement aux catégories. Il est certain qu'en matière d'impôt, l'égalité doit être entendue dans le sens proportionnel et que la justice serait violée si le contribuable pauvre était tenu de la même quotité d'impôt que le contribuable fortuné. Ailleurs encore, et dans tous les compartiments du droit, dans la législation sociale comme dans les branches classiques, une place plus ou moins large est accordée à la notion de l'égalité proportionnelle. Mais alors, de deux choses l'une : ou bien ce sont autant de dérogations au principe, et dans ce cas que vaut

le principe ? ou bien ce sont des applications du principe, et dans ce cas pourquoi le nombre en serait-il limité ?

Aussi bien, il faut se rendre compte que l'idée de droit commun uniforme recèle une illusion. On se figure que ce droit commun devrait donner satisfaction à tous parce qu'il serait construit sur le seul type, commun à tous, de l'homme et du citoyen. En fait, l'histoire démontre que ce droit commun prétendûment étranger et supérieur à toute catégorie est toujours posé d'après le type d'une catégorie plus ou moins déterminée. Il n'en saurait être autrement, puisque la raison pratique, qui est celle du juriste, est incapable de se représenter un homme abstrait ou même un homme moyen qui n'existe pas dans la réalité. Quelle est alors la catégorie choisie ? Le plus souvent, celle de la classe qui dispose du pouvoir et fait les lois, non pas toujours par esprit de domination, mais aussi par ignorance des besoins des autres classes. Le type commun se ramène ainsi à un type paticulier pris pour le type commun. S'agissant par exemple du Code Napoléon — et sans aller jusqu'à lui infliger l'épithète de « Code de la bourgeoisie » — il serait difficile de contester que certaines matières (par exemple, celle des régimes matrimoniaux) y furent traitées trop exclusivement en fonction de l'hypothèse bourgeoise de personnes fortunées. D'où la nécessité d'une réforme à l'effet de rétablir l'harmonie entre un droit trop unilatéral et les besoins spéciaux de la classe pauvre (telle la solution, d'ailleurs peu satisfaisante et peu claire, des biens réservés de la femme mariée, appelée à fonctionner surtout au profit de la femme ouvrière ou employée).

III

Ainsi donc le droit de classe (au sens général de catégorie) paraît non seulement légitime, mais indispensable. Un ordre juridique dédaignant les classes serait un ordre faux, — inadéquat à sa *matière,* qui embrasse tout l'humain temporel, y compris les diverses conditions humaines inséparables en fait de *la* condition humaine, — inférieur à sa *fin,* qui est de rendre à chacune de ces conditions ce qui lui revient et, éventuellement, de coordonner les rapports entre individus de conditions différentes. L'idéal serait même que la règle juridique pût tenir compte, au delà des catégories, des cas strictement individuels, de manière à rendre à chacun en particulier son droit selon sa situation concrète. Mais c'est là un idéal qui excède tellement les possibilités pratiques qu'il ne mérite plus le nom d'idéal, surtout dans un ordre aussi essentiellement pratique que celui du droit positif.

Aussi bien l'on concède que la notion de droit de classe offre, dans sa mise en œuvre, maints dangers qui expliquent en partie la condamnation dont le principe lui-même a souffert. Ces dangers sont de plusieurs sortes. Les uns ressortissent à la *politique juridique,* c'est-à-dire à la politique sociale dans son application au droit ; les autres relèvent plutôt de la *technique juridique formelle.*

De manière très pertinente, M. Josserand a émis la crainte que le mouvement de substitution « d'un droit professionnel, d'un droit de classe à l'harmonieuse unité du droit commun institué par le Consulat et le

Premier Empire... soit de nature, en intégrant l'homme à sa classe, en l'identifiant à sa profession, à relâcher le lien qui l'unit à son pays et à obscurcir, dans sa pensée et dans son cœur, l'idée même de patrie » (*op cit., Dall. Hebd.*, 1937, p. 4). Mais faut-il vraiment accepter ce dilemne : la classe ou la patrie ? La vérité est que l'une et l'autre existent comme réalités et comme valeurs sociales et, par conséquent, que l'une et l'autre ont des droits. Il s'agit simplement de leur faire à chacune leur part et, en cas de conflit, de donner la primauté à la patrie. C'est l'éternel problème des sciences morales : en présence de valeurs certaines, la solution ne consiste pas dans le sacrifice *a priori* de l'une ou de l'autre, mais dans la recherche de l'harmonie, tant du moins que le conflit ne force pas à opter. Sans doute, psychologiquement, le sentiment de la classe peut s'hypertrophier au point de refouler le sentiment national : pensant classe, l'individu ne songe plus qu'à lui-même et à tous ceux de son espèce, qu'ils vivent à l'intérieur ou au delà des frontières. Mais cette erreur de jugement ne saurait légitimer, de la part de l'Etat, une négation radicale de la classe sous prétexte de sauver la patrie. Non seulement pareille politique serait injuste, par réaction excessive, mais elle ne saurait mener au but. Bien plus, elle suscitera des réactions en sens inverse et nuira au sentiment national, en laissant croire que la patrie serait inconciliable avec la sauvegarde des légitimes intérêts de classe.

Dans un ordre d'idées voisin, M. Josserand a insisté sur les dangers que le droit de classe ferait courir à la paix sociale : « l'équilibre des statuts corporatifs restera toujours d'une réalisation difficile ; fatalement et quoi que l'on fasse, il adviendra constamment que telle classe s'estimera désavantagée par rapport à telle autre et qu'elle entreprendra, aux dépens de sa voisine, une lutte juridique en vue de réaliser de nouvelles conquêtes ; ce déchaînement des appétits professionnels, ce combat pour le droit, où la victoire sera assurée à la classe la mieux armée, la plus nombreuse et par suite la plus influente, ne sera pas précisément un gage d'harmonie entre les hommes ni de tranquillité sociale » (*ibid.*). N'est-ce pas là, au fond, une condamnation de principe, atteignant, en même temps que les droits de classe, toute législation sociale protectrice ? Mais il reste à savoir si la paix sociale sera mieux servie par un déni de justice que par l'accueil des revendications légitimes. Du seul point de vue de l'opportunité, la négative paraît certaine, car tout déni de justice provoque et exaspère la lutte. Donner à chaque classe le régime adapté à sa mesure, c'est au contraire prévenir les conflits, en leur ôtant tout motif de légitimité. La justice distributive, par l'attribution de statuts divers et par la protection des plus faibles, est à la fois l'antidote de la révolution et le gage de la solidarité nationale. Les hommes ne se retrouvent frères que lorsque leurs droits de classe sont satisfaits, au sein de la nation et, pourquoi pas ? — à condition de respecter les différences nationales, qui existent aussi entre les classes — internationalement.

Le danger n'est donc pas dans le principe, il ne saurait jamais résider que dans l'exagération ou la déviation du principe. Et c'est contre celles-ci qu'il s'agira de réagir, de manière d'autant plus vigoureuse que le principe aura été plus pleinement accepté. Reconnaître à chacun son droit de

classe, ce n'est sacrifier ni les droits des autres classes, ni le droit supérieur de la collectivité. Venir au secours des plus faibles, ce n'est pas davantage opprimer les forts. Ou sinon le droit de la classe devenue la plus puissante se transformerait à son tour en un droit commun qui ne serait que le droit de la force, c'est-à-dire la négation du droit. Il faut d'ailleurs admettre que les exagérations et déviations criticables ne sont pas toujours restées dans le champ de l'hypothèse. Sous prétexte de justice à rendre à chaque classe et spécialement aux faibles, maintes mesures ont été préconisées, parfois décrétées, qui tendaient à abolir les différences entre les individus et à instaurer partout le nivellement dans l'égalité. Politique injuste, ruineuse et chimérique !

Sans doute, là où un principe est susceptible d'abus (et n'est-ce pas toujours le cas en matière sociale, où la vérité se ramène à l'équilibre ?), l'acceptation du principe entraîne la possibilité et même, peut-on dire, la certitude de l'abus. Mais le rejet initial d'un principe bon en soi constitue un mal absolu, et beaucoup plus grave que tous les abus, puisqu'en chacune de ses applications le système porterait défi à la justice. La méthode radicale du *Principiis obsta* ne vaut qu'à l'égard d'un principe mauvais dès le départ (tel le principe du divorce, où l'intérêt simplement temporel de l'individu est préféré au principe social, représenté en l'espèce par la discipline familiale) ; elle perd toute légitimité à l'égard d'un principe sain, dont seule la mise en œuvre prêterait à difficulté. Sans doute encore le principe des statuts spéciaux ouvrira la porte aux réclamations particulières, sans fin et sans motif, dictées par le désir de la jouissance et de l'égalité dans la jouissance. Mais faudra-t-il maintenir l'injustice du droit commun exclusif, unilatéral, de peur d'avoir à distinguer entre les demandes justifiées et les autres ? En admettant même que le régime politique fût tel qu'il ne permettrait pas une discrimination impartiale et que la classe la plus nombreuse aurait toujours l'avantage (voy. G. Ripert, *op. cit., passim,* spécialement n^os^ 201 et 208), la solution logique devrait être cherchée ailleurs, dans une réforme de l'Etat, car le droit certain des uns ne saurait décemment pâtir du non-droit des autres.

Même en dehors d'une déviation nette, dans le sens anti-social de la lutte des classes, le principe des statuts spéciaux est encore susceptible d'applications maladroites ou tendancieuses aboutissant à la constitution de privilèges injustes. Si le droit spécial se légitime, c'est à la condition qu'il corresponde à l'hypothèse et que le traitement soit en relation avec la spécialité. Or la condition est loin d'être toujours observée. Souvent le législateur, consciemment ou inconsciemment, a confondu les catégories. Je me bornerai à citer l'exemple des anciens combattants (comp. G. Ripert, *op. cit.*, n° 220, p. 444). Catégorie hautement respectable sans doute, méritant de la part de la collectivité toutes les récompenses, toutes les faveurs adaptées aux services rendus, mais nullement des statuts juridiques spéciaux fondés sur le seul titre d'anciens combattants. En quoi la qualité d'ancien combattant est-elle apte à justifier, dans le chef d'un locataire, un traitement dérogatoire au droit commun du louage ? Que les anciens combattants bénéficient de facilités de logement, on peut le concevoir comme l'une des modalités possibles de la récompense à laquelle ils ont

droit. Mais que ces facilités leur soient accordées en tant que locataires et par conséquent au détriment de la personne du bailleur, c'est se tromper de catégorie... et de débiteur. Il est vrai que les propriétaires sont assez habitués à pareil traitement, qui les range par une présomption *juris et de jure* dans la catégorie des puissants, alors que les locataires bénéficient toujours d'une présomption de faiblesse. Quoi qu'il en soit de cette nouvelle confusion et pour revenir à notre espèce, il est certain que les anciens combattants sont créanciers spéciaux de la collectivité (« ils ont des droits sur nous »), mais qu'à l'encontre de la personne particulière de leurs co-contractants ils n'ont rien à revendiquer d'autre que le droit commun du contrat conclu.

Egalement on ne comprendrait pas que la qualité d'ancien combattant donnât droit à un régime spécial en matière de collation d'emplois, privés ou même publics, ou en matière de collation de diplômes. L'emploi suppose compétence et confiance, le diplôme capacité. Or, dans le fait, le titre d'ancien combattant ne dispense pas de ces conditions ; légalement il ne saurait être admis à en tenir lieu. Tout au plus pourra-t-il intervenir en ordre subsidiaire, pour départager des concurrents de mérite égal. En dehors de là, le privilège pêcherait à la fois contre la logique, qui demande un rapport de convenance entre la solution et le genre, et contre le droit : le droit du concurrent évincé qui convenait, le droit de l'employeur public ou privé à des prestations convenables, le droit du public d'être convenablement servi par l'employé ou le diplômé. Evidemment, un système de droit commun uniforme, sans catégorie, couperait court à ces quipropos ; mais il faut renoncer à établir la justice et même à toute science, à toute activité intellectuelle et morale quelconque, si l'on prétend libérer l'homme de la tâche d'un discernement judicieux.

Il reste pourtant, dans l'élaboration de statuts spéciaux exactement adaptés, des difficultés *d'ordre proprement technique* qui résultent d'une certaine indétermination de la matière préalable. Il s'agit en effet de définir de manière suffisamment nette la catégorie assujettie au statut, de telle sorte que les intéressés et l'interprète du droit disposent d'une règle ferme, excluant l'hésitation et l'arbitraire. Or plus on descend dans les spécifications sociales, plus le travail d'analyse devient délicat. Il n'est pas malaisé de définir l'homme, au moins d'une définition externe, permettant de le distinguer de toute autre créature animée ou inanimée ; il est fort malaisé de définir des types sociaux, en raison de la fréquente incertitude des traits constitutifs de chaque type. D'une part, ces traits sont souvent déduits de points de vue distincts qui, pour former le type, entrent en combinaison ; d'autre part, il y a lieu de tenir compte des dégradations insensibles par lesquelles les types peuvent se rejoindre, ce qui pose le problème des cas-limites. Les sociologues n'ont pas encore réussi à élaborer une définition satisfaisante de l'ouvrier, de l'employé, de l'artisan ; la notion même de classe sociale est encore nébuleuse. Comment édifier un système de droit sur des concepts aussi fragiles ? Telle est l'objection. Elle ne saurait pourtant être retenue, du moins comme fin de non-recevoir. Faire abstration de toute détermination quelconque et, en conséquence, ramener tous les individus à un même type sous prétexte que

certaines déterminations ne vont pas toutes seules, l'attitude ne serait guère raisonnable. Il ne s'agit d'ailleurs point, pour le juriste, d'aboutir à des définitions scientifiques aussi pleines et aussi harmonieuses que peut le comporter la matière sociale. Il suffit à son rôle de dégager quelques bases, peut-être empiriques et incomplètes, où il puisse appuyer sa construction. Par exemple, il usera du procédé de l'énumération : au lieu de prétendre définir un type existant dans la réalité, mais dont la détermination *in abstracto* ne serait pas commode, il énumérera tels types particuliers reconnaissables d'emblée et dont il décrétera le rattachement au type général. De manière précise, au lieu de se borner à définir *in abstracto* **l'ouvrier, l'employé,** l'artisan... il dira que telles et telles professions déterminées rentrent — ou sont censées rentrer quant au traitement juridique — dans la catégorie plus générale d'ouvrier, d'employé, d'artisan. Sans doute, si l'énumération est limitative, elle risque d'être trop courte ; et si elle n'est qu'exemplative, l'incertitude peut persister pour le reste. Mais, au moins, en ce qui concerne les cas expressément énumérés le doute sera-t-il banni. Législation incohérente ? Nullement. Législation imparfaite, comme toute œuvre humaine, mais néanmoins perfectible, par le travail de la science sociale d'une part, de la jurisprudence travaillant sur les espèces d'autre part.

Cependant, il est une limite — impossible à fixer *a priori* — où la diversification des statuts doit s'arrêter, sous peine d'aboutir à une législation confuse et inextricable. Une certaine simplicité du droit est requise pour la pénétration des règles dans la vie sociale. Point de vue strictement utilitaire sans doute et qui entre en conflit avec le point de vue de la vérité du droit. Mais le droit le plus exact ne vaut rien si, par sa complication ou sa subtilité, il est voué à demeurer stérile. Quoi que l'on fasse — ou quoi que l'on veuille — une large dose de droit commun continuera de subsister, non seulement parce que tous les hommes se ressemblent par un fonds de tendances et de besoins communs à la nature humaine, mais parce que les différences accidentelles qui les séparent sont trop nombreuses et parfois trop menues pour pouvoir entrer toutes dans le système d'une réglementation efficace. Porté à l'extrême, le pluralisme mènerait à la dissolution du droit comme règle et à une poussière de solutions d'espèce. Il est permis de se demander si, en certaines de leurs parties, le droit commercial et le droit ouvrier n'ont pas, à cet égard, dépassé la mesure (comp. G. Ripert, *op. cit.*, n°ˢ 202 et 206). Mais, ici de nouveau, ni les défauts ni les difficultés d'application du principe ne peuvent compter, dès lors que le principe lui-même est juste et que sa mise en pratique n'est pas impossible pour les facultés humaines.

§ 140

LE FAIT SYNDICAL ET LES TRANSFORMATIONS DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT

Par J. BESSLING

Membre de Section au Bureau International du Travail

On sait que la portée réelle d'un phénomène social se mesure, en dernière analyse, à l'ampleur des changements qu'il détermine dans l'armature juridique de la société. En effet, tout « mouvement social de fond », doté d'une puissance de transformation et d'organisation réelle, aboutira, par la force des choses, à la création de nouvelles institutions, de nouvelles règles, sanctionnées par le pouvoir organisé. Toute loi n'est, en somme, que la consécration d'un fait qui s'est imposé.

Notre propos est de montrer — abstraction faite, d'ailleurs, de toute préoccupation théorique puisque, en semblable matière, la simple analyse des faits, si elle s'appuie sur l'expérience internationale, a une valeur autrement démonstrative que la théorie la mieux fondée — comment le syndicalisme a modifié, parfois jusque dans ses fondements, la structure de notre régime juridique.

Bien entendu, il ne peut s'agir là d'une étude approfondie du mouvement syndical ou du droit syndical, mais d'un simple aperçu de sa formation, de son évolution et de sa portée.

De plus — et nous soulignons cette réserve, — d'un pays à l'autre, le rythme du développement syndical — et partant du droit syndical — varie considérablement. Mais, et à distance parfois de plusieurs décades, on rencontre à son origine les mêmes causes, à son évolution les mêmes nécessités. Et c'est cette communauté d'origine et de développement du phénomène syndical qui justifie ce rapide essai de synthèse.

Mais, pour bien saisir le sens et la portée des mutations que le fait syndical a déterminées, il importe — au départ — de fixer des points de repère auxquels il sera loisible de se référer pour apprécier les étapes de l'évolution.

Quels sont ces points de repère ?

On sait qu'au début de l'ère industrielle (le syndicalisme sous sa forme moderne remonte à cette époque) l'organisation des rapports sociaux était dominée par un certain nombre de principes généraux du droit : le principe de la liberté du travail et de l'industrie entendu dans le double sens de libre choix du travail ou de la profession et de libre exercice du travail et de la profession choisie, le principe de la liberté des conventions

entendu comme libre échange des services ou des biens résultant d'un accord de volontés autonomes supposées égales en puissance : principes complémentaires l'un de l'autre et basés sur le droit à la propriété individuelle, entendue, non plus, comme dans l'ancien régime, à titre de privilège réservé à une classe ou à un « état », mais comme droit propre de la personne humaine, à la fois produit et instrument du travail.

Soulignons que ces principes — peu importe qu'ils aient été expressément formulés ou aient été simplement sous-entendus — se retrouvèrent dans tous les systèmes juridiques, (quelle que soit, par ailleurs, l'inspiration ou l'origine de ceux-ci) puisqu'ils ne faisaient que traduire en termes de droit un fait social qui s'était universellement imposé : le fait de la libre concurrence individuelle et du libre accès à la propriété individuelle.

En somme, le statut juridique de « l'homme social » — et non pas du « citoyen » », puisque les libertés économiques et les libertés politiques sont d'essence différente et ne sont pas nécessairement liées les unes aux autres — *était basé sur la liberté du travail intégrée par la propriété ou, si l'on préfère, sur le travail doté de son instrument.*

Au surplus, ce nouveau statut trouvait une garantie négative et une garantie positive dans le rôle assumé par l'Etat en matière de relations sociales.

Garantie négative : l'Etat s'interdit expressément — c'était un principe général des gouvernements — d'intervenir de quelque manière que ce fût dans les relations entre parties. Il abandonna, non seulement ses anciens pouvoirs de réglementation, de surveillance et de contrôle, mais encore son rôle de prévoyance et de protection sociales.

Garantie positive : la tâche des pouvoirs publics se bornait à garantir le libre jeu de la concurrence individuelle. Il le faisait entre autres en interdisant sous peines sévères toute grève ou coalition, toute entente passagère et toute association permanente sur le marché du travail et sur le marché des produits.

En d'autres termes, le législateur met tout l'appareil de contrainte de l'Etat au service de la libre concurrence individuelle.

Ainsi, dans un régime qui avait sa base de droit et de fait dans l'individualisme le plus absolu, il n'y avait évidemment pas de place pour une organisation collective telle que le syndicat. Ajoutons, d'ailleurs, qu'au début il y avait, dans une certaine mesure, concordance entre l'ordre juridique et l'état de fait.

Il n'en fut plus de même lorsque, à la suite de la révolution industrielle, de profondes modifications se furent produites dans la structure de la société ; lorsque les grandes entreprises mécaniques, grâce aux avantages qu'elles offrent (concentration du travail et du capital, division du travail) s'étaient substituées progressivement à l'atelier familial et tendaient à devenir, dans un nombre toujours croissant de professions, sinon la méthode unique, du moins la méthode prépondérante, la méthode la plus rationnelle de la production ; lorsque, du fait même de ce développement du machinisme, certaines catégories de personnes se trouvèrent évincées, non pas d'une façon temporaire, mais d'une façon permanente, *de la propriété de l'instrument de travail;* lorsque, enfin, une différenciation à la fois matérielle et fonctionnelle s'était produite entre les détenteurs des instruments de travail et la main-d'œuvre.

Quelles furent les conséquences d'une révolution, qui n'était pas seulement industrielle, mais au premier chef *sociale*, puisque du fait de la dissociation du travail d'avec son instrument, elle avait conduit à une altération fondamentale du statut juridique de l'homme social ?

Comment jouaient, dans ce milieu transformé, les principes fondamentaux de la liberté du travail et de la liberté contractuelle ?

En *droit*, on le sait, la liberté du travail était restée entière.

En effet, le libre exercice de l'industrie impliquait pour l'entrepreneur une absolue liberté d'action pour acquérir ou utiliser tout ce qui était nécessaire au fonctionnement de son entreprise et en particulier pour embaucher la main-d'œuvre. Pour l'ouvrier, il impliquait le libre choix du patron et la libre discussion du contrat sans aucune intervention de tiers. Il s'ensuivait que le patron qui refusait d'embaucher l'ouvrier ou qui le renvoyait pour quelque motif que ce fût et même par pur caprice, ne portait aucune atteinte à la liberté du travail du salarié, qui n'avait *aucun droit au travail*. En sens inverse, l'ouvrier qui refusait de s'embaucher ou qui cessait le travail pour quelque motif que ce fût et même par pur caprice ne portait aucune atteinte à la liberté du travail de l'employeur qui *n'avait aucun droit à la main-d'œuvre*.

Il n'en fut plus de même, *en fait*, à partir du moment notamment où la révolution industrielle avait profondément modifié la base des rapports entre salariés et employeurs. En effet, le salarié, même en l'absence de toute contrainte légale, fut exposé à une pression sociale, à une contrainte de fait tout aussi impérieuse que la première : car la loi avait bien pu supprimer le lien qui rattachait jadis le salarié à un seul maître ou à une seule institution, mais non pas — elle ne pouvait même pas le prévoir — le lien social qui l'attache à l'instrument du travail dont il se trouve évincé.

La liberté contractuelle subsistait de même intégralement en *droit*. Salariés et employeurs sont libres de s'engager aux conditions qu'il leur plaît de fixer, et de se dégager à tout instant, ou dans un délai dont ils ont convenu eux-mêmes, de tout lien qui leur pèse.

Mais ici la rupture de l'équilibre entre les parties au contrat, rupture résultant de la différenciation des fonctions sociales et de l'appropriation de l'instrument du travail, s'aggrave du fait que l'objet du contrat, l'objet d'échange, n'est *plus* de même nature dans les deux cas : un bien, une marchandise du côté patronal ; le travail, la force humaine du côté ouvrier. Or, on sait que la marchandise-travail, si elle est offerte isolément, est une marchandise entre toutes précaire, périssable, que son détenteur privé de ressources ne peut retenir à son gré en attendant l'amélioration du marché, qu'il ne peut que difficilement transférer ailleurs et qu'il est contraint, en un mot, de vendre parfois à n'importe quel prix ou à n'importe quelles conditions.

D'ailleurs, la liberté contractuelle ne joue qu'au moment même de l'engagement. En effet, le législateur s'est préoccupé uniquement de régler la conclusion du contrat, mais non pas ses modalités d'application, ses « suites ». Aussi, une fois le contrat conclu et le travail acquis, l'employeur en a seul la libre disposition. Il l'intègre dans le mécanisme de l'entreprise, lui donne l'affectation qu'il estime la plus propre à augmenter au plus haut point le rendement. Il le soumet à un ensemble de règles : les règlements d'atelier, obligatoires pour tous et qui sont à cette époque l'œuvre du seul

employeur. Par le fait de l'embauchage, l'ouvrier entre, comme on l'a fait remarquer, dans une « véritable institution étrangère » ayant ses lois propres, son organisation, son pouvoir directeur, son droit disciplinaire et, enfin, son statut fixant la situation et les droits de l'ouvrier dans l'usine.

Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement du moment qu'en raison de la différenciation des fonctions sociales l'employeur avait seul assumé la direction de la production et avait pris sur lui la responsabilité totale de son organisation et de sa discipline.

Certes, la concurrence à laquelle est soumis le marché du travail, tout comme le marché des produits, est censée servir en quelque sorte de régulateur, de frein automatique. Mais si elle peut influer sur le prix du travail variant selon l'offre ou la demande, elle ne peut modifier en rien le rapport qui est à la base même du contrat et qui n'est plus, comme jadis, un rapport d'égalité, mais un rapport de subordination.

Or, ce sont ces effets d'ordre social de la révolution industrielle qui sont directement à l'origine du syndicalisme. Plus exactement, *le fait syndical est dû aux conséquences résultant de la rupture d'équilibre survenue à un moment donné entre l'ordre juridique et la situation de fait ou, si l'on préfère, entre les anciennes techniques juridiques et les nouvelles techniques industrielles.*

L'expérience ayant une fois montré qu'isolé l'ouvrier est impuissant parce qu'il y avait, dans une certaine mesure, main-mise, non seulement sur l'instrument du travail, mais encore sur sa liberté, voire même sur son droit à l'existence, l'association, le syndicat devint, à un moment donné de l'évolution industrielle et pour des catégories de plus en plus nombreuses de personnes, la condition même de leur liberté, la condition même de leur existence.

Ajoutons, d'ailleurs, que le phénomène syndical est aujourd'hui un phénomène universel qui s'étend notamment à la classe patronale. Si le syndicalisme ouvrier a son fondement dans les effets d'ordre social de la révolution industrielle, le syndicalisme patronal a le sien, on le sait, dans les effets d'ordre économique. Isolés, les patrons, à mesure que les rapports économiques se multipliaient et se différenciaient, risquaient de ne pas avoir davantage d'emprise sur leur milieu que l'ouvrier isolé. Aussi, après une courte période de concurrence individuelle intense, les patrons ont-ils éprouvé le besoin de s'organiser, tout comme les ouvriers, non pas seulement en tant qu'employeurs sur le marché du travail, mais encore en tant que chefs d'entreprises sur le marché des produits.

Déterminé dans ses origines, le syndicalisme est déterminé de même dans le sens général de son action. On n'analysera pas les changements produits dans la structure économique et sociale par l'action conjointe du syndicalisme patronal et ouvrier, sinon dans la mesure où ses modifications se sont traduites dans la législation positive, dans le droit syndical, ce terme étant pris d'ailleurs dans le sens le plus large.

Si le fait syndical est dû à la rupture d'équilibre entre l'état de fait et l'état de droit, le droit syndical ne s'explique qu'en tant qu'effort entrepris sous la pression syndicale pour rétablir dans une certaine mesure l'harmonie entre la technique industrielle et la technique juridique. On retracera ci-après les étapes de ce réajustement, étapes qui sont, d'ailleurs, les étapes mêmes de l'évolution du droit syndical.

On se limitera, par la force des choses, à un exposé purement schématique du droit syndical, exposé fait en référence constante aux principes fondamentaux du droit pris comme points de repère.

La première étape dans la marche du droit syndical, « *l'étape de la liberté de coalition et de grève* » demeure caractérisée par la subordination du fait syndical au principe de la liberté du travail.

Certes, lorsque, du fait de la révolution industrielle, la concurrence collective se substitue à la concurrence individuelle, le législateur admet bien le « débat collectif » des conditions du travail et certains moyens de ce débat : la liberté de coalition, entendue comme un concert spontané et momentané, et la liberté de grève et de lock-out, plus exactement, la liberté « du refus collectif » du travail ou de l'embauchage, mais il subordonne le droit nouveau de la collectivité au droit de l'individu. Cette préoccupation se traduit par l'institution d'un délit nouveau : le délit *spécial* d'atteinte à la liberté du travail, qui se substitue à l'ancien délit de coalition et de grève. Le législateur entend, par le nouveau texte, protéger, non seulement la liberté de l'individu (salarié et employeur) contre l'emprise du groupement, mais encore la liberté de la concurrence individuelle contre les efforts de réglementation du marché.

Dans ce double but, il interdit les mesures de pression collective, qui vont au-delà du simple refus du travail, telles que les mises à l'index, le picketing, les intimidations ou molestations, le boycottage, etc. : autant d'actes — il importe de le noter — qui sont licites en eux-mêmes puisque le droit commun ne les prohibait pas, mais qui sont érigés en délits lorsqu'ils sont commis de concert et dans le but de peser sur le prix du travail ou des produits.

Il réprime naturellement — mais avec une rigueur exorbitante du droit commun — certains délits prévus par le code pénal, tels que les voies de fait, les menaces, les violences, etc.

De même, lorsque, plus tard, l'existence de l'association *permanente* sera tolérée — aux conditions, d'ailleurs, qu'il plaira au législateur d'imposer, telles que : autorisation préalable, contrôle public, dissolution administrative, — celle-ci ne sera conçue que comme une modalité de la liberté du travail : toutes les précautions sont prises pour empêcher le groupement de peser sur la volonté de ses membres, libres d'adhérer ou de se retirer à tout moment; la discipline syndicale n'est qu'imparfaitement assurée, puisque le contrat d'association, en tant qu'il lie la liberté du travail, ne jouit pas de la sanction légale du droit commun. Il est curieux de constater d'ailleurs que le principe fondamental de la liberté des conventions cède, dans ce domaine, le pas au principe de la liberté du travail.

La seconde étape, « *l'étape de la liberté syndicale* », est caractérisée par la mise sur le même plan juridique du principe d'organisation et du principe de la liberté du travail.

Ce régime est marqué, on le sait, par deux faits d'une importance capitale pour l'évolution du droit syndical : 1) le retour au droit commun en matière de coalition et de grève par suite de l'abrogation du délit d'atteinte à la liberté du travail et par la suppression de toute législation exceptionnelle ; 2) la reconnaissance du droit à *l'existence autonome* de l'association professionnelle, par la substitution au régime préventif en matière d'association d'un régime de liberté non contrôlée. Le législateur

érige en effet en principe le droit d'association, droit qui s'impose dès lors au respect même de l'Etat. Il s'ensuit que l'association a dorénavant le droit de se former librement, sans autorisation préalable, et de fonctionner à l'abri de toute ingérence ou contrôle administratif.

De plus, ce droit implique nécessairement pour les syndicats celui d'établir à leur guise leurs statuts, leurs règlements intérieurs, leurs programmes d'action. Bien entendu, des mesures de publicité telles que l'obligation au dépôt, à l'enregistrement et à la publication des statuts ne sont pas censées aller à l'encontre du principe ainsi défini, car l'Etat a évidemment le droit de demander aux associations professionnelles d'annoncer leur existence, ne fût-ce que pour avoir la possibilité de vérifier leur identité.

Ce changement d'attitude du législateur est attesté encore par l'attribution dans de nombreux pays d'une « personnalité » aux syndicats, personnalité conçue, non pas d'après les principes étroits du droit civil, mais entendu comme une véritable « personnalité sociale » conférée aux syndicats du seul fait de leur existence. En effet, le législateur, tout en ne subordonnant pas l'acquisition de la personnalité juridique à des conditions particulières, confère très libéralement aux syndicats reconnus le droit d'acquérir, le droit de posséder et notamment le droit d'ester en justice, non seulement pour la défense de leurs seuls intérêts patrimoniaux, mais encore pour la défense des intérêts matériels et moraux de la profession tout entière. Par ailleurs, la responsabilité civile de droit commun est limitée au profit des syndicats et dans certains pays même, tels que l'Angleterre, ceux-ci jouissent d'une immunité civile totale, dans la mesure du moins où les conflits dans lesquels ils sont engagés sont licites.

De plus, de nombreuses constitutions récentes ont élevé le droit d'association professionnelle au rang des droits fondamentaux dont jouissent par définition toutes les catégories sociales, y compris, par exemple, les fonctionnaires.

Mais l'Etat, tout en reconnaissant l'utilité sociale de la concurrence collective et, partant, l'utilité sociale des syndicats professionnels, ne va toutefois pas jusqu'à leur conférer un caractère représentatif ou public ou un pouvoir sur les tiers. Salariés et employeurs restent, en effet, libres d'adhérer à un syndicat ou de se tenir à l'écart, ou encore de choisir le syndicat qui a leur préférence. De même, les différents syndicats, quelle que soit leur force numérique ou leur valeur représentative, sont placés sur un pied de parfaite égalité.

La troisième étape, « *l'étape de l'organisation syndicale* », est marquée par la subordination progressive du principe de la liberté du travail au principe d'organisation. Elle correspond à une période de l'évolution industrielle, où l'organisation collective, l'effort collectif, on pourrait dire l'initiative collective (car, à ce stade, l'initiative n'est efficace que si elle s'appuie sur la puissance des groupements organisés) priment en fait l'effort, l'initiative individuelle. Dès lors, l'idée d'organisation apparaît comme prépondérante, et la liberté du travail n'intervient, tout au plus, que comme correctif. Le législateur reconnaît cette prépondérance du groupe organisé et lui confère un pouvoir réglementaire sur ses membres et souvent même sur les tiers membres de la profession.

Cet effort de réglementation de la « concurrence syndicale » se tra-

duit, selon les pays : 1) par la proscription du marché du travail (mais non pas par leur interdiction formelle) des syndicats mixtes et des syndicats d'entreprises liés à l'employeur (Etats-Unis); 2) par la reconnaissance de certains privilèges aux syndicats les plus représentatifs, soit en matière contractuelle ou en matière de conciliation et d'arbitrage (France); 3) par le refus d'enregistrement (dans les pays où l'enregistrement fonde le droit des syndicats à être partie aux conventions collectives ou aux procédures de conciliation et d'arbitrage) des syndicats côtoyeurs qui ne sont pas outillés pour assumer utilement la défense des intérêts professionnels de leurs membres (Australie, Nouvelle-Zélande, etc.); 4) par la préférence d'emploi donnée (toutes autres conditions étant égales d'ailleurs) aux membres des syndicats professionnels parties aux accords collectifs ; 5) par l'organisation de l'embauchage sous les auspices des syndicats patronaux et ouvriers les plus représentatifs et enfin — dans les pays notamment où les syndicats sont divisés selon des tendances confessionnelles plutôt que selon des tendances politiques — par la création de commissions paritaires composées par les syndicats de diverses tendances proportionnellement à leurs forces numériques et chargés de régler les conditions de travail sur la base de la profession.

Enfin, la dernière étape est caractérisée par le fait que le législateur accorde une *protection spéciale* tant aux salariés syndiqués qu'aux syndicats professionnels eux-mêmes, contre les atteintes à leur droit d'association provenant du partenaire au contrat de travail. A cette fin, il interdit les clauses anti-syndicales, les actes de discrimination entre salariés syndiqués et les salariés non syndiqués, le refus d'embauchage des salariés syndiqués, le refus de conclure des conventions collectives, et, en général, tous les agissements jugés déloyaux dans les rapports de l'employeur avec le travailleur...

Parallèlement à cette organisation de fait et de droit sur le plan des relations du travail et dont on vient de rappeler les grandes lignes se poursuit l'organisation sur le plan des relations économiques.

D'un point de vue international il serait facile de montrer que l'évolution légale des organisations économiques a passé par les mêmes étapes que celle des organisations professionnelles : interdiction formelle au début de toute coalition patronale sur le marché des produits, tolérance dans un second temps des organisations du marché libre tendant à régulariser la concurrence, les prix et la production. Consécration légale dans un troisième temps des ententes économiques sous réserve de la protection des droits des tiers et, enfin, attribution d'un certain pouvoir réglementaire aux ententes économiques les plus représentatives (voir par exemple projet de loi français sur les ententes économiques, ancienne N. I. R. A. aux Etats-Unis, etc.).

Certes, — il importe de souligner cette réserve — le législateur dans bien des pays hésite encore à admettre la prépondérance — certaine en fait — du groupement sur l'entrepreneur individuel, pour la raison sans doute, que la réglementation économique n'est pas l'œuvre de forces antagonistes se faisant équilibre (comme c'est le cas sur le marché du travail), mais le fait des seules associations des chefs d'entreprises, plus exactement des groupements des chefs d'entreprises économiquement les plus puissants.

De plus, le contrôle du marché des produits confié aux seuls intéressés risque d'aboutir à un certain malthusianisme économique (restriction de la production, interdiction de créer des entreprises nouvelles, etc.) préjudiciable aux intérêts de la collectivité et notamment à ceux des consommateurs.

Mais sous réserve de certaines mesures de sauvegarde (participation des délégués des organisations des salariés à la direction des ententes économiques, contrôle de la collectivité) il semble certain que l'évolution à la fois de fait et juridique va, en matière économique comme en matière sociale, dans le sens de la subordination du principe de la liberté du travail et de l'industrie au principe d'organisation...

Il suffit de ces annotations très sommaires pour montrer que sous l'action du syndicalisme patronal et ouvrier, la portée réelle du principe de la liberté du travail, — principe qui survit certes dans le langage et les institutions juridiques — s'est profondément modifiée. Le législateur a été amené à tenir compte du fait que ce n'est plus la libre concurrence individuelle mais plutôt l'organisation qui régit aujourd'hui les rapports sociaux tant sur le marché du travail que sur le marché des produits.

Mais la législation syndicale n'est pas une fin en soi, mais seulement un moyen. Elle ne fait que forger l'instrument de la réglementation collective. On rappellera ci-après la mise en œuvre de cet instrument dans les divers domaines où s'applique nécessairement l'activité du syndicalisme, à savoir le domaine contractuel, le domaine de l'organisation de l'entreprise, le domaine de l'organisation de l'Etat et, dans une certaine mesure, le domaine de l'organisation internationale du travail.

Dans le domaine contractuel, toute l'activité des syndicats gravite nécessairement autour du contrat de travail, seul moyen d'accéder à l'instrument de la production. On sait, en effet, que le législateur a bien pu soumettre la liberté contractuelle à certaines limitations mais a laissé à la concurrence, plus exactement aux parties en concurrence, le soin d'établir et de fixer le contenu des rapports contractuels. La raison en était que dans un régime de liberté économique la détermination des conditions de travail, et plus particulièrement des salaires, semblait devoir échapper, de par sa nature même, au contrôle et à l'emprise de la loi et ne relever que de la seule concurrence, c'est-à-dire du seul contrat.

Or, aussi longtemps que les parties en présence étaient des individus isolés, l'accord s'établissait en quelque sorte automatiquement, étant donné que le refus isolé du travail, du côté de l'ouvrier du moins, était dépourvu de tout effet sur la marche même de la production. Il n'en fut plus de même lorsque de part et d'autre des organisations puissantes — syndicats ouvriers et patronaux — furent à même de peser par l'arme, devenue légale, de la grève ou du lock-out sur les débats. La grève (lock-out) ou plus exactement la menace de grève (lock-out) est à la base même de toute réglementation collective des conditions de travail. Au début, la grève (lock-out) était conçue comme un simple moyen contractuel, une arme dans le débat des conditions du travail et le syndicat était avant tout l'incarnation de la menace permanente de refus collectif du travail. Mais — c'est un fait d'expérience — les conflits se développent en fonction directe du développement de la concentration industrielle et de la concentration syndicale. De l'atelier, la grève (le lock-out) se propage à la profession, à toute une série de professions et

d'industries. Cette progression semble d'autant plus fatale qu'en raison de la solidarité des parties en cause les succès ou les échecs enregistrés dans une profession ou dans une industrie tendent à se répercuter automatiquement dans les autres professions, dans les autres industries.

Or, c'est précisément cette menace de l'interruption permanente et générale du travail — et c'est pour cette seule raison qu'on a tenu à rappeler la fonction de la grève (lock-out) dans un régime de liberté économique — qui est à l'origine de toute une procédure nouvelle de réglementation collective qui s'exprime, on le sait, dans les institutions du contrat collectif et de la conciliation et de l'arbitrage.

L'évolution du droit contractuel collectif va parallèlement à l'évolution du droit syndical. Si ce dernier tend à subordonner, comme on l'a vu, progressivement la liberté du travail des individus à la liberté collective des organisations, le premier tend à subordonner, toujours en vertu des mêmes nécessités, la liberté contractuelle de l'individu à la liberté contractuelle des organisations. Bien plus, dans certains cas, cette évolution va jusqu'à la résorption par le groupement organisé de la liberté contractuelle individuelle.

Cette marche du droit collectif est facile à suivre à propos de chacun des problèmes principaux que pose le contrat collectif : capacité de le conclure, valeur légale, champ d'application, garanties d'exécution, contenu, solution des conflits.

En plein parallélisme avec l'évolution du droit syndical, la *capacité de conclure* le contrat collectif est reconnue au début à tous les groupements quels qu'ils soient : organisations mixtes, organisations d'entreprises, organisations de fait. Le législateur ne se préoccupe pas de savoir si ces organisations représentent effectivement et en toute indépendance les intérêts qu'ils prétendent défendre. Dans un second temps, cette capacité est réservée aux syndicats professionnels proprement dits, indépendants, dégagés de tout lien de subordination vis-à-vis de la partie adverse. Dans un troisième temps, le législateur réserve la capacité de conclure les conventions collectives aux syndicats les plus représentatifs censés incarner les intérêts de toute la profession. Enfin, la tendance s'affirme de faire reposer les accords collectifs non plus sur les syndicats professionnels mais sur la profession organisée. Dans ces systèmes ce sont des organismes unitaires de caractère permanent, le plus souvent à composition paritaire, formés par les représentants des syndicats professionnels patronaux et ouvriers intéressés, qui assument la charge de fixer les conditions de travail et de salaires par voie d'accords collectifs qui ont d'ailleurs les mêmes effets et jouent le même rôle que les conventions collectives proprement dites. Dans cette organisation, qu'on pourrait qualifier d'organisation des rapports du travail au second degré, les diverses tendances syndicales peuvent se fondre et se concilier sans que les syndicats aient à abandonner leur indépendance ou leur autonomie.

Même progression quant à la *valeur légale* des contrats collectifs. Au début, le contrat collectif est assimilé à un contrat de droit commun. C'est dire que l'obligation qui en dérive a sa seule source dans l'expression formelle de la volonté. C'est dire encore que chaque individu, partie au contrat, conserve entièrement la faculté d'y déroger, d'y renoncer, fut-ce au risque d'enlever à la réglementation collective toute efficacité. Dans un second temps, les clauses des conventions collectives sont déclarées obligatoires, toutes les conventions particulières, dérogatoires, sont nulles et auto-

matiquement remplacées par les dispositions correspondantes de la convention collective. Les infractions sont souvent civilement et pénalement réprimées. En d'autres termes, et dans les limites de leur champ d'application, les conventions collectives — et non plus les contrats individuels du travail — constituent « la loi des parties » : lois impératives au surplus puisqu'elles sont dotées des mêmes effets que les lois d'ordre public. En un mot, le législateur confère aux syndicats un véritable pouvoir législatif en matière de réglementation des conditions de travail.

Même marche en ce qui concerne le *champ d'application* des contrats collectifs. Limité d'abord aux membres du syndicat contractant il est étendu par la suite, soit en vertu d'une présomption légale, soit en vertu d'un acte administratif : déclaration d'obligation générale, soit en vertu d'une sentence arbitrale, soit enfin d'office en vertu de la loi, à tous les tiers occupés dans l'entreprise ou l'industrie couverte par la convention collective ou même à tous les tiers occupés dans la profession ou l'industrie dans le cadre national. Ainsi, la convention collective de simple « loi des parties » tend à devenir la « loi de la profession »

Même développement encore en ce qui concerne les *garanties d'exécution* des clauses du contrat collectif. Le législateur confère l'action civile en réparation ou l'action pénale non pas seulement conformément au droit commun, à l'individu lésé mais encore au syndicat, même si ce dernier n'a qu'un intérêt indirect à la cause. Même évolution encore en ce qui concerne *le contenu* des conventions collectives. Libres au début de régler à leur guise le contenu des conventions, les parties sont tenues de régler — sous peine de nullité de la convention — certaines matières expressément énumérées par la loi. D'autres législations vont plus loin et prescrivent parfois, avec force détails, les modalités de cette réglementation.

De plus, et ce trait est particulièrement frappant, la réglementation collective s'étend — au-delà des rapports du travail proprement dits — aux rapports économiques à la fois dans l'agriculture (Italie, Espagne, France) et dans l'industrie en général (ancienne N.I.R.A. aux Etats-Unis).

Enfin, la *solution des différends* est retirée à la juridiction commune et confiée à des organismes spéciaux : tribunaux de travail chargés de trancher les « conflits juridiques » qui naissent à propos de l'application ou de l'interprétation des conventions, instances de conciliation et d'arbitrage chargées de trancher les « conflits d'intérêt » naissant à propos de la conclusion ou de la modification des conventions.

Mais, dans cette matière, l'effort d'organisation va plus loin encore. En raison même de son utilité sociale, le législateur tend en effet à assurer l'établissement d'une réglementation collective en tout état de cause.

Dans un premier temps, l'Etat se borne à mettre à la disposition des parties des « procédures auxiliaires de conclusion des conventions collectives » sous forme de procédures de conciliation et d'arbitrage volontaire.

Dans un second temps, il assortit les systèmes de conciliation et d'arbitrage de certaines mesures de contrainte telles que l'obligation de recourir à la conciliation (l'arbitrage restant facultatif), l'interdiction des conflits du travail pendant la durée des pourparlers, l'obligation du maintien des conditions de travail pendant ce même intervalle, l'obligation de comparaître et de déposer devant les instances de conciliation et d'arbitrage, etc. ; autant de mesures qui restreignent, certes, la liberté des parties mais ne vont

toutefois pas jusqu'à altérer le caractère contractuel de la procédure puisque seule la libre acceptation des sentences par chacune des parties confère à celles-ci leur valeur légale.

Troisième temps : dans un nombre grandissant de pays, tant le recours à la procédure que l'acceptation des sentences sont rendus obligatoires en même temps que les grèves et les lock-out sont interdits.

Mais si l'Etat impose ainsi son arbitrage et assume par là même, en lieu et place des parties, la responsabilité d'établir les conditions collectives du travail, il est naturellement amené à substituer aux garanties résultant de la liberté contractuelle (grève et lock-out) des garanties légales et judiciaires équivalentes. En particulier, il est amené à s'inspirer, lors de la fixation de ces conditions, non seulement d'un critère du marché qui fait souvent défaut en raison de la suppression des conflits collectifs du travail mais surtout d'un critère social, d'un critère des besoins dont le « salaire vital » assurant un niveau de vie raisonnable au salarié et à sa famille constitue l'élément essentiel. C'est évidemment là l'extrême pointe que l'évolution peut atteindre dans un régime de liberté économique puisqu'un seul des facteurs : le facteur : prix du travail est soustrait à la libre concurrence.

Il importe de noter d'ailleurs que dans ces systèmes le législateur, loin d'évincer les syndicats intéressés de la procédure, les associe étroitement à toutes ses phases et les met en mesure d'exercer une influence déterminante sur les décisions. Ainsi, quel que soit le degré d'intervention, le législateur a tenu à conserver à la réglementation collective des conditions du travail son caractère spécifique de réglementation professionnelle et syndicale.

Il ressort de ce bref exposé de l'évolution du droit contractuel que le législateur s'efforce de faire du syndicat le régulateur par excellence du marché du travail. Cette fonction régulatrice prend toute sa valeur si on se rappelle que le contrat collectif — volontaire ou forcé — porte pratiquement sur l'ensemble des conditions de travail : prix, modalité d'engagement, de congédiement, sursalaire, heures supplémentaires, congés payés, règlement d'atelier, etc., etc...

Abstraction faite des avantages d'ordre matériel, l'action syndicale a conduit, ici encore, à une modification substantielle du statut juridique du salarié. En substituant la réglementation collective du groupement organisé à la réglementation individuelle elle ne rétablit pas seulement un certain équilibre entre les parties mais encore un certain degré d'égalité sociale sinon individuelle du moins collective.

Mais le syndicalisme a naturellement tendance à étendre son contrôle du marché du travail au marché des produits ou plutôt à l'instrument de la production collective.

Et, en effet, dans un certain nombre de pays, le législateur, sous la pression des syndicats a été amené à limiter le droit absolu de libre disposition de l'instrument du travail — droit considérablement restreint déjà par la réglementation collective des conditions du travail — par l'institution d'un triple contrôle : contrôle social, contrôle technique, contrôle économique et financier s'exerçant à l'intérieur même des entreprises. Rappelons que ces institutions ont essentiellement pour fonction, en matière de *contrôle social*, de veiller à l'application des conditions de travail fixées par convention collective et éventuellement d'en adapter les dispositions aux exigences particulières de l'entreprise, d'établir les règlements d'ate-

lier, de fixer les conditions d'embauchage et de congédiement, d'établir les méthodes de rémunération des diverses formes de travail, notamment du travail aux pièces, de contrôler l'application des règlements sur l'hygiène et la sécurité et d'une façon générale de veiller à l'intérieur des entreprises à l'application de toutes les lois et mesures de protection sociale.

En matière de *contrôle technique*, les fonctions de ces organismes portent notamment sur l'application des nouvelles méthodes de travail, le perfectionnement de l'outillage technique, la réorganisation ou la tranformation des entreprises, et, en général, sur toutes les questions que soulèvent la technique industrielle et l'économie de la main-d'œuvre.

En matière de *contrôle économique*, les organes représentatifs du personnel ont été appelés dans un certain nombre de pays à contrôler le bilan et à siéger dans les conseils d'administration des entreprises. Encore que cette dernière forme de contrôle semble avoir échoué en fait — pour la raison principale sans doute que le contrôle ayant été organisé sur la base des entreprises particulières et non pas sur celle de l'industrie ou de la profession, ne s'exerçait pas sur les centres nerveux de l'organisation économique — elle n'était pas moins l'expression d'une idée nouvelle : l'idée que les représentants des salariés ont un certain droit de co-propriété à l'instrument de leur travail commun. Signalons de plus — en passant — que les « grèves d'occupation », si manifestement contraires au droit de propriété traditionnellement interprété, s'inspirent de même de l'idée de co-propriété à l'instrument de travail....

On a vu le syndicalisme étendre progressivement son emprise — et le droit syndical son empire — du domaine de l'organisation du travail à celui de l'organisation économique et dans une certaine mesure à celui de l'organisation des entreprises. Il l'exerce naturellement aussi sur l'Etat : les pouvoirs publics.

L'effet de l'action syndicale s'est manifesté à la fois sur le pouvoir législatif et le pouvoir administratif.

L'intervention du législateur est caractérisée : 1° par la création, en marge de la législation « commune », « civile » s'appliquant indifféremment à tous, d'une législation « spéciale » s'appliquant à des catégories déterminées de personnes en raison de leur « condition sociale » : législation « ouvrière », « commerciale », « industrielle », etc. Cette forme d'intervention législative, du moins en ce qui concerne la législation du travail (mais il serait loisible de le montrer également pour la législation commerciale ou industrielle) tend à limiter — c'est, au fond, sa raison d'être — en matière sociale et économique le principe de la libre concurrence : le principe de la liberté du travail et le principe de la liberté des conventions ; 2° par la formation d'une législation à caractère nettement collectif, non pas fondée sur l'individu isolé, mais sur la collectivité organisée : le syndicat. Cette seconde forme d'intervention à base collective tend à modifier — comme on a essayé de le montrer — dans une certaine mesure les fondements mêmes des rapports sociaux.

Mais, au fur et à mesure que les responsabilités des Etats s'accroissent en matière économique, que leurs fonctions d'administration et de gestion se multiplient et se différencient, ceux-ci, toutes les fois qu'ils sont amenés à prendre des mesures d'ordre économique ou d'ordre social, y associent aujourd'hui les syndicats au titre de représentants qualifiés des intérêts

économiques et sociaux. Les modalités de cette association des syndicats à l'action de l'Etat sont multiples. Rappelons simplement que l'Etat fait appel à l'expérience syndicale : 1° lors de la préparation de la législation économique ou sociale, douanière ou fiscale, en s'entourant, par exemple, de conseils permanents du travail, de conseils économiques, de chambres professionnelles dotées souvent d'un droit d'initiative en matière législative, auxquels participent les organisations professionnelles ; 2° lors de la mise en œuvre de cette législation, en abandonnant aux accords à intervenir entre syndicats patronaux et syndicats ouvriers le soin de compléter, voire même « d'étoffer » certaines lois sociales et économiques ; 3° lors de l'administration de la législation sociale et économique, en concédant aux parties intéressées, syndicats patronaux et ouvriers, une part dans la direction des institutions sociales telles que le placement, les assurances sociales, l'enseignement professionnel, etc., etc.; 4° lors du contrôle de la législation sociale et économique en conférant aux syndicats, soit un droit de contrôle direct, soit en association avec l'inspection du travail. En un mot, l'Etat, jadis absent de l'organisation de la vie sociale et économique, se dote d'organes de consultation et de contrôle économique. Et, pour employer une image familière, on serait tenté de dire que si l'atelier « ne s'est pas transformé en Etat », l'Etat tend à résorber certaines fonctions de l'atelier.

Telle est, en raccourci, l'action du syndicalisme dans le cadre national. Cette action, on le sait, se poursuit aujourd'hui dans le cadre international. Et dans ce cadre élargi on voit se reproduire le même développement qui va de l'organisation de fait : création d'organisations internationales puissantes (fédérations syndicales internationales du côté des salariés, chambre de commerce internationale, cartels internationaux du côté des employeurs) à la réglementation légale : conventions internationales du travail et conventions internationales en matière économique.

Mais l'action internationale du syndicalisme, sous ses différentes formes, n'a pu — si l'on abstrait de certaines réglementations, souvent éphémères d'ailleurs, des cartels internationaux — se traduire en réalisations concrètes tant qu'aucune instance internationale, aucun pouvoir international, n'était à même de consacrer et de sanctionner leurs efforts.

On sait que cette situation s'est trouvée profondément modifiée depuis la création de l'Organisation internationale du Travail et, dans une certaine mesure, la création de la Société des Nations.

Rappelons, pour ne citer qu'un exemple — en matière d'organisation internationale du travail — que, tout comme dans l'Etat national, les syndicats sont aujourd'hui reconnus comme les représentants qualifiés des intérêts de leur classe, par les institutions internationales : les organisations professionnelles patronales et ouvrières les plus représentatives, jouissent, en effet, d'une représentation paritaire au sein de la Conférence internationale du Travail, du Conseil d'administration, et participent comme force propre et indépendante à toutes les phases de l'élaboration, du contrôle et de l'application de la législation internationale du travail.

Quelle conclusion convient-il de tirer de l'aperçu — volontairement dépouillé, afin d'en bien dégager les grandes lignes — d'une évolution qui — rappelons notre réserve initiale — est, certes, loin d'être arrivée dans tous les pays au même stade, mais semble pourtant avoir obéi partout aux mêmes nécessités sociales, aux mêmes « lois » ?

Si l'on se reporte aux points de repère fixés au départ : liberté individuelle du travail, liberté individuelle contractuelle, liberté individuelle de possession et de disposition de la propriété-instrument du travail ; autant d'institutions juridiques fondamentales calquées sur le fait de la libre concurrence individuelle, et si l'on met en regard de ces institutions initiales les institutions juridiques nouvelles : organisation collective du marché du travail et du marché des produits, réglementation collective des rapports du travail et des rapports économiques, contrôle collectif de la propriété-instrument du travail : autant d'expressions juridiques nouvelles d'un état de fait qui n'a plus l'individu, mais le groupement pour base, on est à même de mesurer l'ampleur des transformations qui se sont produites dans le régime social et juridique de nos sociétés.

Or, ce phénomène de « collectivisation du droit » (ce terme étant pris dans son sens propre) a bien pu se traduire par des réformes substantielles dans le statut de certaines classes sociales, mais n'a pas encore conduit à une refonte générale du droit qu'exigerait, semble-t-il, une transformation de fait aussi profonde du régime social.

Bien plus, dans nombre d'Etats, le législateur et le juge continuent à interpréter les « rapports sociaux » à la lumière des principes généraux du droit et entravent par là même une évolution qui semble à la fois fatale et utile. N'appartient-il pas, dès lors, à la doctrine appuyée sur l'expérience internationale, de contribuer au réajustement du droit aux faits et de préparer, par là même, la voie à la législation ?

Et c'est encore là la leçon qui se dégage — mais avec quel retentissement, puisque l'effort d'analyse et de synthèse de l'auteur s'applique à tous les domaines de la législation et de la jurisprudence comparées — de l'œuvre scientifique du Professeur Edouard Lambert.

Section II

LE PROGRAMME CORPORATIF

AULAGNON, *Suggestions « corporatives » de L'Encyclique* Quadragesimo Anno. *Contribution à un ordre juridique nouveau.*

GEILER, *L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution.*

MOLITOR, *La nouvelle constitution allemande du travail.*

(Ces deux dernières contributions publiées ci-dessous dans le Titre III, consacré au droit national-socialiste, sous les §§ 152 et 153.)

Il convient de rapprocher des études publiées et indiquées sous ce titre celles examinant l'influence des corporations professionnelles, ouvrières, industrielles ou commerciales, sur l'élaboration du droit. Ce sont, outre les articles reproduits dans la Section I, de MM. Dabin et Bessling, ceux de MM. :

ISHIZAKI, La récente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies, publié dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV « Les sources du droit comparé », Chapitre VI, § 40,

RABEL, L'unification du droit de la vente internationale. ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces, publié dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre I^er^, § 118,

BALOGH, L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains, publié ci-dessous, Chapitre VI, Section I, § 148.

HENNEBICQ, Généralités abstraites du droit économique, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IX, § 104.

KADEN, Un exemple de la pratique extra-judiciaire en allemagne : le contrat de bail uniforme, publié parmi les contributions sur les Sources du Droit Comparé, Tome II, Troisième Partie, Titre IV, Chapitre VI, § 41.

PIC, L'organisation professionnelle et l'état moderne. conventions collectives du travail et arbitrage obligatoire. étude de droit comparé, publié dans ce Tome, Titre VII, Chapitre II, Section V, § 172.

§ 141

SUGGESTIONS "CORPORATIVES" DE L'ENCYCLIQUE QUADRAGESIMO ANNO

Contribution à un ordre juridique nouveau

Par Lucien AULAGNON

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

C'est un fait que la marche évolutive de la civilisation tend à s'affirmer dans le sens de la diversité des éléments qui la constituent. Ce complexe aux contours incertains a fait surgir peu à peu une vie professionnelle de plus en plus spécialisée. Sur certains points du globe, de véritables cités du charbon, du fer, du textile ou autres se sont créées avec leurs mœurs propres. Partout ailleurs dans l'univers l'évolution industrielle a engendré une classe d'individus qui, à travers certains types différentiels, possèdent des affinités si profondes qu'ils tendent à former un monde à part. C'est le prolétariat moderne dont la propension à l'unité va même parfois jusqu'à déborder les frontières territoriales des Etats. On conçoit combien cette vie économique intense va peser d'un poids lourd non seulement sur les décisions des parlements ou des chefs d'Etat des divers pays, mais encore sur les relations internationales ! On ne se bat plus tant aujourd'hui pour accroître un empire que pour se procurer du pétrole ou quelque autre matière première. Sans doute, pour répondre à des besoins communs, des ententes se feront-elles jour sur des points particuliers ! Sans doute encore, et pardessus les frontières, des organismes appropriés vont-ils s'efforcer, chacun dans sa sphère propre (comme par exemple le Bureau International du Travail à Genève), de fixer et de régler certains aspects de ce problème mondial ! Mais pour si intéressantes que soient toutes ces réalisations, il n'empêche qu'elles laissent loin derrière elles la multiplicité et la complexité des aspirations et des besoins de la société professionnelle. C'est dans son cadre propre que celle-ci cherche ses lois. A mesure qu'elle grandit elle tend à s'organiser elle-même et à affirmer son *autonomie*. Pour régler sa vie elle éprouve, comme toute société, le besoin d'une autorité qui dérive d'elle-même : *l'autorité professionnelle* apparaît ainsi comme une nécessité de nature. Comment va-t-elle s'affirmer ? C'est là tout le problème qui se pose à la conscience des sociologues.

A cette question, pas plus l'idéologie purement libérale que l'idéologie marxiste ne nous fournisse de solution. En ce qui concerne tout d'abord le pur libéralisme, son erreur profonde consiste en ce que, pour établir l'ordre dans un monde où joue la liberté humaine, il s'en remet simplement à l'automatisme des forces, c'est-à-dire à la loi de ce qui n'a pas de

liberté. A moins de vouloir réduire l'économie politique à n'être que la science de la richesse impersonnelle et non pas la science de la richesse humaine, il faut bien convenir que « l'hono œconomicus » n'est qu'un mythe. Quant à chercher une solution dans le marxisme, ce n'est pas seulement reconnaître avec l'un des représentants les plus accrédités de cette doctrine que « la question sociale est une simple question d'estomac », mais c'est de plus ériger « la lutte des classes » en un principe politique. Il faut donc chercher ailleurs. Comment donc l'autorité professionnelle, qui a des titres à faire valoir pour son autonomie, va-t-elle se situer dans l'ensemble de la vie sociale ? Quelle place doit-elle occuper dans le cadre plus général de l'Etat ? *Quel rang* lui assigner ? De quelle façon les organismes corporatifs vont-ils s'intégrer dans l'Etat ? Le problème ne fait que reculer.

S'il est vrai que l'idéologie corporative participe à l'essor du sentiment national dans le monde contemporain, il nous paraît intéressant de considérer ici d'une manière particulière la façon dont se sont opérées à cet égard les dernières reconstructions de l'Allemagne et de l'Autriche (1). Dans la mesure où l'un et l'autre de ces Etats se sont inspirés d'idées et de modèles politiques étrangers, on peut dire que c'est sur la Rome laïque du fascisme que le Reich allemand a tourné ses regards, tandis que c'est sur la Rome catholique que s'est orientée l'Autriche. Cette différence de source des conceptions qui sont à la base du nouvel ordonnancement de ces deux Etats germaniques explique dans une large mesure la divergence qui existe entre les structures publiques de l'Allemagne et de l'Autriche contemporaines.

Le national-socialisme allemand a fait sienne l'idée chère au fascisme italien de « l'Etat totalitaire » dont le système de droit public repose, non pas sur la reconnaissance préalable des droits de l'individu, du citoyen, de la personne humaine et des groupes intermédiaires, mais sur la seule affirmation des prérogatives de la collectivité étatique et des devoirs de ses membres à son égard. Dans l'Etat totalitaire, le corporatisme aboutit à l'organisation étatique des forces économiques du pays. Les corporations ne fournissent qu'un état-major économique au chef du gouvernement : elles sont dépourvues d'activité autonome; derrière elles c'est la volonté du pouvoir de l'Etat qui se manifeste. Le national-socialisme ne veut plus connaître de Société civile qui soit indépendante de l'Etat (2).

Tout à l'opposé de cette conception, l'Autriche catholique accepte en principe l'*idée de la subsidiarité de l'Etat par rapport à la Société*. La constitution autrichienne du 1er mai 1934 compte même sur les corporations pour introduire dans l'Etat autoritaire qu'est le sien, des éléments de liberté et d'activité démocratique. Quand le système fonctionnera normalement, a-t-on dit, on pourra voir le Conseil d'Economie, organe des Corporations, participer à la marche de l'Etat, soit en collaborant à l'élaboration des projets de lois d'ordre économique, soit en nommant une partie du Corps législatif, le Conseil Fédéral, soit en participant dans l'assemblée fédérale à la désignation de trois candidats à la présidence de l'Etat. Ainsi compris, le corpora-

---

(1) Le présent article a été écrit, alors que l'Autriche n'avait pas encore été inféodée au Reich allemand. L'opposition de tendances quant à la position respective de chacun de ces Etats par rapport au corporatisme n'en reste pas moins un fait historique.

(2) Voir sur la « Critique du concept de la Société », l'ouvrage de H. MANKIEWICZ, « Le Nationalsocialisme allemand », Tome I, nos 177 et s., et sur la « Critique de la structure de l'Etat libéral », le même ouvrage, nos 99 et s.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

tisme essentiellement respectueux des droits et des libertés de la personne humaine, représente la « donnée sociale » d'un ordre nouveau qui se crée. Cette conception est toute entière inspirée de la philosophie catholique et des sources canoniques, telles que la fameuse encyclique *Quadragesimo Anno* du 15 mai 1931, et sur laquelle il nous faut maintenant insister.

Cette encyclique, en effet, consacre l'idée que l'Etat ne joue qu'un rôle subsidiaire, ne devant intervenir que dans la mesure où les forces de l'individu ou des communautés inférieures sont impuissantes à remplir les devoirs qui leur incombent respectivement. L'Encyclique dit, en effet : « De même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter par leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes » (Section 5, N° 86). Limitant l'Etat à une activité purement complémentaire par rapport à celles de l'individu et de la société, le droit naturel catholique crée entre l'individu et l'Etat un espacement destiné à abriter l'organisation des divers corps professionnels. Il y a donc une interdépendance logique entre la conception de l'Etat à fonctions limitées et le programme de l'ordre par corps professionnels. En effet, quand il garantit aux corps administratifs territoriaux et professionnels une vie à eux propre, l'Etat a déjà fait abjuration de l'idée totalitaire. Alors même que, comme l'Allemagne nationale-socialiste, elle a abandonné le principe démocratique, l'Autriche moderne se distingue, au point de vue de droit public, de cet Etat totalitaire par le fait d'avoir accepté, par la « réception » du programme papal de l'organisation par corps professionnels, l'auto-limitation de l'Etat en faveur de corps inter-étatiques et son auto-restriction en faveur de l'individu, consacrée par le maintien du catalogue des droits de l'homme et du citoyen.

Or, le programme « corporatif » des Papes, que demande-t-il à l'Etat, et comment peut-il être réalisé ?

Tandis que, pour mettre un terme à la lutte des classes, l'Encyclique *Rerum Novarum* du 15 mai 1891 avait laissé le choix entre, d'une part, des organisations groupant respectivement les employeurs et les salariés et, d'autre part, des organisations comprenant à la fois ces deux classes, l'Encyclique *Quadragesimo Anno* postule sans ambiguité la construction de corps professionnels groupant les individus, non pas à raison de leur position sur le marché du travail, c'est-à-dire en tant qu'ouvriers et patrons, mais à raison de l'activité commune qu'ils exercent dans une même branche de la vie sociale. Ce que vise le programme des Papes, c'est l'ordre corporatif de la *société* qu'il oppose à l'ordre corporatif de l'*Etat*. Dès lors, est conforme au programme de l'Encyclique la constitution de « *collegia ou corpora* », soumis au contrôle de l'Etat, à la condition cependant d'être indépendants de la direction de celui-ci. L'empiètement, par ces corps professionnels, sur le domaine de la direction de l'Etat, et la participation de leurs représentants au pouvoir législatif — participation qui exprime un ordre corporatif *étatique* et non plus un ordre corporatif *social* — ne sont nullement mentionnés dans l'Encyclique, même par voie d'allusion. En effet, en adoptant une attitude contraire, l'Eglise abandonnerait sa neutralité quant au problème de la forme de l'organisation étatique,

neutralité qui est le fruit de mûres réflexions, et a été consacrée notamment par l'Encyclique *Immortale Dei* du 1er novembre 1885.

Il résulte de ce qui a été dit que l'ordre par corps professionnels, préconisé par l'Encyclique, est compatible aussi bien avec une Constitution autoritaire qu'avec une Constitution démocratique, à la condition de ne pas créer un monopole de police en faveur de l'autorité centrale de l'Etat. Au sens du programme papal, la participation des représentants des corps professionnels à la vie de l'Etat (création d'une Chambre des Corporations) n'est donc nullement indispensable à la création d'un ordre corporatif.

La souplesse du programme « corporatif » des Papes, permettant son adaptation aux conditions les plus diverses, s'exprime déjà dans les méthodes préconisées pour la création des corps professionnels. Si l'Encyclique *Quadragesimo Anno* déclare qu'il est désirable « socialis corporis membra paene constructa constitui », elle admet aussi bien la naissance spontanée et hors de l'Etat des corps professionnels dans le cadre de la société, que leur création artificielle par l'Etat. Mais, dans la réalité des choses, pour restaurer les corps professionnels, l'intervention de l'Etat sera toujours indispensable. Car l'expérience a montré que la liberté d'association engendre uniquement des organisations, patronales et ouvrières, de lutte des classes, et qu'elle reste inapte à provoquer des organisations corporatives.

L'organisation intérieure des corps professionnels est dessinée par certains principes de droit naturel, que l'Etat a le devoir de réaliser, dans la mesure toutefois où il est appelé à collaborer à l'organisation des corporations. En employant la formule « *collegia seu corpora* », l'encyclique a laissé dans l'obscurité le caractère juridique propre de ces organismes. Cependant, en pratique, il ne peut s'agir d'autre chose que d'institutions ayant le caractère de personnes morales, étant donné que les corps professionnels devront assumer une multitude de fonctions inhérentes à l'administration publique, et qu'ils auront le droit de s'administrer eux-mêmes, et de gérer souverainement leurs propres finances. L'organisation des corps professionnels sous la forme de « services publics » ayant la personnalité morale est, paraît-il, d'ailleurs celle suggérée par l'Encyclique *Quadragesimo Anno* elle-même ; l'Encyclique, en effet, compare les corps professionnels aux communes qui, elles, sont les services publics autonomes territoriaux les plus importants. La doctrine juridique reste cependant libre de voir dans les corps professionnels — et bien qu'ils soient des personnes morales — des institutions ou organes de l'Etat, l'Encyclique ayant voulu influencer, non pas la doctrine, mais la législation sur les corps professionnels.

Ce qui est le plus nettement défini dans l'Encyclique c'est la composition des corps professionnels. Ceux-ci doivent, non pas créer des séparations entre des membres de classes opposées, mais réunir ceux qui collaborent à la même œuvre sociale. L'Encyclique s'inspire en effet de l'espoir de voir naître, chez les membres d'un même corps professionnel, la conscience qu'ils sont soumis à la même destinée. Elle tend à provoquer cet état de l'âme par l'incorporation, dans une même organisation obligatoire, des membres de classes antagonistes, et par la mise en contact, dans les salles de conseil, de l'employeur et de l'employé appelés à délibérer en commun des affaires communes. Le plan de l'Encyclique est de faire échec,

au moyen de l'organisation verticale par corps professionnels, à la scission horizontale en classes, qu'elle entend faire disparaître.

Mais il reste le problème de l'organisation de ces professions, où il n'y a pas d'employeurs et d'employés défendant des intérêts opposés. En effet, on ne saurait concevoir l'Etat comme l'antagoniste de ses fonctionnaires, ni l'Eglise comme celui de son clergé. Or, l'Encyclique ne donne pas de réponse à la question de savoir si, pour les professions qui n'ont pas donné naissance à ces deux fronts sociaux, on devra instituer des corps professionnels « unilatéraux », ou s'abstenir de toute organisation professionnelle.

De même l'Encyclique ne répond pas expressément à cette autre question : jusqu'où le principe de l'organisation par corps professionnels doit-il pénétrer la société ? En aucun cas, on ne saurait interpréter le programme papal comme réservant l'organisation par corps professionnels au seul domaine de l'économie ; cette limitation est d'ailleurs particulière au système autrichien. Et, en effet, les professions ayant un caractère de culture sont, elles aussi, susceptibles de recevoir une organisation corporative.

Quelles professions conviendra-t-il de réunir dans un seul corps professionnel ? Voilà encore un problème que l'Encyclique ne résout pas. Elle permet de créer des corps professionnels s'étendant sur plusieurs professions, sans toutefois interdire la limitation de leur compétence à une seule profession. Ainsi, il est possible de grouper dans une seule corporation l'ensemble de l'économie, ou l'ensemble de la science et de l'art. Mais on peut également adopter un système de spécialisation en réservant à chaque corps une profession déterminée, et créer ainsi par exemple des organisations distinctes pour les assurances, ou pour la poésie. La création de corps professionnels à compétence matérielle étendue présente cependant l'inconvénient qu'on est alors amené à englober dans une seule corporation des personnes qui, n'ayant pas de contacts sociaux communs, ne forment pas une communauté d'intérêts. D'autre part, quand on restreint la compétence matérielle des ordres professionnels, il en résulte inévitablement une sur-organisation et un surplus de dépenses administratives. Le législateur qui n'instaurera des corporations centrales qu'en nombre limité (l'Autriche, par exemple, n'a créé que les corporations centrales suivantes: Corps professionnels de l'agriculture et des forêts, des métiers, de l'industrie et des mines, du commerce et du trafic, des banques et instituts de crédit, des professions libérales, et, enfin, des services publics), devra pourvoir à la spécialisation indispensable des corps professionnels par la création d'une hiérarchie de sous-corporations, compétentes chacune pour une région ou une profession déterminée.

Mais beaucoup plus délicat que le problème du nombre des corporations est celui de la définition des professions et de leur démarcation respective. Plus le cercle d'action des corps professionnels gagne de l'importance, plus il faut veiller à ce que toutes les personnes exerçant la même profession soient groupées dans une seule corporation, distincte des autres. C'est pour cela qu'on ne saurait laisser aux corps professionnels la faculté de se développer librement (et sans contrôle), et qu'il convient de prendre des mesures législatives pour délimiter leurs compétences respectives, et pour empêcher qu'aucune corporation ne chevauche sur le do-

maine réservé à d'autres corps. Je m'explique. Quand — ainsi que le souhaitent certains théologiens — les corps professionnels seront chargés de l'ensemble de la politique sociale et assureront l'assistance aux pauvres aussi bien que l'assurance sociale, il faudra qu'il y ait un plan minutieusement préparé pour éviter d'une part qu'une même personne n'appartienne à deux corps professionnels et ne bénéficie, par conséquent, deux fois des mêmes avantages et, d'autre part, qu'il n'y ait des personnes n'appartenant à aucune corporation et, dès lors, dépourvues de tout secours social. A ce propos il convient d'ailleurs de signaler que ni les constructeurs de plans corporatifs théoriques, ni l'Encyclique du Pape ne se sont clairement rendu compte du problème suivant : quand les corps professionnels assumeront des fonctions jusqu'ici accomplies par l'Etat, comment faudra-t-il s'y prendre pour que ceux qui n'entreront dans la compétence d'aucune corporation ne soient pas privés de toute prévoyance sociale ? Bien entendu, les enfants, l'épouse et les autres membres d'une famille appartiendront à la corporation à laquelle est affilié le chef de famille. Mais, néanmoins, l'organisation corporative ne saurait jamais s'étendre sur tous les membres de la société, étant donné qu'il y a des personnes — tels les rentiers, les pupilles de l'Assistance publique — qui n'ont pas de caractère professionnel. Si ces personnes continuaient à être secourues et administrées par l'Etat, ou par d'autres services publics territoriaux, il en résulterait un doublage de l'organisation corporative assez compliqué.

C'est l'essence même du corps professionnel qui indique quel est le fait constitutif de l'incorporatian dans un ordre professionnel donné. Il convient d'abord de préciser qu'on n'appartient pas à un ordre professionnel de par sa naissance, comme c'était le cas des Ordres héréditaires de l'Ancien régime. On ne peut faire partie d'un corps professionnel que du moment où l'on entre dans la vie professionnelle. Mais alors deux possibilités s'offrent pour faire acquérir à l'homme la qualité de membre d'un corps professionnel. Première possibilité : le particulier appartient, en vertu de la loi, *ipso jure* à la corporation compétente pour la profession qu'il exerce; deuxième possibilité : il entre dans la corporation de sa profession par la déclaration de vouloir y adhérer. Dans ce cas, il y a deux hypothèses à distinguer : la déclaration d'adhésion peut être obligatoire ; ou bien le particulier est libre d'adhérer, ou non, à sa corporation. Quand la qualité de membre d'un corps professionnel est acquise *ipso jure* ou à raison d'une déclaration d'adhésion obligatoire, il s'agit d'adhésion forcée ; ce n'est que dans la troisième des hypothèses sus-mentionnées qu'il y a adhésion volontaire.

L'Encyclique s'est abstenue de prendre position et d'émettre une opinion pouvant préjuger l'adoption, par l'Etat, de l'une ou de l'autre des solutions possibles du problème. Probablement son silence est dû à ce qu'elle n'a pas voulu exclure l'adhésion facultative qui, en principe, lui est probablement plus sympathique. D'autre part, il semble que les buts visés par l'organisation corporative — c'est-à-dire décharger l'Etat d'une partie de ses fonctions, et supprimer la lutte des classes — ne peuvent être réalisés qu'à la condition de réunir, dans la communauté professionnelle, tous les éléments appartenant à la profession et qui, jusqu'ici, s'opposaient les uns aux autres. En ce qui concerne l'Autriche, elle a mis à profit

la liberté accordée à l'Etat par l'Encyclique quant à l'organisation de l'adhésion aux corps professionnels ; pour certaines corporations, l'adhésion est obligatoire, tandis que, dans d'autres corps professionnels, on acquiert la qualité de membre par une déclaration d'adhésion que la corporation est libre de ne pas accepter. Mais cette solution n'est admissible que pour la période des expériences, et à la condition que les corps professionnels n'assument que des fonctions qui, du point de vue de l'intérêt général, peuvent ne pas être accomplies. Quand — ainsi que le préconisent les programmes corporatifs — les corps professionnels se seront substitués à l'Etat dans une mesure plus large, et quand ils rempliront des fonctions jusqu'ici exercées par celui-ci, on ne pourra plus se soustraire aux obligations et droits créés par l'adhésion à un corps professionnel, pas plus qu'on ne peut, à l'heure actuelle, ne pas assumer les devoirs et droits dérivant de la qualité de sujet de l'Etat.

L'avenir de l'idée corporative dépend essentiellement du cercle d'action, et de la formation de la volonté, de la corporation. Dans les sources canoniques, le champ d'action des organisations corporatives n'est défini qu'indirectement, à savoir par les buts assignés à la reconstruction des corps professionnels. Les buts préconisés, qui sont la pacification des classes et le déchargement de l'Etat d'une partie de ses fonctions, peuvent être manqués aussi bien par la sur-extension des fonctions du corps professionnel que par le défaut de fonctions véritables à accomplir. Etant donné cependant l'écart qui existe entre, d'une part, l'accomplissement des fonctions d'une simple représentation d'intérêts et, de l'autre, la prise en charge de la majeure partie des fonctions exercées par l'Etat dans l'administration de l'économie et de la culture, il est loisible d'attribuer aux corps professionnels des rôles variés, et de développer et élargir leurs tâches d'après un plan organique. Les plans, si nombreux, visant l'octroi aux corporations du droit de réglementer l'ensemble du droit de la profession et de veiller à son application, dépassent la mesure raisonnable, parce qu'ils ne tiennent pas compte de l'importance de la réglementation du droit professionnel, qui intéresse, outres les membres de la profession, l'ensemble de la population vivant en contact avec elle. Ce serait, en effet, de l'optimisme utopique que de croire que, par opposition aux partis parlementaires et aux classes sociales, les corps professionnels soient les avocats naturels de l'intérêt général supra-professionnel, au lieu d'être essentiellement les représentants des intérêts égoïstes de la profession.

Le problème le plus important que pose la constitution de corps professionnels est cependant celui du moyen qui doit conduire à la formation de la volonté corporative. L'Encyclique *Quadragesimo Anno* donne un indice précieux pour la solution de cette question. En effet, selon cette Encyclique, quant aux affaires du corps professionnel dans lesquels les intérêts particuliers, soit des employeurs, soit des employés, sont en jeu de façon spéciale, chacune des deux parties pourra délibérer séparément sur ces objets et prendre les décisions qui s'imposent. Il en résulte que les affaires de la profession seront administrées et réglées, non pas par un Führer, mais, conformément à l'idée du corporatisme, par les représentants élus des membres de la profession, décidant selon le principe majoritaire. Loin de s'engager dans un doctrinarisme non réaliste, l'Encyclique, comme l'on voit, rompt dans une certaine mesure avec le principe corporatif quand la

justice l'exige, et revient, dans l'intérêt de la justice, à la représentation des classes. Si, sur des questions qu'on s'est abstenu de définir de plus près, les employeurs et employés doivent, selon l'Encyclique, délibérer séparément, il faut alors que chacun des deux groupes élise ses propres représentants formant deux représentations ou « Chambres » distinctes. On ne nous dit pas cependant clairement dans quelle mesure les décisions prises par l'une de ces Chambres auront force obligatoire pour l'ensemble de la profession. Si l'on exigeait l'unanimité des deux représentations, on compromettrait probablement la capacité d'agir de la corporation.

⁂

Beaucoup d'autres problèmes relatifs à l'organisation professionnelle n'ont pas été résolus par l'Encyclique. C'est que celle-ci n'a pas eu d'autre prétention que de promouvoir un certain nombre de directions dans la structure sociale du monde nouveau. C'est affaire aux juristes de les adapter aux exigences particulières de chaque pays. D'une manière ou d'une autre, l'institution corporative dotée de ses organes propres et jouissant d'une large autonomie devra venir s'arc-bouter sur la Puissance Publique. L'autorité professionnelle occupera une position intermédiaire entre les activités individuelles, qui au sein même de la profession s'exerceront au-dessous d'elle, et l'activité de l'Etat qui continuera *au-dessus d'elle* à veiller au respect du bien commun général. En définitive c'est entre le libéralisme désordonné et la dictature de l'Etat totalitaire que la structure corporative doit s'insérer. L'équilibre à réaliser dépend avant tout de la conception organique d'un Etat qui aura pour clé l'idée morale et sociologique du respect de la personne humaine et des libertés publiques (3). A cet égard, la tâche considérable qui partout s'impose ne requiert pas seulement la science des sociologues et la perspicacité des juristes. Elle exige aussi le concours de toutes les énergies spirituelles et l'adhésion du cœur car, « toute question sociale est d'abord une question morale » (4).

---

(3) Dans son livre « Capitalisme et Communauté de Travail » (Sirey 1938), François Perroux propose une formule ordonnatrice entre le système capitaliste empreint de l'esprit de liberté et le pur corporatisme d'Etat où dominent des idées de contrôle et d'autorité. Cette formule ordonnatrice, il la trouve dans une institution organique qu'il appelle « Communauté de Travail ».

(4) V. Lettre encyclique « Mit Brennender Sorge » du Pape Pie XI, « sur la situation de l'Eglise catholique dans l'Empire allemand » (14 mars 1937).

CHAPITRE IV

L'ANTILIBERALISME

GOLAB, *Le droit civil antilibéral.*

Sur la DÉFENSE DES CONCEPTS LIBÉRAUX sur laquelle on trouve déjà des éléments dans l'étude de M. Golab, et l'EQUILIBRE NÉCESSAIRE ENTRE LES DROITS INDIVIDUELS ET LES DROITS DE LA SOCIÉTÉ, cf. notamment les articles de MM. TROTABAS, LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN DROIT INTERNE ET LE RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE, publié ci-dessus, Chapitre II, § 137, MORIN, QUELQUES OBSERVATIONS SUR LE CONCEPT D'ABUS DE DROIT, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre VIII : « Le Droit Privé », Section II, § 102, et ROUBIER, L'INFLUENCE DES CONCEPTIONS NATIONALES-SOCIALISTES SUR LE DROIT DE L'INVENTEUR, publié ci-dessous, Titre III, § 155.

§ 142

LE DROIT CIVIL ANTILIBERAL

Par Stanislaw GOLAB

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cracovie

Dans la littérature juridique allemande d'aujourd'hui (1), on oppose l'idée du devoir et de la communauté sociale au libéralisme conçu comme la dégénérescence de l'idée de liberté en un individualisme et un matérialisme exagérés. Cette opposition se fait jour dans la lutte pour un renouveau du droit allemand avec une tendance d'hostilité à l'égard du droit romain. La surestimation de la personnalité et de ses droits et la sous-estimation des devoirs sont censées avoir eu pour conséquence que, en dépit du principe essentiel actuel, l'intérêt égoïste a passé avant le bien commun et l'utilité générale. Cependant, l'individu n'a d'importance que par sa situation sociale, qu'eu égard au labeur de l'ensemble des membres de la nation. A la place du droit, c'est le devoir qui accède au premier plan.

Il m'est difficile de rapporter plus amplement les déclarations de certains juristes allemands répudiant « en bloc » le libéralisme, dont ils soulignent âprement les mauvais côtés sans épargner pour autant d'amères remarques sur la science du droit tout imprégnée de positivisme sous l'influence du libéralisme. On s'en est pris aussi à l'idée de codification (2) qui doit nécessairement conduire au principe que la loi n'a pas de lacunes et que, dès lors, le juge n'a qu'à appliquer sa teneur littérale et ne saurait faire acte de créateur. Lange veut opposer à cette conception le retour à la conception « romantique », aux conceptions de Hegel et de l'Ecole historique du droit, et il répète, à son tour, l'antienne bien connue sur la marche continue du droit, et sur la circonstance que l'établissement même de la norme ne constitue pas encore le droit; que cette norme ne devient créatrice de droit que par l'approbation générale, par l'accoutumance de la société. Ce sont là des opinions déjà connues, ne fût-ce que par le travail de R. Laun, de 1925, dont j'ai fait la critique dans le II[e] Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, dans un article intitulé : « Le droit et la morale », p. 252 et suiv. Je m'y suis efforcé de combattre le point de vue d'après lequel le droit ne serait que le domaine de la morale

---

(1) V. dans la publication *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* (1933), l'article de H. Lange, intitulé : « Libéralisme, nationalisme et droit civil ».

(2) Erich Jung en traite avec justesse : *Deutschrechtliches und Römischrechtliches zur Reform des Bürgerlichen Rechts*, dans *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1934, p. 215 et suiv.

et d'après lequel il n'y aurait donc aucune différence entre le droit et l'éthique.

Je défends le point de vue qu'alors que les normes éthiques sont constituées « de manière autonome » telles que les fournit la conscience et les reconnaît la raison humaine, — les normes juridiques, en tant qu' « hétéronomes » — dans ce sens qu'elles proviennent d'une certaine autorité différente des personnes qui y sont soumises — sont en quelque sorte des intermédiaires entre les normes du type le plus élevé et les besoins de la vie pratique (Wundt). L'exigence, à mon avis justifiée, que le droit soit moral ne saurait conduire à la disparition de toute différence entre le droit et la morale, et le souhait que quilibet ex populo pût ne pas obéir aux lois de l'Etat et décider arbitrairement de leur amoralité, mènerait, dans son application pratique, à une complète anarchie (3).

On ne saurait non plus admettre le point de vue d'après lequel, au temps où régnait le libéralisme, l'individu n'aurait connu aucune restriction à sa liberté d'action, et tout ce qui n'avait pas été expressément défendu aurait été permis. Nous reviendrons plus loin sur ces considérations.

Selon les concepts antilibéraux, le résultat juridique dans ce qu'on appelle la déclaration de la volonté ne se produit pas en raison du fait qu'il est envisagé, par les parties, mais parce qu'il est approuvé par l'ordre juridique. Cependant sur le terrain du libéralisme, la volonté seule règne, et sa seule déclaration n'a pas d'existence propre. Si la volonté ne s'accorde pas avec la déclaration, la loi la menace de nullité, quelle que soit la valeur objective de ce qu'on a déclaré. Je fais ici abstraction de la conception même de la déclaration de la volonté malencontreusement transplantée en d'autres dispositions dans le code polonais des obligations (4), et je me borne à la conception de l'acte juridique comme étant cette activité juridique où, tradi-

---

(3) Le Dr HELMUT NICOLAI, dans *Die rassengesetzliche Rechtslehre* (2e édition 1933) est du même avis que LANGE; il voit la différence entre la conception romaine du droit et la conception allemande dans le fait qu'avec la première toute disposition arbitraire de l'Etat est « droit », alors que le droit allemand est une grandeur éthique planant au-dessus de l'Etat et que celui-ci ne saurait changer. C'est une « construction fermée de pensées éthiques ». « La distinction romaine entre la loi (?) et la morale était étrangère au droit allemand; au contraire, le droit n'était que ce qui répondait à l'éternelle idée éthique ».

« Il y a donc des lois qui, par la volonté du législateur, doivent à vrai dire constituer le droit; cependant elles ne sauraient obliger, car ce qui n'est pas le droit ne saurait devenir droit par le seul fait qu'il revêt la forme de la loi ». Voir encore p. 34. Cf. *Rasse und Recht*, p. 15.

La demande formulée par Adolf HITLER pour qu'il n'y ait point de contradiction entre le droit et la morale est juste; elle n'implique pourtant pas (comme il le semble à Nicolaï) qu'il n'y ait pas de différence entre l'éthique et le droit, et que le droit soit le domaine de la morale.

R. REIMER, *Das Recht und der Nationalsozialismus*, p. 91, souligne aussi que le droit n'est pas ce que chaque autorité temporelle régnante définit comme tel, que le droit n'est donc pas ce qui est écrit dans les lois. Le droit se tient au-dessus de l'autorité de l'Etat et ne peut être changé par elle.

GÖRING dit aussi du « droit moral », *Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, p. 13, que, depuis des milliers d'années, il est profondément ancré dans le cœur de l'homme, passant des ancêtres à leurs descendants. C'est pourquoi ceux qui sont égaux par le sang et la qualité ont leur droit et le comprennent.

(4) Voir mon article : *Banalités juridiques essentielles dans la codification* (La Voix du droit, 1931, n° 8).

tionnellement, domine l'intention de provoquer un effet juridique. Mais ce n'est pas d'aujourd'hui que l'on va dans la science au delà d'une pareille conception; on porte attention au « but social » de l'acte juridique placé parfois *primo loco* (5). De tels actes ont force juridique car ils répondent à la volonté individuelle qui est d'accord avec l'intérêt social. L'heure de la volonté passe ; il reste pourtant un état de choses formé par l'entremise même de l'acte juridique et protégé par l'ordre juridique. *L'individualisme « pur » se soumet aux buts généraux.*

Il est du reste bien connu depuis longtemps que l'on ne saurait, dans aucune législation civile, introduire d'une manière absolue, soit une théorie de la volonté, soit une théorie de la déclaration. La volonté « effective » s'est transformée avec le temps en une volonté « de déclaration ». C'est cette volonté « déclarée » qui compte alors même qu'elle ne correspondrait ni à la volonté effective, ni à ce que le déclarant aurait eu l'intention de déclarer. Mais cette conception n'empêche pas de tenir compte de la volonté individuelle, non seulement dans le cas où le législateur permet de prendre en considération un élément anormal intervenu, soit dans la manifestation, soit même déjà dans la formation de la volonté, mais aussi dans le cas où la manifestation de la décision prise n'a pas été faite dans le but d'en informer l'autre partie, et où la loi autorise à conclure d'une certaine manifestation à une certaine décision. Depuis longtemps aussi la théorie autrichienne de la confiance (Vertrauenstheorie) a vu son importance grandir; elle émoussait le fil de ces théories intransigeantes en tenant compte du tiers «innocent », de la confiance qu'il a dû avoir dans les déclarations faites par lesquelles le déclarant se trouve dès lors lié (6). Il est vrai que si le Code civil allemand admet plutôt (paragr. 116, 118, et même paragr. 119 et 120, ces derniers de sens discuté) la théorie de la volonté, tout en tenant compte aussi des manifestations ne répondant pas aux décisions effectivement prises, il n'exclut pas cependant de manière absolue, la théorie de la déclaration. Pour autant que tout acte juridique repose sur la manifestation d'une décision de la volonté, la théorie de la déclaration garde sa raison d'être toutes les fois que ce n'est que par voie d'interprétation que l'on peut découvrir l'absence de toute volonté « effective ».

La protection de la possession dans le droit civil actuel doit apparaître comme typique en ce qui concerne une réglementation juridique libérale. L'état de pur fait extérieur de « paisible possession » relègue au second plan l'etat éthique de devoir, d'obligation : ne protège-t-on pas, en effet, celui qui n'est pas fondé en droit contre celui qui l'est, et qui peut immédiatement prouver son droit ! Lange dit à juste titre que c'est là l'idéologie du veilleur de nuit. Je me suis élevé déjà contre cette conception dès 1930 (7), et j'ai montré alors que la protection du possesseur peut être bien mieux assurée par voie d'ordonnances provisoires en référé (Einstweilige Verfügungen) et

---

(5) René Demogue : *Traité des obligations en général*, 1923, t. 33. Rumpf, *Rechtssystem, Staat und private Willenserklärung*, dans le journal « *Philosophie und Recht* », I, 1920-1921, page 12. Cf. aussi mon article sur les faits juridiques dans l'*Encyclopédie du droit privé* (Varsovie).

(6) V. pour de plus amples détails, mon travail intitulé : *Avant le projet de code civil polonais*, Journal des Juristes de Cracovie, XXVIII, suppl. au ch. II, p. 33 et s., 40 et s.

(7) Au *Mouvement juridique*, de Poznan, dans l'article : « Considérations sur la défense de la possession *de lege ferenda* ».

qu'une procédure particulière de la possession est une survivance, spécialement dans le cas où le fondé en droit se voit forcé de transmettre des biens, ne fût-ce que provisoirement, à un possesseur déloyal. Voir du reste le § 927 du code civil suisse.

Il est pourtant exagéré d'affirmer que le droit subjectif, cette « idole du libéralisme » équivaille au principe *qui suo jure utitur, neminem laedit :* n'y a-t-il pas, sous le règne du libéralisme, des interdictions de la chicane ? Il y a aussi des règles concernant les rapports de voisinage, il y a encore la jurisprudence qui parfois dans une large mesure rétrécit la portée et atténue la force des droits subjectifs là où l'idée sociale paraît exiger la défense des intérêts de la communauté ou seulement même de la partie adverse. Au crépuscule du libéralisme « la protection des locataires » rejette en totalité le fardeau tout entier sur une seule couche sociale, et dans le droit du travail les « groupes d'intérêts » luttent à vrai dire entre eux sur une grande échelle; pourtant le travailleur depuis longtemps est protégé devant le patron.

Je ne sais comment concilier le principe essentiel *pacta sunt servanda,* cet « impératif de l'idée de la communauté », avec la louange simultanée de la clause *rebus sic stantibus,* condamnée à mort, paraît-il, par le libéralisme.

Quand le juriste parle de la propriété privée, il est recommandé de conserver la mesure convenable plus encore qu'en ce qui concerne les autres sujets. Le bien social, dans un régime raisonnable, ne devrait pas être avide au point de détruire sans nul égard le plus large des droits réels dans les cas où il a été légalement acquis par des moyens provenant de l'honnête travail de l'homme. Du reste la limitation et même le complet retranchement de ce droit pour des raisons publiques ne sont pas, comme on le sait, notions nouvelles; ils étaient pratiqués depuis longtemps. Bien plus que l'usage exclusif de la chose possédée par le propriétaire, son droit traditionnel à se servir librement de cette chose, à la laisser « en jachère », et même à la détruire, a été l'objet de nombreuses attaques (8). Cette discrétion en ce qui touche précisément l'utilisation ou la non-utilisation de la chose par son propriétaire s'oppose aussi à la science canonique de la propriété qui voit dans le propriétaire un simple administrateur du bien qui lui est confié et dont le devoir est de le gérer au mieux de l'intérêt de son prochain. Cette doctrine n'a-t-elle pas précédé de loin toutes les théories socialistes et communistes minant le droit de propriété ? Et aujourd'hui on la répète, mais sous une forme modifiée, en disant que la propriété a cessé d'être un droit subjectif pour devenir une « fonction sociale », comportant l'obligation de conserver la richesse et de l'employer pour le bien commun, obligation sanctionnée par le retrait de la protection légale au possesseur qui ne remplit pas ce devoir. C'est encore dans la doctrine canonique qu'il convient de chercher la source de prescriptions telles que « la propriété oblige, son usage doit être en même temps un service du bien général », ou « la culture de la terre est le devoir du possédant vis-à-vis de la société », ou enfin « la terre, en tant que l'un des plus importants facteurs de l'existence et de l'Etat, ne saurait être l'objet de transactions illimitées ».

---

(8) Léopold WENGER : *Zum Zivilrecht Sowjetrusslands,* dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* XX Band, (1916) Heft I, p. 3, ainsi que la littérature qui y est citée

Pourquoi alors parler de la « conception illimitée de la propriété » chez Windscheid. Si on reconnaît la propriété foncière, si on reconnaît que son possesseur ne doit pas être rabaissé au rôle de gérant du bien d'un autre, on ne devrait pas en même temps émettre l'opinion que la terre ne peut être un objet de puissance souveraine (Herrschaftsobjekt) pour de simples citoyens qui ne sont que les « mandataires de la collectivité ». La thèse que le droit de propriété impose au propriétaire des devoirs sociaux, et en particulier l'obligation de faire usage de la chose conformément au bien de tous ou de l'Etat, est à la mode, et pourtant elle est vieille comme le monde. Il en résulte à vrai dire que le propriétaire ne saurait abuser de sa force de droit, que, dès lors, par exemple, il ne peut ni laisser une terre arable en jachères, ni ne pas louer ou ne pas utiliser un bâtiment, là où le manque de logements se fait sentir. Mais *il ne ressort nullement* de cette thèse que le propriétaire doive toujours personnellement cultiver sa terre ou administrer personnellement un immeuble en ville, et que le législateur puisse décréter que le propriétaire qui n'agit pas de la sorte sera dépossédé de sa propriété car « il n'est pas digne d'avoir de la terre ».

Dans mon travail intitulé « La famille et la propriété » (9) je me suis efforcé d'exposer comment, dans trois Etats, à régime politique modifié, « on s'en prend à la propriété ». Je rappelle ici seulement en bref qu'en *Russie soviétique*, on a tâché avant tout d'écraser le droit capitaliste privé, d'écarter l'individualisme du droit, de reconnaître, au lieu des droits, les « fonctions sociales ». Nous savons qu'après ces réformes un retour au capitalisme a dû s'effectuer, à vrai dire à ce qu'on appelle le capitalisme d'Etat. Cependant il n'est pas niable qu'ici encore des concessions ont été faites au bénéfice des intérêts individuels et des droits privés des individus. Le code civil soviétique décrète, il est vrai, dès son début, que les droits privés ne sont garantis que pour autant qu'ils sont réalisés en accord avec leur but social et économique; toutefois, il reconnaît l'existence des sujets de droit, de leur capacité juridique, de leur liberté de se mouvoir et de fixer leur résidence, de gagner leur vie et d'exercer un métier, d'acquérir et de céder, ainsi que d'entreprendre des actes juridiques et de fonder des entreprises industrielles et commerciales — le tout évidemment dans les limites des règlements en vigueur. Dans ces limites, le propriétaire a le droit de posséder et d'utiliser l'objet de sa possession, et d'en disposer.

La « socialisation de la terre » a amené ici à la différenciation de la propriété souveraine de l'Etat d'avec la propriété d'usage, éventuellement d'avec le droit d'usufruit appartenant aux personnes qui cultivent la terre. Les usufruitiers ne pouvaient à vrai dire disposer de la terre ni *inter vivos* ni *mortis causa* car, après leur mort, la terre passe à l'usage de l'association des membres de l'administration agricole collective; mais ils avaient le droit de gérer la terre de la manière par eux choisie et d'y édifier des bâtiments qui, ne devenant pas propriété de l'Etat, ne pouvaient cependant pas être aliénés sans autorisation de l'Etat. En cas de maladie ou de service militaire, l'usufruitier d'un bien pouvait même l'affermer à une personne cultivant elle-même la terre.

Ainsi, même en Russie, on n'a pas détruit les droits privés dans leur

---

(9) « Notre Avenir », Varsovie, 1934.

totalité, on n'a pas « désindividualisé » le droit privé; la « vie elle-même » ne l'a point brisé. Il y a place pour une « autonomie » de l'individu qu'on ne saurait complètement exclure. C'est donc en vain que DNIESTRZANSKI (10) essaye de nous suggérer que le code civil soviétique n'avait pas en vue de renouveler le droit privé au sens généralement reçu. Ne constate-t-il pas lui-même que le but de la promulgation du droit civil était de susciter l'initiative privée et que c'est précisément eu égard à ce but qu'on a procédé en Russie à la « construction de la sphère juridique de l'individu » ? Divers auteurs y prévoient du reste le retour et la restauration de la bourgeoisie, en indiquant maints indices. Mais arrêtons-nous ici.

Dans l'*Italie fasciste*, l'Etat s'est mis aussi à dominer le capital et le travail. L'intérêt social, le devoir social et d'autres mots d'ordre analogues ont pris la direction en atteignant évidemment aussi, à travers les commandements de l' « Etat corporatif » qui s'appuie sur eux, le droit de propriété. La thèse VII de la « Carta del Lavoro » parle cependant de l'initiative privée, et l'essence même du droit de propriété n'a été altérée ni par les commandements de la culture rationnelle des terrains, ni par les expropriations entreprises dans l'intérêt public.

Pour ce qui est de l'*Allemagne* d'après-guerre, dès 1919, une « loi socialisante » fit irruption dans l'économie privée et dans le droit civil. La Constitution de Weimar de cette même année a reconnu la propriété comme un service pour le bien commun, et par la publication de HEDEMANN (11) nous pouvons apprendre ce qu'il advint ensuite. Quoi qu'il en soit, A. Hitler reconnaît à la propriété, dans le domaine économique, une force (*Macht, Herrschaft, Haben*) semblable à celle que représente la puissance de l'Etat dans le domaine politique. Du reste la différenciation ou la graduation de la propriété (*differenziertes Eigentum*) selon la diversité des races et des prestations, que l'on trouve chez A. Hitler, est assez peu claire.

Le législateur polonais n'a pas fait preuve d'un empressement particulier à suivre les nouveaux courants (12). Il a maintenu en vigueur dans la Constitution modifiée l'art. 99 qui garantit « toute » propriété, et, dès lors, la propriété « personnelle des divers citoyens ». La considérant comme l'une des bases les plus importantes du régime social et de l'ordre juridique, il a procédé judicieusement et, à cet égard, s'est peut-être donné en exemple aux réformateurs étrangers et aux « constructeurs » de la vie de la société et de l'Etat. Quand leurs expériences échoueront, alors, bien certainement, le « maudit » libéralisme, affectant une forme nouvelle, se fera à nouveau entendre et aura voix au chapitre (13). Mais dès aujourd'hui certains juristes

---

(10) Extrait du *Journal juridique et économique* de l'année 1932, p. 7 et suiv.

(11) HEDEMANN : *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, paraissant depuis 1933.

(12) Auxquels sacrifient non seulement les communistes, et, en partie, les nationaux-socialistes allemands, mais aussi certains dignitaires de l'Eglise qui déplorent que le régime capitaliste ait conduit à abuser de la propriété privée, dont la plus haute raison d'être est le bien commun, car la « servitude sociale » pèse sur chaque propriété.

(13) Voir aussi GÖRING, *Rechtsicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Schriften der Akademie für Deutsches Recht*, contre le libéralisme sous le règne duquel (« *Nachtwächterstaat* », « l'Etat veilleur de nuit ») l'individu seul comptait, ainsi que ses buts égoïstes, tandis que ne comptait pas la communauté nationale. De l'avis de GÖRING, le droit privé libéral actuel repose sur l'exploitation capitaliste ; au lieu de

allemands soulignent le fait connu que « sans autonomie privée il n'y a pas de droit privé » et que, dans l'essence même du droit, il y a une certaine tendance individualiste. Stoll fait remarquer judicieusement que les prescriptions coercitives dans le droit privé, quoique parfois nécessaires, amènent souvent le contraire de ce qu'on voulait obtenir, lésant ceux qui devaient être protégés, comme par exemple l'honnête épargnant ou le brave commerçant, et avantageant les débiteurs étourdis ou les mercantis coupables. L'autonomie du droit privé exige l'admission de principe aussi bien des droits subjectifs que des obligations juridiques qui leur correspondent. Il est difficile d'entrer ici dans l'analyse détaillée des opinions déniant l'existence et le besoin des droits subjectifs. Je compléterai seulement par les paroles de Le Fur ce que j'ai déjà écrit sur ce thème autre part. Attirant l'attention sur la réaction contre l'individualisme des 18e et 19e siècles, Le Fur (14) constate la naissance du « droit social » qui s'est développé à tel point que nombreux sont ceux qui nient aujourd'hui l'existence du droit individuel, affirmant que tout le droit est social, tout comme on disait dans les siècles précédents que tout le droit était individuel. Cependant le droit a un caractère aussi bien social qu'individuel. Le but du droit est, en effet, d'établir une meilleure organisation de la société pour le plus grand bien de l'individu lui-même. L'homme est à vrai dire une créature sociale, mais il garde son activité propre; donc, quoique le droit ne se manifeste pas autrement que dans la vie sociale, son but dernier est cependant l'homme, sans lequel il ne saurait être question du droit.

On ne saurait donc, pour favoriser le droit social, nier l'existence des droits réels. Ce qu'on appelle le droit social et le droit individuel, ne sont

---

protéger le faible il garantit le droit de l'exploiteur. Cependant Göring n'a pas fourni de preuve à l'appui de sa thèse.

L'attitude de Hedemann est prudente (*Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht*, I, p. 131). Il attire l'attention sur le fait que le Führer parle non pas de détruire, mais seulement de contenir un libéralisme et un individualisme par trop exhubérants. *Dans le droit civil, nous ne pouvons pas nous en passer*, nous pouvons seulement remplacer ses vocables odieux par d'autres, par exemple : la saine liberté de se mouvoir et un self-sentiment (Ichgefühl). L'homme naît avec une certaine dose d'égoïsme. Il convient de conserver la notion de *droit subjectif* sur lequel se fonde toute action devant le tribunal civil. A vrai dire certains le conçoivent comme « fonction du droit objective » en vue d'accomplir les tâches vitales des individus en tant que membres et serviteurs de la communauté, comme droit « social » limité par l'intérêt de la collectivité, et par conséquent comme il en est dans la Russie des Soviets, selon le § 1er du Code civil qui assure la protection légale aux droits privés dans la mesure seulement où ils ne sont pas en conflit avec leur but social et économique. Ceci ne modifie cependant ni les formes, ni les types et catégories des droits subjectifs. (H. Dölle, *Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat*, Schmollers Jahrbuch, 1933, cahier 5, pp. 3, 7 et 10, 11.)

(14) Le Fur : *Droit individuel et droit social*, aux *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, 1931, n° 3-4, p. 292, suiv., 308.

On ne saurait consentir à la pure et simple annulation des résultats de la culture juridique par voie d'élaboration sur le papier ou même de « réformes pratiques » qui essayent de prendre la place des droits subjectifs, soit plus ou moins sous le noble manteau de quelque omnipotence ou idée « de troupeau », soit par des conceptions qui par rapport aux droits subjectifs ne sont que des jeux de mots, soit enfin par un vide incomblé. Qui a des obligations juridiques devrait être assuré de pouvoir acquérir des droits. Une régression dans ce développement ne contribuera ni à élucider les phénomènes juridiques, ni à faire saisir l'essence du droit privé.

pas deux droits divers, mais deux éléments du droit entre lesquels l'équilibre doit être gardé.

On ne saurait donc tenir pour fondé le point de vue d'après lequel la conception du droit subjectif serait la conséquence de l'attitude de résistance du maître (*Herrenstandpunkt*) dans le droit romain, se différenciant essentiellement de l'idée juridique allemande dans laquelle il n'y a pas de « liberté *contre* l'Etat », mais seulement une liberté liée à cet Etat de telle sorte qu'il ne saurait y avoir d'opposition entre l'Etat et l'individu.

Comme exemple de ce à quoi peuvent conduire le désir de condamner sur tous les terrains le libéralisme et le désir de mettre en avant l'idée de la communauté (*Gemeinschaftsgedanke*), je puis citer aussi ce qu'a dit M. LANGE du droit de famille. S'en prenant à « la conception libérale des liens conjugaux » et préconisant l'union éthique du mariage au service général, il souligne avec justesse la stabilité du mariage, son indissolubilité de principe. Mais immédiatement après il ajoute : « Cette indissolubilité s'oppose cependant... à l'idée de communauté, car, après que l'union a été déchirée, elle absorbe la force des deux individus dans une lutte réciproque et quotidienne et la soustrait par là-même à la collectivité. Il ne reste plus alors que... le divorce ».

Je passe ici sous silence la question de l'exclusion de la procréation des personnes « incapables de transmettre une hérédité de qualité », c'est-à-dire les aliénés, les criminels, les malades incurables, contagieux et héréditaires, — comme aussi la question de stérilisation dans des buts de conservation et de pureté de la nation, interdisant le mélange des races et leur altération par le sang étranger (15). J'ai exprimé ailleurs (16) mon opinion sur les essais de « stérilisation », incursion dans une sphère où j'estime en principe que nul ne devrait s'immiscer. L'idée sociale ou nationale ne justifie ni la brutalité, ni la cruauté. L'action hérodienne contre les nouveau-nés conçus hors mariage est celle qui peut le moins être excusée. On peut combattre par des moyens appropriés les relations sexuelles hors mariage, mais on ne saurait affirmer que — en opposition aux relations conjugales — elles sont basées toujours et uniquement sur « une jouissance sexuelle immorale », alors que les rapports conjugaux se fonderaient toujours et uniquement sur « une communauté éthique du devoir ». Mais le fleuron de l'injustice et de l'inconséquence est d'affirmer que l'enfant naturel « devrait être désavantagé » par rapport au légitime en tant que « ne participant pas de cette base morale ».

Il est pourtant des propositions dignes de retenir l'attention : ainsi la compréhension des droits des parents comme un devoir, le devoir de subvenir aux besoins des frères et sœurs, les « asiles de famille », l'interdiction de l'éducation publique commune loin du foyer familial. Pour ces matières je renvoie le lecteur à mon projet de réglementation juridique des relations familiales et aux motifs qui y sont donnés (17).

---

(15) Selon STOLL (*loc. cit.*) le droit familial doit contribuer activement à maintenir et à assainir la race.

(16) « *Notre avenir* », Varsovie, 1934.

(17) Au *Journal de la Commission de Codification, Sous-commission du droit sur les conditions de la parenté et de la tutelle*, cahier 1, Varsovie, 1934. La famille, projet de la partie du code civil polonais sur les relations juridiques des parents et des enfants.

Dans la toute dernière littérature allemande on remarque un revirement heureux

dans les opinions sur la situation légale de l'enfant né en dehors du mariage. Voir en particulier l'art. du Dr Fraeb, *Nationalsozialistische Volkswohlfahrt und der Fluch der Unehelichkeit* (Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1935, n° 9) soulignant que cet enfant doit être considéré, de même que les enfants légitimes, comme un membre de la communauté nationale.

Le projet (2) de 1934 (Bechert et Cornelius) reconnaît la parenté de l'enfant né en dehors du mariage avec les deux parents également, et dans le droit sur les successions il le traite de pair avec les enfants légitimes.

M. Dölle, *loc. cit.*, p. 27, réclame la protection de la maternité en dehors du mariage et de l'enfant qui en est conçu, conformément à l'art. 121 de la Constitution de Weimar; il réclame aussi que lui soient assurées, à l'égal de l'enfant légitime, les conditions de son développement physique, spirituel et social.

CHAPITRE V

L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC SUR LE DROIT PRIVE

RIEZLER, *Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public.*

MORELLET, *L'interpénétration du droit public et du droit privé.*

JOSSERAND, *La « publicisation » du contrat.*

PICARD, *L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance.*

G. DOR, *La conquête du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique.*

LONGCHAMPS DE BERRIER, *L'influence du droit public sur le contrat du travail dans le droit civil polonais.*

(Cette dernière contribution publiée ci-dessous, Titre VII : « Le Nouveau Droit Social », Chapitre II, Section VI, § 174.)

Il convient de rapprocher sur LE PROBLÈME EN GÉNÉRAL les études de MM. BESSLING, LE FAIT SYNDICAL ET LES TRANSFORMATIONS DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT, reproduite ci-dessus Chapitre III, Section I, § 140, GOLAB, LE DROIT CIVIL ANTILIBÉRAL, reproduite ci-dessus, Chapitre IV § 142, et TROTABAS, LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN DROIT INTERNE ET LE RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE, reproduite ci-dessus Chapitre II, § 137, et les contributions publiées ci-dessous dans le Titre IV, consacré au droit de la Russie soviétique.

⁂

En ce qui concerne L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC SUR LE DROIT DU TRAVAIL des divers pays, il y a lieu de se reporter aux contributions placées dans le Titre VII ci-dessous : « Le Nouveau Droit Social », §§ 166 à 174.

⁂

L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC SUR LE DROIT COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE est évoquée dans les articles de MM. GEILER, L'ORDRE JURIDIQUE

DE L'ÉCONOMIE ALLEMANDE, CONTRIBUTION AU PROBLÈME JURIDIQUE DE L'INSTITUTION, publié ci-dessous, Titre III, § 152, HAESAERT, LA LUTTE ENTRE LE « NEW-DEAL » ET LA COUR SUPRÊME AUX ETATS-UNIS, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, § 89, et VAN HOUTTE, LES TENDANCES ACTUELLES DE LA RÉGLEMENTATION DU COMMERCE DE DÉTAIL EN BELGIQUE, publié ci-dessous, Titre VI, Chapitre II, Section II, § 165.

OBLITERATION DES FRONTIERES ENTRE LE DROIT PRIVE ET LE DROIT PUBLIC

Par Erwin RIEZLER,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Munich

Traduit par Paul ROUBIER,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,
et H. MANKIEWICZ,
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

I

1. Vouloir observer et apprécier le déplacement des frontières entre le droit privé et le droit public, c'est une entreprise dépourvue de tout sens aux yeux de ceux qui n'admettent pas l'existence de frontières entre ces deux domaines juridiques. S'il n'y a pas de distinction entre le droit public et le droit privé, il ne peut évidemment y avoir, ni déplacement, ni oblitération des lignes de démarcation.

La thèse de l'inexistence de pareilles frontières est, en effet, soutenue par plusieurs auteurs, et non pas seulement depuis hier. Elle trouve un appui idéal dans la conception de l'Etat de Platon. Quand l'Etat est un être uniforme qui domine tout, et dont l'âme se retrouve de la même manière dans ses citoyens, alors il ne peut pas y avoir de sphère juridique où les individus poursuivent leurs intérêts sans égard à l'Etat et en pleine indépendance de lui. Bien que la *Politeia* de Platon ne soit jamais devenue une réalité dans aucun endroit du monde, et que, construction idéale, elle soit loin d'être juridiquement précise, elle est cependant imprégnée — comme d'ailleurs les *Nomoi* — du principe fondamental de l'Etat totalitaire, et c'est justement ce principe qui s'oppose à la séparation du droit public et du droit privé.

D'une coloration tout autre est l'idée de l'unité du droit, telle qu'elle est née au Moyen Age sur le sol germanique. Elle ne s'inspire pas d'une puissance publique superposée à tout, et qui, par sa capacité de s'étendre à tout et de tout régler, donne à la formation juridique de chaque rapport de vie une frappe de droit public. La prétention à la totalité ne pouvait pas surgir, car il n'y avait pas de puissance centrale qui pouvait l'élever. Il est exact que, sur le sol germanique, le particulier était lié à des communautés plus ou moins vastes, à la famille, à la corporation, à la ghilde, à la commune. Mais, dans aucun des ordres de ces communautés séculières, on

ne pouvait établir une séparation nettement définie entre les éléments juridiques publics et privés. Les deux catégories se pénétraient réciproquement et s'amalgamaient; les compétences privées étaient très fortement liées aux groupements, et les charges et fonctions publiques devenaient, tout comme celles du droit privé, des objets du commerce juridique (1). La séparation systématique et consciente des deux domaines n'était donc pas dans la ligne de la pensée juridique médiévale.

Dans la science juridique continentale moderne — grâce à la modification effective de la situation de l'Etat, et à l'influence sur la théorie de la littérature des *Pandectes* — la reconnaissance de l'opposition entre le droit public et le droit privé, devient un dogme prédominant. Toutefois, dès le XIX^e^ siècle, des voix opposées se font entrendre, des côtés les plus divers. F. von Hippel en a donné une vue d'ensemble dans son livre : *Das Problem rechtsgeschäftlicher Privatautonomie* (Tubingue, 1936, p. 63, note 8). Il convient d'ajouter, aux auteurs par lui cités, Pieter van Bemmelen, *Les notions fondamentales du droit civil* (Amsterdam, 1892, p. 92 et ss.) (2).

A présent, le cri de guerre contre la séparation théorique des deux domaines est repris dans des camps, qui par ailleurs sont assez éloignés les uns des autres. Duguit (3) veut maintenir la distinction, pour des raisons d'opportunité, d'un point de vue systématique, mais, à la différence de Larnaude (4), Michoud (5) et Esmein (6), il n'admet pas qu'elle repose sur une différence qualitative, et il lui reproche de favoriser la construction juridique de l'omnipotence de l'Etat. Cela vient de ce qu'aux yeux de Duguit, l'Etat n'est pas une personne morale, et qu'il n'existe pas de personne morale de droit public qui puisse faire dériver sa personnalité juridique de l'Etat. Gouvernants et gouvernés sont pour lui des individus du même ordre, qui, en leur qualité de membres de la même communauté populaire, sont subordonnés au même système juridique, lequel se fonde en réalité sur la conscience de la communauté. Le mode de naissance et d'évolution du droit est, en dernière analyse, le même dans les deux domaines.

Kelsen (7) juge le dualisme dépourvu de toute raison intrinsèque — ou tout au moins d'une importance secondaire — parce que son œil universaliste, n'envisageant que l'ensemble du système juridique, ne voit dans l'acte de droit privé, comme dans l'ordre de police, qu'un acte de l'Etat, c'est-à-dire un acte créateur de droit relevant d'un ordre juridique unique.

---

(1) Sur la conception médiévale cf., par exemple, Otto Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht*, tome 2, § 7 ; Herbert Meyer dans *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1935, p. 49 et ss., et, pour l'Italie, G. Salvioli, *Storia del diritto italiano* 8^e^ éd. (1931) n° 230, p. 246 et ss.

(2) Dans *Verhandelingen der KKL. Akademie van Wetenschappen te Amsterdam. Afd. Letterkunde. Nieuwe Reek, Deel* 1, n° 1.

(30) *Traité de droit constitutionnel*, 2^e^ éd. (1921), tome I, p. 522 et ss.

(4) *Revue de droit public*, tome XVII (1902), I, p. 5 et ss.

(5) *Théorie de la personnalité morale*, 1906, 1909.

(6) *Droit constitutionnel*, 7^e^ éd., 1920, p. 40 et ss. Cf. aussi A. Menzel dans *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, tome I, 1914, p. 48 et ss.

(7) *Reine Rechtslehre*, 1934, p. 109.

Dans les deux cas, il ne s'agit pour lui que de l'individualisation d'une norme générique (dans le cas de l'acte de police d'une loi administrative, dans celui de l'acte de droit privé d'une loi de droit civil); la déclaration de volonté, qui constitue l'acte créateur de droit, « n'est dans les deux cas que la continuation du processus d'une expression de volonté voulue ». Cette argumentation de Kelsen, si je la comprends bien, revient en dernière analyse à cette observation banale que le droit public, aussi bien que le droit privé, relèvent de l'ordre juridique — ce que personne n'a contesté. Mais ces arguments ne touchent pas à la différence des deux modes de création du droit — différence qui consiste en ce que les actes privés ne créent du droit que pour le cercle restreint des intéressés, tandis que l'acte de police établit du droit objectif, obligatoire pour tous. D'ailleurs, c'est à mon avis sous-estimer artificiellement l'importance de la volonté individuelle, que de ne vouloir y voir qu'un acte de l'Etat, tout comme dans l'acte de police; il est exact que l'Etat établit les frontières à l'intérieur desquelles la volonté individuelle peut s'exercer; mais, dans le champ ainsi délimité, la volonté des parties reste l'élément essentiel de création du droit. Kelsen affirme aussi que la distinction entre une sphère de droit public et une sphère de droit privé empêche de se rendre compte de ce fait que le « droit privé », né du contrat, « n'est pas moins le théâtre des opérations de la domination publique, que le droit public, produit par le législatif et l'exécutif ». Le prétendu droit privé, dit-il, n'est que la forme juridique de la production économique et de la distribution des produits, particulière et conforme à l'économie capitaliste, et dès lors, le droit privé est, lui aussi, une fonction politique, voire une fonction de domination.

Par cette manière d'envisager les choses sous un aspect politique, Kelsen se rapproche d'une manière curieuse des attaques lancées contre la séparation des deux domaines par la conception juridique nationalsocialiste, laquelle, à tout autre point de vue, est assez loin de Kelsen. Comme le nationalsocialisme prétend, pour son ordre communautaire national (*völkisch*), à la même totalité que l'Etat idéal de Platon, il ne conçoit pas qu'un domaine quelconque de l'activité juridique puisse se soustraire à l'emprise du politique. Pour lui, la personnalité juridique de l'individu perd son autonomie, elle n'apparaît dans toutes les manifestations de sa vie qu'en qualité de membre de la communauté du peuple. Le particulier a des pouvoirs et des compétences, non pas dans son intérêt égoïste, mais pour l'utilité de l'ensemble, dont il est un membre, et auquel il est lié. Ce n'est pas seulement la propriété qui est réglée en fonction des exigences sociales, mais la limitation par les intérêts de la communauté est inhérente, au moins idéalement, à tous les droits. Et même en ce qui concerne le contrat, l'obligation repose « non seulement sur la volonté (des contractants), mais sur l'ordre de la communauté et sur le devoir à l'égard de celle-ci » (8). Mais, tandis que la doctrine de Kelsen ne dépasse pas la sphère d'un jeu d'esprit qui n'intéresse que le savant, le nationalsocialisme tend avec toute sa force à appliquer sa doctrine, et à en faire une réalité vivante.

---

(8) Heinrich Lange dans *Nationzalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2e éd., 1935, p. 943.

En Angleterre, c'est particulièrement Austin (9) qui combat le droit à l'existence des deux notions de *ius publicum* et de *ius privatum*. Il se refuse même à attribuer à cette distinction une valeur de systématisation. Tout le droit se divise à son avis en, d'une part, *Law of Persons* et, d'autre part, *Law of Things*, et il faut se garder d'embrouiller ou de paralyser cette distinction par l'établissement d'une distinction entre les droits public et privé. Suivant en cela Mattew Hale et William Blackstone, Austin entend même ranger le droit de l'Etat dans le domaine du droit privé, où il fait partie des principes régissant les *political persons*. Les noms « droit public » et « droit privé », dit-il, vol. I, p. 68, devraient être bannis de la science juridique; car chacune de ces sortes de droit se retrouve dans tout domaine juridique, et ni l'une, ni l'autre n'est caractéristique d'un domaine particulier. Au surplus, estime-t-il, le terme de droit public n'est pas employé dans le sens qui lui est propre. Sans doute, c'est exact, mais il n'en résulte pas que l'opposition entre droit civil et droit public ne puisse être justifiée dans un sens déterminé. Il faut aussi considérer que le droit pénal ne trouve pas de place dans le système juridique d'Austin.

2. *Qui bene distinguit bene docet.* Néanmoins, il saute aux yeux que la valeur d'une définition est autre si elle ne sert qu'à la précision de l'enseignement et à la construction d'un système, et autre si elle repose sur une distinction tirée du maniement effectif du droit. Si la différence des notions ne signifiait pas une différence des conséquences juridiques, il ne vaudrait guère la peine d'en faire l'objet de recherches laborieuses dont le résultat, en dépit de la différence des points de départ, ne serait que d'une exactitude relative.

Une science du droit vraiment ouverte à la réalité devra se demander avant tout si la distinction entre le droit public et le droit privé joue dans les systèmes juridiques existants un rôle qui dépasse le simple besoin de systématisation théorique, c'est-à-dire si elle est génératrice de conséquences pratiques. A cet égard on ne peut pas ne pas approuver le *Reichsgericht*, quand il disait récemment (Collection officielle des arrêts en matière de droit civil (RGZ), volume 153, p. 4) : « La distinction entre le droit public et le droit civil, dégagée au cours d'une longue histoire et reposant sur une pratique juridique de nombreux siècles, ne peut être supprimée sans dommage, tant qu'elle est le point de départ des lois en vigueur ». C'est exact, me semble-t-il, non seulement pour l'Allemagne, mais aussi pour les autres systèmes juridiques continentaux. Toutefois ces systèmes donnent, dans leurs détails, une image si différente que je ne puis insister que sur leurs traits les plus marqués.

Il est de peu d'importance que tous les pays qui possèdent de vastes codifications — tel n'est pas le cas de la Grande-Bretagne, ni des Etats-Unis d'Amérique — aient donné à celles-ci des noms tels que Code civil, *bürgerliches Gesetzbuch*, *burgerlijk wetboek*, etc. Car, bien que les créateurs de ces codifications se soient imaginés qu'il s'agissait essentiellement d'une règlementation du droit privé, et bien qu'il convienne de se figurer

---

(9) John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 2 vol. 5e éd., R. Campbell, Londres, 1911, p. 67 et ss. p. 744 et ss. Contre Austin à juste titre, Holland, *The elements of Jurisprudence*, 1924, p. 128 et ss., et p. 366 et ss.

le droit civil comme distinct du droit public, il est cependant indéniable qu'en réalité tous les codes civils comportent des règles de droit public; telles, par exemple, que les règles des « titres préliminaires » sur la publication, les effets et l'application des lois en général, dans les Codes civils français, italien, espagnol, celles des articles 7 et 8, sur la jouissance des droits civils, du Code civil français, celles des articles 1er à 3, *della cittadinanza e del godimento dei diritti civili*, du Code civil italien, celles des articles 17 à 28, *de los españoles y extranjeros*, du Code civil espagnol, et celles de la majeure partie de la loi d'introduction du *Bürgerliche Gesetzbuch*, notamment celles des articles 7 à 31 qui contiennent les normes sur les conflits de lois — le droit international privé qu'ils règlent n'étant ni international, ni privé.

Ce qui est beaucoup plus important, c'est que la législation admet l'opposition entre le droit public et le droit civil en établissant pour chacun d'eux une juridiction à part. La plupart des Etats distinguent très nettement entre la juridiction de droit civil et le contentieux administratif, bien que les compétences respectives de ces deux juridictions ne soient pas partout les mêmes. En France ce ne sont en principe que les litiges ayant pour objet l'appréciation des actes et des mesures de la puissance publique (10) qui relèvent des tribunaux administratifs. Dans les pays allemands et en Autriche, la compétence des tribunaux administratifs est en principe plus étendue; la restriction qui lui a récemment été apportée en Allemagne par la limitation sérieuse qu'ont reçue les prétendus droits subjectifs publics, ne signifie aucunement un élargissement de la compétence de la juridiction civile. En Suisse (11), il est parfois douteux qu'un litige revête vraiment le caractère d'un « litige de droit civil »; mais le Tribunal Fédéral Suisse a tendance à considérer comme dérivant du droit civil toute créance patrimoniale contre l'Etat, alors même qu'au point de vue de la théorie elle serait plutôt une créance de droit public. Toutefois, et en dépit des incertitudes et des fluctuations des frontières entre les domaines du droit public et du droit privé le fait même que les systèmes juridiques continentaux ont établi, à côté des tribunaux civils, un contentieux administratif démontre que les législateurs admettent en principe l'existence de deux sphères distinctes du droit, dont la différence leur paraît suffisamment importante pour en tenir compte dans l'organisation de la procédure. Du point de vue historique et politique, on pourrait rapprocher ce phénomène de la doctrine de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs; et sous cet angle, son avenir pourrait être douteux dans les pays qui abandonnent la théorie de Montesquieu sous la pression des événements politiques. Mais, indépendamment de son fondement politique, la distinction entre les juridictions civile et administrative peut se justifier par la simple considération d'ordre pratique, qu'il est difficile de trouver

---

(10) Sur la distinction assez difficile de la compétence en droit italien cf. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 9e éd., 1933, p. 332, et Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2e éd., 1936, p. 26 et ss., p. 1.138.

(11) Cf. Giacometti, *Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsstreitigkeiten in der Judicatur des schweizerischen Bundesgerichts*, Tubingue, 1924; Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1923, p. 427; Fritzsche, *Das Zivilprozessrecht des Bundes*, 1924, p. 276 et ss.

des juges qui soient simultanément versés dans ces deux grands domaines du droit. Toutefois, déjà à l'heure actuelle, on ne peut tirer du mode de procédure auquel est soumis un litige, aucune indication permettant de distinguer à coup sûr s'il s'agit dans l'espèce d'un rapport de droit privé ou bien d'un rapport de droit public. Tout le monde incline à considérer comme étant de droit public les créances qu'un fonctionnaire possède contre l'Etat en vertu de sa qualité de fonctionnaire; or, jusqu'ici, ces créances relevaient en Allemagne des tribunaux civils, et ce n'est que depuis l'entrée en vigueur de la loi du Reich du 26 janvier 1937 sur les fonctionnaires (paragraphe 142) qu'elles sont de la compétence des tribunaux administratifs. D'autre part, on pourrait s'imaginer que les litiges sur le remboursement des dépenses faites par une personne de droit public pour la gestion des affaires publiques d'une autre personne de droit public, sont soumis à la connaissance des tribunaux administratifs ; or, le *Reichsgericht* (Collection officielle des arrêts en matière de droit civil (RGZ), volume 108, p. 391 et ss.) les a déclarés litiges de droit civil.

Le droit anglais connaît aussi des litiges de droit administratif. Ils relèvent de la juridiction d'un *Court of Summary* (en général *Petty Sessions*) qui, d'habitude, comprend plusieurs juges de paix : ce n'est qu'exceptionnellement que le litige est tranché par un seul *Justice of Peace* (12). Les fonctions de tribunal administratif suprême sont assumées par la *Crown Side* de la *King's Bench Division*. Mais il n'y a pas en droit anglais de règle générale, en vertu de laquelle tout litige à caractère de droit public relèverait d'une juridiction administrative spéciale. Dès lors, en ce qui concerne l'Angleterre, on ne saurait dire que l'organisation de la juridiction repose sur la distinction entre droit « public » et droit « privé ».

Toutefois, l'opposition entre le droit privé et le droit public se manifeste en droit anglais dans deux couples de notions très importantes, propres au droit des actes injustes. Comme le droit américain, le droit anglais distingue entre *public wrong* et *private wrong ;* le *public wrong* (c'est-à-dire les *crimes*) entraîne une *criminal sanction,* le *private wrong* une *civil sanction.* De plus, il y a une distinction entre *public nuisance* et *private nuisance* (13). *Public nuisance,* c'est l'acte ou l'omission contraire au droit qui porte atteinte à la vie, à la sécurité, à la santé ou au *confort* du public, ou qui empêche celui-ci de jouir de l'usage commun des choses ou d'exercer un *common right* quelconque. *Private nuisance,* par contre, c'est une influence nuisible et contraire au droit, exercée sur la *property* d'autrui, notamment l'immixtion nuisible et contraire au droit qui vient de la propriété avoisinante. Les moyens de se protéger contre ces actes sont distincts dans les deux cas.

L'opposition entre les droits public et privé est de portée pratique encore dans le domaine du droit des personnes morales. Le Code civil français prévoit des établissements d'utilité publique (art. 910, 937) et des

---

(12) Cf. à ce sujet Koellreutter, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England,* 1912, p. 126 et ss. Sur les diverses juridictions cf. aussi Dicey, *The development of administrative law in England* dans *Law Quaterly Review* 31 (1915), p. 148 et ss., et W. Robson, *Justice and administrative law,* 1928.

(13) Cf. Underhill-Hagon, *Law of torts,* 1925, p. 219 et ss.

établissements publics (art. 80, 940, al. 2, 2045, al. 3, 2121, 2227), qui, à beaucoup d'égards, ont un traitement différent des établissements privés et font figure d'établissements nettement distincts de ceux-ci.

Le projet italien d'un *Codice civile* (*primo libro*) reconnaît, dans son article 13, à des *istituti pubblici*, en vertu même de leur existence, la qualité de personnes morales pareilles à l'Etat, aux provinces et aux communes. L'article 35 du Code civil espagnol parle de *fundaciones de interés publico*. Le problème du classement d'une corporation dans la sphère du droit public ou du droit privé joue un rôle particulièrement important dans le droit allemand. Le *Bürgerliche Gesetzbuch* allemand connaît des personnes morales de droit public, et énumère comme telles, dans son paragraphe 89, le fisc, les corporations, les fondations et les institutions de droit public. Les communes ont la qualité de corporations territoriales de droit public (*öffentliche Gebietskörperschaften*) en vertu du paragraphe 1^er^, al. 2, du Code du 30 janvier 1935 sur les communes. Les personnes morales de droit public ont ceci de particulier, qu'elles sont vis-à-vis de leurs membres des détenteurs de puissance publique ; leur encadrement dans l'organisme public se fonde sur le droit public. Sont qualifiées personnes morales de droit public par la Constitution du Reich de 1919 (cf. aussi le Concordat entre le Saint-Siège et le Reich allemand du 20 juillet 1933 et la loi allemande y relative du 12 septembre 1933) celles, parmi les associations religieuses, qui à ce moment étaient déjà des corporations de droit public. Il faut y ajouter, en vertu de la loi du 14 juillet 1933, la *Deutsche Evangelische Kirche* (Eglise Evangélique Allemande). Les corporations de droit public sont aussi une notion positive du Code civil suisse ; elles ont la qualité de personnes morales, sans qu'elles aient besoin de se faire enregistrer (art. 52, al. 2) ; elles sont régies par le droit public de la Fédération et des Cantons.

Dans le droit suisse on distingue aussi entre les servitudes foncières de droit public et celles de droit privé ; les servitudes foncières de droit public naissent en dehors de toute inscription dans le livre foncier (art. 784 du Code civil suisse) ; les droits de gage légaux du droit cantonal, résultant de rapports juridiques de droit public, sont valables, eux aussi, sans qu'il soit besoin de les faire inscrire (art. 836 du Code civil suisse).

La question de savoir si un rapport juridique relève du droit public ou du droit privé joue un rôle pratique dans tous les systèmes juridiques, quand il faut décider si les tribunaux *du pays* ont compétence pour trancher le litige. Par exemple : Si la nationalité est considérée comme régie par le droit public (ce qui a été autrefois contesté en France), les tribunaux du pays ne peuvent pas être compétents pour reconnaître ou dénier à une personne la qualité de ressortissant d'un autre pays (14).

Si sommaire qu'elle soit, cette vue d'ensemble des règles légales n'en montre pas moins que les systèmes juridiques distinguent réellement entre le droit public et le droit privé, et qu'ils tiennent compte de cette distinction dans l'établissement de leurs règles. La mesure dont ils en tiennent compte peut varier d'un système à l'autre; dans les droits continentaux, les répercussions de cette distinction sont plus vastes que dans le droit anglo-amé-

(14) Cf. à ce sujet K. Neumeyer, *Internationales Privatrecht*, tome IV, p. 161.

ricain, mais aucun des systèmes juridiques de l'heure actuelle ne prend comme point de départ cette idéologie, selon laquelle la séparation entre le droit public et le droit privé serait « vaincue ». D'autre part, il résulte de cette vue d'ensemble que le critère qui sert à délimiter les frontières n'est pas partout le même.

Il est également évident que la distinction peut s'appliquer aussi bien aux règles de droit objectif qu'aux droits subjectifs, ainsi qu'aux institutions juridiques.

3. Toute analyse scientifique plus approfondie se heurte à la confusion — qui paraît sans remède — des opinions qu'ont les savants sur la cause réelle de cette distinction. On a réussi à découvrir, à cet égard, non moins de 17 doctrines différentes (15). Mais on n'a pas réussi à faire de l'une d'entre elles une souveraine absolue.

La place dont nous disposons ici ne permet pas, et nous ne sentons d'ailleurs aucun besoin, de reprendre toutes ces doctrines et de les apprécier d'un œil critique — à l'exception de trois d'entre elles, qui, grâce à leur large diffusion, et à raison de leur différence de principe, paraissent nécessiter une confrontation, les autres ayant le caractère de simples variantes de ces trois théories fondamentales.

a) Pendant longtemps a prédominé la doctrine qu'on appelle *théorie des intérêts*. Elle se prétend d'origine romaine et se réclame de la phrase célèbre d'Ulpien (D. I, 1, 1, 2) : *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*. Il se peut que cette phrase ait été à tort attribuée à Ulpien, et que, sous sa forme traditionnelle, elle soit d'origine post-classique (toutefois, ainsi qu'il résulte de I., 1, 1, 4, elle est antérieure à Justinien), et enfin que la distinction entre le *ius publicum* et le *ius privatum* — que nous rencontrons dans d'autres sources — ait eu chez les Romains un tout autre sens, à savoir celui de séparer les règles de droit objectif, obligatoires pour tous, des actes qui émanaient de la volonté des particuliers et qui n'avaient de force obligatoire que dans le cadre de l'autonomie privée (16). Ce qui est sûr, c'est que, pendant des siècles, on a interprété bien des fois la règle d'Ulpien dans le sens que le *ius publicum* est le droit où prévaut l'intérêt public, et le *ius privatum* celui où prédomine l'intérêt personnel, et que telle a été la doctrine présentée encore comme traditionnelle. C'est aussi dans ce sens que la plupart des savants ont interprété le *ius publicum* dont il est question dans la règle : *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Papinien D. 2, 24, 38) ; le droit public est du droit strict, disait-on, parce

---

(15) Elles sont énumérées chez J. Hollinger, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, thèse Zurich, 1904. Cf. aussi Freiherr von Schenk dans *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches und privates Recht*, tome I (1914), p. 63 et ss., et E. Jung dans *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, tome 2 (1919), p. 293 et ss.

(16) Ainsi récemment avec des arguments nullement négligeables G. Dulckeit dans *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, tome 2 (1935), p. 277 et ss. Cf. en outre, en ce qui concerne le droit romain, Pernice dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, vol. 5, p. 1 et ss., et vol. 19, p. 140 et ss.; Bonfante, *La progressiva diversificazione del diritto publico e privato* dans *Scritti giuridici vari*, tome 4, p. 28 et ss.; F. Schulz, *Prinzipen des römischen Rechts*, 1934, p. 18 et ss.

que le particulier est impuissant à l'égard de l'intérêt collectif (17). Mais quand on interprète les « *duas positiones* » (J. I, 1, 4) dans le sens que leur attribue la doctrine des intérêts, on s'aperçoit tout de suite du défaut de précision de cette opposition. La Glose d'Accursius sur D. I. 1, 1, 2 fait déjà remarquer à juste titre, d'une part, que « *expedit rei publicæ, ne quis re sua male utatur* » et, d'autre part, qu'aussi le droit public « *pertinet ad singulorum utilitatem* ». De cette faiblesse de la doctrine des intérêts, ses adversaires ont toujours fait état.

b) D'après une autre doctrine — qu'on a appelée *Subjektionstheorie* (18) — l'opposition entre les *duae positiones* consiste en ce que les sujets participant au droit privé s'affrontent sur un pied d'égalité et au même degré, tandis que le droit public est régi par des rapports de domination et de subordination. Mais les conventions de droit international public mettent cette doctrine dans l'embarras. Les sujets qui concluent ces conventions sont des Etats qui s'affrontent à égalité, et sont placés sur le même degré; or, personne ne songe à les ranger dans le droit privé, Et à l'intérieur d'un même Etat, il est également possible que les communes ou d'autres corporations de droit public concluent entre elles des conventions ayant pour objet l'accomplissement de fonctions publiques. D'autre part, la puissance paternelle — nonobstant son caractère d'institution de protection — revêt dans les divers systèmes juridiques un caractère plus ou moins nuancé de « rapport de subordination », tout en continuant d'être partout classée dans le droit privé.

Toutefois cette doctrine s'inspire en dernière analyse de cette idée tout à fait exacte qu'en recherchant le critère distinctif du droit privé et du droit public, il faut prendre comme point de départ, non pas le but des règles ou rapports juridiques, mais les sujets qui y sont intéressés et leurs fonctions.

c) La doctrine la plus utilisable est à mes yeux celle qu'on a appelée la *théorie des sujets* (*Subjektstheorie*), à la condition toutefois, qu'on la présente sous une formule qui fasse abstraction d'un rapport de subordination, et qui insiste plus particulièrement sur l'accomplissement de fonctions à caractère autoritaire (staatshoheitlich). Les fonctions de cette qualité sont généralement accomplies par le détenteur même de la puissance publique, et c'est pourquoi le terme de théorie des sujets paraît justifié *a potiori ;* toutefois, ce terme n'est pas tout à fait exact, puisqu'il n'est pas impossible de déléguer à des personnes privées certaines fonctions à caractère autoritaire. Du point de vue de cette doctrine, on peut établir la formule suivante : Est droit public le droit de l'Etat, des communes ou d'autres corporations munies de puissance publique, dans la mesure où il concerne leur organisation, et aussi dans la mesure où il concerne des intérêts relevant de fonctions à caractère autoritaire, qui sont de l'essence de

---

(17) Autre opinion basée sur le droit de la procédure, dans Buelow, *Archiv für zivilistische Praxis,* tome 64, p. 100 et ss., et maintenant Dulckeit, *loc. cit.* Ce dernier estime que la règle n'exprime que cette vérité évidente que la volonté des parties est incapable de modifier le droit objectif en tant que tel mais qu'elle est muette au sujet de la question de savoir si le droit objectif laisse du « jeu » pour la volonté des parties.

(18) Cette théorie est défendue par E. Jung dans *Zeitschrift für Rechtsphilosophie,* tome 2 (1919), p. 293, et récemment par K. Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht,* tome 4 (1936), p. 25 et ss.

l'Etat ou d'une corporation publique. Dès lors, les actes de l'Etat, des communes et d'autres corporations de droit public peuvent être des actes de droit privé, dans la mesure où ils ne se rattachent pas à des fonctions à caractère autoritaire ou de droit public ; tel est le cas des actes de l'Etat ou d'une commune relatifs à la construction d'une maison, à l'achat de meubles ou à l'exploitation d'une manufacture de porcelaines. C'est pour cela qu'est insuffisante une définition purement négative du droit public, telle que celle qui classe dans le droit public tout ce qui n'a pas pour objet les relations entre personnes privées. D'autre part, des actes de personnes privées peuvent relever du droit public, dans la mesure où ces personnes agissent dans le cercle d'attributions autoritaires ; c'est ce qu'a admis le *Reichsgericht* en ce qui concerne le rassemblement des matières à diffuser par T. S. F. (Collection officielle des arrêts en matière de droit privé (RGZ) volume 153, p. 5).

Quand on se base sur la théorie des sujets, il est bien évident que la notion d'ordre public, si importante dans le droit positif français, — et qui se retrouve dans la *public policy* anglo-américaine et dans l'*öffentliche Ordnung* allemand et suisse (cf. Loi d'introduction au Code civil allemand, art. 30, Code de la procédure civile allemand, paragraphes 1041, n° 2, 1044, al. 2, n° 2, Droit des obligations suisse, art. 19, al. 2) — n'est pas identique avec celle du droit public. L'ordre public est caractérisé, non par le sujet du rapport juridique qu'il régit, mais par son but, et il intervient aussi bien dans le droit privé que dans le droit public (19).

La conclusion est que le critère distinctif offert par la théorie des sujets est plus précis et plus facilement reconnaissable que celui dont se sert la théorie des intérêts. Du point de vue d'une conception génétique, la parenté entre les deux doctrines est indéniable. Car, quand l'Etat établit des organisations sur le domaine relevant jusqu'ici exclusivement du droit privé, et qu'il intervient dans des rapports juridiques qui, jusqu'ici, avaient un caractère de pur droit privé, il le fait précisément parce qu'il estime que l'intérêt général entre en jeu.

II

J'ai exposé ce qui précède, parce que cela m'a paru nécessaire afin de jeter un jour exact sur l'oblitération des frontières entre les deux domaines du droit. L'étendue et l'appréciation de ces oblitérations varient inéluctablement suivant les critères distinctifs dont on se sert pour les constater, et, partant, suivant la doctrine qu'on adopte.

Quand on prend comme point de départ la doctrine dite des intérêts, il n'est guère possible d'établir une séparation nette des deux groupes à l'intérieur du domaine attribué par cette doctrine au droit privé ; car toutes les branches du droit civil sont imprégnées d'éléments de droit public. A l'aide de cette doctrine, on ne peut constater autre chose que ceci : l'importance des éléments de droit public varie avec les conceptions poli-

---

(19) Ainsi à juste titre E. Roguin, *La science juridique pure*, 1923, tome III, p. 520 et ss.

tiques et économiques, et s'accroît aujourd'hui à mesure qu'on s'éloigne des idées de l'Etat juridique libéral. Depuis longtemps, l'augmentation de la population, l'évolution de la technique et de l'industrie, la nécessité d'aiguiller la vente des produits sur des voies ordonnées, ainsi que, dans une large mesure, l'endettement de l'agriculture et la crise du logement ont obligé l'Etat à restreindre de plus en plus la liberté d'agir dans le commerce économique. Cette tendance se manifeste même dans les pays, où l'octroi d'une place prépondérante à l'intérêt de la communauté n'est pas encore un principe politique fondamental, qui pénètre tout. D'autre part, le fait qu'on insiste davantage sur la nécessité de protéger des intérêts idéaux, et qu'on n'admet plus qu'on puisse renoncer à des biens personnels, a, lui aussi, provoqué une restriction du bon plaisir individuel. Mais, l'infiltration des idées de droit public dans le domaine du droit civil s'opère, non seulement par l'établissement, à côté des règles de droit privé, de commandements et d'interdictions de droit strict, mais aussi par le fait que les règles de droit privé elles-mêmes acquièrent un contenu supra-individuel, par l'injonction de les interpréter suivant des directives déterminées par l'intérêt de la collectivité. Il faudrait écrire un livre volumineux, pour suivre cette évolution à travers les systèmes politiques des divers pays du monde. Nous n'insisterons donc que sur quelques phénomènes de portée générale.

L'institution centrale du droit patrimonial, la propriété — qui, d'ailleurs, n'a jamais été construite d'une façon purement individualiste dans aucun système juridique (20) — est aujourd'hui liée de diverses façons au fait social (*sozial gebunden*), et cela non seulement dans l'intérêt des voisins, mais aussi dans l'intérêt de l'Etat, de l'économie nationale, de l'hygiène et de la culture. Le propriétaire doit souffrir d'être exproprié pour certaines causes, il doit se conformer aux règlements de la police des bâtiments, il ne peut établir des installations dangereuses ou insalubres, il n'a pas le droit de détruire les biens suivant son bon plaisir, il doit se prêter, dans les conditions fixées par des lois spéciales, au remembrement de la propriété, il ne peut pas à sa guise abattre une forêt, il doit reboiser (cf., pour la France, Code forestier, art. 219, loi du 10 juin 1859; pour l'Allemagne, la loi du 18 janvier 1934 contre la dévastation des forêts); il ne peut pas planter du tabac comme il le voudrait en France; il doit, s'il est vigneron, prendre des mesures préventives contre le phylloxéra, il ne doit exercer son droit de chasse que prudemment, enfin il est soumis à des restrictions quant au droit de disposer des biens de valeur artistique ou historique (loi française du 31 décembre 1913) (21), etc. En ce qui concerne l'Allemagne,

---

(20) Même pas dans le droit romain. Cf., par exemple, F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e éd., p. 255 et ss., et F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, p. 20 et s., p. 102 et ss. On ne doit pas oublier aussi que la propriété de tout le sol provincial était un *dominium populi Romani vel Caesaris* (Gaius, Inst., 2, 7). Mais l'opinion que la propriété romaine était une institution purement individualiste paraît indéracinable.

(21) Cf. l'énumération donnée par Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, nos 2.333 à 2.336. Cf. aussi Hedemann, *Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*, 1930; W. Mark, *Das Eigentum im Wandel der Zeiten*, 1934; R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, 7e éd., 1934, tome II, paragraphe 71, p. 365 et ss.

la loi du Reich du 29 septembre 1935 sur l'*Erbhof* signifie une profonde révolution du droit paysan, inspirée par des considérations de politique d'Etat ; se fondant sur l'idée qu'un grand nombre de petites et moyennes fermes, capables de subsister et réparties le plus également possible sur tout le pays, sont la meilleure garantie de la santé du peuple et de l'Etat, cette loi entend provoquer une saine répartition des dimensions des propriétés foncières ; elle veut protéger les fermes paysannes contre l'endettement, et contre le morcellement par le partage héréditaire, afin qu'elles restent des biens familiaux, dans la main de paysans libres ; à cet effet, la loi restreint la liberté de tester, et crée un ordre successoral spécial, appelé *Anerbenordnung,* elle déclare l'*Erbhof* en principe inaliénable et inapte à être grevé d'hypothèques ou de servitudes, et institue une protection contre les voies d'exécution. La loi du Reich du 11 août 1919 sur la colonisation intérieure, la loi du Reich du 22 septembre 1933 sur l'aménagement de régions pour l'établissement de colonies d'habitations et la loi du Reich sur le *home stead* servent toutes la colonisation intérieure.

Mais aussi d'autres branches du droit patrimonial ont une trame de droit public. L'établissement de registres publics, tels que le livre foncier, et le principe de publicité, quand on les envisage du point de vue de la politique juridique, ne servent pas exclusivement aux intérêts privés. Il en est de même — en ce qui concerne le droit français — des hypothèques légales de l'Etat, des communes et des établissements publics (art. 2121 du Code civil français), de l'hypothèque de la Régie des douanes et d'une série de privilèges réglés par des lois spéciales (cf. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, tome II, n^{os} 2935 à 2939); en Allemagne, c'est le cas des lois sur les banques foncières (*Hypothekenbanken*), sur l'abaissement du taux de l'intérêt des hypothèques, sur les moratoires accordés aux débiteurs d'hypothèques, sur la réglementation des dettes agricoles. Qu'on pense enfin aux lois de revalorisation édictées dans les pays dont la monnaie a été détruite à la suite de la guerre, ainsi qu'aux lois sur les devises.

Le contrat de travail est partout l'objet de l'intervention de dispositions sociales. L'ampleur de ces interventions résulte, pour la France, de son Code du travail, pour l'Angleterre, des lois énumérées apud Halsbury, *Statutes of England,* sous les mots *Master and Servant* et *Work and Labour;* pour l'Italie, des décrets établis à la suite de l'entrée en vigueur de la *Carta di Lavoro* (22). Quant à l'Allemagne, le régime du contrat de travail a été changé du tout au tout par la loi du 20 janvier 1934 sur l'ordonnancement du travail national, édifiée très nettement sur des principes de droit public. Le contrat collectif, résultant d'une libre négociation, est remplacé par le « règlement tarifaire » (*Tarifordnung*). Mais bien avant l'entrée en vigueur de cette loi fondamentale, les éléments de droit public s'étaient déjà de plus en plus amplement installés dans le droit du travail (23). L'établissement même d'une juridiction du travail indique que l'Etat attache au contrat de travail une importance particulière, par rapport aux autres conventions de droit privé, qui relèvent de la juridiction de droit commun.

---

(22) N. Palopoli, *Legislazione del lavoro,* 2^{e} éd., 1930, 1931.

(23) Sur les éléments de droit public et de droit privé dans le droit du travail cf. E. Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts,* 1927, § 24, p. 377 et ss.

L'Etat intervient au nom de l'intérêt public encore en d'autres rapports contractuels. Il restreint la liberté des contrats; il se refuse à reconnaître comme valables les contrats contraires aux bonnes mœurs; il crée assez souvent une obligation de contracter, comme complément de la situation de monopole qu'occupe l'un des contractants; il prescrit que la responsabilité ne peut pas être écartée par voie de contrat. Sur des motifs d'ordre économique repose la disposition du paragraphe 310 du Code civil allemand, qui déclare nul le contrat par lequel l'une des parties s'engage à céder ou grever d'un usufruit tout ou partie de ses biens à venir. Encore pour des raisons économiques, l'Etat prescrit souvent des prix maxima. Le manque d'habitations a provoqué des immixtions de l'Etat dans les rapports de locataire à propriétaire.

L'institution de la prescription à court terme a également une fonction économique, en ce qui concerne la grande masse des créances nées de contrats de la vie quotidienne. Par là, l'ordre juridique pousse à un encaissement rapide des créances, et aboutit à regarnir les fonds de roulement — ce qui favorise les échanges.

Quand on part de la doctrine des intérêts, tout le droit des personnes se présente comme imbibé de dispositions de droit public. Nous rappelons l'institution des registres de l'état civil, la mise en tutelle, l'intérêt qu'a l'Etat à ce que chacun porte son nom propre et qu'il ne le change point (dans certains systèmes juridiques, le changement de nom est subordonné à une autorisation de l'Etat), l'influence qu'exerce l'Etat sur la formation de personnes morales et sur les fondations, etc. La réglementation du droit de la famille, pilier de base de l'ordre social, est imprégnée d'intérêts publics extrêmement importants. C'est ce que démontre déjà l'institution du mariage civil obligatoire. Mais on retrouve ces intérêts dans la défense vigoureuse de la monogamie, dans le régime des empêchements du mariage, dans les mesures tendant à prévenir le divorce, etc. Dans le domaine de la procédure civile, l'Etat montre l'intérêt qu'il attache à la formation et à la défense de certaines relations familiales, en créant — par exemple en Allemagne — des procédures spéciales pour les affaires ayant trait au mariage ou aux enfants, et en accordant au ministère public un droit d'intervention dans ces procès (cf. les paragraphes 606 et ss., 640 et ss., du Code de procédure civile allemand).

Le bien personnel le plus individualiste qui soit, j'ai nommé l'honneur est sorti récemment, lui aussi, du cadre des dispositions pénales, pour entrer dans le cercle du droit public proprement dit; le paragraphe 26 de la loi sur l'ordonnancement du travail national a fait de l' « honneur social » un bien juridique propre, protégé par l'ordre juridique; les infractions graves aux devoirs résultant de la communauté d'entreprise (*Betriebsgemeinschaft*) sont punies par des tribunaux d'honneur spéciaux. Un honneur particulier de la profession (*Standesehre*) a été admis par le paragraphe 59 de la Première Ordonnance du 15 juin 1934 sur la reconstruction provisoire de l'artisanat.

Le principe fondamental qui se dégage de tout cela, à savoir que l'intérêt de la communauté s'installe dans les relations juridiques privées, a donné naissance à des formules et à des maximes générales, telles que « *salus publica suprema lex esto* », « propriété oblige », « l'intérêt général prime l'intérêt personnel », etc. La règle que l'abus manifeste d'un droit

n'est pas protégé par l'ordre juridique (article 2, al. 2, du Code civil suisse) ne vise pas non plus la seule protection des intérêts individuels, elle doit être interprétée en ce sens que l'exercice des droits privés ne doit pas être en opposition avec l'intérêt de la collectivité. Mais ces règles à caractère de « slogan », alors même qu'elles sont insérées dans un texte constitutionnel (24), n'acquièrent toute leur importance pour la pratique judiciaire, que si elles sont reprises par la législation pour certaines institutions juridiques, et considérées par les interprètes comme des directives, comme ce fut le cas notamment, pour la pratique judiciaire française, de la doctrine de l'abus des droits.

Etant donné que l'ensemble du droit privé est imprégné d'éléments de droit public, c'est une entreprise qui n'a aucun sens, que de se placer au point de vue de la doctrine des intérêts, pour distinguer dans cette construction les apports respectifs du droit public et du droit privé. Dans la mesure où l'intérêt de la communauté occupe le rang de premier principe de construction juridique, ses répercussions sur le droit privé provoquent, non pas de simples modifications de la démarcation, mais plutôt de véritables oblitérations des frontières. Il en est ainsi au moins quand on envisage, non pas tel ou tel article isolé, mais l'ensemble d'une institution juridique. Il est exact qu'en tenant compte de leur but et de leurs effets, on peut distinguer, parmi les empêchements du mariage, ceux qui sont de droit public et ceux qui relèvent du droit privé, et il est bien connu que la théorie fait, en effet, cette distinction; on pourrait aussi concevoir qu'un acte législatif modifie, le cas échéant, la frontière ainsi établie, en rendant public un empêchement du mariage jusqu'ici considéré comme privé. Mais quand nous envisageons l'institution du mariage dans son ensemble, nous ne pouvons pas ne pas constater qu'elle présente un amalgame d'intérêts publics et d'intérêts privés; et si vraiment on entendait traiter cette institution d'une façon systématique en exposant dans deux parties différentes respectivement ses éléments de droit public et ceux de droit privé, il serait cependant peu recommandable de traiter les empêchements publics du mariage dans l'une, et les empêchements privés du mariage dans l'autre, et de déchirer ainsi, pour des raisons dogmatiques, l'institution unitaire qu'est le mariage. Dans quelques-unes des institutions juridiques, par exemple dans le droit au nom, les deux catégories d'éléments et les deux conceptions s'entrepénètrent à tel point qu'on ne saurait dire avec certitude quelle est celle qui prédomine.

Il en résulte que celui qui suit la doctrine des intérêts se heurte rapidement à un *non possumus,* lorsqu'il cherche à établir une stricte séparation des *duæ positiones* dans chacune des institutions juridiques. Aussi les adversaires de cette doctrine ont-ils pu, non sans raison, réclamer une conception unitaire.

2. Tout autre et plus claire est l'image qui s'offre quand on se place au point de vue de la doctrine des sujets. *Car alors il y a, non pas des oblitérations, mais uniquement des modifications de frontière.*

Quand on admet que le critère caractéristique du droit public consiste

---

(24) L'article 153, al. 3, de la Constitution du Reich allemand de 1919 (actuellement suspendue jusqu'à nouvel ordre) dit : « Propriété oblige. Son usage doit être en même temps un service pour le bien commun. »

en ce qu'un détenteur de la puissance publique intervient dans une institution ou une relation juridique, précisément en sa qualité de détenteur de puissance publique, alors la distinction des domaines respectifs découle de la logique même; car une intervention dans le sens indiqué ne peut qu'exister ou ne pas exister, il n'y a qu'un « ou bien ceci, ou bien cela », mais non pas un « ceci aussi bien que cela », ni des relations moitié de droit public, moitié de droit privé (25). L'existence d'une zone intermédiaire est logiquement impossible.

Mais, puisque la question de savoir si la puissance publique intervient dans une institution ou relation juridique est une question de droit positif, il peut y avoir certaines modifications de frontière.

Dans quelle mesure interviennent de telles modifications, c'est un problème dont la réponse dépend du contenu du système juridique, qui varie lui-même avec le temps. Il en est de même du point de savoir s'il y a une puissance centrale dominant tout, ou si la puissance publique est répartie en une multitude de groupements autonomes qui ne dépendent pas d'un Tout et dont l'ordonnancement revêt des formes de droit privé. Dans ce dernier cas — qui correspond à la situation médiévale — il est effectivement impossible d'établir une distinction entre le droit public et le droit privé, mais cette distinction surgit automatiquement au moment où se forme une souveraineté d'Etat. En effet, à partir de ce moment, appartiennent au droit public, non seulement l'organisation des détenteurs de la puissance souveraine, et le point de savoir si les règles de droit établies par eux, quel que soit leur contenu, correspondent aux formes prévues par la Constitution, mais rentre encore dans le domaine du droit public le contenu des règles relatives aux rapports juridiques, auxquels participent les détenteurs de la puissance souveraine en leur qualité de représentants de la puissance publique.

Une modification de frontière peut se produire par le fait, ou bien que l'Etat limite sa propre puissance souveraine, ou bien qu'il restreint le champ d'action de droit public des autres groupements. On peut imaginer théoriquement que l'Etat juge que les fonctions, qu'il a accomplies jusqu'ici en vertu de sa puissance, n'affectent plus son propre intérêt, et qu'il les élimine dès lors de son propre champ d'action. Par exemple : l'Etat peut transformer les écoles publiques en écoles privées; il peut transformer l'assurance d'Etat contre l'incendie — qui existe, par exemple, en Bavière — en une assurance privée; il peut se contenter d'un acte sous seing privé là où il exigeait autrefois un procès-verbal; il peut déclarer inutile pour certains fonctionnaires de demander l'autorisation de l'Etat pour contracter un mariage, etc.

Mais cette « privatisation » des fonctions publiques, et ce recul du droit administratif devant le droit privé ne sont pas dans la ligne générale de notre époque.

En effet, les cas d'un mouvement inverse, c'est-à-dire la modification des frontières par l'élargissement du droit public, sont aujourd'hui beaucoup plus nombreux. Cette modification s'effectue au moment où l'Etat

---

(25) Ce qui a été très judicieusement exposé pour le domaine du droit du travail par E. Jacobi, *loc. cit.*, p. 382 et ss.

élargit, dans certains domaines, son propre champ d'action ou celui des groupements de droit public qui relèvent de lui, et où il y a intervention effective de l'Etat, ou de ces groupements, dans des relations juridiques qui autrefois ne rentraient pas dans leur compétence. Pour constituer de nouvelles relations de droit public, il ne suffit pas que l'Etat et lesdits groupements y interviennent, mais il faut encore que leur intervention implique l'exercice de la puissance publique qu'ils détiennent. Il en résulte ceci : quand, dans une branche économique abandonnée autrefois à l'économie privée, l'Etat établit en sa faveur un monopole, les règles de droit qui visent la création et l'organisation de ce monopole sont des règles de droit public; mais les ventes et achats, ainsi que tous les autres contrats que l'Etat passe en sa qualité de propriétaire du monopole, continuent à relever du droit privé.

Le renforcement manifeste des liens sociaux établis autour de la propriété et d'autres relations d'ordre patrimonial — qu'on constate quand on se place au point de vue de la théorie des intérêts — ne présente, pour la doctrine des sujets, aucune modification des frontières entre le droit privé et le droit public. Une modification de ces frontières ne se produit aux yeux de cette dernière doctrine que, par exemple, dans le cas où l'Etat, ou un groupement de droit public, procède à des expropriations — tout le droit de l'expropriation, et non seulement les lois qui la permettent, appartient au droit public — ou encore si l'Etat (ou la commune) nationalise (ou communalise) une entreprise jusqu'alors exploitée par l'économie privée (entreprises de chemins de fer ou de navigation, banques, assurances). Mais dans ce cas encore, le droit public ne se saisit, tout d'abord, que des normes juridiques qui ordonnent la nationalisation ou la communalisation de l'entreprise et qui règlent l'organisation par là créée; c'est surtout le champ d'application du droit des fonctionnaires qui s'élargit. Il ne va nullement de soi qu'à la suite de ces mesures, les biens patrimoniaux de l'entreprise « publicisée » cessent de relever du droit privé, pas plus que les droits et obligations inhérents à cette exploitation. Il est incontesté que ce qu'on appelle le patrimoine du fisc (ou *Finanzvermögen*), quand il ne doit que rapporter des revenus — tels les propriétés foncières, les forêts, les usines, les titres qui appartiennent à l'Etat ou aux communes — est régi par le seul droit privé. L'Etat et les communes acquièrent, vendent, grèvent de charges ces biens dans les formes prévues pour les contrats privés, et, ce faisant, ils n'agissent, ni en leur qualité de détenteurs de la puissance publique, ni dans l'accomplissement des fonctions propres à leur nature; le fait qu'un sujet de droit public intervient dans un acte juridique de cette sorte est un fait accidentel, qui ne justifie aucun traitement spécial. Beaucoup plus délicate est la question de savoir si les choses affectées à l'usage public — tels les ponts, les ports, les rues, les places, etc. — sont régies par le droit public ou plutôt par le droit privé. On désigne ces choses souvent comme *res publicæ*, et cela plaide déjà en faveur de leur classement dans le droit public; en outre, il est de droit positif que, dans tous les pays civilisés, la puissance publique se manifeste, non seulement comme puissance de commandement et d'interdiction, mais aussi comme puissance de volonté tendant à promouvoir le bien commun. Il est hors de doute : 1° que la question de savoir si une chose peut être qualifiée, ou non, d'affectée à l'usage commun

(c'est-à-dire les règles relatives à son affectation ou à sa désaffectation) est une question du droit des groupements publics et, partant, une question de droit public et 2° que le droit — dans la mesure où il est reconnu — de jouir des choses affectées à l'usage commun est un droit à l'encontre du détenteur de la puissance publique et, dès lors, un droit public — de sorte qu'il peut y avoir ici encore des élargissements du domaine du droit public. Le problème le plus difficile est alors de savoir s'il s'agit d'une propriété de droit public ou d'une propriété de droit privé. La jurisprudence française, se basant sur les articles 538 et ss. du Code civil, a élaboré à ce propos la notion juridique de « domaine public », où la puissance publique et la puissance sur la chose se fondent d'une façon homogène, et d'où il résulte que les choses rentrant dans le domaine public ne sont régies que par le droit public, et que les litiges auxquels elles donnent lieu sont de la compétence des tribunaux administratifs (26). Cette conception s'accorde parfaitement avec la théorie des sujets : l'Etat ou le groupement public est propriétaire desdites choses en vertu de sa puissance publique. En ce qui concerne l'Allemagne, la théorie d'Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht,* tome II, §§ 33, 36) de la propriété publique n'a pas pénétré dans les lois, et la doctrine la rejette en général (27); cette théorie conçoit la « propriété publique » comme une propriété régie uniquement par le droit privé, qui souffre des restrictions apportées par l'affectation de la chose à l'usage commun, mais qui, malgré cela, demeure de la compétence des tribunaux civils; dans ce domaine se manifeste (jusqu'ici, mais en sera-t-il ainsi dans l'avenir ?) la tendance à admettre dans le doute la compétence de la juridiction de droit commun.

Du point de vue de la théorie des sujets, les réformes du droit patrimonial dues à des tendances sociales — fixation des prix et des marges de profit par voie légale, mesures législatives contre l'exploitation par des cartels, modifications légales du taux de l'intérêt, etc. — n'entraînent pas des modifications de frontière du droit public, tant que ces réformes ne sont pas suivies de mesures d'organisation où intervient, soit l'Etat, soit un autre groupement public : comme sont l'établissement de bureaux de l'Etat pour le contrôle des prix, de tribunaux des cartels, de commissions de conciliation pour les locataires, d'offices d'admission des valeurs mobilières au commerce de Bourse, etc.

Dans le domaine du droit du travail, nous constatons une progression du droit public, réalisée par l'intervention d'organes officiels, notamment en Italie et en Allemagne. En droit italien, les *associazioni sindicali* reconnues par la loi sont dotées d'une organisation de droit public et chargées de fonctions publiques; elles sont autonomes dans une certaine mesure (elles ont *un potere regolamentare*), exercent une puissance disciplinaire à l'égard de leurs membres, et fixent les *contratti collettivi di lavoro,* qui sont promulgués comme des lois. Les contrats collectifs de travail sont des contrats de droit public, ayant force obligatoire à l'encontre de tous les

---

(26) Cf. Hauriou, *Précis de droit administratif,* 10e éd., p. 612 et ss., et les renvois donnés à cet endroit.

(27) Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts,* 8e éd., § 21; Th. Maunz, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts,* 1933, p. 47 et ss.

membres de la catégorie. C'est à juste titre que Carnuletti (28) dit du contrat collectif du travail, qu'il a « *il corpore del contratto e l'anima della legge* ». Quant à l'Allemagne, la loi précitée du 20 janvier 1934 sur l'ordonnancement du travail national a prévu une large intervention directe de l'Etat dans la formation du droit du travail. L'institution du fidéicommissaire du travail, préparée par la loi du 19 mai 1933, est devenue une institution permanente. Les fidéicommissaires du travail sont des fonctionnaires du Reich, nommés pour de grandes régions économiques. Une de leurs fonctions principales consiste dans l'établissement de règles tarifaires. Les mesures prises par eux ont le caractère d'ordonnances de droit (*Rechtsverordnungen*). La loi a aussi introduit une protection contre les congédiements en masses; ces congédiements doivent être notifiés au fidéicommissaire du travail, et ne deviennent effectifs, dans les quatre semaines qui suivent la réception de l'avis par le fidéicommissaire, qu'avec l'approbation de celui-ci.

Dans le domaine du droit des personnes, c'est surtout la création de nouvelles personnes de droit public (désignées en France parfois sous le nom de personnes administratives), qui a provoqué une modification des frontières en faveur du droit public. Des lois diverses ont donné naissance en France à des établissements publics nouveaux; elles sont énumérées apud Planiol, Traité élémentaire de droit civil, tome I, n° 3025. En Italie, la réforme fasciste de l'Etat a restreint le champ d'action des personnes morales de droit privé et élargi celui des *corporazioni* et *istituzioni* de droit public (29). En Allemagne, le nombre des corporations de droit public a également augmenté au cours de ces dernières années; on citera à titre d'exemple le Parti national socialiste (Loi du 1er décembre 1933) et l'*Akademie für deutsches Recht* (Loi du 11 juillet 1934). En droit anglais le *Public Trustee* fait partie des corporations de droit public (30); il est une *corporation sole* dont les droits et devoirs sont réglementés par le *Public Trustee Act* 1906.

3° Du point de vue de la théorie des sujets, toute la procédure civile, y compris les voies d'exécution, fait partie du droit public; il en est ainsi de toute la procédure civile, et non seulement des cas exceptionnels où l'Etat manifeste un intérêt spécial au procès par l'intervention du ministère public (comme c'est en Allemagne le cas des procès relatifs au mariage, aux enfants et à la tutelle; cf. les paragraphes 607, 640, 646, al. 2, 652, du Code de procédure civile). Bien que la procédure civile vise avant tout la protection des intérêts privés, le droit de la procédure civile règle l'activité des tribunaux en leur qualité d'organes institués à cet effet par la puissance publique, de sorte que l'Etat intervient toujours directement dans la procédure civile. Les décisions rendues par les tribunaux reposent sur la puissance souveraine de l'Etat. L'activité des parties en cause s'adresse, elle aussi à l'Etat, qui est en effet régulièrement le destinataire

---

(28) *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 1928, p. 108; cf. aussi O. Ranelletti, *Istituzioni di riditto pubblico*, 2e éd., Padoue, 1931, p. 563 et ss.

(29) Cf. Ranelletti, *loc. cit.*, p. 509 et ss.

(30) Cf. Halsbury, *Laws of England*, tome 28, p. 212 et ss., *Statutes of England*, tome 20, p. 79 et ss. (*The public Trustee Act* 1906). Sur l'*officiel trustee of charity lands* cf. Halsbury, *Laws of England*, 2e éd., tome 4, p. 331.

de leurs actes procéduraux. L'encadrement du droit de la procédure civile dans le droit public correspond à la doctrine dominante en Allemagne et en Italie (31). En Angleterre, on le classe tantôt dans le droit public, tantôt dans le droit privé, la décision dépendant du critère dont on se sert pour distinguer le *public law* du *private law*. En France, l'unité de la juridiction civile et répressive souligne plus particulièrement l'appartenance de l'organisation judiciaire au droit public. Mais, l'opinion prédomine dans la science juridique française que le droit de la procédure civile fait partie du droit civil, nonobstant la question de savoir si certaines règles procédurales sont, oui ou non, d'ordre public. Cette conception s'inspire de l'idée, non seulement qu'il s'agit dans le procès civil de la protection d'intérêts privés, mais aussi que — dans une mesure plus forte qu'en droit allemand ou autrichien actuel — la procédure dépend de l'initiative des parties en cause, et que la procédure d'office forme l'exception.

Il est tout à fait remarquable que la formation des notions, dans le droit de la procédure civile, n'est pas nécessairement parallèle à celle des notions de droit civil. Dans le droit allemand, par exemple, la notion d'*Anspruch* (action) et d'*Einrede* (exception) de la procédure civile revêtent un sens tout autre que les mêmes notions de droit civil ; il en est de même des notions d'*Anerkenntnis* (reconnaissance) et de *Verzicht* (renonciation), et la *Prozessvollmacht* (procuration pour le procès) est une institution relativement indépendante de la procuration (*Vollmacht*) de droit privé.

Dans notre conception, qui classe en principe toute la procédure civile dans le droit public, il ne peut évidemment pas y avoir de modifications de frontière dans ce domaine. Mais voici quelque chose d'autre : la doctrine a de plus en plus tendance à éliminer du droit privé certaines institutions d'ordre procédural, qu'elle avait jusqu'ici traitées selon la manière du droit privé, pour les traiter dorénavant d'après des principes de droit public. On peut parler à ce propos de modifications de frontière d'ordre doctrinal. C'est ainsi qu'on estimait autrefois en Allemagne (comme encore à l'heure actuelle en France) que l'huissier était un fonctionnaire public, soumis à un rapport de droit civil avec la partie pour laquelle il agissait; aujourd'hui on rejette la construction d'un rapport contractuel, et l'opinion prédomine que l'huissier n'agit qu'en tant que fonctionnaire. Ce changement de la doctrine engendre à son tour des conséquences pratiques : la rémunération de l'huissier n'est plus considérée comme une rétribution de ses services par la partie intéressée, mais comme une taxe qu'il reçoit de l'Etat; l'acte ou l'omission fautif de l'huissier déclenche, non pas une responsabilité contractuelle, mais une responsabilité délictuelle, qui, elle, incombe à l'Etat. Un autre exemple d'une modification doctrinale des frontières en faveur du droit public est fourni par la *Widerspruchsklage* (paragraphe 771 du Code de la procédure allemand, paragraphe 37 du Code des voies d'exécution autrichien), qui est compa-

---

(31) Cf. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5e éd., 1914, tome I, p. 6; Venzi, *Manuale del diritto civile italiano*, 1922, p. 2; Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1920, tome I, n° 56; Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3e éd., 1923, p. 102 et ss.

rable à la tierce opposition du droit français; bien que cette action se fonde uniquement sur le droit civil, la doctrine dominante la considère comme une action procédurale autonome; son but est d'aboutir à une décision sur l'admissibilité de l'acte d'exécution de l'Etat, donc sur une intervention relevant du droit public.

En ce qui concerne les déclarations de volonté, la doctrine et la pratique s'émancipent également du modèle du droit privé (32). Les actes procéduraux, les déclarations unilatérales et contractuelles relevant du droit administratif, ne peuvent pas être régis par le droit privé, en ce qui concerne leur mode de naissance, leur fin, et surtout leurs vices et la possibilité d'être convertis en d'autres actes et déclarations. Ils suivent dans une large mesure les principes propres au droit public. Ainsi se forme une doctrine particulière de la déclaration en droit public, qui, bien qu'elle ait des points de contact avec le droit privé, est, en principe, en dehors des frontières de celui-ci.

---

(32) Cf. par exemple G. Jèze, *Cours de droit public*, 1922, p. 157 et ss.; Fleiner, *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, 1906; *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8e éd., § 13; L. Rosenberg, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 3e éd., 1931, p. 187 et ss.; Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2e éd., 1936, p. 277 et ss., p. 281 et ss.

§ 144

L'INTERPENETRATION DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVE

Par Jean MORELLET,
Conseiller Juridique du Bureau International du Travail

Avec sa concision caractéristique, l'adage latin exprime une vérité foudamentale : « ubi societas, ibi jus ». L'homme vit en société et c'est dans cette circonstance primordiale que réside la source du droit. Toute sociéte, dès lors qu'elle existe, « sécrète » son droit : les règles juridiques peuvent varier, se transformer, et même se trouver complètement bouleversées par des mutations sociales violentes; mais, si rudimentaire qu'en soit parfois l'expression, toute forme sociale comporte nécessairement des rapports juridiques. Il est impossible de concevoir une société sans droit.

Mais la notion de droit, ainsi entendue, est singulièrement vaste et l'esprit est naturellement tenté d'y tracer des séparations méthodiques. Si tous les rapports de l'homme sont régis par le droit, il ne s'ensuit pas qu'une seule et même discipline commande tous ces rapports. La diversité même des relations humaines explique et justifie des distinctions plus ou moins nettes entre les différentes formes du droit.

Parmi ces distinctions, il en est une qui est familière aux juristes de l'Europe continentale et de l'Amérique latine : c'est la division du droit en droit privé et droit public.

Par droit privé on entend l'ensemble des règles qui s'appliquent aux rapports des individus ou des personnes morales privées. Par droit public on désigne l'ensemble des règles qui régissent, comme l'a dit Hauriou, « la manière d'être de l'Etat et ses rapports juridiques ». Le contenu de ces deux grandes branches du droit varie quelque peu suivant les auteurs. En général, on admet que le droit privé comprend le droit civil, qui en constitue l'élément essentiel, ainsi que les parties du droit dérivées du droit civil: droit commercial, droit maritime, procédure; on lui rattache aussi, le plus souvent, le droit international privé. Quant au droit public, il comprend. d'après la classification habituelle, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit international public, le droit pénal.

La distinction opérée entre le droit privé et le droit public correspond assurément, dans une large mesure, à une réalité. On peut, du reste, alléguer qu'elle est fort ancienne puisque les auteurs latins l'avaient déjà formulée. Si elle a survécu, toutefois, au cours des siècles, cette distinction a subi de grandes transformations et, dans la terminologie juridique, elle

apparaît aujourd'hui comme l'expression d'une conception doctrinale plutôt moderne.

Sans doute, le simple énoncé des matières qui composent, d'une part, le droit privé et, d'autre part, le droit public démontre que le classement ainsi opéré n'est point totalement arbitraire. Mais sa valeur demeure relative : c'est bien moins la nature des choses que l'évolution historique des institutions qui se trouve, en réalité, à l'origine de la division du droit en droit public et droit privé. Alors que le droit anglais, par exemple, suivait sa propre évolution et conservait une unité fondamentale, le droit français subissait des influences différentes dont la répercussion allait se faire sentir plus ou moins sur la plupart des systèmes juridiques du continent européen. Le fait que le pouvoir royal « retenait », jadis, une part de la justice et que cette circonstance a entraîné l'existence de plusieurs ordres de juridiction est, pour une large part, à l'origine de la distinction entre le droit public et le droit privé. Cette distinction allait prendre, dans la période contemporaine, un caractère particulièrement tranché et, notamment, l'existence de tribunaux administratifs séparés des tribunaux judiciaires devait lui donner, en France, une base institutionnelle. Certains juristes français se bornent même, parfois, à considérer que les questions qui relèvent du Conseil d'Etat sont des matières de droit public alors que celles qui sont de la compétence de la Cour de Cassation sont des matières de droit privé. Ce critère, qui n'a aucune valeur scientifique, fait du moins ressortir l'importance pratique de l'existence de deux ordres de juridiction pour étayer la division du droit en droit public et droit privé.

Fondée en partie sur le caractère intrinsèque des phénomènes juridiques mais, plus encore, sur une circonstance historique (la dualité des juridictions) la distinction entre le droit public et le droit privé constitue donc une différenciation qui peut présenter un intérêt pratique. Mais elle ne comporte pas d'autre importance que celle qui résulte de sa commodité et ce serait une erreur grave d'attribuer un sens absolu à cette notion scolastique.

Aussitôt que l'on quitte le domaine des abstractions, l'on s'aperçoit, en effet, que cette distinction prend une valeur relative et tend, en bien des cas, à s'effacer devant la réalité concrète. En fait, bien des branches du droit refusent de s'inscrire docilement dans la division en droit public et droit privé : quelques exemples en donneront une preuve éclatante.

A cet égard, on peut citer, en premier lieu, le droit du travail, souvent qualifié improprement « législation industrielle ». Cette branche du droit est d'une importance de plus en plus grande et il est scientifiquement impossible de la plier à la distinction entre droit public et droit privé. En réalité le droit du travail n'est ni une subdivision du droit public ni une subdivision du droit privé. On peut dire que c'est un ensemble de matières dont certaines sont du domaine du droit public, certaines du domaine du droit privé, certaines enfin du domaine de l'une et l'autre branches du droit. Elles sont groupées non en raison de leur caractère juridique, qui est divers, mais en raison de leur objet qui est commun.

Il est, du reste, difficile de déterminer ce qui, dans le droit du travail, appartient réellement au droit public ou au droit privé. En France, le droit du travail a été considéré jusqu'à présent comme une matière de droit public plutôt que comme une matière de droit privé et cela est dû à des circonstances historiques bien plus qu'à des considérations vraiment juri-

diques. Le droit français tire ses origines du droit romain. Ce dernier, qui ne connaissait guère que le travail servile, n'avait légué à l'ancien droit coutumier français aucune règle relative au droit du travail : le Code Napoléon, qui date de 1804, est presque muet sur le contrat de travail. D'autre part, les conditions économiques et politiques qui existaient pendant la Révolution Fançaise et sous l'Empire n'étaient pas de nature à favoriser une législation sociale. Aussi, les questions ouvrières ont-elles été, jusqu'au milieu du XIX^e^ siècle, considérées avant tout comme des questions de police: avant de devenir un droit protecteur, le droit du travail, en France, a été longtemps un véritable droit répressif. Il est vrai que les législations plus modernes ont réservé, dans le droit privé, une place importante au droit du travail. C'est ainsi que le Code Civil allemand et surtout le Code fédéral suisse des obligations contiennent des dispositions assez étendues sur le contrat de travail. Mais les tendances des régimes « totalitaires » — tant en Italie fasciste qu'en Allemagne nationale-socialiste — ont provoqué une évolution en sens inverse et, dans les pays soumis à ces régimes, le droit du travail semble bien avoir passé du domaine du droit privé au domaine du droit public.

D'après le droit positif contemporain, il paraît donc impossible de décider, scientifiquement, si le droit du travail doit être classé dans le droit public ou dans le droit privé. Pour autant qu'il est permis de formuler un principe dans une matière aussi complexe, on pourrait être tenté de dire que les rapports juridiques individuels nés du contrat de travail sont, en général, de droit privé et que les modalités dont ils sont affectés en vertu de l'intervention de l'Etat sont, en général, de droit public. Mais ces formules sont d'une valeur très imparfaite et parviennent difficilement à saisir et fixer des phénomènes juridiques dont la forme est changeante. On peut dire, sans doute, à l'heure où ces lignes sont écrites, que le contrat de travail doit être considéré comme une matière de droit public en Italie et comme une matière de droit privé en France. Mais il est impossible de prévoir comment cette relation de droit sera classée demain dans l'une ou l'autre de ces catégories par les diverses législations nationales. En réalité, la solution d'une telle question dépend beaucoup plus des événements politiques que de considérations proprement juridiques.

A côté du droit du travail, il est une autre branche du droit qui s'accommode assez mal de la division du droit en droit public et droit privé : c'est le droit international. Depuis une centaine d'années, les juristes ont pris l'habitude de distinguer entre le droit international public et le droit international privé. Il s'agit, dit-on souvent, de deux disciplines entièrement différentes : d'une part, le droit international public traite du rôle des Etats dans leurs relations mutuelles; d'autre part, le droit international privé considère l'individu dans ses relations avec l'autorité publique des différents Etats et comprend la nationalité des personnes, la condition des étrangers, les conflits des lois. Pour la plupart des auteurs, la première de ces disciplines appartient au droit public et la seconde au droit privé. Là, sans doute, la distinction pourrait paraître nette. Certains auteurs ont même cru possible de considérer que le droit international public constitue, seul, le droit international alors que le droit international privé ne serait qu'une subdivision du droit civil. Mais cette distinction, qui semble si tranchée, apparaît complètement irréelle lorsqu'on la soumet à une analyse attentive.

En réalité, droit international public et droit international privé refusent, en dépit de leurs propres noms, de se plier à la division en droit public et droit privé : ce sont deux branches du droit qui s'apparentent au point de, parfois, se confondre. C'est ainsi qu'en droit international public la notion traditionnelle de l'Etat semble s'effriter sous les assauts des auteurs les plus modernes, tandis que l'individu, de plus en plus, tend à voir reconnaître son existence dans des relations juridiques où la tradition ne voulait, jadis, voir intervenir que les Etats. De son côté, le droit international privé se trouve franchement classé dans le droit public par certains des plus savants auteurs contemporains et, s'il prétend demeurer à l'écart du pur « droit des gens », il englobe un grand nombre de problèmes internationaux dont la nature paraît appartenir au droit public tout autant qu'au droit privé.

En vérité, la division en droit public et droit privé éclate, littéralement, sous la pression des faits lorsque l'on étudie ou que l'on pratique le droit international. Ce dernier échappe par sa nature à la distinction abstraite que l'esprit cherche à lui imposer. Le droit international public et surtout le droit international privé traitent des problèmes qui, suivant les cas, peuvent être classés tantôt dans le droit public et tantôt dans le droit privé. Là encore, droit public et droit privé se pénètrent si intimément qu'il devient difficile de les distinguer.

On pourrait, sans doute, multiplier les exemples du divorce entre la théorie abstraite et la réalité concrète et montrer bien d'autres circonstances de la vie juridique où la distinction entre droit public et droit privé s'atténue au point de s'évanouir complètement. Comme le droit du travail, comme le droit international, d'autres branches du droit échappent elles aussi à la division qu'on voudrait leur imposer : il suffira, par exemple, de mentionner ici le cas de la législation coloniale qui possède une unite scientifique incontestable et qu'il semble impossible de classer catégoriquement, soit dans le droit privé, soit dans le droit public. Mais le problème, si l'on tente de l'approfondir, apparaît plus vaste encore : par exemple, les notions juridiques les plus anciennes et les plus classiques sont-elles destinées à demeurer indéfiniment contenues dans la distinction entre droit public et droit privé si l'on admet, d'après Duguit, que la propriété elle-même est moins un droit subjectif qu'une fonction sociale ?

Au surplus, la meilleure preuve du caractère purement relatif de la classification de la science juridique en droit public et droit privé réside dans le fait que cette classification est demeurée à peu près inconnue dans d'assez nombreux systèmes juridiques pourtant hautement évolués.

A cet égard, on peut noter, tout d'abord, qu'une telle division n'existe pas dans les droits religieux de diverses natures. Par exemple, le droit canonique catholique, si fertile par ailleurs en distinctions subtiles, ignore la séparation du droit en droit privé et droit public. Il en va de même du droit musulman qui fonde, en une synthèse, les principes religieux du Coran et les rapports juridiques.

Mais, en outre, on doit relever qu'il existe un système de droit qui présente une importance primordiale et qui ignore à peu près complètement la division du droit en droit privé et droit public telle que nous l'entendons : c'est le droit anglo-saxon. Il est incontestable, cependant, que le droit anglais a tiré son origine de l'ancien droit français qui s'est introduit

en Grande-Bretagne à l'époque de Guillaume le Conquérant. Les coutumes normandes conservèrent longtemps, en Angleterre, leur caractère original au point que pendant plusieurs siècles les Cours de Justice et les hommes de loi continuèrent d'employer à peu près exclusivement la langue française. Mais le droit coutumier français du Moyen-Age ignorait la distinction entre le droit public et le droit privé. Et le droit anglais, fondé à l'origine sur ce droit coutumier, s'est développé jusqu'à nos jours sans la connaître.

Le droit anglais a poursuivi de son côté sa propre évolution. Peut-être ne s'est-il pas séparé aussi profondément qu'on le dit parfois du droit français qui se trouvait à son origine. C'est ainsi que le « case law », ou droit fondé sur les précédents, n'est pas fondamentalement différent du système français de la « Jurisprudence » : il faut, généralement, plusieurs arrêts pour fixer, en France, une jurisprudence, alors qu'en Angleterre celle-ci résulterait d'un seul cas. Sous cette réserve, « case-law » et « jurisprudence » sont des notions très comparables et ont, après tout, la même nature. John Doë et Richard Roë, les fameux plaideurs imaginaires des tribunaux anglais seraient compris, la plupart du temps, s'ils exposaient leurs cas devant un tribunal français. Mais il demeure que le droit anglo-saxon s'est développé, au cours des siècles, sans pratiquer une séparation nette entre le droit public et le droit privé. Sans doute, il est bien vrai qu'en Angleterre, comme ailleurs, le régime des relations juridiques connaît aussi certaines distinctions : la plus importante est la division entre le « common law », ou droit traditionnel, et l' « equity », dont les principes moins formalistes avaient, à l'origine, pour effet d'assouplir l'application rigide de la règle de droit. Néanmoins, sous réserve de ces distinctions, le droit anglo-saxon a conservé une unité relative. Tandis que l'évolution de la doctrine et des institutions continentales aboutissait à une différenciation entre le droit public et le droit privé, le droit anglais, qui se développait dans les territoires britanniques et aux Etats-Unis, continuait d'ignorer ce phénomène. Aujourd'hui encore, la distinction entre le droit public et le droit privé, familière aux juristes de l'Europe continentale et de l'Amérique latine, apparaît généralement aux esprits anglo-saxons comme une conception étrangère, sinon étrange.

Ainsi la grande division du droit en droit public et droit privé semble bien loin d'avoir la valeur fondamentale que certains lui attribuent volontiers.

Dans les pays où elle se trouve couramment admise, comme la France, cette distinction n'est rien d'autre qu'une méthode empirique dont la commodité pratique est incontestable, mais qui reste dépourvue de portée absolue. Facile à formuler, cette distinction est tentante pour l'esprit. Une analyse un peu attentive ne peut qu'établir son caractère relatif et même précaire. En bien des cas le juriste se trouve absolument contraint d'en faire abstraction ou de l'abandonner.

Fragile à l'intérieur même des systèmes juridiques qui l'admettent, la division du droit en droit public et en droit privé apparaît, du point de vue du droit comparé, comme une fiction dépourvue de caractère universel. Elle est, sans doute, admise en de très nombreux pays et a imprégné la pensée juridique dans des continents entiers. Mais elle demeure ignorée ou méconnue par de grandes communautés du monde civilisé qui ont construit leur droit sans recourir à cette distinction et qui s'en sont fort bien passé.

Ces constatations peuvent heurter nos habitudes ou nos partis pris. Les hommes attribuent, souvent inconsciemment, le caractère d'une vérité immuable à la règle de droit telle qu'elle se trouve formulée à une époque et dans un pays déterminés : ils l'imaginent stable et définitive. Au contraire, elle est essentiellement mouvante et ne se laisse pas emprisonner dans des formules abstraites. Droit public, droit privé sont des formules abstraites qui ne peuvent exprimer que la vérité relative d'un moment. Sous la précarité de ces formules, se retrouvent, au fond, le commun caractère de la science juridique et son unité fondamentale.

LA « PUBLICISATION » DU CONTRAT

Par Louis JOSSERAND

Conseiller à la Cour de Cassation
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lyon

1. L'évolution accélérée qui bouscule le droit privé, spécialement le droit civil, et qui l'emporte vers des destinées nouvelles, est marquée de phénomènes juridiques, économiques et sociaux dont le moins remarquable n'est certainement pas son imprégnation profonde par le droit public vis-à-vis duquel il présente une réceptivité de plus en plus manifeste : les barrières, d'ailleurs assez artificielles, qui séparent traditionnellement ces deux grandes branches du juridique, s'abaissent progressivement et l'on peut prévoir le moment où, selon la prophétie et le vœu de Duguit (1) et de Cosentini (2), elles seront presque complètement abattues, au moins sur la plus grande partie de leur longueur : ce jour-là, le droit civil aura beaucoup perdu de la suprématie qui lui était traditionnellement reconnue; il n'occupera plus la position centrale éminente, exclusive, qui est restée la sienne au cours des siècles et pendant des millénaires; ou du moins, il ne la conservera qu'à la condition de se réformer; après s'être sécularisé, il se sera « publicisé ».

2. Ce phénomène capital de la pénétration du droit civil par les disciplines et par l'esprit du droit public s'affirme de bout en bout et dans la plupart des institutions : tels rapports juridiques, que le code de 1804, respectueux d'une longue tradition, d'abord romaine, puis devenue française, avait abandonnés, ou presque, aux volontés privées, subissent, du fait de l'immixtion du droit administratif, de l'ingérence des pouvoirs publics, une transformation profonde dans le sens d'une socialisation, d'une « publicisation » toujours plus poussée, et se trouvent, de ce chef, projetés sur un plan différent de l'ancien, moins individuel et plus social, moins libéral et plus réglementaire, moins purement civiliste et davantage publiciste.

Ainsi en va-t-il même pour le droit des personnes: l'orientation actuelle de la famille, les amendements apportés à des prérogatives telles que la puissance maritale et l'autorité paternelle, en fournissent une démonstra-

---

(1) V. Duguit, *Le motif impulsif et le but déterminant dans l'acte juridique public*, dans la Revue de Brno (*Revue internationale de la théorie du droit*) et, dans le numéro des *Archives de philosophie du droit* consacré, en 1932, à l'œuvre du maître, les études de MM. Jèze, Morin, Mestre et Le Fur.

(2) Cosentini : *La réforme de la législation civile*, p. 279.

tion suffisante. Mais, c'est surtout dans le compartiment du droit patrimonial que ce phénomène de rapprochement et d'imprégnation revêt toute sa signification: la propriété n'est plus le *dominium* absolu que décrivaient les Quirites : elle est devenue un rapport bilatéral, comportant pour son titulaire, en contre-partie de prérogatives encore enviables, un faisceau de devoirs, négatifs ou même positifs, toujours plus nombreux et plus lourds; même sous sa forme individuelle, elle s'est socialisée, dans sa finalité comme dans son fonctionnement; quant aux servitudes, dont la nature privée était traditionnelle, elles deviennent, dans une large mesure, une institution du droit public; instituées en vue de protéger la beauté d'un site ou de faciliter le transport de l'énergie hydro-électrique, de permettre l'aménagement d'une région, d'assurer la liberté des voies de communication ferrées, fluviales, terrestres ou aériennes, ou pour répondre aux nécessités de la défense nationale, elles l'emportent en nombre, et surtout en ampleur, sur les servitudes légales d'intérêt privé.

Le droit contractuel ne devait pas échapper à un mouvement juridique et économique de cette envergure; il pouvait d'autant moins s'en préserver que le contrat est une des cellules vitales de l'organisme juridique, économique et social, une des plus sensibles aussi et les plus promptes aux réactions issues des transformations qui s'opèrent dans cet organisme complexe : source principale des obligations et source quasi-exclusive des rapports obligatoires qui s'établissent volontairement entre les hommes, acte juridique et fondamental par excellence, au point que Jean-Jacques Rousseau dans son « Contrat social » faisait reposer sur lui le droit tout entier, il était prédestiné, de par le poste éminent qui lui est dévolu, à ressentir, dans sa configuration, dans sa technique et jusque dans son essence intime, l'action de la vague de fond qui déferle sur notre communauté, donnant le pas au social sur l'individuel. De même que le droit de propriété n'est plus un *dominium* intégral, le contrat a cessé d'être véritablement et en tout état de cause un *negotium*, au sens traditionnel du mot, une affaire purement privée, pour devenir en quelque mesure et sur bien des points, une affaire publique et presque une « affaire d'Etat » : les volontés privées ont à compter avec la volonté publique qui les fait reculer; de plus en plus, le contrat est réglementé, contrôlé, dirigé, donc « publicisé ».

3. *Plan.* — Cette imprégnation du contrat privé par le droit public s'accuse aux différents stades de son existence :

1° Dans son *procédé technique d'élaboration;*

2° dans sa *forme;*

3° dans son *aménagement* (clauses et stipulations expresses);

4° dans son *contenu obligatoire* (obligations introduites par voie d'autorité);

5° dans son *dynamisme;*

6° enfin, dans sa *durée* et dans sa *stabilité.*

I. — Procédé technique d'élaboration du contrat

4. Dans la conception classique et traditionnelle, la conclusion du contrat est précédée d'une phase préliminaire au cours de laquelle s'institue, entre les parties, la discussion de ses clauses et conditions: avant le marché, le

marchandage; avant le traité, les tractations, destinées à dégager la formule contractuelle, cherchée et réalisée sous le signe du « *fair play* », du libre jeu des volontés qui s'affrontent avant de se lier.

Ce genre de contrats, à préparation libre de part et d'autre, ou contrats « *de gré à gré* » n'a pas entièrement disparu de l'horizon juridique : la vente d'immeubles y ressortit, comme aussi l'achat de denrées, sur un marché public ou dans un petit magasin; si une loi conditionne alors l'accord des parties, c'est celle, purement économique, de l'offre et de la demande, mais non pas la loi issue du Parlement, ou un règlement quelconque; l'accord qui intervient dans ces conditions est fait sur mesure, pour les besoins de la cause, sans qu'on puisse le rattacher à un type préexistant dont il serait la reproduction plus ou moins fidèle ; il a son individualité propre et il se suffit à lui-même ; il est un ouvrage tout neuf, édifié par les parties sur un terrain nu, pour leur seul usage et d'après un plan qu'elles ont conçu et tracé librement.

5. Or, à côté de ce genre d'opérations, un autre se développe qui présente un aspect très différent et notamment cette particularité de ne point comporter, au préalable, de tractations effectives ; la période précontractuelle est alors à peu près complètement abolie, parfois même complètement. Les parties deviennent des contractants de façon extemporanée et sans avoir joué, à vrai dire, le rôle de précontractants. C'est que l'une d'elles avait élaboré à l'avance un projet de contrat établi une fois pour toutes, « *ne varietur* », se plaçant du même coup, par cela même, vis-à-vis du public, dans un état permanent d'offres susceptibles d'être saisies par qui voudra se les approprier, y donner son adhésion, mais sans être admis à les discuter, encore moins à les modifier. La « prérédaction », ainsi établie unilatéralement, servira de base et d'amorce aux contrats, soit qu'elle émane d'un particulier ou d'une société privée (articles vendus à prix fixe dans les grands magasins, places dans un théâtre, livres, journaux, abonnements à un quotidien, à un périodique, à un concert), soit qu'elle revête l'aspect d'un tarif élaboré par un organisme ressortissant plus ou moins étroitement aux pouvoirs publics ou s'identifiant avec eux (transport des voyageurs, des bagages et des marchandises par une administration des chemins de fer, abonnement au téléphone, à l'éclairage ou à la force motrice, etc...). Les conditions auxquelles sont conclus des accords de ce genre ne souffrent pas de marchandage ; c'est à prendre ou à laisser ; elles revêtent, de ce chef, un caractère impératif et réglementaire, avec cette circonstance aggravante, que, dans bien des cas, le public n'a pas même la ressource de s'abstenir, car il a en face de lui une entreprise qui bénéficie d'un monopole, de droit ou de fait, en sorte que, pour lui, ce n'est même plus à prendre ou à laisser, c'est à prendre, nécessairement, et aux conditions fixées par le « *diktat* » qu'on lui soumet.

6. Mais précisément parce que le contrat d'adhésion se présente ainsi sous la forme d'un « *diktat* », exclusif, à la fois, de pourparlers préalables, et, chez l'une des parties, de toute ou presque toute autonomie de sa volonté, alors qu'il est attributif, chez l'autre contractant, d'un pouvoir de détermination, soit prépondérant, soit même absolu, on comprend que des auteurs éminents, qui se trouvent être pour la plupart des publicistes, aient prétendu dénier à une telle opération le caractère contractuel pour ui reconnaître la nature juridique d'un règlement, ce qui conduisait à expul-

ser le *contrat par adhésion*, du droit civil ou du droit commercial pour l'intégrer dans le droit public (3).

Mais cette position a fait contre elle la grande majorité et quasi l'unanimité des civilistes qui remarquent, d'une part, que le code civil n'exige dans aucun de ses textes, soit expressément, soit implicitement, que la conclusion du contrat soit précédée d'une discussion plus ou moins poussée, de travaux d'approche plus ou moins prolongés, et d'autre part que l'égalité économique n'est pas davantage requise entre les parties dont il est admissible que l'une soit plus puissante, mieux armée que l'autre à qui elle dicte ses conditions ; réserve faite des circonstances dirimantes retenues par la loi — erreur, dol, violence et exceptionnellement lésion le consentement donné est considéré comme effectif et suffisamment libre, même s'il intervient sous la forme d'une adhésion consentie à un règlement préexistant ; l'adhérent est encore un contractant, alors même qu'en fait sa liberté de détermination serait considérablement réduite et fût-elle presque éliminée : *coactus voluit, sed voluit*. Autre chose est la liberté juridique et autre chose l'indépendance économique. L'égalité devant le contrat ne présuppose pas nécessairement, chez les parties, le même pouvoir économique, le même *standing* de vie et d'influence ; s'il en était autrement bien rares seraient les opérations susceptibles de rentrer dans la famille des contrats, alors arbitrairement dépeuplée.

7. Il faut donc reconnaître, avec une doctrine dominante, que le contrat par adhésion est encore un contrat et que l'auteur de la prérédaction comme l'adhérent sont encore des parties contractantes ; mais il n'en reste pas moins vrai que le procédé technique employé par celles-ci diffère grandement de la méthode traditionnelle qui préside à l'élaboration des contrats conclus de gré à gré ; que les parts prises par chacun des intéressés à l'aménagement de l'opération sont foncièrement inégales ; que l'une des parties émet une volonté réglementaire, imposant ainsi ses conditions à l'autre qui ne joue, dans l'affaire, qu'un rôle dérivé et passif ; en un mot, que le contrat renferme en lui un *règlement* et s'apparente ainsi aux actes administratifs, ce qui conduira le juge et le législateur, à dégager pour lui les linéaments d'un statut spécial, protecteur du faible contre le fort, par exemple recherchant avec un soin particulier si telle clause, inscrite, imprimée dans le règlement, a bien été véritablement souscrite par l'adhérent en pleine connaissance de cause, et lui reste donc opposable, par exemple aussi, en transposant, pour la circonstance, la formule de l'article 1162 du code civil, pour interpréter la convention réglementaire, non pas contre celui qui a stipulé, contre le créancier, mais bien plutôt contre l'auteur du règlement qui, l'ayant élaboré d'autorité, unilatéralement, doit être seul responsable de son imperfection et de son obscurité.

Ainsi, tout en demeurant un contrat, et qui ressortit au droit privé, l'accord formé, en série, par la conjonction d'une volonté réglementaire et d'une adhésion s'imprègne de la structure, de la technique et de l'esprit des actes du droit administratif; par l'étendue de son champ d'application comme par son mécanisme, il réalise la « *publicisation* » en même temps que la standardisation du concept contractuel.

---

(3) V. Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd. t. I, p. 371; M. Hauriou : *Principes de droit public*, et notre Sirey, 1908, 3, 17; Comp. Saleilles : *La déclaration de volonté*, art. 133, nos 89 et 90.

II. — Conditions de forme

8. En ce qui concerne la forme des contrats, le standard fondamental était et demeure encore, dans notre droit français, celui de la *consensualité*, c'est-à-dire du triomphe de l'autonomie de la volonté, les parties s'engageant suivant le procédé qu'il leur convient d'adopter et sans que l'extériorisation de leur consentement soit soumise à un statut restrictif, à des solennités particulières : comme au temps de Loysel, on lie les hommes par les paroles aussi simplement, aussi solidement que les bœufs par les cornes : à cet égard encore, le contrat apparaît comme un *negotium*, comme une affaire privée.

Mais une révolution se dessine qui a été notée par différents auteurs (4) et qui est favorable à la solennisation du contrat : *une renaissance du formalisme contractuel* est a l'ordre du jour, soit que le législateur contemporain exige un écrit pour la validité même du contrat (effets de commerce, avec les différentes opérations qui s'y rattachent ; conventions collectives de travail ; vente d'un bateau, d'un aéronef ; vente à crédit d'une automobile ; et aussi, sauf controverse, le contrat d'assurance avec les avenants qui viennent y accéder), soit encore qu'il institue des formalités, en l'absence desquelles l'opération, qui ne dépasserait pas alors le cercle des parties et de leurs ayants cause à titre universel, resterait sans effet à l'égard des tiers (décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant et complétant, en les élargissant, les dispositions de la loi fondamentale du 23 mars 1855 sur la transcription). Incontestablement, un système réglementaire, tend ainsi à prendre la place du régime libéral de la consensualité et de l'autonomie formelle de la volonté, qui était dans la tradition du droit français ; à cet égard encore, le contrat est de plus en plus réglementé, de plus en plus dirigé : le *negotium privatum* intéresse les pouvoirs publics qui lui imposent un vêtement déterminé, une tenue de rigueur, sans laquelle il perdra de son efficacité, et parfois jusqu'à sa validité ; les exigences de la *publicité* ne sont elles-mêmes qu'un aspect de la *publicisation* du contrat.

III. — Aménagement du contrat

9. Cet aménagement est l'œuvre des parties qui y procèdent, en thèse générale, à leur gré : les clauses et conditions de l'opération sont fixées par elles d'un commun accord ; la liberté contractuelle vaut au premier chef pour le contenu même de la convention, comme elle s'affirme pour le contenant ; l'autonomie de la volonté se réalise dans le fond comme dans la forme du contrat.

Mais là aussi elle subit des échecs répétés et qui sont à ranger dans deux grandes catégories :

1° De plus en plus volontiers, le législateur édicte, au nom de l'ordre public, des prohibitions, des injonctions, des nullités ; de plus en plus, il veut être obéi, exactement ; sa susceptibilité est en éveil à l'égard des dérogations que les parties prétendraient apporter aux règles qu'il insti-

(4) V. P. Moeneclaey, *thèse*, Lille, 1914.

tue ; il ne veut pas que son texte devienne lettre morte grâce à l'usage de clauses de style pour lesquelles il éprouve un éloignement croissant, une défiance systématique, il se montre de plus en plus ombrageux et intolérant, toujours plus restrictif du champ laissé aux initiatives particulières ; aussi s'attache-t-il à multiplier les exclusives contre les clauses dont il redoute l'insertion dans les contrats; les lois de quelque importance contiennent normalement un article final qui déclare « toutes dispositions contraires nulles et de nul effet ». C'est là une véritable clause de style législatif qui est destinée à conjurer les clauses de style conventionnel. On en trouve de multiples exemples dans le *Code du Travail et de la Prévoyance sociale* (Livre 1er, art. 23, § 3 ; 28-29 § 2, 319, etc...) ; dans la loi qui régit le contrat d'assurance (L. 13 juillet 1930, art. 2 et 26) ; dans la législation d'après-guerre en matière de loyers et de propriété commerciale (L. 30 juin 1926, mod. par lois 22 avril 1927, 27 mars 1928 et 13 juillet 1933, art. 13, § 1) ; dans les décrets-lois et les lois de ces dernières années. (Pour le remboursement anticipé des dettes, D. 16 juillet 1935, art. 1er ; 30 octobre 1936, art. 1er ; pour les congés annuels payés; L. 20 juin 1936, art. 1er, modifiant l'art. 54 du livre II du *Code du Travail ;* L. 21 août 1936 tendant à permettre l'octroi de délais aux commerçants, industriels et artisans, art. 1er, etc.).

2° Il arrive que le législateur, allant plus loin dans la voie du contrôle du droit contractuel, s'arroge la prérogative de fixer, plus ou moins étroitement, les éléments du contrat, les conditions auxquelles il pourra être valablement conclu; son ingérence revêt alors une forme, non plus seulement prohibitive et négative, mais constructive et positive ; ce n'est plus librement que les parties fixent le prix de certaines denrées, de certaines prestations, mais seulement dans des limites plus ou moins resserrées, établies par la loi ou par l'autorité réglementaire ; une politique de ce genre fut inaugurée, en matière de loyers, par la loi du 9 avril 1918, suivie de nombreux textes destinés à en proroger les dispositions ou à les élargir et à les fortifier; plus récemment la loi du 19 août 1936, *tendant à réprimer la hausse injustifiée des prix,* a prévu et provoqué l'établissement, pour les « *denrées, objets et marchandises de première nécessité* », de prix dits « *normaux* » dont le dépassement, lorsqu'il intervient dans de certaines conditions, expose les commerçants à des peines d'amende et d'emprisonnement : suivant une méthode de plus en plus en honneur, le droit répressif fait une incursion dans le droit privé et exerce sur lui une réaction puissante : ce ne sont plus les parties qui fixent les conditions du contrat ; ce n'est même plus la loi économique de l'offre et de la demande ; c'est la loi tout court qui intervient pour assurer un aménagement prétendûment équitable de la convention ; la volonté générale domine et bride les volontés particulières ; elle s'insinue dans le droit contractuel qui en devient moins privé et qui s'en « *publicise* » d'autant.

IV. — Contenu obligatoire du contrat

10. Dans la pure doctrine subjective, la convention ne devrait pas produire d'autres obligations que celles qui ont été envisagées, expressément ou implicitement, par les parties, l'effet ne pouvant excéder la cause qui

réside, en l'occurence et sous un régime de parfaite autonomie des volontés, dans le *mutuus consensus* ; et, effectivement, c'est bien à « *la commune intention des parties contractantes* » que le code civil français se réfère pour déterminer la portée des clauses insérées dans le pacte et, du même coup, le contenu obligatoire du contrat (art. 1156).

Mais l'article 1160 précise qu' « *on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* » ; et surtout, l'article 1135 pose ce standard fécond que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Ces textes, et surtout le dernier, renferment en germe un système dans lequel le contenu obligatoire du contrat dépassera son contenu formel, la volonté commune des parties n'étant plus la source unique de leurs devoirs et de leurs droits, mais partageant cette mission et cette puissance avec l'usage et avec l'équité. En partant de ces directives, on aboutit à cette conclusion que le contrat doit être d'abord et sans doute, ce que les parties ont voulu qu'il fût, mais aussi et par surcroît, ce que l'usage et l'équité commandent qu'il soit ; cette proposition est exacte, elle devient opportune surtout pour les contrats nommés, dont la loi, la jurisprudence et la doctrine ont fixé les traits : on comprendrait mal que les contractants pussent en altérer la physionomie et procéder, de propos délibéré, à leur dénaturation en éliminant de leur sphère de rendement des effets qui y sont naturellement et équitablement attachés.

11. — C'est en partant de ces données que la jurisprudence a fait sortir de tels ou tels contrats des obligations qui n'avaient pas été envisagées par les parties — au moins par l'une d'elles — et qu'elle inclut de vive force dans le cadre de l'opération, au nom de l'équité ; obligations qui, si l'on va au fond des choses, ne sont pas véritablement contractuelles ; ou, du moins, le cadre, seul, a un caractère contractuel, à l'exclusion de la source profonde, qui est légale ou jurisprudentielle et souvent plus ou moins prétorienne : « par l'intention des parties, mais au-delà de cette intention », telle pourrait être la devise de cette jurisprudence et de cette législation expansives du contenu obligatoire des conventions.

C'est ainsi qu'une obligation de sécurité a été mise à la charge de nombreux contractants, tantôt par le législateur et plus souvent par la jurisprudence : soit pour les accidents du travail (loi du 9 avril 1898 et lois postérieures), soit pour les accidents survenus au cours d'un transport de personnes, ou dans l'utilisation des jeux forains ou pendant une leçon d'équitation donnée dans un manège, ou lors du séjour d'un voyageur dans un hôtel, la victime d'un tel accident, qui s'est produit pendant la période d'exécution du contrat de transport, de jeux forains, d'hôtellerie, etc... va pouvoir placer la responsabilité du transporteur, du tenancier, de l'hôtelier, sous le signe du contrat, ce qui le dispensera d'établir que le dommage par elle éprouvé est dû à une faute du défendeur, lequel demeurera donc responsable jusqu'à plus ample informé, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il ait fait la preuve de la force majeure ou de la faute de la victime : le passage de la responsabilité du délictuel au contractuel entraîne ainsi un déplacement du fardeau de la preuve, déplacement qui en constitue l'objectif et la raison d'être.

12. — Sans doute, cette obligation de sécurité, insérée d'autorité dans

le contrat, ne présente pas toujours le caractère absolu qu'elle offre dans son application au transporteur de personnes ou au tenancier de jeux forains ; elle est parfois simplement relative, parce qu'elle s'analyse alors en une obligation, non plus de résultat, mais seulement de moyens : c'est ainsi que le médecin ou le chirurgien sont considérés comme assumant l'obligation, non pas de guérir leur client, mais seulement de lui donner des soins « consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science » (5) ; en pareil cas, la victime ne peut obtenir réparation qu'à la condition de prouver que l'homme de l'art ne s'est pas acquitté de l'obligation de moyens qui lui incombait, ce qui vient à dire qu'elle supporte intégralement le fardeau de la preuve ; la transposition de la nature de la responsabilité ne fait plus ici passer ce fardeau des épaules du demandeur sur celles du défendeur et ne produit que des résultats d'ordre secondaire, mais non négligeables, par exemple en ce qui concerne le délai de la prescription de l'action en responsabilité (6).

Il n'en reste pas moins que la jurisprudence ou la loi lorsqu'elles dégagent une obligation de sécurité, absolue ou relative, — d'un accord — se servent du même procédé technique et obéissant à la même préoccupation d'aménager le contrat dans un esprit d'équité, de justice, d'équilibre juridique ; ce ne sont plus les parties, à elles seules, qui édictent la loi contractuelle ; une autorité supérieure à leurs volontés vient en contrôler l'exercice et en fixer le rendement ; le potentiel obligatoire du contrat sera ce que les pouvoirs publics, enclins à le renforcer, voudront qu'il soit ; les contractants devront subir une sorte d'inflation obligationnelle contre laquelle toute réserve de leur part serait généralement impuissante: dans le fond du droit contractuel, comme dans sa forme, comme dans l'élaboration de l'accord, on retrouve la main des pouvoirs publics et on assiste à la décadence de la souveraineté des volontés particulières, dominées et dirigées par la volonté générale et règlementaire ; même lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de leur accord, le nombre et l'étendue de leurs obligations, les contractants prennent figure d'adhérents au moins autant que de dirigeants ; ils entrent dans une organisation juridique dont le fonctionnement leur échappe en partie.

V. — Dynamisme du contrat

13. — Les progrès réalisés dans le dynamisme du contrat sont d'autant d'étapes parcourues par le droit privé en direction du droit public ; d'une part, et contrairement au grand standard de la relativité, posé dans l'article 1165 du code civil, il advient de plus en plus fréquemment qu'une convention développe ses effets vis-à-vis de personnes qui n'y ont point été parties ; d'autre part, nombreux sont les accords qui tendent, de nos jours, non pas seulement à créer des obligations, mais aussi à instituer un régime permanent et durable, à fonder un *modus vivendi* : par cette

---

(5) V. Civ. 20 mai 1936 (D. P. 1936, 1, 88, rapport L. Josserand, conclusions de M. le Procureur Général P. Matter, note E. P.).

(6) Même arrêt.

double évolution, par cette double intensification de son dynamisme traditionnel, dans l'espace et dans le temps, le contrat du droit privé s'apparente à l'acte du droit public, lui-même opposable à tous et générateur de situations juridiques à longue portée ayant la valeur de véritables institutions : c'est un nouvel aspect de la publicisation du contrat civil ou commercial.

1° Le rayonnement de ce contrat, au-delà du groupe des parties contractantes et de leurs ayants cause à titre universel, n'est pas précisément une nouveauté ; il s'est manifesté dès le jour où, abandonnant le concept romain du contrat simplement productif d'obligations, le droit français admît que la propriété serait transférée et que les autres droits réels seraient constitués par le seul accord des parties, indépendamment, d'abord de toute tradition effective, plus tard et par une nouvelle étape, d'une tradition même figurée. Dès lors, la nature absolue du droit transféré ou constitué refluant jusqu'au contrat translatif ou constitutif, on se trouvait en présence de conventions qui, par leur efficacité, dépassaient le cercle des parties contractantes et faisaient donc échec à la règle de la relativité ; sans doute, l'introduction d'un régime de publicité et la subordination de l'opposabilité aux tiers des transferts de propriété et des constitutions de droits réels immobiliers à l'accomplissement de la transcription ou de l'inscription, ont-elles rendu cette dérogation moins effective et cet échec moins sensible, puisque désormais, une formalité consécutive à la conclusion du contrat est exigée pour que l'opération soit assurée de tout son rayonnement. Mais, outre que ces régimes de publicité n'intéressent, en principe, que les transactions immobilières, leur inobservation ne peut pas être invoquée par tous les tiers ; l'arme de l'inopposabilité n'est concédée par loi qu'à des personnes répondant à certaines conditions, ressortissant à des catégories déterminées, en sorte qu'il demeure exact, de nos jours encore et pour une bonne part, d'affirmer que les contrats translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels, même immobiliers, sont des opérations à grand rayon d'action, qui dépassent, par leurs effets absolus, le cercle des parties contractantes, pour retentir, à l'occasion, sur les tiers, sur le public ; à cet égard, ils ont la valeur d'actes réglementaires, d'actes publics.

14. — Mais il y a mieux ; il devait appartenir à des conventions, simplement productives d'obligations, de rayonner au-delà du personnel restreint des contractants pour aller produire leurs effets jusque dans le patrimoine, non pas, sans doute, de tout le monde, mais d'un ou de plusieurs tiers, parfois même de tout un groupe de personnes : le phénomène est de notoriété publique pour les *conventions collectives*, telles celles qui interviennent entre groupements patronaux et organisations ouvrières (conventions collectives du travail) et qui se trouvent de développer leurs effets à l'égard d'une multitude de personnes n'y ayant point participé ou qui se sont insurgées contre leur conclusion ; il se retrouve même dans des contrats purement individuels qui prolongent leurs effets jusque dans un tiers patrimoine, soit par le jeu de la *stipulation pour autrui*, soit aussi grâce au fonctionnement des *actions directes* dont le nombre tend à s'accroître et dont le fonctionnement cherche à s'intensifier.

Chacun sait combien nombreuses et variées sont les applications de ce concept fécond de la stipulation pour autrui dont le développement réduit

à l'état de lettre morte la condamnation sommaire prononcée contre lui par le code civil dans son article 1119 : assurances sur la vie au profit d'autrui, assurances pour le compte de qui il appartiendra, expédition de marchandises à un tiers destinataire, clauses insérées dans le cahier des charges au profit des ouvriers ou des employés attachés à une entreprise, remploi effectué par le mari pour le compte de la femme commune en biens, c'est dans tous les compartiments de la vie juridique que le contrat en faveur de tiers, qui fut étudié avec tant de conscience et tant de talent par Edouard Lambert, au début même de sa production scientifique (7), trouve à s'employer et à accomplir son si précieux office. Dans ces dernières années, la jurisprudence lui a donné un nouvel essor en admettant que la stipulation au profit de tiers n'était pas nécessairement formelle, et qu'il appartenait aux tribunaux de l'induire des circonstances de la cause : ainsi a-t-il été jugé que le voyageur, en prenant son billet, stipule tacitement, implicitement — et sans le savoir, comme M. Jourdain faisait de la prose — au profit de sa femme et de ses enfants, ce qui permettra à ceux-ci, un accident survenant au voyageur, de mettre en jeu la responsabilité contractuelle du transporteur à qui ils pourront réclamer une indemnité sans avoir à prouver qu'il a commis une faute, génératrice du dommage (8). D'autorité, et sans que les parties l'aient voulu, sans même qu'elles y aient songé, le contrat de transport abrite ainsi une stipulation qui est greffée sur lui par les soins de la jurisprudence et dont des tiers pourront éventuellement se saisir : exemple saisissant de l'accroissement du dynamisme contractuel, sans la volonté des parties et par l'action des pouvoirs publics: le contenant n'a pas changé, et cependant le contenu obligatoire s'est développé.

15. — Les progrès réalisés par le procédé technique des *actions directes* ne sont pas moins manifestes : les cas où la loi — ou la jurisprudence — autorise un créancier, et par exemple un créancier contractuel, à agir, par le truchement d'une action directe, contre une personne avec laquelle il n'avait pas traité et qui lui est juridiquement étrangère, sont de plus en plus nombreux et variés (9) : actions du bâilleur contre le sous-locataire (c. civ., art. 1753); du mandant contre la personne que le mandataire s'est subsituée dans sa gestion (art. 1994, § 2) ; de l'ouvrier victime d'un accident professionnel contre l'assureur avec qui l'employeur avait traité (L. 9 avril 1898, art. 16 mod. par loi 31 mars 1905, art. 1er) ; des médecins et des pharmaciens contre le chef d'entreprise (même loi, art. 4, § 4); et surtout, de la victime d'un accident, d'un dommage quelconque, contre l'assureur à qui la loi fait un devoir de retenir la somme dont il est redevable, aussi longtemps que le tiers lésé n'a pas été désintéressé des conséquences du fait dommageable (C. civ., art. 2102, 8°, complété par loi 26 mai 1928, loi 13 juillet 1930, art. 53). Dans de telles éventualités et dans d'autres encore (distraction des dépens, c. pr. civ., art. 133), on voit un créancier agir contre le débiteur de son débiteur, avec qui il n'avait pas traité, et exercer, prolonger ainsi son droit de gage jusque vers

---

(7) Ed. Lambert, *thèse*, Paris, 1893.

(8) V. Civ. 6 déc. 1932 et 24 mai 1933 (D. P. 1933, 1, 137, note L. Josserand); Req. 19 juin 1933 (D. H. 1933, 429).

(9) V. Solus, *thèse*, Paris, 1914.

un tiers patrimoine. Ici encore, et à cet égard, le contrat cesse d'être un *negotium* relatif et privé, pour s'imprégner des règles de l'acte public, susceptible de développer ses effets au-delà des parties contractantes.

16. — 2° Ce n'est pas seulement sur l'espace que le contrat a entrepris et qu'il a gagné du champ ; c'est aussi sur le temps. En principe, simplement productif d'obligations destinées à s'éteindre aussitôt ou dans un délai de quelques jours, de quelques semaines ou de quelques mois, il devient parfois créateur d'un régime destiné à durer ; il institue, entre les parties, une situation juridique, un *modus vivendi* permanent, faisant ainsi preuve d'un dynamisme prolongé et intense, mais beaucoup moins exceptionnel, et surtout bien moins récent qu'on ne l'a parfois pensé : ce n'est pas de notre siècle que datent les rentes, perpétuelles ou viagères, ni les prêts d'argent à longue échéance, ni les baux, simples ou emphytéotiques, de longue durée, ni les actes constitutifs d'usufruit ou de servitude, ni les conventions matrimoniales, ni les sociétés, tous actes ou toutes opérations à régime continu et permanent; ni la chose ni son utilisation ne sont des nouveautés. Ce qui, du moins, est vrai, c'est que les contrats qui organisent ainsi l'avenir en créant une situation, un climat juridique, sont de plus en plus nombreux, grâce notamment à la multiplication des sociétés et des associations, encore à raison du développement des conventions collectives, notamment entre employeur et employés; de plus en plus fréquemment, le contrat, instaurateur d'un ordre juridique déterminé, prétend régenter un avenir plus ou moins lointain au moyen d'une charte sous l'égide de laquelle se placera, pendant un long temps, toute une catégorie de faits et de situations juridiques.

17. — De telles opérations, créatrices d'un ordre obligatoire à longue portée, ont paru à de certains esprits, tellement différentes du *negotium* classique, qu'ils ont prétendu leur refuser le caractère de contrats pour les élever à la dignité d'*institutions* ou d'*unions*, et pour les attraire, par cette vue publiciste, dans le champ du droit administratif. M. Maurice Hauriou, notamment, a opposé, en des formules séduisantes et lapidaires, le contrat, *l'acte juridique*, « opération actuelle, éphémère, transitoire », à l'institution, fait juridique, susceptible de durer indéfiniment, et qui se caractériserait par une double particularité qui serait avoir une double supériorité : d'une part sa stabilité, d'autre part son aptitude à évoluer, à s'adapter aux conditions nouvelles de la vie; sans doute, il y a dans le contrat, au dire de l'éminent auteur, une tendance « à essayer de s'emparer de l'avenir », mais seulement une tendance qui trouve sa pleine réalisation précisément dans l'institution que l'acte juridique s'efforce de « singer » sans parvenir à l'imiter jamais complètement (10).

Il est permis de penser que l'opposition ainsi décrite par M. Hauriou — comme aussi par M. Duguit (11) — entre le contrat et l'institution, est sensiblement forcée, et qu'elle procède d'une conception trop étroite et archaïque du concept contractuel ; le contrat moderne a cessé d'être soumis au statut qui, dans l'ancienne Rome, l'identifiait avec la stipulation; depuis longtemps, il s'est évadé de ses origines pour devenir tout acte plurilatéral tendant à créer ou à déplacer des obligations, sans distinguer d'après

---

(10) V. M. Hauriou : *Principes de droit public*, 2e éd., p. 199 et s.
(11) Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, p. 380 et s.

la durée de celles-ci ou selon qu'une situation permanente se trouve ou non établie entre les parties, sans quoi on serait amené à refuser la caution contractuelle au louage de services comme au bail lorsque les opérations sont conclues à longue durée, ce qui paraît bien difficile à admettre ; les publicistes, lorsqu'ils prétendent dénier la nature contractuelle aux opérations qui établissent un ordre juridique durable, font encore de l'ancien droit romain, comme en font aussi, à notre sentiment, ceux qui prétendent, de nos jours, limiter le champ de la propriété aux biens corporels, aux choses : ainsi que le *dominium ex jure quiritium*, le concept contractuel a beaucoup évolué au cours des siècles ; il s'est assoupli et il s'est élargi au point d'englober les opérations à longue portée aussi bien que celles qui sont destinées à consommer leurs effets sur le champ ou dans un délai très bref ; en pareille matière, le temps ne fait rien à l'affaire, et un contrat ne cesse pas d'être un contrat parce qu'il est doué, dans sa durée d'application, d'un dynamisme qui ignorait le droit romain : accord des volontés et création volontaire d'obligations suffisent à constituer le rapport contractuel qui, dans les nuances infinies qu'il revêt, n'en conserve pas moins sa nature juridique, traditionnelle et spécifique.

18. — Mais il faut bien reconnaître — et c'est ce que l'on doit retenir de la thèse émise avec beaucoup de force par les auteurs dont nous discutons les conclusions — que les contrats qui sont instaurateurs d'un ordre juridique durable et permanent, appellent, par le prolongement de leurs effets dans le temps, un statut approprié ; que nombre d'entre eux participent au règlement, et qu'ils se prêtent, de ce chef, à une réception des règles du droit administratif qui, tout en les laissant dans l'orbite du droit privé, civil ou commercial, exerce sur eux une influence profonde : par cela même qu'ils sont des *contrats à allure réglementaire*, ils appellent sur eux, de la part des pouvoirs publics une *réglementation* appropriée et plus poussée : s'ils demeurent encore des contrats, ils sont des contrats particulièrement dirigés et publicisés.

VI. — Durée et stabilité des contrats

19. — C'est dans cette nouvelle direction que se réalise avec le plus de force, parfois même avec outrance, l'irruption des pouvoirs publics dans la vie du contrat, surtout lorsque cette vie a été prévue, aménagée pour une certaine durée, c'est alors que le concept de l'institution, avec son pouvoir d'évolution, avec sa faculté d'adaptation aux conditions nouvelles de la vie. fait sentir son influence ; suivant la formule de Maurice Hauriou, n s'aperçoit qu' « il y a institutions sous roche » (12) et que l'œuvre des parties peut être remaniée, remise en question suivant les nécessités économiques ou sociales du moment, et c'est le législateur, ou, à son défaut, c'est le juge qui se chargera de cette mise au diapason de l'actualité, car, si la Cour de Cassation affirme avec force qu' « il n'est pas permis aux juges de modifier, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, une convention librement conclue par les parties et licite » (13), et s'il est de jurispru-

(12) M. Hauriou : *Principes de droit public*, p. 201.
(13) V. Civ. 8 mai 1933 (D. H. 1933, 395).

dence constante que les juges du fond ne sauraient, sous prétexte d'interprétation, dénaturer l'accord des parties (14), si, en d'autres termes, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de procéder à une traduction libre de cet accord, ce sont là autant de directives qui comportent des accommodements, inspirés d'ailleurs par ce souci d'équité dont la Cour de Cassation n'admet pas, en principe, que le juge du fond puisse s'inspirer en la matière .

Les interventions, législatives ou judiciaires, qui se produisent dans cet ordre d'idées sont uniformément conçues dans le même esprit et répondent à la même préoccupation qui est de protéger le débiteur contre le créancier et spécialement le locataire contre le propriétaire : de plus en plus, le débiteur, spécialement le débiteur de sommes d'argent, occupe, dans le droit contemporain, une position dominante et privilégiée par rapport à celle du créancier ; le *vinculum juris* établi entre les parties ne lie plus guère que ce dernier, et, par un retournement singulier de la situation, c'est l'*obligé* qui est le moins assujetti par l'*obligation*.

20. — Les mesures prises en faveur du débiteur contractuel et qui énervent considérablement la force obligatoire du contrat, ressortissent à diverses catégories ; elles consistent soit dans des délais ou moratoires, soit dans des remises consenties au débiteur, soit enfin dans la modification de la durée du contrat, tantôt dans le sens d'une abréviation et parfois, au contraire, par la voie de la prorogation ou du renouvellement :

1° La pratique des délais consentis au débiteur par le juge, était déjà admise par le code civil dans l'article 1244, § 2, mais sous une forme extrêmement prudente ; le législateur recommandait aux tribunaux de n'user de leur pouvoir qu' « *avec une grande réserve* » et de n'accorder que « *des délais modérés pour le paiement* ». Mais voilà qu'une loi du 25 mars 1936 habilite, en cas d'urgence, le juge des référés à accorder de tels délais ; et surtout, voilà qu'une autre loi du 20 août 1936, à rubrique insidieusement étroite, remanie l'article 1244, et fait disparaître la recommandation adressée aux tribunaux d'user de leurs prérogatives avec une grande réserve, en même temps qu'elle leur prescrit de tenir compte de la « *situation économique* » et des « *circonstances* » ; une fois de plus, le droit est mis à la remorque des faits économiques, et aussi, ce qui est plus grave, parce que plus imprécis encore, des circonstances de la cause ; on ne pouvait inciter plus clairement le juge à se départir de la modération qui lui était jusqu'alors recommandée : en toute occurence, les risques de la situation contractuelle incomberont désormais au créancier, le débiteur ayant toujours quelque raison à invoquer, surtout dans une période de crise, pour manquer à sa parole, sans coup férir et sous la protection du juge, dérivée de la sollicitude du législateur (15).

Dans des domaines plus limités, est-il besoin de rappeler les facilités accordées aux locataires et aux fermiers par la législation spéciale des loyers, inaugurée par la loi du 9 mars 1918 et continuée par une série de

---

(14) V. Civ. 7 nov. 1928 (*Sirey*, 1929, 1, 603; 21 juillet 1930 (*Sirey*, 1930, 1, 3, 651).

(15) La loi du 20 août 1936, faussement intitulée « Loi tendant à accorder des délais aux producteurs agricoles... » a, en réalité, une portée générale, puisque, procédant par voie de remaniement de l'article 1244 du code civil, elle doit profiter, à l'occasion, à tout débiteur et pour tous paiements.

dispositions législatives ou réglementaires, aménageant un provisoire qui menace de devenir définitif ? Les lois relatives au règlement des billets de fonds de commerce (5 juillet 1933, 19 mai 1934, 6 juillet 1934, 20 juin 1935) ne sont pas moins caractéristiques, comme aussi et surtout la loi du 21 août 1936 *tedant à permettre l'octroi de délais aux commerçants, industriels et artisans*, laquelle, en dépit de l'euphémisme de sa rubrique, ne se contente pas de *tendre* au but ainsi assigné, mais le réalise pleinement, brutalement, en suspendant « de plein droit », en faveur des débiteurs qu'elle vise, « *toutes poursuites et mesures d'exécution, ainsi que toutes mesures conservatoires qui seraient susceptibles d'empêcher l'exercice normal de la profession, nonobstant toute clause résolutoire* » et cela pour les trois catégories de dettes qui sont énumérées dans l'article 2 de la dite loi (16) : ainsi est mise en sommeil, par la volonté du législateur, la force obligatoire des contrats ; ainsi se trouve consacrée et dépassée la thèse de l'*imprévision* qui, admise par le Conseil d'Etat (17), avait du moins été repoussée par la jurisprudence judiciaire (18).

21. — 2° La concession de pareils moratoires, tout en s'attaquant à la loi du contrat, laisse intact, dans son principe et théoriquement, les droits du créancier, dont, seule, la réalisation se trouve différée ; mais les pouvoirs publics sont allés plus loin lorsqu'ils ont réduit ces droits en faisant bénéficier le débiteur d'une remise partielle et définitive. Déjà, notre jurisprudence reconnaissait aux juges du fond le pouvoir de réviser le contrat en réduisant le salaire du mandataire, les honoraires du médecin, du chirurgien, de l'architecte, cela en vue d'assurer la réalisation d'un équitable commerce juridique et de réprimer les abus les plus criants (19), et pareille révision se reliait, comme les mesures du même genre qui sont prises pour la vente d'engrais et matière d'assistance ou de sauvetage maritime par des lois du 8 juillet 1907 et du 29 avril 1916, à la théorie plus ample de la lésion ; mais, dans ces dernières années, on est allé beaucoup plus loin en réduisant d'autorité, à concurrence de 10 pour cent, et en dehors de toute lésion, subie ou prétextée, les loyers et les intérêts des dettes hypothécaires. (Décrets-lois du 16 juillet 1935).

22. — 3° La *durée* du contrat est parfois modifiée par le législateur récent, soit dans le sens d'une prolongation, soit dans celui d'une abréviation, d'une résiliation anticipée.

a) La *prolongation* de la situation contractuelle au-delà des limites prévues et fixées par les parties se réalise elle-même par deux procédés différents, soit que le législateur se contente de décider d'autorité que le contrat suivra son cours pendant une période supplémentaire ou jusqu'à nouvel ordre (prorogation de loyers), soit qu'il intervienne pour inciter l'une des parties à renouveler l'accord expiré à des conditions qui ne seront pas nécessairement les mêmes que les conditions primitives : le commerçant, l'industriel ou l'artisan, dont le bail est venu à expiration, va

---

(16) Cette loi du 21 août 1936, a été prorogée et modifiée par une autre loi du 24 décembre 1936.

(17) C. d'Etat, 30 mars 1916 (*Sirey*, 1916, 3, 17, note M. Hauriou; D. P. 1916, 3, 25).

(18) V. Req. 25 janv. 1922, D. P. 1922, 1, 71; Civ. 16 mai 1922, trois arrêts, D. P. 1922, 1, 130.

(19) V. L. Josserand : *Cours de droit civil positif français*, 2e éd., t. II, nos 404 et 1414.

pouvoir exiger du propriétaire de l'immeuble où se trouvent situés ses locaux professionnels la conclusion d'un nouveau bail, et ce, sous la sanction de dommages-intérêts qui revêtent l'appellation d' « *indemnité d'éviction* » et qui sont l'affirmation d'une prétendue « *propriété commerciale* » dont le locataire serait le titulaire (Loi 30 juin 1926, complétée par une loi du 22 avril 1927) : ainsi se trouve consacré le concept du contrat quasi-obligatoire, au moins pour l'une des parties, le bailleur, et au profit de l'autre contractant, le preneur, qui conserve, quant à lui, toute sa liberté de détermination.

23. — *b*) Aussi sigulière est la modification de la durée du contrat qui se produit dans le sens de l'*abréviation* : aux termes d'un décret-loi du 16 juillet 1935, toute dette civile ou commerciale (dette d'argent), antérieurement contractée, peut être remboursée par anticipation, si le débiteur juge bon de le faire, expropriant ainsi le créancier, capitaliste ou non, de son titre et de ses droits, sans aucune indemnité, et alors même que le terme, qui différait l'exécution de la dette, avait été consenti, soit dans l'intérêt des deux parties, soit même dans le seul intérêt du créancier qui avait par exemple fait un placement hypothécaire et qu'on contraindra à rentrer prématurément dans ses fonds; plus récemment encore, une loi du 18 août 1936, *concernant les mises à la retraite par ancienneté,* autorise le fonctionnaire ou employé atteint par l'avancement de la limite d'âge, à réaliser, sans indemnité, le bail par lui signé antérieurement (art. 7 de la loi) : le droit de la profession exerce ainsi un retentissement immédiat et direct sur le droit contractuel qui s'en trouve publicisé.

Conclusions

24. — Si rapide et si incomplet que soit le tour d'horizon auquel nous venons de procéder, il suffit sans doute à faire toucher du doigt cette vérité que le contrat a cessé d'être une affaire purement privée pour subir, avec l'emprise grandissante des pouvoirs publics, l'attraction du droit administratif dont l'esprit l'imprègne visiblement : aux différents stades de son existence ou de sa pré-existence, dans sa genèse, dans sa conclusion, ses effets, son *curriculum vitæ* et jusque dans sa durée, les parties ont à compter avec la réglementation, légale ou administrative ou jurisprudentielle, qui domine et qui conditionne leurs accords ; les volontés particulières, devenues moins autonomes, sont contrôlées, aiguillées, canalisées par la « volonté générale ». Dans deux savantes études figurant au *Livre du Centenaire du Code civil,* deux grands juristes, MM. Charles Lyon-Caen et Thaller, ont décrit, l'un « *l'influence du droit commercial sur le droit civil* », l'autre « *l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes sur le droit commercial* » (20), on pourrait tout aussi bien, de nos jours, et avec une égale opportunité, noter l'attraction exercée, dans leurs rapports respectifs, par le droit privé, civil ou commercial, et par le droit administratif. Visiblement, le contrat tend à devenir un instrument de politique sociale, économique et financière : l'oppression, exercée par les faits économiques sur la branche

(20) V. le *Livre du Centenaire du Code civil,* p. 205 et p. 225.

juridique, trouve, en cette matière, son expression la plus saisissante, la plus préoccupante aussi, et l'on peut se demander si le droit, qui fut, au cours des siècles et jusque dans la grande modification issue de la Révolution, la règle sociale obligatoire, n'est pas en passe de devenir, d'abord et surtout, la règle économique nécessaire.

Faut-il conclure d'une telle évolution au déclin et à la disparition du contrat ? (21). Nous ne le pensons pas ; le phénomène auquel nous assistons actuellement n'est qu'une manifestation, capitale sans doute et décisive pour l'avenir de la civilisation, du mouvement d'idées qui nous conduit d'une conception individualiste des droits et des situations juridiques, à un aménagement plus social. Certes, la liberté humaine ne trouve pas toujours son compte à ce crépuscule de l'autonomie contractuelle, à cette marche continue et accélérée vers la socialisation, la publicisation des contrats, soumis à une politique de dirigisme ; c'est un ordre juridique nouveau qui s'élabore, mais qui sera acceptable, à la condition d'être vraiment un « ordre » et non pas un état anarchique, et pourvu que le respect des engagements, de la parole donnée, reprenne, après des défaillances éminemment regrettables, toute la valeur et toute la force en dehors desquelles il ne saurait y avoir de vie en communauté possible : la « publicisation » doit aboutir, ici, comme en toute matière, non au désordre et à l'arbitraire, mais à l'organisation et à la sécurité.

---

(21) V. G. Morin : *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté.*

§ 146

L'AFFAIBLISSEMENT CONTRACTUEL DU CONTRAT D'ASSURANCE

Par MAURICE PICARD

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

Dominé par les idées de l'école libérale, le XIX^e^ siècle a consacré et exalté la liberté contractuelle. Il serait injuste de méconnaître aujourd'hui la grandeur des résultats que cette liberté a permis d'atteindre ou qu'elle a du moins facilités.

On sait comment et pour quelles raisons une violente réaction s'est produite, orientant notre droit, dès la fin du siècle dernier, vers une réglementation de plus en plus stricte des contrats, qui a réduit progressivement le rôle de la volonté dans le domaine contractuel.

Cette évolution est particulièrement saisissante pour le contrat d'assurance.

Pendant tout le XIX^e^ siècle, le contrat d'assurance a été soustrait à toute réglementation, car si le Code de commerce contenait un certain nombre de textes relatifs à l'assurance, ces textes, qui étaient d'ailleurs empruntés à l'Ordonnance de 1681, ne concernaient que les assurances maritimes et bien peu d'entre eux avaient été étendus par la jurisprudence aux assurances terrestres.

Non seulement le contrat était ainsi abandonné, à peu près entièrement, à la volonté des parties, mais les sociétés d'assurances n'étaient soumises, en tant que sociétés, en dehors des dispositions de la loi du 24 juillet 1867, qu'à la réglementation bien anodine et bien insuffisante du décret de 1868.

Aujourd'hui, la situation est complètement renversée. Alors qu'un contrôle de plus en plus strict de l'Etat s'établit sur les sociétés d'assurances, le contrat d'assurance s'est vu imposer des règles si rigoureuses que l'on peut dire sans exagération que son contenu est devenu plus légal que contractuel.

Il est aisé de s'en rendre compte si l'on considère dans son ensemble la réglementation à laquelle il se trouve soumis et qui puise sa source principale dans la loi du 13 juillet 1930.

***

Les idées qui dominent la loi du 13 juillet 1930 ne pouvaient que conduire à une limitation rigoureuse de la liberté des parties contractantes.

Ces idées, à ne retenir que l'essentiel, sont au nombre de trois : la loi

a voulu protéger l'assuré, déterminer les règles techniques du contrat et garantir les droits des tiers..

1° Il est évident que la réglementation du contrat d'assurance repose essentiellement sur le désir du législateur de *protéger l'assuré*.

Cette protection, dont tout le monde reconnaît la nécessité, se justifierait, de l'avis général, par le caractère même du contrat d'assurance, considéré comme un contrat d'adhésion. L'assuré, déclare-t-on, se contente d'adhérer au contrat préparé et rédigé par l'assureur, à la volonté de qui il se soumet sans discussion. Bien que l'idée même du contrat d'adhésion soit fort imprécise (1), elle exprime à tout le moins un fait : l'inégalité économique entre l'assureur et l'assuré. Mais, outre que cette inégalité ne rend pas par elle-même le contrat suspect si la loi du plus fort est juste (2). Il est de nombreux cas dans lesquels l'assuré ne subit pas la loi du contrat, notamment lorsque l'assuré est une société puissante, ou lorsqu'il fait appel aux offices d'un courtier, hypothèse très fréquente aujourd'hui, ou encore lorsque la concurrence entre les compagnies est particulièrement vive, ce qui n'est point à l'heure actuelle une vaine supposition. Malgré tout, l'idée contient une part de vérité, et l'assuré devait être protégé contre des abus dont l'expérience avait prouvé la réalité.

Il y a effectivement dans la loi du 13 juillet 1930 de nombreuses dispositions qui sont directement inspirées par ce désir de protection. C'est ainsi que le législateur, désirant que l'assuré pût avoir une connaissance aussi claire que possible de ses obligations et de ses droits, a imposé la rédaction en caractères apparents ou très apparents de certaines clauses, concernant, par exemple, la durée du contrat (art. 5), les nullités ou les déchéances (art. 9). C'est ainsi encore qu'il a limité les sanctions conventionnelles encourues par l'assuré, et surtout les déchéances, dont les polices antérieures avaient fait un emploi abusif : l'article 24 déclare : « sont nulles: 1° toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des réglements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel; 2° toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison de simple retard apporté par lui à la déclaration du sinistre aux autorités ou à des productions de pièces, sans préjudice du droit pour l'assureur de réclamer une indemnité proportionnée au dommage que ce retard lui a causé ». C'est ainsi encore qu'il a fixé des règles spéciales de compétence, de prescription et de durée, afin que l'assuré ne fût pas obligé de plaider devant le tribunal du siège de la Compagnie, souvent fort éloigné de son propre domicile, ne se vît pas imposer de courtes prescriptions, qui aboutissaient en fait à une amputation de ses droits, et ne demeurât pas lié pour une période supérieure à dix années. Enfin, il a renforcé la garantie due par l'assureur en décidant que les pertes ou dommages occasionnés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police (art. 12) et que les pertes ou dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'art. 1384 C. civ. sont toujours couverts, quelles que soient la nature et la garantie des fautes de ces personnes, même s'il s'agit de fautes intentionnelles (art. 13).

---

(1) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., n° 62.
(2) Ibid.

2° La réglementation du contrat d'assurance repose sur une deuxième idée, que l'on a tendance à laisser dans l'ombre et qui est cependant fort importante : le législateur a voulu consacrer les *règles techniques* que la pratique avait permis de dégager.

Il y a, en effet, une technique de l'assurance. On peut même dire que l'assurance tout entière n'est qu'une technique, la technique de la solidarité, ainsi qu'on l'a justement qualifiée. Cette technique se traduit, du point de vue juridique, par un certain nombre de règles, que l'expérience et l'analyse avaient peu à peu mises au point, et que la loi de 1930 n'a fait, en définitive, que transformer en règles légales.

Prenons comme exemple la déclaration du risque. L'assuré est tenu de faire connaître à l'assureur toutes les circonstances qui permettent à ce dernier de se faire une opinion exacte du risque qu'il doit couvrir. Cette obligation a toujours été imposée à l'assuré, car lui seul est à même de connaître exactement le risque. Mais notre droit n'avait pas dégagé la sanction qui lui convenait. Le Code de commerce, dans son article 348, édicte la nullité du contrat au cas de fausse déclaration et de réticence, que l'assuré ait été de bonne ou de mauvaise foi. C'était aller trop loin. Si l'assureur doit être exactement renseigné, c'est afin de pouvoir percevoir la prime correspondant au risque. Sinon, la mutualité des assurés, dont il est le gérant, serait lésée. Dès lors, la sanction adéquate doit être la réduction proportionnelle de l'indemnité. Cette sanction, que les polices prévoyaient depuis longtemps, dans le cas du moins où l'assuré est de bonne foi, a été consacrée, dans le même cas, par l'article 21 de la loi de 1930.

Il en est de même pour la sanction encourue par l'assurée lorsque la prime n'est pas payée. Ici encore, la pratique avait dégagé une sanction particulière, fort curieuse d'ailleurs et sans équivalent dans notre droit : la suspension du contrat. Cette sanction, qui permet à la mutualité de ne pas payer un sinistre alors que l'assuré n'a pas alimenté le fonds des primes, et qui empêche en même temps l'assuré de se dégager à sa guise de l'engagement qu'il a pris, a été consacrée par la loi de 1930 (art. 16), qui s'est contentée de prendre certaines précautions pour que cette sanction soit encourue en pleine connaissance de cause par l'assuré.

Autre exemple caractéristique. L'assurance de dommages a toujours été conçue comme un contrat d'indemnité, et notre droit a toujours consacré ce principe. Mais ce n'est que peu à peu que la pratique a précisé les conséquences qui en découlent, soit en ce qui concerne la surassurance, soit en ce qui concerne les assurances cumulatives, soit en ce qui concerne la détermination de la valeur réparable. Sur tous ces points, la loi de 1930 a édicté des règles conformes à celles que les polices avaient dégagées, avec le souci, non de protéger particulièrement l'assuré, mais de respecter la technique propre du contrat d'assurance.

C'est en partant de la même considération que la loi a formulé d'une façon si heureuse les règles relatives à l'assurance pour compte et à l'assurance sur la vie au profit d'un tiers. Utilisant la notion de stipulation pour autrui, dont la jurisprudence antérieure avait fait un judicieux emploi, mais allant plus loin dans la voie des conséquences, elle a donné à ces deux institutions la plus grande ampleur, et l'on s'accorde à reconnaître que les règles formulées cadrent parfaitement avec la technique de ces deux institutions.

3° Il y a enfin une troisième idée qui inspire la réglementation légale : la *protection des tiers*.

La loi n'a fait que consacrer le principe de cette protection en confirmant ou même en généralisant les dispositions du droit antérieur. Elle a en effet conservé les dispositions de la loi du 19 février 1889, qui avait transporté sur l'indemnité d'assurance les droits que les créanciers hypothécaires ou privilégiés avaient sur la chose détruite, et accordé au propriétaire, au locataire ou au voisin un privilège sur l'indemnité d'assurance due à leur débiteur à raison des dommages dont ce dernier peut être responsable à leur égard. Elle a en même temps généralisé les solutions édictées par la loi du 28 mai 1913 en accordant au tiers victime d'un dommage dont l'assuré est responsable un droit propre sur l'indemnité que doit verser l'assureur. A vrai dire, c'est surtout la jurisprudence qui, comme nous le verrons plus loin, a donné à cette protection des tiers sa véritable portée en construisant sa théorie de l'action directe, qui a eu une singulière fortune et a inspiré plusieurs législations étrangères.

Les trois idées que nous venons de rappeler devaient conduire le législateur à imposer aux parties les dispositions qui s'y rattachent. Cela est évident pour les mesures de protection prises par la loi soit en faveur de l'assuré soit en faveur des tiers, car ces mesures eussent été inefficaces si les parties avaient conservé la liberté de les écarter ou de les modifier. Cela est vrai aussi pour les règles techniques, dont il importait d'assurer le respect puisqu'elles correspondent aux exigences d'une exploitation rationnelle et scientifique. Au surplus, même à l'égard de ces règles, la loi manifeste le désir de protéger l'assuré et considère que si l'assureur avait pu les rendre plus rigoureuses, elle eût laissé l'assuré à sa merci.

Aussi la loi de 1930 est-elle, dans son ensemble, une loi d'ordre public; elle fait partie du groupe des lois sur le contrat d'assurance qui, depuis le début du XX^e^ siècle, ont été successivement promulguées dans de nombreux pays (lois suisse, allemande, autrichienne, scandinaves), et qui, à la différence des lois antérieures, s'imposent rigoureusement aux parties contractantes. Il est même curieux de constater qu'elle est tout entière déclarée d'ordre public puisque sur 83 articles (non comprises les dispositions transitoires) 61 sont impératifs.

Pour mesurer l'importance de cet impératif légal, il faut considérer que la loi de 1930 contient une réglementation très étendue du contrat d'assurance. Si elle se contente d'édicter des principes et ne pénètre pas dans le détail, comme le font, certaines lois étrangères, elle embrasse du moins tous les points importants, de sorte que la liberté laissée aux parties contractantes se trouve singulièrement réduite. De fait, les conditions générales des polices sont aujourd'hui fort écourtées, et si certaines sont plus développées, c'est qu'elles reproduisent les dispositions légales.

Cette restriction de la liberté contractuelle présente un caractère très particulier : elle ne s'impose pas également aux deux parties. Elle n'est impérative qu'à l'égard de l'assureur. A vrai dire, la loi ne contient aucune distinction de ce genre. Mais une lettre du Ministre du travail du 30 novembre 1926, qui figure dans le rapport de M. J. Godart au Sénat, déclare que les dispositions légales « constituent au profit de l'assuré un minimum de garantie auquel il ne peut renoncer par convention particulière, mais que la loi n'empêche pas l'assureur de lui consentir des condi-

tions plus libérales ». Et les commentateurs de la loi acceptent ce point de vue (3). Il eût été évidemment préférable de préciser, comme l'a fait la loi suisse (art. 98), les textes qui permettent des modifications au profit de l'assuré. Le principe même de ces modifications n'eût prêté à aucune contestation. Et surtout, les dispositions susceptibles d'être modifiées eussent été précisées, alors que l'interprète est obligé aujourd'hui de se demander quelles sont ces dispositions, car il en est qui sont impératives pour les deux parties. Quoi qu'il en soit, à l'égard de l'assureur, l'impératif légal est rigoureux et fait sentir son action sur tous les éléments du contrat.

Si étendu que soit cet impératif, on aurait une idée bien insuffisante des restrictions apportées à la liberté contractuelle si l'on n'ajoutait aux limitations résultant de la loi de 1930, les limitations apportées par la jurisprudence et par les textes qui ont organisé le Contrôle des sociétés d'assurances.

1° La jurisprudence a renforcé l'action de la loi par sa théorie de l'action directe à laquelle nous avons fait allusion. Grâce à cette théorie, la victime d'un dommage peut agir directement contre l'assureur en exerçant, non pas les droits de l'assuré, mais le droit propre que la loi a créé à son profit sur l'indemnité d'assurance. Ce droit propre, dont le principe figure dans l'article 53 de la loi de 1930, la jurisprudence déclare qu'il est définitivement fixé au moment où se réalise le dommage, de sorte que l'assureur ne peut opposer à la victime les déchéances que le contrat lui permet d'invoquer à l'encontre de l'assuré lui-même, du moins celles qui se produisent après la réalisation du dommage. Autrement dit, la victime a le droit de méconnaître les stipulations du contrat et de réclamer à l'assureur une indemnité qu'il ne doit pas conventionnellement. Il est, à la vérité, bien difficile de justifier cette solution. Ce que la loi a voulu, c'est donner à la victime un droit de préférence, un privilège, sur l'indemnité, mais elle n'a pas entendu modifier l'économie du contrat et rendre inefficaces des clauses parfaitement licites. Il ne suffit pas de dire que le droit propre de la victime se trouve définitivement fixé au jour de la réalisation du dommage, et que l'assureur et l'assuré ne peuvent, à partir de ce moment, y porter atteinte. L'argument vaut pour les conventions qui pourraient intervenir postérieurement entre les parties; il n'explique pas que les stipulations contenues dans le contrat lui-même soient frappées d'inefficacité.

En réalité, cette jurisprudence aboutit à transformer l'engagement pris par l'assureur, ou plus exactement à supprimer la liberté des parties en ce qui concerne cet engagement. On aperçoit d'ailleurs où l'on est ainsi conduit. Comme l'a écrit M. Hébraud : « Il s'agit de considérer l'indemnisation de la victime comme un véritable but du contrat d'assurance, pour conférer à l'action de la victime certains des caractères d'une action en responsabilité. L'assureur deviendrait ainsi garant et comme civilement responsable des dommages-intérêts dus à la victime » (4). Evidemment, on ne peut dire aujourd'hui que l'assureur soit effectivement responsable vis-à-vis de la victime. Mais est-on si éloigné des conséquences qui en résulteraient, si l'on veut bien considérer la tendance de la jurisprudence à admettre que l'assuré est responsable parce qu'il existe une assurance et que la garantie de l'assu-

---

(3) H. Capitant, La loi du 13 juillet 1930, *Rev. Gén. ass. terr.*, 1930, p. 743.
(4) *Revue Critique*, 1931.

reur doit jouer parce qu'il a signé une police ? On voit, en tout cas, ce que devient la volonté des parties contractantes.

2° Les dispositions relatives au Contrôle des sociétés d'assurances, bien qu'elles soient, en principe, étrangères au contrat d'assurance lui-même, ont apporté de nouvelles restrictions à la liberté contractuelle.

On sait que ce contrôle englobe aujourd'hui toutes les sociétés d'assurances. Limité d'abord aux sociétés pratiquant l'assurance contre les accidents du travail (loi du 9 avril 1898), il a été organisé en 1905 au regard des sociétés d'assurances sur la vie (loi du 17 mars 1905), puis en 1935 au regard des sociétés couvrant les accidents d'automobiles (décret-loi du 8 août 1935) et enfin étendu par le décret-loi du 25 août 1937 à toutes les branches d'assurances. On sait aussi que ce contrôle a pour but de protéger les assurés et les tiers qui peuvent devenir créanciers à raison d'un risque couvert, en veillant à ce que la société soit toujours à même de tenir ses engagements.

Or, parmi les mesures qui ont été prises en vue de l'aménagement de ce contrôle figurent plusieurs dispositions qui limitent la liberté des parties au contrat.

Sans insister sur les dispositions de la loi du 17 mars 1905 qui imposent un tarif minimum dans les assurances sur la vie, deux dispositions doivent être surtout signalées, car, rejoignant dans leur esprit les solutions édictées par la jurisprudence, elles atteignent directement l'engagement de l'assureur.

Aux termes de la première, l'assureur est tenu de spécifier dans la police qu'aucune clause de déchéance ne peut être opposée à la victime d'un accident du travail (décret du 28 février 1899, art. 11). Aux termes de la seconde : « Les polices remises aux assurés devront spécifier *a*) qu'aucune déchéance, en ce qui concerne l'assurance des risques de responsabilité civile, ne sera opposable aux victimes d'accidents ou à leurs ayants droit, l'assureur conservant la faculté de leur opposer la suspension régulière du contrat pour non-paiement des primes ou cotisations... » (décret du 3 juin 1936, art. 11).

L'assureur ne peut donc opposer à la victime d'un accident du travail ou d'un accident d'automobile aucune déchéance, qu'elle se produise antérieurement ou postérieurement à l'accident. L'indemnité est ainsi soustraite, au profit de la victime, à la plupart des obstacles que le contrat peut dresser.

Il appartient à l'assureur lui-même d'insérer dans la police une clause à cet effet. C'est que le décret du 28 février 1899 comme le décret du 3 juin 1936, constituant des décrets d'application de textes législatifs qui s'étaient contentés d'édicter le principe du contrôle des sociétés, ne pouvaient modifier les règles qui gouvernent le contrat d'assurance, mais ils pouvaient subordonner l'octroi de l'agrément à des conditions jugées nécessaires pour la protection des victimes. La clause figure dans le contrat, mais elle n'est pas d'origine contractuelle.

Ce n'est pas tout, la Direction du Contrôle des assurances privées impose en fait aux Compagnies l'insertion dans leurs polices d'autres clauses que celles que nous venons d'indiquer, en dehors de tout texte légal ou réglementaire. C'est ainsi qu'elle exige que les polices qui couvrent le risque automobile garantissent l'assuré contre la responsabilité qu'il peut encourir pour les accidents causés par le voleur de sa voiture. C'est une nouvelle restriction de la liberté contractuelle, dont il serait intéressant de scru-

ter le fondement. Dans quelle mesure les pouvoirs de contrôle qui appartiennent à l'Administration lui permettent-ils d'exiger des Compagnies l'insertion de telle ou telle clause dans leurs polices ? C'est une question que nous nous bornons à poser et dont l'examen, mettant en jeu les règles fondamentales du Contrôle et la distinction entre l'enregistrement et l'agrément, nous entraînerait trop loin.

⁂

Si étendues que soient les restrictions apportées à l'heure actuelle à la liberté des parties dans le contrat d'assurance, il est probable que l'avenir, au lieu de les atténuer, les renforcera. Un mouvement d'opinion se manifeste depuis quelque temps en France en faveur de l'assurance obligatoire, notamment au regard des accidents d'automobiles, et plusieurs propositions de lois ont été déposées en ce sens au cours de ces dernières années. Si l'une d'elles aboutissait, il en résulterait une nouvelle réglementation du contrat d'assurance qui réduirait encore le domaine de la liberté contractuelle. car il faudrait, à l'instar des lois étrangères, fixer impérativement les modalités de l'assurance, notamment le montant de la somme assurée, les risques couverts et l'étendue de la garantie.

Même si le législateur de l'avenir se détourne de cette voie et, comme nous l'espérons, préfère instituer un fonds de garantie en faveur des victimes qui ne seraient pas indemnisées ni par l'auteur responsable de l'accident, ni par un assureur, il faudra, pour ne pas exposer ce fonds de garantie à des recours trop nombreux, édicter des mesures qui donnent leur pleine efficacité aux contrats conclus.

De toute façon, l'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance ne fera que s'accentuer. Mais déjà le contrat est impérativement fixé dans ses lignes essentielles, et les parties ne peuvent guère que l'adapter à chaque espèce en lui apportant de simples retouches qui laissent intacte la structure qui lui est imposée.

§ 147

LES CONQUETES DU DROIT PUBLIC SUR LE DOMAINE DU DROIT PRIVE EN BELGIQUE

Par Georges DOR

Professeur de Droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

Introduction

Chapitre premier

LA PERIODE ANTERIEURE A LA GUERRE

1. *Les principes.* — Pendant toute la période qui s'étend depuis la fondation de la Belgique indépendante jusqu'au jour de la déclaration de guerre, le législateur belge n'a cessé de faire preuve d'une réserve particulière en ce qui concerne l'intervention de la loi dans les relations d'ordre privé.

Destiné à régir un peuple fortement imprégné d'individualisme libéral, le Droit belge, pendant les trois quarts de siècle qui ont précédé la guerre, a trouvé ses assises les plus solides dans le double principe de la liberté des conventions, d'une part, de la liberté du commerce et de l'industrie, d'autre part.

2. *Premières manifestations d'interventionnisme étatique.* — Sans doute, cette période n'est-elle pas exempte de toutes traces de manifestations d'interventionnisme étatique.

Dans le domaine de la législation protectrice du travail spécialement, une série de lois, dont l'origine remonte à la grande enquête ouvrière de 1886, se succèdent à un rythme accéléré, pour réglementer désormais les relations entre patrons et ouvriers. La loi du 16 août 1887 vient abolir le « truck system » et régler les modalités du paiement des salaires ; des dispositions légales postérieures de deux jours (18 août 1887) déterminent la mesure dans laquelle le salaire de l'ouvrier pourra désormais être saisi ou cédé ; la loi du 10 mars 1900 formule les clauses et conditions du contrat de travail. Ces textes sont complétés par la loi du 31 juillet 1901 qui décide, par voie d'autorité, des moyens qui devront être utilisés, dans l'avenir, pour le mesurage du travail effectué.

Néanmoins, même en ces matières, où cependant les revendications ouvrières se font pressantes et impérieuses, le législateur d'avant-guerre fait preuve de beaucoup de circonspection.

Si la loi du 13 décembre 1889 est venue réglementer le travail dans les usines, toutefois ses injonctions ne s'appliquent qu'aux femmes, aux enfants et aux adolescents. Il faut attendre la loi du 17 juillet 1905 sur le repos dominical pour trouver un texte qui limite le droit de l'ouvrier majeur de disposer, comme il l'entend, de sa puissance de travail. Et ce n'est que quatre années plus tard, par la loi du 31 décembre 1909, que pour la première fois, le législateur restreint à neuf heures la durée du travail journalier, mais seulement dans les travaux souterrains des mines. La même prudence se constate quand, par la loi du 24 décembre 1903, le Parlement légifère en matière de dommages résultant d'accidents du travail. Sans doute cette loi est-elle d'ordre public, mais elle est particulièrement soucieuse de ne porter aux principes généraux du Droit que le minimum d'atteinte. Elle n'oblige pas le chef d'entreprise à s'assurer, dès qu'il offre des garanties de solvabilité exigées par les règlements ; et s'il s'assure, il contracte avec une société d'assurance privée ou une caisse commune, c'est-à-dire qu'il traite, en toute hypothèse, avec des organismes qui, s'ils sont tenus de requérir l'agréation de l'Etat et de se soumettre à son contrôle, n'en restent pas moins indépendants de lui.

Et ce n'est que dans l'Arrêté Royal d'exécution du 29 août 1904 que figurent deux dispositions — les articles 19 et 20 — qui ordonnent l'inscription dans les polices d'assurances de quatre stipulations d'ordre public :

1° Obligation pour l'assureur de garantir aux victimes d'accidents et aux ayants-droit, nonobstant toutes clauses de déchéance et jusqu'à ce que le contrat prenne fin, l'intégralité des indemnités prévues par la loi, sans exception ni réserve.

2° Renonciation, de la part de l'assureur, à se prévaloir de toute déchéance quand le chef d'entreprise établit qu'il n'est pas en faute et a réparé son omission aussitôt que possible.

3° Engagement par l'assureur, en cas de résiliation de la police à son profit, de garantir le paiement des indemnités jusqu'à l'expiration d'un délai à convenir et qui ne peut être inférieur à deux jours.

4° Résiliation de plein droit des polices en cas de cessation de l'agréation.

Chapitre II

L'EVOLUTION DU DROIT BELGE POSTERIEUREMENT A LA GUERRE

3. *Modifications dans la mentalité publique.* — Après la guerre, sous l'empire des circonstances, un revirement profond s'opère progressivement dans la mentalité publique.

D'une part, le législateur a dû fréquemment intervenir par des mesures d'autorité pour assurer ou hâter la liquidation des situations créées

par la guerre : prorogation des baux, limitation du taux des loyers, résiliation des contrats et marchés par application de la théorie de l'imprévision, annulation de certaines dettes, moratoire pour le payement des autres.

Ces interventions étatiques ont peu à peu habitué les esprits à considérer comme des manifestations normales de l'activité législative, des projets et propositions de lois d'inspiration et à tendances nettement interventionnistes.

D'autre part, les difficultés et les déconvenues de l'après-guerre ont enlevé à l'homme sa foi dans la liberté ; il place désormais son espérance dans l'Etat tout-puissant vers lequel il se tourne pour lui demander de le sortir des embarras au milieu desquels il se débat.

4. *Physionomie du Droit belge d'après-guerre.* — Aussi le Droit belge actuel apparaît-il sous un aspect fort différent de celui qui le caractérisait avant 1914.

Les frontières du Droit public et du Droit privé ont été déplacées ; des matières nombreuses et importantes, qui traditionnellement étaient considérées comme ressortissant exclusivement aux disciplines du Droit privé, sont actuellement passées dans la sphère d'influence du Droit public.

Des stipulations d'ordre public, parfois même introduites avec effet rétroactif, sont venues limiter la liberté de s'obliger.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est largement entamé, la production et la distribution des biens étant devenues matières de Droit public dans lesquelles l'Etat peut intervenir par voie d'autorité.

5. *Division de notre étude.* — Nous nous proposons de diviser le présent travail en deux titres : dans le premier, nous exposerons les principales stipulations d'ordre public par lesquelles le législateur a restreint la faculté de s'obliger en toute indépendance. Dans un second titre, nous étudierons les mesures restrictives de la liberté de l'industrie et du commerce.

TITRE PREMIER

6. *Subdivision du présent titre.* — Les restrictions au droit de chacun de s'obliger librement se sont considérablement multipliées dans les dix dernières années. Pour la clarté de notre exposé, nous les classerons en cinq chapitres :

Chapitre premier : Dispositions relatives aux conventions entre patrons et salariés ;

Chapitre second : Stipulations affectant le bail à loyer, le bail à ferme et le bail des immeubles à destination commerciale ;

Chapitre troisième : Mesures prises en faveur des débiteurs ;

Chapitre quatrième : Protection des épargnants ;

Chapitre cinquième : Clauses d'ordre public propres à certains contrats d'assurances.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS RELATIVES AUX CONVENTIONS ENTRE PATRONS ET SALARIES

7. *Limitations de la durée du travail.* — L'avant-guerre avait tout naturellement préparé le terrain pour de nouvelles interventions législatives dans le domaine de la réglementation du travail. Aussi, dès le 18 juin 1921, la journée de huit heures est-elle instaurée pour tous les travailleurs. Plus récemment la loi du 9 juillet 1936 a permis de réduire à 40 heures par semaine, la durée du travail, dans les industries ou sections d'industrie où le travail est effectué dans des conditions insalubres, dangereuses ou pénibles.

8. *Le contrat d'emploi.* — La loi du 7 août 1922, modifiée dans la suite par les lois des 2 mai 1929 et 28 septembre 1932, formule pour le contrat régissant les relations entre employeurs et employés, des règles assez semblables à celles qui, depuis le 10 mars 1900, président aux rapports entre patrons et travailleurs manuels.

Les stipulations d'ordre public qui ont été ainsi introduites dans le contrat d'emploi et qui régiront désormais même les conventions contractées antérieurement à sa mise en vigueur, portent essentiellement sur les points ci-après :

a) Durée de l'engagement : L'employé ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée.

b) Engagement à l'essai : L'engagement à l'essai doit être constaté par écrit ; la durée de l'essai ne peut excéder trois mois ni être inférieure à un mois.

c) Rescision du contrat : Nonobstant toute convention contraire, le contrat peut être rescindé lorsqu'il est établi que la rémunération accordée à l'employé est inférieure de plus de moitié à celle qui eût dû normalement lui être allouée, suivant les usages de la région.

d) Durée du congé : La durée du congé oscille entre un et six mois, suivant la rémunération de l'employé et le temps depuis lequel il est au service de l'employeur ; si le congé est donné par l'employé, les délais sont réduits de moitié.

9. *Les congés annuels payés.* — La loi du 8 juillet 1936 rend obligatoire, nonobstant toute convention contraire, l'octroi d'un congé annuel d'au moins six jours à tout travailleur occupé depuis au moins une année au service du même employeur.

Chapitre II

STIPULATIONS AFFECTANT LE CONTRAT DE BAIL

§ I. — Stipulations relatives aux baux a loyer

10. *Mesures de circonstances.* — Les mesures adoptées en matière de baux à loyer se présentent avec un caractère essentiellement provisoire. Nées des circonstances du moment, elles sont appelées à disparaître avec l'amélioration de la situation du marché immobilier. Au lendemain de la guerre, les immeubles destinés à l'habitation humaine se trouvaient en nombre insuffisant pour satisfaire aux besoins de la population. On pouvait et on devait craindre des spéculations au détriment des locataires. C'est pour parer à ce danger que sont intervenues, dès la cessation des hostilités, une série de dispositions légales ayant pour objet, d'une part, de proroger les baux, et, d'autres part, de limiter le taux des loyers. Ces lois temporaires ont vu progressivement se réduire leur champ d'application. A l'heure actuelle, il ne subsiste plus que quelques communes dans lesquelles les locataires d'immeubles de peu de valeur bénéficient encore d'une prorogation de bail. Cette situation prendra fin le 31 décembre 1937 (A. R. du 28 janvier 1937).

Signalons encore, en cette matière, que l'Arrêté Royal du 10 décembre 1935, pris en vertu des pouvoirs spéciaux, a autorisé, à condition que la demande soit introduite dans les trois mois :

1° La résiliation de tous les baux portant sur des immeubles ou parties d'immeubles, en faveur des locataires qui, en raison des circonstances économiques, ne se trouvaient plus en état de supporter la charge des obligations acceptées.

2° La réduction à sept fois le taux de 1914 du loyer de certains immeubles d'une valeur locative peu élevée.

11. *Contribution nationale de crise.* — Le Gouvernement, dans le but de faire face aux charges du chômage, avait décrété, par l'Arrêté Royal du 13 janvier 1933, pris en vertu des pouvoirs spéciaux, une taxe spéciale dénommée « contribution nationale de crise ». Pour des raisons de solidarité nationale, il entendait que chacun en supportât sa part. Or, les baux, en Belgique, contiennent normalement une clause imposant aux locataires le payement de « toutes les contributions mises ou à mettre ». Pour empêcher les propriétaires fonciers d'user de cette stipulation afin de s'exonérer d'une obligation qui devait peser sur tous, l'article 7 de l'arrêté prérappelé interdit, en ce qui concerne la partie de cette contribution portant sur les revenus des propriétés immobilières, de mettre ladite taxe à charge de locataires nonobstant toute convention contraire. La reprise économique ayant amené une forte réduction du nombre de chômeurs, cette contribution disparaîtra à partir du 1er juillet prochain.

§ 2. — Stipulations relatives au bail a ferme

12. *Justifications des mesures nouvelles.* — Le nombre des exploitations rurales est depuis toujours, en Belgique, de loin inférieur au nombre des personnes désireuses de s'adonner aux travaux agricoles. Le cas n'est pas rare de fiancés, fils et filles d'agriculteurs qui se trouvent obligés de retarder leur union, parfois de plusieurs années, à défaut de trouver une ferme pour s'installer.

On accusait les propriétaires fonciers d'abuser de la situation pour imposer à leurs locataires des conditions draconiennes. La loi du 7 mars 1929 est venue décréter une série de dispositions d'ordre public susceptibles d'assurer aux fermiers une plus grande liberté.

Cette loi établit en faveur du preneur :

1° Le droit, mais pour les terres labourables seulement, de déterminer le mode de culture (Code civil, art. 1766 *bis*) ; désormais il n'est plus possible de stipuler dans le bail les emblavements obligatoires pour le fermier.

2° Droit de disposer comme bon lui semble des produits de la ferme (Code civil, art. 1766 *bis*) : « Il est donc interdit de stipuler que le fermier fournira des betteraves ou du lin à telle usine ou marchand déterminé, fût-ce même au prix du marché du jour, de convenir que le propriétaire recevra, en sus du loyer, telle quantité de beurre, œufs et autres denrées provenant de la ferme » (Répertoire Pratique du Droit belge, V° Bail à ferme, 1°, 19).

3° Droit de faire toutes plantations, constructions et tous ouvrages utiles à la jouissance et conformes à la destination du bien loué (art. 1778 du Code civil revisé), avec indemnité de ce chef à la fin du bail.

4° Droit à une indemnité de sortie pour les pailles, engrais, arrière-engrais, avance aux cultures, améliorations aux terres.

En outre, la loi :

1° Fixe à neuf années, au minimum, la durée du bail en cas de première occupation, les parties ayant le droit de contracter pour une période plus longue, sous réserve pour le preneur de la faculté de mettre fin au bail avant terme.

2° Reconnaît au bailleur le droit de mettre, lui aussi, fin au bail avant terme mais seulement dans le cas où il entend cultiver lui-même ou faire exploiter la ferme par un de ses descendants.

3° Fixe en tous cas le délai de congé à deux années.

§ 3. — Stipulations relatives aux baux des immeubles a destination commerciale

13. *Mesures temporaires.* — Les baux des immeubles à destination commerciale ont fait l'objet de plusieurs dispositions dictées par les circonstances et ayant pour but de venir en aide aux locataires. Ces mesures temporaires se sont traduites par des modifications apportées d'autorité aux clauses du bail, soit pour limiter la durée du contrat, soit pour modifier le taux du loyer. (Loi du 5 août 1933 sur la révision temporaire et la

résiliation des baux commerciaux ; Arrêté Royal du 18 mars 1935 relatif à la révision temporaire et à la résiliation des baux commerciaux ; Arrêté Royal du 11 avril 1935 adaptant aux conditions économiques actuelles les contrats de location d'immeubles, d'emphytéose et de prêt ; Arrêté Royal du 9 mars 1936 prorogeant jusqu'au 1er janvier 1937 la faveur accordée par l'arrêté du 18 mars 1935.

14. *Mesures permanentes.* — Plus importante est la loi du 30 mai 1932 destinée à régir la location des immeubles à usage commercial.

Elle proclame non avenues, même pour les baux en cours, les clauses interdisant la cession du bail ou la sous-location quand la cession ou la sous-location est faite ensemble avec la cession du fonds de commerce et porte sur l'intégralité des droits du locataire (art. 1762 *ter* du Code civil).

Aux termes de l'article 1762 *quater,* le locataire a droit à une indemnité quand, à l'expiration du bail, l'immeuble est repris par le propriétaire pour y exercer le même commerce ou un commerce similaire, ou est attribué dans le même but à une autre personne, si six mois avant l'expiration du bail il a demandé préférence pour le renouvellement du bail.

Chapitre III

MESURES PRISES EN FAVEUR DES DEBITEURS

15. *Remboursement anticipé de capitaux empruntés.* — Certaines personnes, industriels, commerçants, hôteliers, ayant, à l'époque de la prospérité, emprunté des capitaux, parfois importants, à un taux d'intérêt élevé, se trouvaient, par suite de la crise économique, dans l'impossibilité de faire face à leur obligations. Le loyer de l'argent ayant baissé dans une mesure appréciable, le Gouvernement est venu au secours des emprunteurs en leur permettant de rembourser leurs dettes, avant terme, nonobstant toute clause contraire de l'acte de prêt (Arrêté Royal du 22 août 1934 prorogé par l'Arrêté Royal du 12 mars 1936 pris en vertu des pouvoirs spéciaux).

16. *Octroi de termes et délais en matière de prêts hypothécaires.* — La loi du 27 juillet 1934 est allée plus loin encore en autorisant l'octroi de termes et délais, au débiteur malheureux et de bonne foi dont l'obligation est garantie par une hypothèque ou par un privilège sur immeuble.

Les effets de cette loi ont été prorogés jusqu'au 31 décembre 1936 par l'Arrêté Royal du 27 décembre 1935, pris en vertu des pouvoirs spéciaux.

17. *Réduction du taux d'intérêt en matière hypothécaire.* — Poursuivant la réalisation d'un double objectif : permettre aux débiteurs durement atteints par les circonstances de faire face à leur engagement, d'une part, adapter les obligations des emprunteurs aux conditions nouvelles du marché de l'argent, d'autre part les Arrêtés Royaux des 28 janvier 1935 et 27 février 1935, pris en vertu des pouvoirs spéciaux, ont réduit à 6 % d'une manière définitive le taux de l'intérêt des créances hypothécaires et privilégiées, avec toutefois possibilité d'une majoration de 50 centimes % en

cas de non-paiement dans le mois de l'échéance. Ils ont également déterminé le taux des annuités pour les emprunts remboursables par ce mode de libération. Le Gouvernement a estimé les buts que les dispositions précitées ambitionnent d'atteindre sont d'un intérêt collectif suffisamment important pour ne pas reculer devant une atteinte particulièrement grave, tout à la fois au droit des créanciers hypothécaires et au principe que les conventions librement consenties font la loi des parties.

Chapitre IV

PROTECTION DES EPARGNANTS

§ 1er. — Exposé préliminaire

18. *Origine et justification des mesures exposées au présent chapitre.* — Depuis une époque de loin antérieure à la crise — laquelle allait encore aggraver les dangers que l'on signalait — l'on formulait, dans quelques milieux particulièrement bien informés — des craintes, qui ne paraissaient pas toutes dénuées de fondement, au sujet de la solvabilité réelle d'un certain nombre d'établissements recevant des dépôts d'argent ou pratiquant des opérations financières à long terme. D'autre part, de vives critiques étaient dirigées contre les agissements d'un certain nombre de sociétés d'assurances, exploitant spécialement la branche dite « populaire », et d'organismes spécialisés dans les opérations de prêts avec garantie hypothécaire. On citait, preuve à l'appui, le cas de débiteurs hypothécaires tenus de rembourser, sous forme de commissions, frais d'études, indemnités de remploi et autres, des sommes de loin supérieures aux capitaux empruntés. La loi du 23 juin 1930, complétée par l'Arrêté Royal d'exécution du 17 juin 1931, avait pourvu les sociétés d'assurances sur la vie d'un statut qui ne laissait rien à désirer ni au point de vue des garanties de solvabilité, ni sous le rapport de la parfaite régularité de leurs relations avec les assurés. Le Gouvernement complétant, à la faveur des pouvoirs spéciaux, l'œuvre du législateur, s'est efforcé d'assainir, une fois pour toutes, le marché financier sous ces différentes formes.

De là :

Les Arrêtés Royaux des 22 août 1934, 27 février, 6 mai et 9 juillet 1935 relatifs à la protection de l'épargne et à l'activité bancaire ;

Les Arrêtés Royaux du 30 janvier 1935 et 20 juin 1935 réglementant les bourses de commerce et la profession d'agent de change ;

Les Arrêtés Royaux des 15 décembre 1934, 10 avril et 24 juin 1935 relatifs au contrôle des caisses d'épargne privées et des entreprises autres que les banques de dépôts, recevant des dépôts d'argent ;

Les Arrêtés Royaux des 15 décembre 1934 et 30 mars 1936 relatifs au contrôle des sociétés de capitalisation ;

L'Arrêté Royal du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises et prêts hypothécaires.

19. *Nature des mesures adoptées par le Gouvernement.* — L'Etat pouvait, par des mesures de surveillance et de contrôle appropriées, parer au danger d'insolvabilité des organismes financiers appelés à recevoir et à détenir des fonds de tiers. C'est ce qu'il a fait en instituant le contrôle des opérations bancaires par les reviseurs et en plaçant sous la surveillance de l'Administration les sociétés d'assurances sur la vie, les caisses d'épargne privées, les sociétés de capitalisation et les entreprises de prêts hypothécaires. Ces mesures étaient toutefois impuissantes, à elles seules, à bannir désormais des relations contractuelles qui s'établissent entre ces divers organismes et leurs clients, les clauses léonines qui avaient été si légitimement critiquées. Il fallait, pour éviter la perpétuation de ces pratiques, intervenir directement dans l'établissement des contrats soit pour imposer l'insertion de certaines stipulations, soit pour en exclure d'autres. C'est à cette nécessité que répondent, en matière d'assurances sur la vie, les articles 35 à 43 de l'Arrêté Royal du 17 juin 1931, et en matière de prêts hypothécaires, les articles 5 à 14 constituant le chapitre second du Titre Premier de l'Arrêté Royal du 7 janvier 1936 pris en vertu des pouvoirs spéciaux.

20. *Division de la matière.* — L'étude des mesures de surveillance et de contrôle trouveront mieux leur place au titre second de notre étude. Dans le présent chapitre, nous nous bornerons à l'examen des clauses qui obligatoirement doivent être inscrites, ou ne peuvent se trouver insérées, dans les polices d'assurances sur la vie ou dans les contrats de prêts avec garantie hypothécaire. De là, la subdivision de la matière en deux paragraphes, l'un consacré aux conventions d'assurances sur la vie, l'autre aux stipulations des emprunts hypothécaires.

§ 2. — Stipulations d'ordre public propres aux polices d'assurances sur la vie

21. *Les principes posés par la loi du 25 juin 1930.* — L'article 19 de la loi du 25 juin 1930 précise les droits des assurés sur les réserves mathématiques. Ce sont :

1° L'affectation, par privilège, des valeurs représentatives des dites réserves à la liquidation des opérations d'assurances ;

2° La faculté de réclamer la valeur de rachat du contrat ou la réduction de l'assurance, dans les conditions déterminées par les clauses générales de la police et, au plus tard, à partir de la troisième année, lorsque les primes cessent prématurément d'être payées.

Les droits des assurés étant ainsi précisés, l'article 20 va déterminer les bases du calcul de la valeur du rachat et définir ce qu'il faut entendre par la valeur de réduction. « La base du calcul de la valeur du rachat, ou rachat théorique, déclare l'article 20, alinéa premier, est la réserve mathématique pure, diminuée des frais d'acquisition non amortis. La valeur de rachat est une fraction fixée par les clauses de la police, du rachat théorique ».

Il appartient au Gouvernement de fixer le maximum de la réduction à

opérer pour frais d'acquisition non amortis et le maximum de la fraction du rachat théorique qui sert de base au calcul du rachat effectif.

Cette fraction ne peut, en aucun cas, être inférieure à 85 % et les frais d'acquisition à prendre en considération ne peuvent dépasser 3 % du prix de la rente.

Quant à la valeur de réduction, elle doit être définie « le capital assuré par la valeur de rachat considérée comme prime unique ». Elle est toujours due quand le rachat n'a point lieu. Les compagnies d'assurances sont toutefois autorisées à exclure la faculté de rachat pour les contrats d'assurance en cas de vie ou de survie, mais même dans ces hypothèses, la valeur de réduction doit rester prévue.

22. *Les clauses d'ordre public prévues dans l'Arrêté Royal du 17 juin* 1931. — Après avoir précisé les mesures de surveillance et de contrôle, l'Arrêté Royal du 17 juin 1931 spécifie, dans ses articles 35 à 43, les stipulations qui devront obligatoirement figurer dans la police.

Ces stipulations ont trait :

1° A la proposition d'assurance.

La propositon doit stipuler qu'elle n'engage ni l'assureur ni le proposant ; elle ne peut, lorsque ce dernier n'y donne pas suite, prévoir aucune indemnité quelconque, sauf le payement des frais de l'examen médical subi, lesquels ne peuvent excéder 100 francs. Sauf pour les contrats relatifs à un capital ne dépassant pas 5.000 francs, elle doit reproduire le texte des conditions générales.

2° Aux conséquences de la cessation du payement de la prime.

La police doit stipuler qu'en cas de cessation du payement de la prime, elle ne sera résiliée ou réduite que huit jours au moins après l'envoi d'une lettre recommandée, valant mise en demeure, rappelant la date de l'échéance et les conséquences du non payement ; elle doit aussi prévoir la faculté pour le preneur de remettre le contrat en vigueur — le cas échéant après un nouvel examen médical — dans les six mois de l'échéance de la prime — ou fraction de prime — non payée, moyennant payement de toutes primes ou fractions de primes en souffrance, majorées d'un intérêt de retard.

3° Aux conditions du rachat et de la réduction.

La police doit indiquer le nombre de primes qui doivent avoir été payées pour donner au preneur le droit au rachat ou à la réduction ; ce nombre de primes ne peut être supérieur à celui qui correspond à trois années d'assurance. Les articles 40 et 41 de l'Arrêté Royal rappellent, pour le surplus, les stipulations de l'article 20 de la loi du 25 juin 1930 que nous avons exposées au numéro précédent.

4° A la juridiction compétente pour connaître des litiges entre parties.

En principe, les polices ne peuvent imposer l'arbitrage ; toutefois, le Ministre peut, après avoir pris l'avis de la commission des assurances privées, autoriser l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat. Les polices émises par les sociétés étrangères doivent contenir, dans une stipulation expresse, l'acceptation par ces sociétés, de la compétence des juridictions belges.

§ 3. — Stipulations d'ordre public propres aux contrats de prêts avec garantie hypothécaire

23. *Principe.* — Les stipulations d'ordre public qui doivent être insérées dans les actes de prêts hypothécaires ont pour objet de faire régner la clarté dans un genre d'opérations nécessairement assez complexes en raison de leur technicité. Le Gouvernement entend que l'emprunteur puisse, par ses seules lumières, non seulement se rendre compte de l'étendue et de la durée de ses obligations pécuniaires, mais encore discerner les différentes sources des prestations exigées de lui. Aussi l'Arrêté Royal du 7 janvier 1936 ayant posé le principe que le capital prêté doit nécessairement être versé en numéraire, exige l'insertion dans l'acte constitutif de tout prêt hypothécaire, quel qu'il soit, des mentions suivantes : terme du prêt et éventuellement clauses et conditions d'exigibilité avant terme ; taux de l'intérêt, chargement éventuellement prévu, soit au profit du prêteur, soit au profit d'une partie intervenante, pour frais de gestion et pour commission (art. 5).

L'article 8 exige au surplus, dans tous les actes, l'indication par une clause distincte :

1° Du montant de la rémunération mise à charge de l'emprunteur pour négociation du prêt ; cette commission, nonobstant toute convention contraire, ne peut dépasser 1/2 % du prêt consenti.

2° De l'indemnité de remploi éventuelle due au prêteur en cas de remboursement anticipatif total ou partiel ; cette indemnité ne peut excéder six mois d'intérêt sur la somme à verser par l'emprunteur.

24. *Applications.* — Les dispositons subséquentes stipulent les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans les actes de prêts avec garantie hypothécaire, selon la nature de l'emprunt contracté.

S'agit-il d'un emprunt avec *amortissement,* l'acte constitutif doit déterminer, par des clauses distinctes, les époques et conditions du payement des annuités, la fraction de ces annuités affectées à l'amortissement, les époques et conditions des versements complémentaires en vue du remboursement total ou partiel du capital (art. 6).

S'il y a *reconstitution* du capital prêté s'opérant par simple capitalisation d'une fraction de l'annuité, le contrat doit faire connaître la fraction de l'annuité à ce destinée, le taux d'intérêt de reconstitution, éventuellement la prime unique ou périodique affectée à l'assurance du solde restant dû. Si la reconstitution s'opère par un pacte adjoint d'assurance sur la vie ou de capitalisation, l'acte doit faire mention de la fraction de l'annuité affectée au payement de la prime (art. 7).

Lorsqu'il s'agit d'un prêt où figurent plusieurs parties *intervenantes* ou un ou plusieurs tiers *reconstituants,* une clause distincte doit indiquer le montant dû aux parties intervenantes ou aux tiers reconstituants en cas de remboursement anticipatif total ou partiel ; cette indemnité ne peut excéder, au total, 4 % de la somme à verser conformément aux dispositions reprises aux articles 16 et 17, 18 et 22 de l'Arrêté Royal du 7 janvier 1936 (art. 10).

Si un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation est adjoint au

prêt, la nature et l'importance des charges assurées par l'emprunteur, en vertu de ce contrat, sont mentionnées dans une clause distincte de l'acte. L'indemnité de remploi ne peut être supérieure à trois mois d'intérêt (art. 11). Comme nous l'avons signalé incidemment (supra n° 19), l'Arrêté Royal dont nous commentons succinctement quelques dispositions, ne se borne pas à obliger les parties à inscrire, dans leurs conventions, certaines dispositions de caractère positif, il prévoit également certaines interdictions.

Ainsi :

a) Le prêteur ne peut contracter avec une partie intervenante que s'il s'agit d'une entreprise légalement autorisée (art. 10, alinéa premier) ;

b) Le prêteur ou une partie intervenante ne peut désigner ou agréer, en vue de la reconstitution de tout ou partie du capital prêté, un tiers reconstituant autre que soit la Caisse Générale d'épargne et de retraite, soit une Caisse d'Epargne, une entreprise d'assurance sur la vie ou une entreprise de capitalisation, à moins qu'ils soient légalement autorisés (art. 10, al. 2) ;

c) Le prêteur ou une partie intervenante ne peut émettre un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation adjoint au prêt à moins d'y être légalement autorisé (art. 10, alinéa 3) ;

d) L'emprunteur, quel que soit le mode de reconstitution dont il est fait usage, ne peut être tenu, nonobstant toute convention contraire, de la reconstitution d'un capital supérieur au capital prêté.

25. *Ouvertures de crédit.* — Les règles que nous venons d'énoncer s'appliquent aux ouvertures de crédit gagées, soit par une hypothèque sur un immeuble situé en Belgique, ou sur un navire ou bateau immatriculé en Belgique, soit par le nantissement d'une créance garantie de la même manière (Arrêté Royal du 7 janvier 1936, article premier).

Chapitre V

CLAUSES D'ORDRE PUBLIC PROPRES A CERTAINS CONTRATS D'ASSURANCES

§ 1er. — Assurance du risque professionnel

26. *Les clauses d'ordre public prévues dans l'Arrêté Royal du 7 décembre* 1931. — Comme nous avons eu l'occasion de le montrer antérieurement (supra n° 2), le Règlement Général de l'assurance contre les accidents du travail, du 29 août 1904, avait ordonné l'inscription, dans les polices, de quatre clauses obligatoires destinées à protéger les victimes d'accidents.

L'Arrêté Royal du 7 décembre 1931 qui, après les diverses revisions de la loi du 24 décembre 1903, a pris la place du Règlement général de 1904, a non seulement maintenu les clauses d'ordre public prévues à cette époque, mais en a même ajouté une. Actuellement, les polices d'assurance

contre les accidents du travail, outre les stipulations inscrites dans le premier règlement général, doivent prévoir, qu'en cas de résiliation du contrat, au profit de la société, par suite de survenance d'accident, la résiliation ne sera effective qu'à l'expiration de l'année d'assurance en cours.

Et pour éviter que le délai entre la notification de la résiliation et sa mise en application ne soit trop bref, la convention doit ajouter, qu'entre la date de l'avis portant la résiliation à la connaissance du chef d'entreprise et les effets de cette résiliation, il y aura toujours une période de trois mois au moins.

§ 2. — Assurance de la responsabilité civile des exploitants de services publics d'autobus et d'autocars

27. *Stipulations d'ordre positif.* — L'article 58 de l'Arrêté Royal du 12 juillet 1933 portant règlement général relatif aux services publics d'autobus et d'autocars, oblige les exploitants à couvrir, par une garantie illimitée, auprès d'une compagnie d'assurance agréée par le Gouvernement, la responsabilité civile qu'ils peuvent encourir tant vis-à-vis des personnes transportées que des tiers.

Mais la législation belge ne connaît pas l'action directe de la victime d'un accident de circulation routière contre l'assureur du dommage. Cette action ne pourrait être créée que par une loi. Afin de ne pas compromettre les intérêts des victimes, en attendant le vote de dispositions légales instituant cette action, les articles 16 et 17 de l'Arrêté Royal du 30 avril 1934 portant règlement sur l'agréation et le contrôle des établissements couvrant la responsabilité civile des exploitants de services publics d'autobus et d'autocars, obligent les assureurs à inscrire, dans les polices, une clause par laquelle ils s'engagent à garantir directement aux personnes lésées et à leurs ayants-droit l'intégralité des indemnités dues.

Les polices doivent également stipuler :

a) La règle de la quérabilité des primes ;

b) La renonciation de la part de l'assureur à se prévaloir de la déchéance en cas d'omission d'une formalité prescrite à peine de nullité, dans un délai déterminé, si l'assuré établit qu'il n'est pas en faute et qu'il a réparé l'omission aussitôt que possible ;

c) L'octroi d'un délai, pour la déclaration du sinistre, qui ne sera pas inférieur à trois jours à compter du moment où l'accident est parvenu à la connaissance de l'exploitant ;

d) L'obligation pour l'assureur de ne suspendre la garantie ou de ne résilier le contrat, pour quelque cause que ce soit, qu'après une notification à l'exploitant, par lettre recommandée ; les effets de la suspension ou de la résiliation ne se produiront, à l'égard des personnes lésées ou de leurs ayants-droit, qu'à l'expiration d'un délai de seize jours au moins, à dater de l'envoi au Ministre des Transports, d'un avis recommandé l'informant de cette suspension ou de cette résiliation ;

e) La résiliation de plein droit de la police en cas de retrait d'agréation de la compagnie, à la date qui sera indiquée dans l'Arrêté Royal consacrant le retrait de l'agréation.

28. *Stipulations prohibées.* — L'article 17, VII, de l'Arrêté Royal du 30 avril 1934 interdit de prévoir dans les polices :

1° Des conditions particulières qui viendraient déroger aux stipulations prescrites par ledit article ;

2° Des clauses pénales, des clauses de déchéance, ou des clauses de résiliation, qui n'auraient pas été approuvées préalablement par le Ministre du Travail ;

3° Toutes dispositions interdisant à l'exploitant d'appeler l'assureur à la cause ;

4° Le renouvellement tacite du contrat pour des périodes successives dépassant une année.

29. *Participation de l'assuré dans la charge du sinistre.* — Le Ministre des Transports peut autoriser les parties à inscrire dans la police une clause mettant à la charge personnelle de l'exploitant une partie des indemnités. Cette stipulation n'a d'effets qu'entre l'assureur et l'assuré ; elle n'est opposable ni aux personnes lésées ni à leurs ayants-droit.

TITRE SECOND

30. *Liaison entre les deux titres de la présente étude.* — L'énumération sommaire que nous venons de faire des clauses d'ordre public qui, dans ces dernières années, sont allées en se multipliant, dans un nombre de contrats sans cesse grandissant, suffit déjà à faire apparaître l'importance de l'intervention de l'Etat dans les relations privées.

Nous voudrions, dans le présent titre, mettre en lumière un autre aspect de l'emprise du régime étatique sur le terrain du Droit privé, en examinant brièvement quelques-unes des restrictions apportées, le plus souvent à la faveur des lois de pouvoirs spéciaux, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

31. *Division de la matière.* — L'interventionnisme étatique, dans le domaine de l'industrie et du commerce, se manifeste par une double série de mesures qui tendent, les unes à la surveillance et au contrôle de certaines entreprises, les autres à la coordination des activités économiques. Nous étudierons ces deux ordres de dispositions dans des chapitres distincts.

Chapitre premier

MESURES DE SURVEILLANCE ET DE CONTROLE

32. *Nature de ces mesures.* — Sans entamer ouvertement le droit de chacun de choisir sa profession et de l'exercer comme il l'entend, les mesures de surveillance et de contrôle n'en sont pas moins de sérieuses entraves à la liberté de l'industrie et du commerce, surtout quand elles con-

duisent à consacrer une véritable ingérence du pouvoir dans la gestion des entreprises.

33. *Subdivision du présent chapitre.* — Nous nous proposons de décrire, dans des paragraphes successifs, le statut des établissements financiers au sens large du terme, la réglementation des sociétés de prêts hypothécaires, le contrôle des compagnies d'assurances, et enfin la situation faite à quelques entreprises qui, pour des raisons diverses, ont été placées sous la surveillance de l'Administration.

§ 1er. — Le statut des établissements financiers

34. *Etablissements bancaires.* — Aux termes des Arrêtés Royaux des 22 août 1934 et 9 juillet 1935, pris en vertu des lois de pouvoirs spéciaux, il existe désormais, en Belgique, deux catégories de banques effectuant des opérations distinctes et qui ne peuvent être pratiquées conjointement. Ce sont, d'une part, les banques de dépôts et, d'autre part, les banques industrielles. Sont réputées banques de dépôts, celles qui acceptent habituellement des prêts d'argent à intérêt, remboursables dans un délai inférieur à deux ans.

Constituées en sociétés anonymes — la forme coopérative et d'union du crédit leur étant interdite — leur capital, entièrement libéré, ne peut être inférieur à dix millions.

Propriété de particuliers, de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, leur capital doit être de deux millions au moins. Les titres à votes multiples sont prohibés.

Nulle banque de dépôts ne peut fonctionner sans s'être fait préalablement inscrire à la Commission Bancaire, organisme officiel de contrôle, qui exerce une sorte de haute tutelle sur l'ensemble des opérations bancaires. Aucune fusion de banques ne peut se faire sans l'autorisation de cette Commission qui a également qualité pour fixer les modalités de placement des réserves.

Les banques de dépôts doivent publier chaque mois au *Moniteur* un état de leur situation active et passive, dressé dans une forme à déterminer par arrêté ministériel. Leur gestion est contrôlée par un ou plusieurs « reviseurs » choisis par les banques elles-mêmes mais dans une liste de personnalités agréées par le Gouvernement.

35. *Caisses d'épargne privées.* — Les caisses d'épargne privées et les entreprises, autres que les banques de dépôts, recevant des dépôts d'argent, sont, en vertu de l'Arrêté Royal du 15 décembre 1934, astreintes, pour pouvoir commencer ou continuer leurs opérations, à se pourvoir d'une autorisation à donner par Arrêté Royal. Leur capital ne peut être inférieur à cinq millions, entièrement libérés. Les capitaux dont elles disposent doivent être placés suivant les dispositions réglementaires. Elles sont soumises au contrôle du Gouvernement.

36. *Sociétés de capitalisation.* — Un Arrêté Royal de même date (15 décembre 1934) a réglé la situation des sociétés de capitalisation par des dispositions assez analogues, *mutatis mutandis*, à celles qui régissent les

caisses d'épargne privées. Les organismes pratiquant les opérations de capitalisation ne peuvent fonctionner que moyennant autorisation royale. Leur capital souscrit ne peut être inférieur à cinq millions. Ils doivent déposer un cautionnement dont le montant sera déterminé par le service du contrôle. Ce dernier exerce une surveillance sur l'ensemble des affaires qu'ils traitent et dispose d'un droit d'investigation fort étendu.

§ 2. — Le régime des sociétés hypothécaires

37. *Entreprises de prêts hypothécaires.* — Ces entreprises ne peuvent exercer aucune activité professionnelle qu'après avoir obtenu une inscription qui leur est accordée par le Ministre qui a la Prévoyance Sociale dans ses attributions, après avis de la « Commission des assurances privées et des prêts hypothécaires ». Elles sont soumises au contrôle du Gouvernement suivant des dispositions à prendre par Arrêté Royal (Arrêté Royal du 7 janvier 1936, art. 34 à 39).

38. *Entreprises de prêts hypothécaires par intervention.* — Ces organismes doivent être autorisés par le Roi ; leur capital ne peut être inférieur à cinq millions s'ils ont revêtu la forme de société anonyme, à un million s'ils sont constitués en société coopérative. Ils doivent déposer un cautionnement dont le montant sera déterminé par le service du Contrôle. L'étendue de ce contrôle est précisée à l'article 56 de l'Arrêté Royal du 7 janvier 1936.

§ 3. — Le contrôle des compagnies d'assurances

39. *Sociétés d'assurances contre le risque d'accidents du travail.* — Comme nous avons été amené à le signaler (supra n° 2) ce contrôle a été instauré, depuis longtemps déjà. Il est, en effet, prévu dans la loi du 24 décembre 1903 et a été organisé, pour la première fois, par l'Arrêté Royal du 29 août 1904. Il fait actuellement l'objet de l'Arrêté Royal du 7 décembre 1931. Il comporte essentiellement une agréation donnée par Arrêté Royal, des obligations très rigoureuses quant au montant du capital, à la constitution d'un cautionnement et au placement des réserves, et enfin, l'exercice d'un contrôle par les fonctionnaires du Gouvernement.

40. *Société d'assurances sur la vie.* — Le régime des sociétés d'assurances sur la vie fait l'objet de l'Arrêté Royal du 17 juin 1931 modifié le 22 octobre 1936.

Il implique, pour les organismes qui y sont soumis, les obligations ci-après :

1° Obtention d'une autorisation à accorder par Arrêté Royal, sur avis de la commission des assurances privées ;

2° Dépôt d'un cautionnement qui sera calculé suivant les dispositions des articles 21 et 26 de l'Arrêté Royal précité ;

3° Placement des réserves mathématiques conformément aux prescriptions des articles 27 à 33 ;

4° Contrôle de toutes les opérations par des fonctionnaires délégués à cette fin par le gouvernement.

41. *Sociétés garantissant la responsabilité civile des exploitants de services publics d'autobus et d'autocars.* — Les conditions auxquelles devront se conformer les sociétés garantissant la responsabilité civile des exploitants de services publics d'autobus et d'autocars sont formulées dans l'Arrêté Royal du 30 août 1934.

Ces sociétés doivent être agréées par Arrêté Royal pris sur avis de la commission des assurances privées. Le montant de leur capital est fixé par l'article 3 de cet Arrêté Royal ; elles sont tenues de déposer un cautionnement de deux cent cinquante mille francs et de porter en réserve des sommes suffisantes pour la liquidation totale des sinistres à régler. Les polices qu'elles contractent doivent obligatoirement reproduire les stipulations prévues par les articles 16 et 17 de l'Arrêté Royal précité et dont nous avons eu l'occasion déjà d'analyser les éléments essentiels (*supra*, n° 27).

§ 4. — Autres entreprises soumises au contrôle du gouvernement

42. *Entreprises de transport de personnes.* — Dans le but d'assurer tout à la fois la sécurité des personnes et des tiers et une meilleure coordination des transports, les arrêtés royaux des 22 mars 1935 et 31 mars 1936 ont autorisé le gouvernement à étendre à quiconque transporte, à titre onéreux, des personnes par véhicules automobiles, tout ou partie des obligations auxquelles sont astreints les exploitants de services publics d'autobus et d'autocars, soit en matière de sécurité et d'assurance de leur responsabilité civile, soit dans l'intérêt de la défense nationale ou dans un but de statistique ou de contrôle.

43. *Entreprises hôtelières.* — Les arrêtés royaux des 28 août 1935 modifiés par l'arrêté royal du 20 février 1936 imposent un statut aux entreprises hôtelières et déterminent les conditions que doit remplir, au point de vue de la sécurité, de l'hygiène et du confort, tout établissement commercial qui, sous la dénomination d'hôtellerie, d'hôtel ou sous toute autre qualification comprenant ce mot, est destiné à recevoir habituellement les voyageurs. La réunion des conditions réglementaires est constatée par le Comité de direction de l'Office Belgo-Luxembourgeois de tourisme qui délivre alors à l'hôtelier un écusson destiné à être apposé, de façon apparente, sur la façade de l'établissement agréé, à proximité de l'entrée. Toute décision du Comité de l'office Belgo-Luxembourgeois de tourisme est, dans les quinze jours de sa notification à l'intéressé, susceptible de recours devant le Ministre des Transports.

Chapitre II

MESURES DE COORDINATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES

44. *Importance des mesures envisagées dans ce chapitre.* — Ainsi que nous l'avons fait observer ci-dessus (*supra*, n° 32) les mesures de surveil-

lance n'entament pas directement le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ces mesures, en effet, ne tendent qu'à faire régner plus d'équité dans les relations de droit privé — c'est le but des clauses d'ordre public — ou à procurer au public des garanties supplémentaires de sécurité — c'est l'objectif de l'agréation et du contrôle. Mais elles n'ont jamais eu en vue d'imprimer, par voie d'autorité, à l'économie nationale une direction déterminée.

Les dispositions que nous nous proposons d'analyser dans les quelques pages qui terminent notre étude, ont une autre gravité. Elles constituent, en effet, la première tentative systématique de réaliser, en Belgique, — dans des proportions restreintes, il est vrai, — un système d'économie dirigée.

§ 1. — L'EXTENSION OBLIGATOIRE A TOUS LES PRODUCTEURS ET DISTRIBUTEURS D'UNE OBLIGATION ASSUMÉE PAR LA MAJORITÉ D'ENTRE EUX

45. *Les lois de pouvoirs spéciaux des* 31 *juillet et* 7 *décembre* 1934. — Dans le but de faire bénéficier l'économie nationale d'une activité coordonnée, ces lois ont accordé au chef de l'Exécutif le pouvoir :

1° De favoriser la formation de groupements professionnels économiques et, le cas échéant, dans la mesure où l'intérêt national s'y trouverait intéressé, d'étendre, dans une branche déterminée, à tous les producteurs ou distributeurs, les obligations volontairement assumées par une indiscutable majorité (article 1er, III, *b*) ;

2° D'assurer l'observation des mesures prises par toutes sanctions civiles, fiscales ou pénales, ces dernières ne pouvant toutefois dépasser les peines correctionnelles ou de police (article 1er, V) ;

3° De réglementer, par des mesures plus spécialement adaptées à la matière, la production, la vente, l'importation, l'exportation et le transport de la houille et du coke et de leurs agglomérés ;

46. *Mesures d'application.* — L'arrêté royal du 13 janvier 1935, modifié le 30 mars 1936, autorise désormais tout groupement professionnel, jouissant de la personnification juridique, à solliciter du gouvernement l'extension obligatoire à tous les producteurs et distributeurs appartenant à la même branche d'industrie ou de commerce, d'une obligation volontairement assumée par lui, concernant la production, la distribution, la vente, l'exportation ou l'importation.

Le groupement demandeur devra, pour réussir dans sa demande, justifier non seulement que les intérêts de ses membres coïncident avec ceux de la majorité des personnes qui exercent la même branche du commerce ou de l'industrie, mais encore que l'intérêt général commande l'extension de l'obligation assumée à tous les producteurs ou distributeurs.

Si le gouvernement accueille la requête, sa décision peut aller, si elle comporte la limitation de la production, de l'importation ou d'exportation, jusqu'à interdire à un producteur nouveau de s'établir, sans l'autorisation du Roi. L'arrêté d'autorisation peut déterminer le montant des produits ou matières premières que le demandeur pourra produire, importer ou

exporter (Arrêté Royal du 13 janvier 1935, article 20). Le pouvoir ainsi attribué au gouvernement, dérogatoire à toutes les traditions nationales, constitue indiscutablement l'atteinte la plus grave qui ait été portée depuis 1831 au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'arrêté royal du 13 janvier 1935 a toutefois institué une procédure et des recours susceptibles de parer, dans une certaine mesure, à l'arbitraire toujours à craindre dans une matière qui met en jeu des intérêts pécuniaires considérables et des questions infiniment complexes et délicates.

Toute demande introduite par un groupement professionnel doit être publiée au « Moniteur ». Dans les dix jours de cette publication, elle peut faire l'objet d'une opposition en mains du Ministre qui a les Affaires Economiques dans ses attributions.

L'opposant, dans ce cas, a le droit de soumettre le différend à des arbitres désignés par lui-même et par le groupement demandeur. A défaut de se mettre d'accord sur la désignation des arbitres, le litige est déféré au Conseil du Contentieux Economique composé de Magistrats effectifs ou honoraires désignés par le Roi, pour un terme de trois ans.

Le Tribunal Arbitral et le Conseil du Contentieux Economique ne formulent que des avis ; la décision appartient toujours au gouvernement. La requête ne peut toutefois être accueillie si l'avis des arbitres ou du conseil est défavorable.

§ 2. — La réglementation des transports de choses par véhicules automobiles

47. *Dispositions réglementaires.* — Aux termes de l'Arrêté Royal du **5 mars 1936,** pris en vertu des pouvoirs spéciaux, complété par l'arrêté d'exécution du 9 mai 1936, est astreint à se pourvoir d'une autorisation délivrée par l'Office national des transports quiconque, pour compte d'autrui et contre rémunération, effectue des transports de choses au moyen de véhicules automobiles ou à traction mécanique indépendante ne circulant pas sur rails. La décision de l' « Office National des Transports » est, dans la quinzaine, susceptible d'un recours devant le Ministre des Transports qui statue, après avoir pris l'avis de la Commission d'Appel prévue aux articles 6 et 7 de l'Arrêté du 5 mars 1936.

48. *Nature des dispositions relatives aux transports des choses.* — Les dispositions qui régissent le transport des choses diffèrent fondamentalement des règles applicables au transport des personnes que nous avons analysées plus haut (*supra,* n° 42). Les dernières ont comme but essentiel, la sécurité des personnes transportées et des tiers, les secondes une coordination des transports sur le plan économique. Ce que l'on veut, en matière de transport des choses, c'est éviter les doubles emplois, la concurrence excessive qui favorise les gaspillages de capitaux et « contrairement « à certaines opinions erronées, constitue en dernière analyse un obsta- « cle à une politique de bas tarifs de transport dont notre industrie et « notre commerce ont le plus grand besoin » (Rapport au Roi précédant l'Arrêté Royal du 5 mars 1936). C'est pourquoi « pour l'examen des de-

mandes d'autorisation, sont notamment pris en considération les besoins du trafic... » Ce sont donc bien des considérations d'ordre économique qui ont dicté l'Arrêté Royal du 5 mars 1936. C'est la raison pour laquelle son examen trouve logiquement sa place au chapitre second qui traite des dispositions ayant pour objet d'influer directement sur l'économie nationale.

§ 3. — L'OUVERTURE ET L'AGRANDISSEMENT DES GRANDS MAGASINS

49. *Mesures provisoires.* — Les grands magasins font l'objet, en Belgique, comme un peu partout, de vives critiques de la part du moyen et du petit commerce. En attendant que des mesures législatives viennent donner satisfaction aux classes moyennes, les lois du 13 janvier et du 25 mars 1937, ont interdit, jusqu'au 1er juin 1937, sans autorisation du Ministre des Affaires Economiques, l'ouverture ou l'agrandissement de tout établissement à rayons multiples organisé pour la vente en détail de marchandises qui n'appartiennent pas à une même branche du commerce et qui normalement ne sont pas mises en vente dans un même établissement.

CHAPITRE VI

L'INFLUENCE DES FACTEURS ECONOMIQUES SUR LE DROIT

SECTION I

L'ADAPTATION DU DROIT AUX EVOLUTIONS ECONOMIQUES

BALOGH, *L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains.*

A. IONASCO, *Le facteur économique dans l'élaboration du droit civil. Répercussions de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de sa législation en matière de propriété et de contrat.*

HENNEBICQ, *Généralités abstraites du droit économique.*

(Cette contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IX : « Droit commercial et économique », § 104.)

SAVATIER, *Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre V, § 37.)

DEAK, *Le rôle du « cas » dans la Common-Law et le droit civil.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre V, § 38.)

HAESAERT, *La lutte entre le « New Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis.*

(Cette contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, Section III, « Le droit constitutionnel américain et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », § 89.)

JOSSERAND, *La « publicisation » du contrat.*

(Cette contribution publiée dans le Chapitre précédent, § 145.)

PICARD, *L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance.*

(Cette contribution publiée dans le Chapitre précédent, § 146.)

SANHOURY, *Le droit musulman comme élément de refonte du droit égyptien.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre Ier, « La réception des droits », Chapitre II, § 113.)

CARDAHI, *Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : le statut personnel musulman.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre Ier, « La réception des droits », Chapitre II, § 112.)

MARKOVITCH, *Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ?*
(Cette contribution publiée dans ce Tome, ci-dessus, Chapitre II, § 138.)

POUND, *La législation dans la période de formation du droit américain.*
(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre IV, § 34.)

DEL MARMOL, *Les répercussions économiques de la législation fédérale des faillites aux Etats-Unis.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre III, Chapitre IX, § 105.)

MORIN, *Quelques observations critiques sur le concept d'abus de droit.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre III, Chapitre VIII, Section II, § 102.)

En ce qui concerne l'INTERDÉPENDANCE DU DROIT ET DE L'ÉCONOMIE DANS LES DROITS ANTIQUES, cf. les études de MM. BALOGH, l'INFLUENCE DE L'ÉCONOMIE SOCIALE SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT DANS L'HISTOIRE COMPARATIVE DU DROIT ET DANS L'ETHNOLOGIE JURIDIQUE, publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre II, Chapitre III, Section II, § 16, et JOLOWICZ, LA « LAESIO ENORMIS », publiée au même endroit sous le § 15.

§ 148

L'ADAPTATION DU DROIT AUX CONDITIONS ECONOMIQUES DANS LES DROITS EUROPEENS ET AMERICAINS MODERNES

Par Elemer BALOGH

Secrétaire général perpétuel de l'Académie Internationale de Droit Comparé

Traduit par R. Abraham

Licencié en Droit

Nous avons, dans une première contribution, fait ressortir, par des exemples empruntés à l'histoire des sociétés antiques et à l'ethnographie juridique, l'influence que de tous temps les facteurs économiques ont exercé sur la marche de développement du droit. Nous allons, dans une nouvelle contribution apportée à l'hommage collectif à Edouard Lambert en notre qualité de secrétaire général perpétuel d'une Académie dont il a été l'un des fondateurs, l'Académie Internationale de Droit Comparé, montrer que l'influence des transformations de la vie économique sur l'évolution du droit est encore beaucoup plus apparente et plus intense dans nos sociétés contemporaines. Nous le ferons au moyen d'exemples empruntés uniquement aux droits européens et américains modernes. Le droit allemand, plus que tous les autres appelle une attention spéciale. C'est un droit typiquement continental, dont la codification a un degré maximum d'intensité. et qui permet de relever les problèmes dans une pureté particulière d'autant plus que, traditionnellement, le juge est lié d'une manière très forte par la loi et que, par conséquent, les difficultés d'une adaptation du droit aux conditions changées paraissent presque insurmontables.

En Angleterre et en Afrique du Sud, où le droit a été créé, pour la plus grande partie, par la jurisprudence et se trouve dans un état de développement continuel, une plus grande souplesse peut être observée en ce qui concerne l'adaptation du droit à l'économie. Abstraction faite de peu de lois créant du droit, les Anglais ignorent le moyen de poser des principes juridiques par voie d'autorité. Le droit anglais se distingue, à cet égard, de la plupart des systèmes juridiques continentaux, où la législation est à la base du droit et où la jurisprudence n'en constitue que l'ornementation accessoire. Les systèmes juridiques anglais et le droit romano-néerlandais en Afrique du Sud restent des systèmes virils, vivants, qui cherchent toujours à s'adapter aux changements des conditions économiques. Les décisions

sont renversées ou étendues dans la mesure où l'exige le développement économique. Mais là où se trouve en droit anglais une loi consolidant la coutume ainsi que le Sales of Goods Act ou le Bills of Exchange Act, nous constatons que les exigences économiques ont trouvé leur expression adéquate. Le Bills of Exchange Act est l'incarnation de principes proclamés dans quelques 2.500 jugements et qui tiennent pleinement compte des exigences du commerce et de l'industrie comme de celles du bien commun.

Une des tendances les plus remarquables, comme on reconnaît universellement, de l'économie moderne, est le mouvement vers la concentration (1).

Une des formes principales que revêtit ce mouvement est la fusion de sociétés par actions et autres sociétés de capitaux (2) (amalgamation, merger). Or, nous voyons partout le droit, les lois et projets de réforme de la législation concernant les sociétés par actions tenir compte de plus en plus de ce mouvement.

La réforme est déjà chose faite en Angleterre par suite du Companies Act de 1929 (3), et en Pologne par suite du décret du président de l'Etat sur le droit des sociétés par actions du 22 mars 1928 (4). L'Allemagne vient de suivre l'exemple de ces Etats par la loi concernant les sociétés anonymes et en commandite par actions (Aktiengesetz) du 30 janvier 1937 (5). En Suisse aussi le droit des sociétés par actions a subi récemment une transformation complète, par l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1937, de la loi revisée (6).

Les lois anglaise et allemande s'occupent de la fusion. Tandis que, d'après le droit anglais antérieur à 1929, deux sociétés ne pouvaient pas former une sans la liquidation d'une d'entre elles, il n'en est plus ainsi à l'heure actuelle (7). Cela se conçoit : les fusions doivent fréquemment s'effectuer vite sans liquidation, surtout lorsqu'il s'agit de sauver une des sociétés de la débâcle, notamment de la faillite. Le code commercial allemand actuel traite déjà dans son article 306, en vigueur encore jusqu'au 1er octobre 1937, de la fusion sans liquidation mais seulement dans la forme du transfert des biens de la société absorbée sur la tête de la société absorbante, tandis que la fusion par voie de constitution d'une nouvelle société anonyme (8) ne peut se faire que d'après les règles générales. Pour la société à constituer, la conséquence en est l'observation nécessaire des dispositions sévères qui concernent la constitution, et cela outre les dispositions de l'art. 306 (9).

Il y a encore cette difficulté que les sociétés qui se fondent, cessant d'exister au moment même de la naissance de la nouvelle S. A., ne peuvent plus distribuer à leurs ci-devant actionnaires, les actions souscrites par elles

---

(1) Cf. WIEDENFELD, *Gewerbepolitik*, Berlin 1927, p. 90.
(2) Rappr. au lieu de tous MUELLER-ERZBACH, p. 313 s.
(3) St. 20, 21 Geo. V. c. 23.
(4) G. B. 1, 1928, n° 39. Traduction française dans : *Exposé sommaire des travaux législatifs de la Diète et du Sénat Polonais*, IV (1931), p. 223-259.
(5) RGBl. 1937 I, 107.
(6) Loi fédérale sur la révision des titres XXIV à XXXIII du droit des Obligations de 1937.
(7) C. A. 1929, p. 154.
(8) Donc précisément la « consolidation » favorisée par les Américains.
(9) C'est contesté à la vérité. Cf. R. GOLDSCHMIDT, *Die sofortige Verschmelzung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Reformfragen*, Berlin 1930, p. 28.

dans leur qualité de fondateurs. La réglementation comporte des lacunes également en tant qu'elle se rapporte exclusivement aux sociétés par actions et ne traite pas des autres sociétés de capitaux (10), tandis que le C. A. anglais admet la fusion de private and private limited companies. Ainsi le projet allemand d'une loi concernant les sociétés par actions publié en 1930 régla déjà dans les articles 220, 222, la fusion de sociétés anonymes avec des sociétés à responsabilité limitée (qui sont assez semblables aux private companies) (11) et avec des sociétés en commandite par actions, catégorie de société, où sont juxtaposées la responsabilité illimitée des « associés personnellement responsables » et la responsabilité des actionnaires limitée aux actions. Le projet traita également, dans l'article 219, la fusion par la formation d'une nouvelle société, cette formation n'étant pas une constitution. On a voulu empêcher de tourner les dispositions concernant la constitution en ne permettant la fusion par formation d'une nouvelle société qu'à des sociétés immatriculées au registre de commerce depuis deux ans au moins. Le projet facilita également la fusion en rendant possible la passation d'un contrat de fusion ayant effet à une époque à venir, contrat nul antérieurement, selon l'article 310 du code civil, comme tendant au transfert des biens à venir. Le projet suit par contre le droit en vigueur en s'en tenant à cette condition nécessaire d'une fusion pour la société absorbante de fournir des actions. Il est vrai qu'il a nettement exprimé dans l'article 215 que les actions à fournir n'ont pas forcément besoin de provenir d'une augmentation du capital, ce qui n'est pas incontesté pour le droit en vigueur (12) et exigé même à défaut d'augmentation du capital une résolution — non nécessaire d'après le droit en vigueur — de l'assemblée générale de la société absorbante (art. 212).

La loi du 30 janvier, dans les articles 233 et suivants, va encore au-delà du projet en ce qui concerne les possibilités de fusion et de transformation. A côté des possibilités de fusion déjà prévues par le projet, on a maintenant créé celle de fondre même une société à responsabilité limitée ou une association minière avec une société anonyme ou une société en commandite par actions (art. 251, 252). Les dispositions concernant les transformations de sociétés de capitaux ont été élargies. Toutes les sociétés de capitaux, la société anonyme, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée peuvent maintenant être transformées l'une dans l'autre, la transformation en sociétés anonymes ou en commandite par actions étant prévue pour les associations minières (art. 257-287). Toutes ces transformations se font maintenant sans que l'identité de la société transformante cesse d'exister, ce qui est une adaptation caractéristique de la loi aux exigences qu'a manifestées la vie économique de l'époque à cet égard. Il est maintenant établi par la loi que la société subsiste inchangée en tant que personnalité juridique et que c'est la forme seule de l'entreprise qui change.

---

(10) La loi du Reich du 1er juillet 1922 et la nouvelle du 12 mai 1923 ont inséré les art. 93a-d dans la loi concernant les coopératives, ce qui rend possible la fusion de coopératives.

(11) Comp. ROSENDORFF, *Die Reform des englischen Aktienrechts durch den Companies Act* 1929, Berlin 1930, p. 49.

(12) Cf. BRODMANN, *Aktienrecht*, 1928, note 7, b, sous § 306; contrà Jacob ULLMANN, *Die Veräusserung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen*, Munich 1915, p. 45 et suivantes.

C'est ainsi que la difficulté susmentionnée (13) consistant dans la cessation de la personnalité juridique, au moment de la naissance de la nouvelle société, de sociétés qui se fondent est définitivement écartée.

Le projet yougoslave d'un code de commerce réglemente la fusion de la même façon que l'a fait le droit allemand avant la promulgation de la nouvelle loi concernant les sociétés par actions (15).

Une réglementation détaillée est consacrée à la transformation de sociétés revêtant la forme juridique d'une des sociétés de capitaux en commerçants individuels ou en sociétés de personnes.

Le droit suisse révisé concernant les sociétés par actions lui aussi, renferme maintenant pour la société par actions et la société à responsabilité limitée nouvellement créée des dispositions ayant trait à la transformation (16).

On peut observer la même tendance à faciliter la « consolidation » industrielle dans l'évolution du droit américain des « corporations ». Le droit actuel américain des « corporations » s'est formé principalement depuis le début du 19e siècle. En 1888, Williston commenta cette évolution de la façon suivante : « Ce n'est pas seulement un nouveau corps de droit qui a dû ainsi être créé, mais les vieilles doctrines dominantes exprimées par des juges antérieurs comme vraies pour toutes les corporations alors existantes, ont dû être ou bien abandonnées ou bien adaptées aux conditions changées. » (17). La plus grande complication du capitalisme incarné dans les « corporations » et la revendication universelle d'une réforme du droit — symptômes de la dépression économique récente — font vite progresser l'adaptation du droit des « corporations ». On n'a qu'à jeter un coup d'œil sur les derniers suppléments des codes des Etats dits « Etats de corporation » pour constater comment partout est ajoutée une nouvelle législation concernant les corporations ou amendée une ancienne. La ci devant « com-

---

(13) P. 190.

(14) Rappr. Quassowski, *Der Abschluss der Aktienrechtsreform*, dans *Zeitschrift der Akademie f. Deutsches Recht*, 1937, fasc. 4, p. 101 etss.

(15) Loi du Reich du 5 juillet 1934, RGBl. I, p. 569 avec décret d'exécution du 14 décembre 1934, RGBl. I, p. 1.262.

(16) Cons. O. Lehner, *Das neue Gesellschaftsrecht*, dans *Neue Zürcher Zeitung* du 1er avril 1937 et 4 avril 1937. Un autre cas de l'adaptation mentionné par M. Lehner *l. c.* mérite l'intérêt. La loi suisse antérieure ne parlait pas de l'action en nullité de résolutions d'assemblées générales. Les tribunaux ont cependant dû céder au besoin pratique en les recevant. Mais ils n'avaient aucun moyen de déterminer également un délai pour introduire cette action. Il en résulta l'état pratiquement très peu satisfaisant que l'action n'était limitée par aucun délai. La nouvelle loi ne parle pas seulement de l'action expressis verbis, mais établit également un délai. Ici aussi le droit écrit se conforme aux besoins économiques de l'époque.

(17) Williston, *History of the law of Business Corporations before* 1800, (1888), 2 Harv. L. R. 105, 149. I.-M. Wormser dans Frankenstein, *Incorporated* p. 47-48 dit ceci : « Les vieux jours de la période pré-révolutionnaire étaient passés une fois pour toutes; les frontières disparaissant, des villes étant construites, ainsi que des fabriques, des chemins de fer et des bateaux à vapeur, il fallut de plus en plus l'investissement de capitaux pour donner une chance à ces grandes entreprises. On insista sur la nécessité de collaboration en grand style. Les grandes voies ferrées, les usines, les entreprises industrielles et d'exploitation publique n'ont pu se développer sur une échelle gigantesque que par la voie des corporations. Le droit, bien que lentement, s'est conformé, comme toujours, aux exigences sociales et économiques si bien qu'en 1875 le droit américain moderne des corporations avait déjà couvert une bonne partie du chemin. »

mon law » (c'est-à-dire droit coutumier non écrit anglo-saxon) n'admettait la fusion, la consolidation ou la vente de biens de la « corporation » qu'avec l'assentiment de tous les actionnaires. Pareilles dispositions convenaient fort bien tant que les « corporations » ne représentaient pas beaucoup plus que de petites sociétés avec peu d'associés. Mais un changement devint inévitable au fur et à mesure que les « corporations » augmentaient d'importance et de nombre, la fusion et la « consolidation » étant maintenant une affaire de tous les jours. C'est ce qu'exprime en termes plus généraux le jurisconsulte américain Robinson : « Lorsqu'on veut protéger les intérêts de la « corporation » dans la lutte acharnée de concurrence en ce monde, il faut fréquemment des changements radicaux dans les méthodes commerciales, dans l'organisation financière de l'entreprise et dans sa continuation même. » (18). Mais au moment où des lois vinrent conférer à une majorité des deux tiers le droit de procéder à ces changements, il a fallu protéger la minorité dissidente en obligeant la « corporation » à en racheter, le cas échéant, les actions. Une décision de New-York fait clairement ressortir le but de cette législation « destinée à remédier au malaise dénoncé à plusieurs reprises par les cours. Permettant d'un côté à la majorité des deux tiers de vendre lorsqu'elle le jugeait utile, elle protégeait de l'autre la minorité lorsque celle-ci considérait la vente comme contraire à ses intérêts. » (19). On a même cru quelque part devoir permettre à une majorité au-dessous des deux tiers de voter pareilles résolutions. Ainsi la loi de l'Ohio dit : « Sans tenir compte de dispositions quelconques de cette loi exigeant, pour un but quelconque, une majorité déterminée de votants, ou d'une partie ou de parties des actions, les statuts d'une corporation peuvent disposer que pareilles résolutions doivent être votées par une majorité plus grande ou moindre, la majorité ne pouvant toutefois être inférieure à la moitié de ceux qui ont droit de vote sauf les cas où la loi permet expressément d'y déroger. » (20). De récentes lois de la Pennsylvanie, de la Caroline du Nord et de l'Indiana admettent la « consolidation » et la fusion à la majorité, et même dans les cas où les statuts ne contiennent pas une telle clause (21).

Mais encore que l'évolution de la législation tende visiblement à favoriser les majorités, le projet d'une loi concernant les « corporations » met pourtant en présence d'un dilemme difficile le législateur, comme l'a fait remarquer M. Ballantine. Il doit le « rédiger d'une façon suffisamment large pour permettre l'exécution de transactions commerciales sans formalités inutiles en ce qui concerne le contrôle et le bilan, les résolutions et assentiments des actionnaires ou la sollicitation d'une intervention judiciaire, et en même temps pas lâche à un point que la gestion de la majorité peut manipuler le mécanisme au détriment des créanciers ou bailleurs de fonds ou en supprimant la minorité des actionnaires. » (22).

Nous ne pourrons qu'effleurer ici les répercussions de cette concentra-

---

(18) B.-M. Robinson, *Dissenting Shareholders, their right to dividends and the valuation of their shares* (1932), 32 Col. L. Rev. 60.

(19) *In re Timmis*, 200 N. Y. 177, 181, 93 N. E. 522, 523 (1910).

(20) Ohio Gen. Code (Throckmorton, 1932) sec. 8623-49.

(21) Pa. Stat. Ann. (Purdon 1-930) tit. 15, sec. 422, N. C. Code Ann. (1931) sec. 1244a; Ind. Cod. (Bagby 1929) c. 215, secs 32, 33.

(22) H.-W. Ballantine, *Questions of Policy in Drafting a modern Corporation Law* (1931) 19 Cal. L. Rev. 465, 466.

tion économique sur le droit fiscal : pour éviter une double imposition en matière d'impôt sur le revenu, on reconnaît aux sociétés intéressées un « Schachtelprivileg », c'est-à-dire on tient compte de la participation d'une société dans le capital d'une autre, en Allemagne, par exemple, lorsque cette participation est, au moins, de 25 %. Dans le même pays et aux Etats-Unis on reconnaît, pour le calcul des profits et pertes, une certaine unité à une pluralité d'entreprises juridiquement indépendantes. Les jurisprudences autrichienne et allemande d'avant-guerre déjà ont reconnu la qualité d'organe à une société par rapport à une autre, pour soustraire à la taxe sur le chiffre d'affaires les mutations entre la société mère et les filiales.

Cette « Organtheorie » montre que non seulement la législation, mais aussi la doctrine et la jurisprudence se conforment aux tendances de l'évolution économique. La concentration a une cause principale dans le besoin de crédit de l'économie, lequel va toujours en augmentant (23). Or, ce besoin a amené un changement fondamental jurisprudentiel en matière de gage mobilier en Allemagne, la cour du Reich ayant admis la validité de la vente-location (24).

Le code civil allemand, fidèle à la tradition, n'admet pas, il est vrai, le constitut possessoire en matière de gage. Dès lors, il n'y aurait pas eu de garantie possible à fournir par un commerçant dont les marchandises représentent tout ce qu'il possède. Mais la Cour du Reich n'a pas considéré qu'on tournait la loi en procédant à un transfert fiduciaire de la propriété sans déplacement de la possession. Si les arguments qu'a donnés successivement la juridiction suprême pour la validité de la « Sicherungsübereignung » ne sont guère convaincants, le droit allemand n'en a pas moins gagné une sûreté réelle économiquement indispensable, dont l'importance ne saurait être surestimée. L'institution a encore été perfectionnée par la reconnaissance — contestable elle aussi sur la base du code civil — du constitut possessoire dit anticipé, qui permet au bailleur de fonds ou tout autre créancier de s'assurer d'avance un droit réel au moment même de l'acquisition sur la marchandise nouvellement acquise par son débiteur.

La force des nécessités économiques n'est nulle part plus éclatante qu'en cette matière si peu souple de l'acquisition de la propriété où elle a battu en brèche le mur de l'exégèse pure sur deux autres points encore. Bien que la représentation ne soit prévue par le code allemand que pour les déclarations de volontés, la jurisprudence allemande permet aujourd'hui à un représentant d'acquérir la propriété pour son mandataire, sans que la tradition requise en principe (art. 929) par le code allemand se fasse entre les mains de ce dernier. Et bien que l'article 950 fasse propriétaire celui qui façonne une matière, cette accession générale et obligatoire à ce qu'il paraît, n'est pas seulement refusée au travailleur dépendant, mais encore peut-on y déroger au détriment de celui même qui travaille à ses propres frais et risques. Une loi spéciale en Autriche, le projet de code en Tchécoslovaquie, sacrifient au même besoin économique.

En Afrique du Sud et en France on a eu recours au registre pour admet-

---

(23) En vue de la sécurité du crédit, le Projet du C. de proc. civ. (1931) renforce et simplifie les voies d'exécution.

(24) Doctrine et jurisprudence dans les commentaires du Code civil sous les Par. 929, 930 et chez WOLFF, *Sachenrecht*, 9e éd. 1932, p. 619, surtout 14, p. 620.

tre exceptionnellement un droit de gage sans possession. Si le législateur n'y est pas arrivé tout de suite à des solutions préférables aux solutions doctrinales, il ne faut pas méconnaître après tout qu'une codification bien construite soit susceptible d'entraver sérieusement une jurisprudence économiquement désirable. C'est précisément au sujet de la possibilité d'un droit réel sur le fonds de commerce qu'un différend passionné sépare les jurisconsultes en Allemagne. Une action négatoire, et bien plus une action en dommages-intérêts en cas de quasi-délit (25) supposent en effet en droit allemand la violation d'un droit absolu. A moins de laisser sans protection légitime le commerçant lésé dans ses intérêts, il fallut ou bien étendre démesurément les textes ou créer de toutes pièces un droit sur le fonds de commerce reconnu à celui qui l'exploite.

Un autre domaine régi par un principe rigide a cédé aux tendances économiques nouvelles. La faute n'est plus souverain absolu en matière délictuelle. L'activité croissante des gouvernements, l'intervention de plus en plus considérable de l'administration dans les affaires sociales, la fabrication de produits standardisés et leur écoulement par des personnes sans possibilité d'examiner leur qualité, l'industrialisation progressive des moyens de transport tels que chemins de fer, automobiles et aéronefs ont introduit dans la vie économique le risque dans une mesure inconnue des temps passés. Il est normal qu'une théorie du risque soit venue se greffer sur le principe millénaire de la faute, qui ne suffit plus en matière de responsabilité pour faits de préposés, d'accident de travail, de droit aérien. Cette théorie est plus ou moins poussée dans les divers pays. Elle a reçu, dans quelques systèmes juridiques européens une extension considérable. Le législateur s'y est inspiré de cette idée que quiconque introduit des machines nouvelles et essentiellement dangereuses et profite des avantages qui en résultent, est responsable du préjudice causé par suite de l'introduction de ces nouveaux risques. Cette doctrine s'applique en France aussi pour les « fautes de service », lorsque la faute du fonctionnaire ne peut pas être prouvée. En Allemagne, c'est la loi prussienne concernant les chemins de fer qui a inauguré, en 1838, une série de mesures législatives consacrant la théorie du risque en matière de transport, où le montant des dommages et intérêts est restreint, le plaidant étant libre de prouver la faute en vue d'un dédommagement intégral. Le projet tchécoslovaque fait répondre de tout dommage occasionné par l'exploitation de l'entreprise quiconque exploite une entreprise extraordinairement dangereuse.

Nous avons, par ce qui précède, essayé de démontrer comment deux des plus importants phénomènes économiques, la centralisation des capitaux et l'importance croissante du crédit ont trouvé leur expression en législation et jurisprudence. Nous allons maintenant, à la lumière de quelques exemples, essayer de démontrer combien on se rend compte de plus en plus des rapports existant entre l'économie et le droit en général. Notre époque n'est, en effet, point caractérisée par l'influence que l'économie exerce sur le droit, mais par ceci que ce fait existant de tous temps est reconnu pour la première fois en pleine clarté, et que par conséquent le législateur et le juge

---

(25) Cf. paragraphe 823, al. 1er du Code civil allemand.

ont tendance à adapter, dans la mesure du possible, la loi aux besoins économiques (26).

Il n'allait nullement de soi notamment pour la doctrine allemande de voir clairement et de reconnaître franchement la pertinence de l'évolution économique pour le droit. En fait, la conséquence en fut une méthode tout à fait nouvelle de l'interprétation de la loi (27). Le dogme de la plénitude logique de la législation a dominé encore tout le XIX^e^ siècle et même le début du XX^e^ siècle. Une adaptation déguisée du droit à une évolution économique ou autre était donc seule possible. Lorsque les textes en vigueur ne contenaient aucune réglementation des nouvelles hypothèses, on s'efforça à en tirer une de la « nature » des institutions juridiques existantes par le moyen de la construction. L'expérience est là pour montrer qu'on peut prouver n'importe quoi par le moyen de la construction tout en feignant de ne développer que ce qui est déjà contenu dans la loi. Ce fut donc un moyen commode pour adapter le droit en vigueur aux conditions changées. Le remplacement du *corpus juris* par le code civil et l'évolution économique de plus en plus accélérée engendrant à chaque moment des phénomènes nouveaux rendirent manifeste le caractère fictif de la plénitude logique de la législation. L'école du libre droit et la doctrine des intérêts juridiques (28) mirent fin à la théorie de la plénitude logique, révélèrent la « nature » des institutions juridiques comme une pure abstraction tirée des dispositions en vigueur (29), dont on ne saurait développer de nouvelles dispositions que par le moyen d'inversions (30) logiquement inadmissibles, et dénoncèrent comme cryptosociologie le procédé de déduire de la loi, par des argumentations subtiles, ce que l'économie reconnaît comme convenable. Il a été dit à juste titre que les considérations qui réellement déterminent un jugement doivent également suffire pour le motiver (31), et ne doivent donc pas être cachées.

Tandis que l'école du libre droit (32) voulait conférer au juge l'indépendance même, dans une large mesure, de la loi, la doctrine des intérêts juridiques s'inspirant des travaux fondamentaux d'Ihering a fait triompher

---

(26) Les jurisconsultes romains ignoraient complètement le point de vue économique quant au droit romain. Rappr. PERNICE, *Ueber wirtschaftlichen Voraussetzungen römischer Rechtssätze, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgechichte, Rom. Abt.*, t. 19, p. 82 et suiv.

(27) Pour ce qui suit cf. entre autres Ph. HECK, *Gesetzesauslegungen und Interessenjuriprudenz*, Tubinge 1914 et les références p. 1. Tout récemment Heinrich STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz* dans *Festgabe für Heck, Rümelin, A. B. Schmidt*, Tubinge 1931; adde l'étude de MANIGK, p. 432 *l. c.* (1926). Pour l'introduction cf. l'excellente conférence qu'a faite M. HECK à l'Université de Francfort-sur-le-Mein le 15 décembre 1932, imprimée en 1933 chez J.-C.-B. Mohr (Paul Siebeck) sous l'intitulé *Interessenjurisprudenz*, tome 97 de la collection *Recht und Staat*.

(28) Cf. l'article du même titre de M. MANIGK, *l. c.* (1928), p. 309 et suiv. et ses références.

(29) Cf. RÜMELIN, dans *Archiv. für Zivilistische Praxis*, tome 131, HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, MUELLER-ERZBACH, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz ?* Ces deux Tubingue, 1932.

(30) Cf. Ernst FUCHS, *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, 1912, p. 37.

(31) HECK, *loc. cit.*, p. 236.

(32) C'est une opinion intéressante de GUTZWILLER, que l'école du libre droit est une conséquence nécessaire et « typique » du positivisme. V. GUTZWILLER, *Ueber Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft*, t. 54 de la collection *Recht und Staat*, J. C. B. Mohr, Tubingue 1927, p. 10.

l'idée (33) que ni le texte ni la construction, mais bien les balancements des intérêts manifestés par la loi importent pour le juge et qu'il ne peut mettre en balance lui-même les intérêts que dans les conflits d'intérêts ignorés par la loi, mais alors sans travestissement de construction (34).

C'est ainsi que la constitution du Reich de 1919 contenait une section spéciale concernant la vie économique (35), laquelle, comme toute la deuxième partie principale concernant les droits et devoirs fondamentaux des Allemands, renferme outre le droit positif de nombreuses propositions de programme (36) et même des postulats éthiques, par exemple : « Propriété oblige » (37), « tout Allemand a, sans préjudice de sa liberté individuelle, le devoir moral de faire de ses forces intellectuelles et physiques, l'emploi qu'exige le bien de la collectivité. » (38-39).

a) Si la création d'une section spécialement consacrée à la vie économique témoigne de la reconnaissance, par le législateur, de son importance, il résulte de ces normes juridiques imparfaites combien le législateur compte sur un juge évaluant lui-même. Ces normes sont destinées à donner une solution au juge pour la question de savoir quels grands principes il observera en faisant les balancements des intérêts qu'il faut faire (40). Ce fut du reste assez raisonnable de la part de la constitution du Reich, de renoncer à donner des règles positives détaillées et de s'en tenir plutôt à des lignes de conduite à l'adresse du législateur et du juge; l'adaptation du droit au changement des formes de la vie économique s'en trouve facilitée.

b) Le code civil allemand lui-même, décrié pour sa pédanterie, n'ignore nullement des normes souples. Il ne se sert pas seulement, comme toute loi plus ou moins, des notions « économie normale » (41), « diligence nécessaire dans les affaires »(42), il ne renvoie pas seulement à la bonne foi et aux bonnes mœurs (43), il définit, par exemple, les accessoires comme les choses mobilières destinées à servir le but économique de la chose principale (44). Et là, où les termes de la loi furent trop étroits, la jurisprudence y a suppléé

---

(33) Notamment : *Der Zweck im Recht*, 1877.

(34) Cf. le fameux art. 1er du Code civil suisse. « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et à défaut d'une coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».

(35) Art. 151-165.

(36) Cf. avant tout Giese, *Verfassung des Deutschen Reichs vom* 11 *August* 1919, p. 312.

(37) Art. 153, al. 3; proposition 1re.

(38) Art. 163, al. 1er.

(39) Il ne faudrait pas conclure cependant de la nature de programme de maints de ces droits fondamentaux dans les constitutions de date récente qu'elles sont de pures déclamations. Swoboda, *Probleme der Neuordnung des Privatrechts*, tirage à part des Mélanges pour Maurovic, Béograd 1934, p. 135, insiste sur ce point qu'elles constituent plutôt « une promesse solennelle faite à la population conformément à la conception culturelle de nos jours ».

(40) Sic — avec raison — Stoll, *loc. cit.*

(41) § 586.

(42) § 276.

(43) §§ 157, 242, 826; cf. là-dessus suprà.

(44) § 97, adde *Reichsgericht, Collection officielle des arrêts civils*, t. 47, p. 197 et suiv.; cf. Planck *a* et *b* sub art. 97; commentaire de Conseillers, etc., 4 sub art. 97 et les références doctrinales et jurisprudentielles.

entre temps pour faire justice aux propres buts de la loi. Il en est ainsi de l'octroi d'un droit de rétention lorsque la créance à cause de laquelle on retient et la créance dont l'exécution est refusée ne sont basées que sur le même rapport économique, tandis que la loi prescrit qu'elles doivent être basées sur le même rapport juridique (45); et encore du refus d'un droit de rétention à l'encontre d'une créance insaisissable, seulement pour cette raison que l'exercice d'un droit de rétention aurait ici le même effet économique qu'une compensation prohibée par la loi (46,47).

c) L'évaluation judiciaire a un champ principal d'activité sur le vaste domaine légalement réservé à la bonne foi et aux bonnes mœurs. L'exemple peut-être le plus connu d'un perfectionnement du droit par la jurisprudence s'inspirant d'une évaluation propre sous la pression des conditions économiques sans aucun appui direct de la loi est la jurisprudence en matière de revalorisation de la Cour du Reich, qui, en tant que phénomène éphémère ne saurait être appréciée ici d'une manière approfondie (48).

Il ne souffre aucun doute qu'il ne se soit agi ici d'un perfectionnement jurisprudentiel, même si les tribunaux ont naturellement invoqué une disposition de la loi. Ce fut justement la disposition (art. 242) qui engage le débiteur à effectuer la prestation d'une manière telle que l'exige la bonne foi eu égard aux usages dans les affaires. Toute décision rendue selon la bonne foi crée du droit. Elle s'inspire en fin de compte des évaluations propres du juge qui doit décider ce qui est conforme à la bonne foi. C'est là son danger cependant inévitable. Sinon il y aurait bientôt des conflits insolubles entre le droit et les positions économiques qui sont en mouvement continuel. Il est exact à la vérité, que précisément dans la question de la revalorisation le législateur aurait dû intervenir plus tôt; mais non point pour ce motif — encore invoqué par quelques-uns — que, selon l'opinion dominante sur le continent, le juge n'a qu'à appliquer et non point à créer le droit, opinion négligeant la reconnaissance aujourd'hui presque universelle des lacunes de la loi (49), mais parce que la dépréciation de la monnaie fit naître un besoin

---

(45) Art. 273. Cf. au lieu de tous PLANCK, 2 sub art. 273, STAUDINGER I 1*a* sub art. 273, Comm. de Cons., 1 sub art. 273 et les références doctrinales et jurisprudentielles; récemment Cour du Reich in Rec. des Déc. t. 134, 144; Cour d'Iéna dans *Juristische Wochenschrift* 1932, p. 1.399; Cour du Reich dans *Juristische Wochenschrift* 1932, p. 395; 1931 p. 1.349. Cf. Cour du Reich dans Rec. des Déc. 57, p. 1; 72, p. 103; 146, p. 57.

(46) Art. 394.

(47) Cf. Cour du Reich in Rec. des Déc. 83, p. 140; 85, p. 110. Sic Cour du Reich dans *Jur. Wochenschr.* 1932, p. 395, à la condition cependant que par ailleurs les créances soient compensables d'après le § 387 du Code civil, c'est-à-dire surtout qu'il y ait identité de l'objet; cf. encore Comm. de Cons., 1 sub § 273. Cette question est du reste très controversée. Comme ici, par exemple, Planck, 2a sub art. 273; les deux tendances fournissent de copieuses références doctrinales et jurisprudentielles pour leur manière de voir aussi bien que pour celle de l'adversaire. Nous ne faisons ici que renvoyer à la controverse.

(48) Là-dessus récemment cf. NUSSBAUM, *Die Bilanz der Aufwertungstheorie*, in « *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* », fasc. 67, Tubinge 1929. Cf. surtout les décisions de principe de la Cour du Reich et des cours régionales, publiées par MM. Victor RING et Rudolf HARMENING dans *Rechtsprechung in Aufwertungssachen*, année 1-6, Berlin 1925-1932. Son même caractère éphémère nous défend de nous occuper d'une façon approfondie du problème de la création du droit en temps de guerre. Rappr. pour plus de détails mes *Randbemerkungen zur Rechtschaffung im Kriege*, Hanovre 1916, où je me suis prononcé surtout contre l'effet juridique des représailles.

(49) Cf. suprà p. 196.

de normes « rigides » (50), c'est-à-dire de lois de revalorisation bien déterminées, telles qu'une loi seule peut les fixer, dont la création à la vérité est bien la propre mission du législateur. Puisque ce dernier n'intervint pas au début, ce fut un mérite de la Cour du Reich, d'avoir trouvé, au moyen de la « revalorisation individuelle » une méthode pour mettre en harmonie, dans la mesure indispensable au moins, le droit avec les nouveaux faits économiques.

La place manque ici de parler plus longuement des phénomènes intéressants tels qu'ils se manifestent dans l'adaptation des récentes législation et jurisprudence allemandes aux conditions économiques par la création du droit des cartels et par la sanction du boycottage. Les deux phénomènes sont traités d'une façon approfondie dans le tome II de mon ouvrage en deux volumes qui paraîtra prochainement : « Die Anpassung des Rechts an die Wirtschaftsverhältnisse ».

Nous trouvons une adaptation beaucoup plus simple en droit anglais, où il n'y a pas de codification, et où les règles juridiques vivantes forgées sur l'enclume du procès, reflètent le vrai caractère du litige et des circonstances qui ont donné lieu à leur création. Les principes qui ne sont plus en harmonie avec les conditions modernes sont parfois « distingués ». Un bon exemple en est la comparaison des deux espèces Cundy v. Lindsay (51) et Philippe v. Brooks (52). En matière de contrats commerciaux, l'autonomie de la volonté prohibée dans la période des Tudors (53), ne fut que partiellement reconnue au XVIII[e] siècle, lorsqu'on ne prévit encore guère les grands concerns. La force des considérants de cette époque ne fléchit qu'en 1894. Depuis l'affaire Nordenfelt le seul critère d'une convention restrictive est son opportunité par rapport aux relations des parties entre elles et au bien commun. Ces principes sont consacrés en Afrique du Sud par la jurisprudence dans l'espèce Mathews v. Kedelinghuys et par le législateur, dans l'Unlawful détermination of prices Act.

On rappellera finalement une tentative de grande envergure d'adaptation du droit aux exigences économiques. Si les relations économiques ne s'arrêtent plus depuis longtemps aux frontières étatiques, le droit lui aussi veut aller au-delà. A l'économie mondiale correspond le droit mondial (54).

Les grandes codifications du dernier siècle déjà, réalisant l'unité du droit à l'intérieur des différents Etats avaient des causes en grande partie économiques. Cela résulte déjà du fait qu'en France et en Allemagne furent réglées uniformément les premières ces matières qui — comme le droit de la lettre de change et le droit commercial tout court — concernent surtout la vie économique (55). Aujourd'hui aussi la Chambre de Commerce Internationale et surtout la Société des Nations font des efforts principalement pour un droit mondial de la lettre de change et du chèque.

---

(50) Sur cette notion cf. Heck, *l. c.*, p. 183.
(51) 878 - 3.A.C. 459.
(52) 1919 - 2.K.B. 243.
(53) The Dyer's Casex, 1415, 2 Hy. V. Adde *Colgate v. Batchelor* 1602, *Croke, Eliz.* 872.
(54) Rappr. GUTZWILLER, *l. c.*, p. 15.
(55) 1848. Loi de la Confédération Germanique concernant la lettre de change, 1861, Code de Commerce de la Confédération Germanique; en 1896 seulement le Code civil; cf. en France : Ordonnance sur le Commerce mars 1673 in Jourdan-Decrusy-Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, XIX, Paris O. J. n° 728, p. 92 et suiv.

Une étude spéciale a déjà été consacrée à l'unification de ces branches du droit par moi-même (56). Elle forme d'autre part l'objet d'une des contributions à ce Recueil (57). Il en est de même de l'arbitrage commercial (58).

En matière d'arbitrage, l'unification internationale est d'une importance toute particulière pour l'adaptation du droit aux conditions économiques. La tendance à écarter les juridictions normales est bien un phénomène des plus intéressants. Elle montre que les parties n'ont souvent pas confiance en la familiarité nécessaire du tribunal et de la loi que ce dernier applique avec leurs nécessités et besoins économiques; et cette méfiance est souvent légitime et ne disparaîtra qu'au moment où on aura pourvu à l'adaptation suffisante du droit à l'économie et où il y aura des garanties d'une parfaite connaissance, de la part des magistrats, des conditions économiques. Deux questions nous permettent de suivre l'évolution vers un droit mondial en ce qui concerne l'arbitrage : la question de la validité en général de la clause compromissoire et celle de l'exécution de sentences arbitrales étrangères. On y insistera un peu plus longuement.

L'arbitrage privé, qui est né du désir d'un prompt réglement extra-judiciaire des litiges de la vie économique, est vite parvenu à une grande importance à l'intérieur des Etats économiquement évolués de l'Europe et de l'Amérique. Mais au-delà des frontières étatiques, il y eût enchaînement progressif des relations économiques des pays entre eux et par conséquent le besoin d'un arbitrage privé tranchant les différends nés de ce commerce international. Quelques tribunaux arbitraux nationaux, il est vrai, avaient acquis, dans quelques branches du commerce mondial déjà avant la Grande Guerre, une telle autorité internationale que même les ressortissants d'autres Etats n'hésitaient point à se soumettre à leur décision. Toutefois ces organisations étaient, à l'exception peut-être de la London Court of Arbitration, essentiellement des comités d'experts ayant des tâches plutôt techniques que juridiques pour un domaine spécial du trafic international. A titre d'exemples. nous nommons les tribunaux arbitraux de la Bourse de coton de Brême ou ceux de la Liverpool Cotton Association pour le commerce de coton, de la London Corn Trade Association pour le commerce du blé et du Bureau de l'Union Lyonnaise des Marchands de Soie pour le commerce de soie en Extrême-Orient et en Europe. La Grande Guerre mit fin aux velléités de création d'une organisation universelle, qui s'imposait déjà, à cause des résistances locales manifestées pour des raisons économiques, mais contraires aux intérêts du commerce international. Même après la reprise des relations diplomatiques et économiques, la création d'un organisme international se heurta aux tensions politiques héritées de la période antérieure, et la solution provisoire du problème fut trouvée dans la conclusion de traités bilatéraux. Ce n'est que tout récemment qu'une institution de caractère universel prend place à côté des organes créés par les traités bilatéraux : la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris.

---

(56) Cf. Elemér Balogh, *Studien aus dem Gebiete der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts : Geschichtliches zur Verwirklichung der Vereinheitlichung des Wechselrechts*, Tirage à part de *Acta Academiæ Universalis Jurisprudentiæ Comparativæ*. Vol. 1er, Berlin 1928, IV. Excurs; p. 513-617.

(57) De la part de MM. Xavier Janne et Bouteron.

(58) De la part de M. René David.

Les particuliers qui écartent dans la mesure du possible les juridictions normalement compétentes, font la même chose en ce qui concerne les règles normalement applicables. En effet, les règles qui ne sont pas d'ordre public, s'adaptent, par le jeu de l'autonomie de la volonté, aux changements des conditions économiques pour perdre, le cas échéant, toute espèce d'importance pratique. Cela peut être dangereux lorsque les parties en présence occupent des positions économiques par trop inégales. Il est vrai que de telles situations et les conséquences fâcheuses comme des clauses d'exonération, de déchéance, etc., constituent le droit positif dans les branches les plus importantes de l'économie, où les contrats d'adhésion se sont substitués à la loi (59).

Nous ne nous occupons ici que des évolutions juridiques où se manifeste une adaptation passive du droit aux besoins économiques. Par conséquent, nous ne saurions entrer dans les détails de la tâche très intéressante incombant à la législation en face de ces abus que présente la vie économique. Nous mentionnons simplement que dans tous les pays on tâche d'empêcher, par le moyen de normes impératives, la suppression et la lésion de la partie économiquement plus faible. C'est ainsi que nous trouvons en Afrique du Sud une législation pour empêcher l'exploitation de ceux qui sont économiquement faibles dans le Rents Act, et des dispositions protectrices des acheteurs à tempérament dans l'Insolvency Act (60). Nous trouvons, en Angleterre, plusieurs Rent Restriction Acts où il est défendu au propriétaire d'expulser les locataires ou d'exiger un loyer dépassant certaines limites. En Angleterre et en Afrique du Sud les conditions et la durée du travail sont réglementées par la loi. La totalité de la législation sud-africaine fournit de bons exemples pour l'adaptation du droit aux conditions économiques (61).

Une science spéciale, la recherche dite des faits juridiques (62), s'occupe depuis quelque temps, en Allemagne, du refoulement du droit légal par le droit conventionnel. Cette branche du droit qui renferme la question de savoir à quel point les produits de la législation sont réellement vivants, question de la même importance pour le législateur qui veut apprécier la portée exacte de ses résolutions que pour le juge qui veut apprécier celle de sa décision, est également un symptôme pour l'intérêt grandissant que prend la doctrine allemande elle aussi dans les corrélations entre l'économie et le droit.

Un autre symptôme de cet intérêt est le fait de l'introduction dans la période d'après-guerre, de cours obligatoires sur le « Wirtschaftsrecht » à toutes les universités allemandes. La légitimité et les limites de cette disci-

---

(59) Cf. Pour l'Allemagne Conditions générales allemandes en matière d'assurance maritime; Conditions générales allemandes en matière d'expédition (construites toutes les deux comme une loi), les *Einheitsbedingungen des Reichsverbandes des Kreditgebenden Einzelhandels* (concern. la vente à tempérament).

(60) Cf. Sect. 69 à 70, *l. c.*

(61) La procédure elle-même ne semble pas à l'abri des considérations économiques. Nous constatons, en effet, que le Magistrates Court act qui réglemente la procédure devant les juridictions inférieures, a la tendance de diminuer les frais et la lenteur.

(62) Cf. Nussbaum. *Die Rechtstatsachenforschung* dans *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, fasc. 6, Tubingue 1914.

pline sont encore assez controversées en doctrine (63). Cela n'empêche pas que la pratique de l'enseignement juridique a pour objet des sujets bien déterminés traités sous l'étiquette de droit économique. Ce sont dans la plupart des cas précisément les domaines assez négligés jusqu'à présent tout en étant d'une importance toute particulière pour la vie économique moderne, tels que le droit des sociétés, des cartels, etc., et des entreprises de plus en plus importantes et nombreuses de l'après-guerre, dites d'économie mixte. Il va sans dire que la réunion de tous ces domaines sous le même nom de droit économique n'est qu'un symptôme de l'intervention croissante de la législation dans la vie économique. La conséquence en est pour la science la nécessité de traiter davantage et d'une façon systématique, les problèmes qui en résultent.

La vérité du fait que le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur qu'un produit des conditions changeantes, que le droit privé en particulier est soumis et doit être soumis à une adaptation continuelle à l'évolution économique, est déjà universellement reconnue de nos jours. Que le rapport entre l'économie et le droit soit maintenant compris comme celui de cause à effet ou celui de contenu et forme, question qui n'a point cessé d'être agitée depuis l'ouvrage fameux de M. Stammler sur « *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* » (64), mais que nous ne saurions même pas effleurer ici — de toute façon on est d'accord sur ce point qu'un rapport étroit existe entre le droit et l'économie. Et ceci est exact, de même que la méthode de rechercher pour toutes diversités et transformations du droit les causes économiques, pour pouvoir déterminer ainsi le sens et le but des dispositions. Toutefois il ne faut pas exagérer cette méthode et conclure pour chaque différence existant par exemple entre deux systèmes juridiques à des diversités économiques présentes comme cause. Que si la Common Law anglaise (65) rend propriétaire d'une chose qui s'était perdue celui qui de bonne foi l'acquiert sur un marché public, tandis que les droits français, italien, hollandais et suisse ne lui accordent que le remboursement du prix par eux payé (66) et le code civil allemand (67) le laisse sans protection aucune, on ne peut rien en déduire quant aux conditions économiques dans les pays respectifs. Il serait sans doute tout à fait erroné de mettre en un rapport quelconque avec le degré de développement économique des pays respectifs la protection dont jouit l'acquéreur de bonne foi. Nous savons plutôt (68) que la protection de l'acquéreur de bonne foi, sur le marché public, de choses qui s'étaient perdues, remonte à un privilège octroyé aux Juifs au Moyen Age et que le droit au remboursement se trouve également dans les lois allemandes plus anciennes, par exemple dans le Landrecht général pour les Etats prussiens de 1794 (69). Des contingences

---

(63) Cf. KASKEL dans *Jur. Wochenschrift*, 1926, p. 11 s.; Hans GOLDSCHMIDT, *Reichswirtschaftsrecht*, Berlin, 1927; HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Mannheim 1922; et très récemment KLAUSING dans *Beiträge zum Wirtschaftsrecht* (Mélanges offerts à M. Ernst Heymann), 1931.

(64) 4e éd. 1921.

(65) Sales of Goods Act 1893 sect. 23.

(66) Art. 2280 du Code civil, art. 709 du Codice civile, art. 637 du Burgerlijk Wectbook, art. 934, al. 2 du Code civil suisse.

(67) Art. 935.

(68) Cf. par exemple, *Sachenrecht*, 9e éd. WOLFF, p. 216 et ss.

(69) § 26, 44 I 15.

historiques et non point des considérations d'opportunité économique ont résolu, en fin de compte, la question de savoir si l'acquéreur d'une chose qui s'est perdue devient propriétaire en cas de vente sur le marché public, ou si au moins il aura droit au remboursement. Ce ne sont donc pas les détails d'une réglementation légale mais en première ligne les grandes idées maîtresses, comme, par exemple, l'idée de la protection en principe de l'acquéreur de bonne foi, qui peuvent être réduites aux besoins de la vie économique comme leur cause.

Il y a encore abus de l'idée saine d'une étroite union du droit et de l'économie, lorsque le législateur et le magistrat sont assaillis par les diverses catégories de la population avec des revendications auxquelles satisfaction serait donnée prétendûment dans l'intérêt de l'économie, mais en réalité dans l'intérêt exclusif de ces groupes. Et alors, il faut insister sur le fait que le droit n'a pas essentiellement pour tâche de satisfaire des desiderata de particuliers, mais bien d'établir des propositions générales dans l'intérêt de l'ensemble. Au surplus, la tâche du droit ne consiste point dans une adaptation aux fluctuations quotidiennes de la situation économique. Sinon toute sécurité juridique disparaîtrait et le droit dans sa qualité de règle de jeu de la vie, perdrait son sens même. Il serait aussi faux de revaloriser une dette monétaire quelconque selon les oscillations d'un cours de change déterminé, que fût exacte l'idée de la revalorisation en présence de l'étendue de la dépréciation monétaire allemande. Le droit a plutôt besoin d'une certaine rigidité et c'est la tâche difficile à la vérité du législateur et du juge d'examiner, le cas échéant, si seulement un intérêt particulier de groupements économiques isolés ou si véritablement l'intérêt d'ensemble de l'économie exige une réglementation nouvelle, s'il s'agit d'un changement temporaire de la situation économique ou véritablement d'une transformation fondamentale de l'économie, laquelle réclame un droit nouveau. On est d'accord aussi aujourd'hui sur ce point « qu'un juriste sans formation économique est une impossibilité » (70).

En ce qui concerne la familiarité du magistrat avec les besoins économiques de la vie, le système anglais du recrutement des juges l'emporte bien sur le système continental. Ce système-là n'admet à la magistrature que des avocats expérimentés, cependant que c'est une rare exception sur le continent pour un avocat d'accéder à la fonction de juge d'une juridiction supérieure. On cherche souvent à suppléer au défaut d'expérience de la vie pratique par des études abstraites de la vie économique. Mais il ne faut pas y oublier que la connaissance des détails de la théorie économique n'importe pas tellement. La nouvelle méthode de la formation juridique qui ne veut pas négliger d'intensifier les études des sciences économiques, ne saurait être mal entendue, si exacte qu'en fût l'idée fondamentale. En réalité le juriste a besoin de connaître la vie économique pour trois motifs avant tout si je vois bien.

Il doit bien discerner les faits qui se présentent à lui et savoir les apprécier. Il doit avoir suffisamment d'expérience de la vie pour distinguer dans les allégations des parties ce qui est vraisemblable de ce qui est invrai-

---

(70) Sic HEYMANN dans *Festgabe für Rudolph Stammler zum* 70. *Geburtstage*, Berlin, 1926, p. 222.

semblable, ce qui est essentiel de ce qui ne l'est pas. Mais le juriste doit comprendre aussi la loi. Il doit être à même de reconnaître derrière les mots le sens, derrière les formules générales l'évoluation décisive des intérêts. Cette tâche, elle aussi, exige une personnalité qui se connaît dans l'histoire de l'économie, personnalité qui sait quels intérêts étaient en conflit à l'époque de la création de la loi — de pareils conflits d'intérêts ayant primitivement été le seul objet de sollicitude de la part du législateur. Elle exige une personnalité qui n'ignore rien des conflits d'intérêts de son époque et qui est partant capable d'apprécier jusqu'où une application de la vieille loi aux temps nouveaux est possible. Mais le juriste ne peut surtout pas se passer de la connaissance de la vie économique là où la loi a une lacune et où c'est lui qui doit faire acte de législateur, où il doit lui-même évaluer l'un contre l'autre les desiderata et les besoins des plaideurs et trouver une norme générale pour cette évaluation d'intérêts. Toutes ces trois fonctions nécessitent pour le juriste une connaissance approfondie de la vie économique qu'il acquiert pourtant moins par des études théoriques que par l'expérience pratique. Mais la partie, elle aussi, des connaissances, laquelle seule s'acquiert par des études théoriques, ne se prendra pas surtout de la science économique telle qu'elle s'est développée historiquement. J'estime plutôt que deux branches avant toutes de la science juridique ont ici une tâche particulière. Je veux dire l'histoire du droit et le droit comparé.

L'histoire du droit parce qu'elle enseigne comment l'évolution historique de l'économie a été suivie par celle du droit, et parce qu'elle explique lesquelles des figures juridiques ont été adoptées simplement pour des motifs historiques, pour ainsi dire par piété et lesquelles d'entre elles ont été nouvellement créées d'une manière consciente par des considérations d'opportunité économique (71). Le droit comparé parce que aujourd'hui où tous les Etats civilisés ont atteint essentiellement le même degré de développement économique, il est en mesure de nous montrer comment et avec quel succès on peut maîtriser, par des moyens juridiques les plus divers, les conditions économiques qui sont essentiellement de la même structure (72). Une culture ardente précisément de ces deux branches de la science juridique, de l'histoire du droit et du droit comparé, justifie l'espoir de l'établissement d'une documentation suffisante pour enfin approcher de leur solution les questions de principe encore assez controversées touchant aux fondements mêmes de la science juridique, les questions qui ont trait au rapport entre le droit et l'économie.

---

(71) Ainsi est toujours nécessaire pour la connaissance du droit actuel une connaissance de sa préhistoire, parce que l'ordre juridique d'un peuple naît toujours des germes posés dans sa préhistoire. Crome, *Grundzüge des Römischen Privatrechts*, 2e éd., Bonn 1912, p. 2.

(72) Sic aussi GUTZWILLER, *l. c.*, p. 16 et suiv.

LE FACTEUR ECONOMIQUE DANS L'ELABORATION DU DROIT CIVIL

Répercussions de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de sa législation en matière de propriété et de contrat

Par Aurélien R. IONASCO
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Cluj

L'influence du facteur économique dans l'œuvre d'élaboration du droit civil est sans doute très importante (1). Le législateur doit en effet prendre en considération les exigences d'ordre économique s'il veut faire œuvre utile et réelle. Le droit resterait « comme un mécanisme tournant à vide, s'il n'était constamment approvisionné et nourri de la substance économique. Et cette substance même sera d'autant plus féconde, qu'elle sera puisée dans les réalités, de temps et de lieu, que considère l'Economie nationale ». (Fr. Geny, *L'Economie nationale et le droit civil,* revue trimestrielle de droit civil, 1930, p. 61).

Pour éviter que le *droit ne soit en retard sur les faits* (Bonnet), il y a donc grand intérêt à l'adapter continuellement aux changements de l'ordre économique. C'est ainsi seulement qu'on peut assurer son progrès et son prestige.

En matière civile, l'influence du facteur économique s'est surtout affirmée dans les nouveaux codes civils du XX^e^ siècle : les codes civils allemand, suisse, brésilien, soviétique, turc et chinois. Rédigés dans les 30-40 dernières années, ils ont subi nécessairement le contre-coup des grandes transformations économiques modernes. L'essor considérable de l'industrie, les nouvelles formes de richesse, le développement du crédit, les découvertes scientifiques et les grandes possibilités de déplacement de l'époque actuelle ont eu des répercussions profondes sur ces monuments législatifs. C'est ainsi que le travail, les valeurs mobilières, le crédit, les intérêts

---

(1) MAUNIER, Droit et économie politique, *thèse,* Paris, 1910^e^; ANGELESCO, La technique législative en matière de codification civile, *thèse,* Paris, 1930 ; VENJAMIN, Essais sur les données économiques dans l'obligation civile, *thèse,* Paris, 1931 ; RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, *Recueil* en l'honneur de Fr. Geny, t. II, p. 347, Paris, 1934; Le régime démocratique et de droit civil moderne, Paris, 1936.

des tiers, la sécurité, certains contrats, et d'autres matières encore, ont été réglementés sur des bases nouvelles, afin de mieux correspondre aux exigences de l'économie et de la vie moderne et d'assurer, par la forme et la protection juridique, l'efficacité du progrès économique et social.

Ces transformations ont eu aussi des répercussions sur l'évolution de la législation et de la jurisprudence civiles des autres pays, dont les codes étaient vieux. « Il serait sans doute absurde, dit M. Ripert, de nier que les transformations économiques aient eu une grande influence sur l'évolution de notre droit » (*Le régime démocratique et le droit civil moderne,* p. 2). D'ailleurs la nouvelle règlementation des conditions du travail, des titres de crédit, des assurances ou des personnes juridiques, dans beaucoup de ces pays (voir pour la Roumanie : A. Ionasco, *Le travail,* dans le volume *Roumanie,* collection : *La vie juridique des peuples,* Paris, 1933 ; Tr. Ionasco, *Les associations et les fondations en droit civil roumain,* Revue générale du droit, 1932 ; *Le contrat d'assurance,* revue trimestrielle, 1931, p. 1121), ainsi que l'évolution de la jurisprudence, surtout en matière de responsabilité, dans les pays ayant adopté le code Napoléon (voir pour la Roumanie : A. Ionasco, *Principes généraux de la responsabilité délictuelle,* Revue générale du droit, 1933) en font pleinement la preuve.

Mais, de nos jours, l'importance du facteur économique dans l'élaboration du droit s'est encore accrue. La prééminence de l'économique sur le politique à l'époque actuelle, la politique économique de certains pays après la guerre et la nouvelle doctrine de l'économie dirigée, pratiquée par tous les Etats à la suite de la crise économique, ont déterminé de nombreuses et incessantes interventions du législateur dans le domaine du droit civil et notamment en matière de propriété et de contrat. « Au moment où le code civil a été rédigé, l'Etat avait un rôle politique, mais non un rôle économique, dit M. Ripert. Nos idées ont changé. L'Etat, aujourd'hui, veut diriger l'économie. Il est impossible que cette conception nouvelle de l'économie dirigée laisse intact le contrat — nous dirons aussi la propriété — que le libéralisme du XIX^e^ siècle avait conçu » (*op. cit.* p. 273).

Afin de mieux faire ressortir l'importance que le facteur économique a pris dernièrement dans l'œuvre d'élaboration du droit civil, nous nous proposons d'exposer sommairement les répercussions de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de sa législation civile en matière de propriété et de contrat.

***

I. — *La petite propriété rurale et la politique agraire.* — La concentration de la propriété foncière entre les mains d'un nombre restreint de grands propriétaires peut entraîner de fâcheuses conséquences d'ordre économique et social. L'expérience de certains pays nous l'a bien montré.

Pour éviter ces perturbations, et aussi pour des raisons d'opportunité politique — voisinage de la Russie en pleine révolution et situation précaire des paysans dépourvus de terre — l'Etat roumain a procédé au lendemain de la guerre à la création de la petite propriété rurale. Ce fut par le moyen exceptionnel de l'expropriation pour cause d'utilité publique des grands domaines fonciers du pays, dépassant une certaine limite, et de leur répartition aux paysans, que le législateur roumain a réalisé cette importante réforme. Les habitants des campagnes ont obtenu, par voie

d'achat de l'Etat, des lots de cinq hectares, qu'ils ont payé seulement la moitié du prix d'expropriation accordée par l'Etat aux anciens propriétaires, prix réduit dont le payement a, par surcroît, été échelonné sur plusieurs années.

La propriété foncière est devenue ainsi accessible à tous les cultivateurs. Elle a été, pour employer l'expression de M. Gide, démocratisée. « En mariant la propriété de la terre au travail » (Gide, *Cours d'économie politique*, 8e édit., t. II, p. 245) on a fait disparaître du même coup les reproches et les griefs formulés à l'encontre de la propriété foncière ainsi que, pour beaucoup, la question de sa légitimité.

Mais, une fois la propriété rurale créée, à grands frais et au prix de bien des sacrifices, il fallait aussi assurer sa conservation que la stabilité économique demandait impérieusement. Elle était surtout menacée par les possibilités d'*aliénation*, le *morcellement* et le *parcellement* des propriétés en un grand nombre de lopins de terre. Ces deux derniers phénomènes surtout, funestes au point de vue économique, devaient être évités.

En même temps un autre problème, celui de la mise en valeur des nouvelles propriétés agricoles et de leur exploitation rationnelle, se posait avec acuité pour l'économie nationale.

1° En ce qui concerne l'*aliénation*, obstacle dangereux au maintien de la petite propriété rurale, le législateur a adopté des mesures prudentes et sages. Tout d'abord, pas d'inaliénabilité permanente qui irait à l'encontre des lois économiques et du but visé. Pourtant, l'inaliénabilité était de rigueur, pendant un certain laps de temps, jusqu'à l'acquittement complet du prix des lots achetés. Etablie en 1921, par les lois d'expropriation — pour une période de cinq ans et prolongée en 1925 —, par la loi du 13 mars — pour cinq encore, elle fut puis abolie en 1929 —, par la loi du 20 août 1929 — à condition que la terre soit intégralement payée. La nécessité économique de la circulation des biens a donc prévalu sur les autres intérêts d'ordre social et politique.

Mais une liberté absolue d'aliénation présente un danger « plus grand encore qui n'est rien moins que la ruine et la prolétarisation de la petite propriété » (Gide, *op. cit.*, p. 257). Afin d'éviter ces conséquences, ainsi que les perturbations économiques et sociales qui auraient pu en résulter, le législateur a édicté certaines restrictions à l'aliénation de la petite propriété rurale qui, aux termes de la loi du 22 mars 1937 sur l'organisation et l'encouragement de l'agriculture, sont les suivantes : *a*) droit de préemption de l'Etat lui permettant le contrôle de la circulation des terres et l'intervention en cas de besoin ; *b*) condition que l'acquéreur soit roumain et cultivateur (les prêtres, les instituteurs, les petits artisans et les diplômés des écoles d'agriculture, sylviculture et médecine vétérinaire, habitant à la campagne, leur sont assimilés), à l'exception des transmissions par voie de succession, constitution de dot, ou donation en faveur des successeurs qui ne sont pas soumises à cette restriction ; *c*) condition que la propriété rurale totale de l'acquéreur, y compris la nouvelle acquisition, ne dépasse pas 50 hectares par famille (époux et enfants mineurs non mariés), afin d'empêcher ainsi une nouvelle concentration de la propriété ; *d*) autorisation du Ministère de l'Agriculture qui vérifiera si toutes ces conditions sont remplies ; *e*) forme authentique des contrats d'aliénation nécessaire à la

validité de l'opération ; *f)* enfin, interdiction de vente pour les propriétés qui n'ont pas été complètement acquitées.

Ces restrictions, établies déjà en partie par les lois d'expropriation de 1921, complétées et étendues ensuite dans tout le pays par la loi du 13 mars 1925, ont été légèrement atténuées, à la suite de la crise économique, par les lois des 20 août 1929 et 22 mars 1937 ; nous nous référons surtout à l'extension du cercle des personnes pouvant se rendre acquéreurs de terres nouvelles, à la fixation à 50 hectares du maximum qu'on peut acquérir — au lieu de 25 comme auparavant — et à l'admission de certaines exceptions, à savoir : les aliénations faites en faveur de l'Etat et des communes, les aliénations de vignobles, vergers, potagers, pépinières, ne dépassant pas dix hectares, et les aliénations des terres jusqu'à cinq hectares, à condition que l'acquéreur assume l'obligation de faire des installations agricoles ou industrielles d'une valeur de 50.000 ou 100.000 lei par hectare.

En ce qui concerne la propriété non expropriée, le législateur n'avait établi qu'une seule restriction : le droit de préemption de l'Etat, droit lui assurant le moyen d'acquérir les terres dont il aura besoin pour de nouvelles répartitions aux cultivateurs, pour les colonisations, pour les pâturages ou pour la création d'exploitations modèles (art. 32 de la loi d'expropriation du 17 juillet 1921).

Afin d'empêcher qu'on tourne la loi par le moyen indirect de l'hypothèque — et en même temps pour ne pas rendre insaisissable toute la petite propriété rurale — le législateur a prévu qu'on ne pourra hypothéquer ces propriétés qu'en faveur des sociétés agricoles et des caisses de crédit autorisées par le Ministère de l'Agriculture. Ces sociétés pourront se rendre adjudicataires des propriétés hypothéquées, en cas de non-payement, à condition seulement de les vendre — en se conformant aux conditions de la loi — dans les trois ans à partir de l'adjudication ; sinon, l'ancien propriétaire peut reprendre de plein droit sa propriété contre versement au tribunal de la somme poursuivie en justice (art. 8 de la loi du 22 mars 1937).

La seconde mesure de protection économique du paysan et de sa famille fut la création du bien de famille insaisissable. La maison, ses accessoires, la cour et le jardin jusqu'à un hectare sont rendus obligatoirement insaisissables et non hypothéquables — mais aliénables dans les conditions de la loi — pour toutes créances, sauf les créances d'impôt de l'Etat et des communes, dans le cas où le débiteur n'a pas d'autres biens à poursuivre (art. 121 de la loi d'expropriation du 17 juillet 1921).

Ces mesures — dérogatoires au droit commun quant à la liberté d'aliénation et quant à la saisissabilité et la constitution d'hypothèque — ont contribué largement au maintien de la petite propriété rurale.

2° *Le morcellement*, c'est-à-dire la division de la petite propriété à chaque décès par le partage égal « suivant une progression géométrique jusqu'à ce qu'il ne reste plus que des lambeaux de terre dont on se sait que faire » (Gide, *op. cit.*, p. 255), constitue sans doute la menace la plus grave pour le maintien de la petite propriété rurale et pour son exploitation rationnelle.

Mais comment remédier à la situation ? Supprimer la réserve ou, selon la proposition de l'école de Le Play, la réduire, par la fixation d'une quo-

tité disponible plus importante et invariable ? Ce serait à la fois excessif et contraire à l'idée de protection de la famille.

Le retrait agricole ou le droit de préemption en faveur des cohéritiers — adoptés par certaines législations (Voir : Tr. Ionasco, *Chronique légis.*, revue trim., 1930, p. 1232) — sont sans doute des mesures utiles, mais insuffisantes, à cause de leur caractère facultatif.

C'est pourquoi, le législateur roumain s'est arrêté dès le début — en 1921 — à la solution de l'indivisibilité forcée par voie de succession — et par voie de vente ajoute la loi du 13 mars 1925 — d'un minimum fixé aujourd'hui à 2 hectares (art. 9 de la loi du 22 mars 1937). Par dérogation aux dispositions du code civil, le propriétaire peut désigner par testament un successeur auquel sera attribué le lot indivisible ; il peut aussi donner ou léguer ce lot avec dispense de rapport, même s'il dépasse la quotité disponible (art. 127 et 134 de la loi du 17 juillet 1921). Cette dernière dérogation qui réduit ou même supprime, en certains cas, la réserve, est sans doute excessive ; elle est aussi injustifiée, car le but économique poursuivi est suffisamment assuré par la mesure de l'indivisibilité.

Pour mieux protéger l'unité économique des exploitations agricoles, le législateur permet aussi aux propriétaires de rendre indivisibles des étendues de terre jusqu'à 50 hectares par le moyen d'une déclaration écrite présentée au juge de la circonscription. Ce qui est curieux c'est que les propriétés devenues de cette manière indivisibles sont du même coup soumises aux restrictions d'aliénation prévues par la loi.

Le principe de l'indivisibilité par voie de succession — adopté d'ailleurs comme règle de droit commun par le code civil suisse et par le projet du code civil roumain, pour les exploitations agricoles constituant une unité économique — se justifie, en dépit des dérogations qu'il apporte au code civil, par le rôle économique très important qu'il remplit.

3° *Le parcellement* est aussi un morcellement de la terre, mais entre les mains d'un même propriétaire. Au lieu que la propriété forme un tout, elle est partagée en plusieurs parcelles, souvent très éloignées les unes des autres, « situation qui augmente considérablement les frais de la production agricole et entrave le perfectionnement de ses méthodes » (Brocard, *Principes d'économie nationale et internationale,* t. II, p. 99).

La seule solution qui s'impose c'est le remembrement qui « a pour caractéristique de supprimer tous les droits de propriété existants, servitudes ou autres, et de les remplacer par des droits nouveaux : la propriété fait ainsi peau neuve » (Gide, *op. cit.*, p. 257). Certains pays — la Suisse par exemple — ont rendu le remembrement obligatoire ; il est réalisé, indépendamment de la volonté des propriétaires, par voie énergique de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le législateur roumain — plus respectueux des prérogatives des propriétaires — a adopté la solution du remembrement quasi volontaire, décidé par une majorité (art. 9 de la loi du 22 mars 1937). Les propriétés, jusqu'à dix hectares, soumises au remembrement, font retour à une masse commune qui est ensuite parcellée à nouveau et répartie aux propriétaires par la voie de la même procédure. Il s'agit donc d'un échange de propriétés imposé par une majorité à une minorité, solution grave, sans doute, par les atteintes qu'elle porte au droit de propriété, mais justifiée par son utilité économique et préférable à l'expropriation.

Pour faciliter les remembrements, un droit de préemption, privant celui de l'Etat, est accordé aux voisins en cas de vente des propriétés agricoles. De même, les propriétés, ayant fait l'objet du remembrement, bénéficient d'une réduction de 10 % de l'impôt agricole.

4° *Mise en valeur des nouvelles propriétés agricoles. Plan de culture et exploitation rationnelle.* — Créer la petite propriété rurale et protéger son maintien, ce n'était pas suffisant. Il fallait aussi encourager et faciliter la mise en valeur et l'exploitation rationnelle des nouvelles propriétés, afin d'assurer leur meilleur rendement et de satisfaire ainsi aux besoins économiques du pays. L'Economie nationale de notre pays essentiellement agricole le demandait impérieusement.

A cette fin, la loi d'expropriation de 1921 autorisa la « Caisse centrale d'appropriation » à imposer aux petits propriétaires des obligations concernant le plan et les moyens de culture, ainsi que la mise en valeur des produits agricoles. La sanction n'était rien moins que la perte du droit de propriété. La loi du 20 août 1929 avait même déclaré déchus, de plein droit, de leurs propriétés, les petits fonctionnaires et les artisans qui, ayant obtenu en 1921 des lots, n'avaient pas rempli leurs obligations de résidence et de culture directe de la terre.

Mais des obligations plus importantes ont été mises à la charge de tous les propriétaires, indépendamment du titre d'acquisition, par la nouvelle loi du 22 mars 1937. Les propriétaires sont tenus, aux termes de cette loi, sous peine d'amende : *a*) d'exécuter les travaux de technique agricole énumérés par la loi; *b*) de respecter les plans de culture dressés par l'autorité agricole ou décidés par la majorité de 66 % des cultivateurs de terre de la commune respective; *c*) de ne pas récolter le maïs avant les dates fixées par l'autorité agricole; *d*) d'exécuter les travaux d'aménagement des pâturages, sous la sanction de leur exécution par l'Etat au compte du propriétaire qui sera poursuivi selon la procédure prévue pour le payement des impôts; *e*) d'exécuter les mesures nécessaires pour combattre les maladies et insectes agricoles et de ne pas s'opposer à la destruction des plantes et des matériaux infectés qui sera faite par l'autorité agricole, sans aucune obligation de réparation des préjudices causés, etc.

A cet ordre d'idées se rattache aussi l'obligation pour les propriétaires des terres non expropriées de ne pas louer la terre pour une période inférieure à sept ans, les locations pour un an ou deux étant préjudiciables à l'agriculture.

Toutes ces limitations, ainsi que les restrictions à l'aliénation, l'indivisibilité et le remembrement, portent de sérieuses atteintes au droit de propriété. Elles se justifient aux yeux du législateur par l'intérêt économique de la sauvegarde de l'agriculture, richesse première du pays.

II. — *La propriété des mines, des cours d'eau et de l'énergie et la politique de la mise en valeur des richesses nationales.* — Les mines, les cours d'eau et les sources d'énergie, produits de la nature rares et souvent concentrés dans certaines régions du territoire national, constituent des richesses considérables, dont l'exploitation est une nécessité absolue pour l'économie nationale. Or, la propriété individuelle s'accorde mal avec la nécessité de la mise en valeur de ces « *richesses nationales* », dont l'exploitation demande des capitaux très importants, considérables même, et une technique spéciale dépassant les moyens des propriétaires ou des petites

entreprises. C'est ce qui fait que le principe de la propriété individuelle de ces biens — admis encore en Angleterre — n'a presque plus de défenseurs aujourd'hui.

Quelle a été, à l'égard de ces biens — et pour en assurer leur mise en valeur et l'exploitation rationnelle — la politique de la Roumanie, pays réputé pour ses richesses naturelles ?

1° *Les mines.* — Le régime antérieur à la nouvelle Constitution de l'Etat roumain du 23 mars 1923 — régime établi par le code civil et la loi du 21 avril 1895 — se rattachait à la conception individualiste de la propriété absolue du sol, comportant aussi celle du sous-sol. Le droit du propriétaire sur la mine était limité, toutefois, par le droit de l'Etat de procéder lui-même, ou par un concessionnaire, à l'exploitation de la mine en cas de refus du propriétaire. Celui-ci avait droit, en échange, à une redevance de 4 % du revenu net et au retour de la mine après un délai maximum de 75 ans.

Ce régime n'avait pas eu de bons résultats. C'est pourquoi au lendemain de la guerre une revision de la conception en matière de politique minière s'imposait. Les besoins industriels du pays agrandi, et surtout ceux de l'industrie dans les nouvelles provinces, demandaient impérieusement la mise en valeur de toutes les richesses du sous-sol, ainsi que leur exploitation rationnelle, afin d'assurer et le meilleur rendement possible et la conservation des sources de production. Or, ce n'est que l'Etat, déjà propriétaire des mines dans les nouvelles provinces, qui était en mesure de satisfaire à ces exigences. La nouvelle Constitution posa donc le principe de la nationalisation des richesses du sous-sol. Celles-ci, sauf certaines exceptions (les carrières, les roches communes et la tourbe) appartiennent à l'Etat.

Mais, bien plus, les lois d'expropriation ont rendu l'Etat propriétaire du sous-sol de toutes les terres expropriées et réparties ensuite aux paysans, sans aucune distinction, que le sous-sol contienne ou non des richesses. Le même régime juridique avait été établi, par la loi du 3 avril 1882, pour le sous-sol de la province de Dobrodgea.

L'exploitation des richesses du sous-sol — organisée par les lois sur le régime des mines des 4 juillet 1924 et 28 mars 1929 — se fait par voie de concession temporaire, en l'échange d'une redevance en faveur de l'Etat, concession dont la durée maxima est prévue par la loi pour chaque catégorie de gisement et ne dépasse jamais 50 ans. A partir de la publication du décret de concession, la mine devient une propriété indépendante de la propriété du sol; elle fait partie du domaine privé de l'Etat. Quant au droit du concessionnaire, il « est un droit réel immobilier » (art. 46), c'est-à-dire un droit réel *sui generis;* il n'est pas un droit de propriété car « si la loi déclare expressément que le concessionnaire n'a qu'un droit réel immobilier, c'est justement pour lui refuser le titre de propriétaire » (Ripert, *op. cit.*, p. 251).

Après tout cela, qu'est-ce qu'il reste au propriétaire du sol ? Rien, si la terre a été acquise en vertu de la réforme agraire, le sous-sol de ces propriétés appartenant à l'Etat. Quant aux autres, il leur reste encore la propriété théorique du sous-sol, vidé de ses richesses. Ce droit, dépourvu de son contenu réel, se traduit, en pratique, par les prérogatives de faire des fouilles, de participer pour une proportion de 10 % à la constitution du

capital de l'entreprise concessionnaire, ainsi que par le droit d'obtenir des dommages-intérêts pour les préjudices causés à la surface. La loi respecte toutefois les droits gagnés. Il faut ajouter aussi qu'un règlement du 6 février 1937 vient d'accorder au propriétaire du sol une quote-part de la redevance de l'Etat, variant entre 15 % et 30 %.

Mais en échange de ces prérogatives, que de restrictions à la propriété du sol même : locations forcées, servitudes et nouvelles possibilités d'expropriation (art. 56-59) !

2° *Les cours et les chutes d'eau.* — Le régime antérieur à la Constitution du 23 mars 1923 faisait une distinction entre les cours d'eau navigables et flottables qui faisaient partie du domaine public et les autres cours d'eau qui appartenaient aux propriétaires (art. 476 c. civ.). « Or, précisément c'est dans ces cours d'eau accaparés que se trouvent les forces motrices les mieux utilisables pour l'industrie sous la forme de chutes d'eau, de houille blanche et non dans les cours d'eau navigables, car là l'eau n'a plus guère de pente (Gide, *op. cit.* p. 274).

Par conséquent, était-il opportun, pour l'économie nationale, de laisser aux propriétaires cette nouvelle richesse, dont l'importance était devenue considérable pour l'électrification de l'éclairage, de l'industrie et des chemins de fer ? L'idée du respect du droit de propriété étendu à la force hydraulique, d'ailleurs contestée même par les juristes (Saleilles a soutenu « ingénieusement » que la force hydraulique est due à la longueur du courant, à l'inclination de la pente et au volume des eaux, éléments étrangers au patrimoine du riverain de la chute d'eau — Ripert, *op. cit.* p. 253), ne pouvait pas empêcher l'adoption d'une politique similaire à celle concernant les mines. Ceci d'autant plus que dans le système de la propriété privée « une seule personne, jouant le rôle, lucratif autant que scandaleux, du *barreur de chute,* était en mesure d'empêcher l'exploitation du courant ou de le faire payer un prix exorbitant » (Brocard, *op. cit.* p. 113).

Voilà pourquoi la nouvelle Constitution décide qu'en dehors des cours d'eau navigables et flottables qui restent dans le domaine public, les eaux produisant de la force motrice et celles susceptibles d'être utilisées dans l'intérêt de la collectivité constituent, elles aussi, « des biens publics » (art. 20). La loi du 27 juin 1924 organise, sur la base de ce nouveau principe, le régime général des eaux. Il n'y a que les eaux ne rentrant dans aucune des catégories visées par la Constitution qui appartiennent aux propriétaires. Mais leurs droits, restreints seulement à l'usage de l'eau pour leurs besoins personnels, sont encore limités par les droits consentis aux voisins de s'en servir eux aussi, lorsque l'eau manque dans une commune.

Les riverains restent propriétaires du lit et des rives — sauf quelques exceptions — indépendamment de la propriété du cours d'eau. Mais cette propriété est susceptible de nombreuses et graves servitudes et restrictions, en vue de permettre l'aménagement et l'utilisation des eaux. Dans l'intérêt de la navigation, par exemple, une zone de 10 mètres sur les rives des cours d'eau navigables doit être laissée libre, sans aucun droit de dédommagement pour le propriétaire. De même d'importantes restrictions à la plantation sont apportées. Et ce ne sont que quelques exemples.

3° *L'énergie.* — Une fois établi, par la Constitution, le principe du droit de propriété de l'Etat sur les mines et les chutes d'eau, il en résultait aussi son droit exclusif à l'exploitation de l'énergie, thermique ou

hydraulique. La loi du 7 juillet 1930, remplaçant une loi antérieure du 4 juillet 1924, décide, en effet, que la production, la transmission et la distribution de l'énergie, hydraulique ou thermique, constituent un droit exclusif de l'Etat. Elle nécessite une concession qui sera accordée, ayant égard « à la meilleure utilisation des sources naturelles d'énergie au point de vue des intérêts de l'économie nationale » (art. 2). Les concessions ne peuvent dépasser 90 ans pour la production, 50 ans pour la transmission et 15 ans pour la distribution de l'énergie. A l'expiration de la concession, toutes les installations reviennent à l'Etat.

Au point de vue juridique, l'énergie est un bien meuble (art. 18).

La production et l'exploitation de l'énergie entraînent elles aussi des limitations — servitudes et expropriations — à la propriété foncière ou bâtie. Le concessionnaire de la transmission de l'énergie a même le droit de couper les branches des arbres qui par leur voisinage pourraient endommager les réseaux ou provoquer des courts-circuits.

De tout ceci, il résulte que la politique de la mise en valeur des richesses nationales, que nous venons d'esquisser, s'est projetée sur le plan juridique, non seulement par la nationalisation des richesses du sous-sol et des cours d'eau susceptibles d'être utilisés par la collectivité, mais aussi par une série de nouvelles limites et servitudes imposées à la propriété du sol et à la propriété bâtie.

III. — *La propriété de l'air et la navigation aérienne.* — « La propriété du sol comprend en soi la propriété du dessus et du dessous » disait l'art. 489 du code civil, exprimant ainsi la conception individualiste que l'invention et surtout le progrès de l'aviation allaient anéantir. La nouvelle Constitution déclare, en effet, que l'espace aérien fait partie du domaine public (art. 20). La loi du 12 août 1924, portant ratification de la convention internationale du 13 octobre 1919 sur la navigation aérienne, reconnaît elle aussi le droit de souveraineté de l'Etat sur l'espace aérien. Elle impose toutefois aux aéronefs l'obligation de ne pas entraver l'exercice du droit de propriété sur le sol survolé.

C'est pourquoi il est curieux de voir qu'un décret-loi récent du 8 octobre 1936, plus respectueux des droits du propriétaire du sol que la Constitution même, met à la charge des aéronefs l'obligation de maintenir dans leur vol une limite inférieure d'altitude telle, que l'usage paisible des propriétés du sol ne soit en rien troublé, par l'action immédiate du vol; jusqu'ici très bien, mais il ajoute aussi : « Si cette limite inférieure est respectée, le propriétaire ou celui en droit ne pourra pas interdire de survol » (art. 1er). Mais de quel droit pourrait-il le faire, lorsque, nous l'avons vu, l'espace aérien fait partie du domaine public ?

La navigation aérienne a eu donc comme conséquence de faire passer l'espace aérien dans le domaine public. Mais, de même que l'exploitation des mines, des cours d'eau et de l'énergie, la navigation aérienne a entraîné elle aussi d'importantes restrictions à la propriété du sol; de nouvelles possibilités d'expropriation et de nombreuses servitudes (de ne pas bâtir, de ne pas planter, de ne pas creuser la terre ou faire des routes, etc...) frappent, en effet, les terrains voisins des aérodromes ou ceux fixés comme terrains d'atterrissage possibles. Le décret-loi mentionné autorise même l'Etat à détruire les constructions, les plantes et les obstacles considérés comme périlleux pour la navigation aérienne (art. 31).

Il faut ajouter aussi que ces servitudes n'entraînent d'indemnités que si de leur fait le propriétaire a subi « un dommage actuel et certain » (art. 30).

IV. — *La propriété bâtie et la politique occasionnée par la crise de l'habitation.* — Le rythme très ralenti des constructions pendant et immédiatement après la guerre, ainsi que l'afflux de la population rurale vers les villes, après la guerre, ont provoqué dans tous les pays une crise de l'habitation très vigoureuse. Les logements manquaient et les prix des loyers augmentaient dans des proportions excessives. La loi de l'offre et de la demande ne jouait plus. Or « la hausse du prix des loyers se répercute sur le prix de revient de toutes les industries qui se développent dans les villes. Elle pèse sur tous les budgets, privés et publics... Elle risque de diminuer la natalité, de priver la population nationale du bien le plus essentiel à la santé, à la moralité, au bien-être, à la paix sociale, au développement économique général, au progrès de la civilisation tout entière » (Brocard, *op. cit.*, p. 102). Voilà, de l'avis des économistes, les méfaits de la crise des logements.

En Roumanie elle s'est fait surtout sentir dans la capitale, dont la population avait sensiblement augmenté du fait de l'agrandissement du pays.

Quelles ont été, afin de parer à cette crise, les mesures des pouvoirs publics ?

En premier lieu, suivant l'exemple de tous les pays, on a prorogé les baux et on a fixé une limite maxima du prix des loyers. Cette mesure a été prise pour la première fois, à titre exceptionnel, par la loi du 5 avril 1916 et elle a été prolongée ensuite, toujours à titre exceptionnel, d'année en année, par une vingtaine de lois, jusqu'au 15 octobre 1935. C'est la loi du 15 avril 1935 qui a opéré le retour définitif et complet des baux à loyer au droit commun.

En second lieu, une politique d'encouragement des nouvelles constructions avait préoccupé les gouvernements. Elle s'est traduite surtout par des exemptions d'impôt sur la propriété bâtie, par l'application du droit commun aux locations des nouvelles constructions et par le lotissement des emplacements appartenant aux communes et leur vente à prix réduit et à crédit aux invalides, aux anciens combattants, aux fonctionnaires publics et à d'autres catégories de citoyens; pour forcer les acheteurs à construire, les lots étaient frappés d'inaliénabilité pour un délai de 8 à 15 ans.

En même temps la loi du 3 mai 1927, dite de l'encouragement des constructions de logements, a consacré un chapitre à l'organisation juridique de la propriété par étages et appartements qui s'annonçait déjà, pour les grandes villes et surtout pour la capitale, comme la formule de l'avenir. Le propriétaire de l'étage ou de l'appartement est en même temps, en vertu de la loi, copropriétaire des parties communes de la maison (emplacement, façade, fondations, toit, entrées, installations communes) et membre de l'association civile des propriétaires de l'immeuble respectif, association qui est chargée de l'administration et de l'entretien des parties communes faisant l'objet de la copropriété forcée. Ensuite, afin de parer à la situation anti-économique de la copropriété de droit commun (A. Ionasco, *La copropriété d'un bien*, Paris, 1930, n° 23), le législateur prévoit que les décisions

se prendront à la majorité et qu'un administrateur désigné par l'assemblée générale sera chargé de l'exécution de ces décisions.

V. — *Le contrat et la politique occasionnée par la crise du crédit.* — La situation économique de la Roumanie, dans ses dix-huit dernières années, a été dominée par les conséquences de la réforme agraire réalisée en 1918-1921. « De telles réformes peuvent être indispensables, dit M. Brocard; mais elles suscitent toujours de graves difficultés d'ordre financier et économique » (*op. cit.* p. 97). C'est ce qui est arrivé aussi chez nous. Les paysans avaient eu besoin d'importants crédits, au lendemain de la réforme agraire, pour la mise en valeur de leurs exploitations agricoles. Mais les capitaux existants à l'époque étaient insuffisants. La loi de l'offre et de la demande fonctionna donc mal et les intérêts stipulés couramment dans les contrats s'élevaient à 30-40 %. Or, la production agricole qui avait sensiblement diminué — car la terre morcelée et cultivée dans des conditions primitives ne donnait plus le même rendement — ne pouvait pas supporter ces gros intérêts. Les dettes doublèrent et triplèrent alors par l'accumulation des intérêts non payés. A ces maux vinrent s'ajouter, à la suite de la crise économique, la dévalorisation des terres, la baisse générale des prix des produits agricoles et les restrictions au commerce international et à la circulation des devises qui rendirent la situation encore plus tragique. Les propriétés étaient grevées d'une dette variant, à cette époque, entre 3.338 et 11.203 lei à l'hectare, suivant les régions, soit une dette dépassant assez souvent la valeur des propriétés respectives (A. Ionasco, *Les mesures prises en Roumanie en faveur des débiteurs pour l'exécution de leurs obligations à la suite de la crise économique,* Rapport rédigé en vue du deuxième Congrès international de droit comparé tenu à La Haye du 4 au 11 août 1937).

Que faire ? Laisser libre jeu aux institutions du droit commun ? Cela aurait signifié la liquidation en masse des propriétés rurales et, par conséquent, l'anéantissement complet des résultats de la réforme agraire, sans assurer, au moins, en échange, le recouvrement des créances. Il fallait donc intervenir !

Les mesures prises par le législateur à cet effet se sont inspirées d'une double politique : d'un côté liquidation du passé par un arrangement concernant les dettes accumulées d'une façon anormale à la suite de la crise; de l'autre, protection des débiteurs et redressement du crédit.

1° *Liquidation du passé.* — C'est la loi du 7 avril 1934 — venue après une série de lois ayant cherché sans succès, à partir du 18 décembre 1931, la solution du problème dans la suspension des exécutions forcées, le moratoire ou la réduction obligatoire des créances — qui, grâce à l'extension dans la matière de certaines institutions du droit commun, a réussi à résoudre d'une façon définitive le problème de la liquidation des dettes accumulées. La loi — qui visait toutes les dettes, nées jusqu'au 18 décembre 1931, dont les débiteurs étaient propriétaires d'immeubles soumis à l'impôt agricole ou à l'impôt sur la propriété bâtie — avait mis les créanciers dans l'alternative suivante : ou accepter l'arrangement légal comportant certaines réductions variant entre 20 % et 70 % du total de la créance ainsi que l'échelonnement du payement du reste sur un nombre d'années variant entre 2 et 17 ans, suivant que la réduction était plus ou moins forte, ou attendre 10 à 15 ans, délai du moratoire légal, et subir en même temps, soit la réduction rétroactive des intérêts, dont la loi avait prévu un nouveau

calcul, soit l'expropriation de la créance, présumée par la loi d'utilite publique.

Les créanciers, menacés ainsi, d'un côté par le moratoire et la réduction des intérêts et de l'autre par la perspective de l'expropriation des créances, ont préféré accepter l'arrangement « facultatif » de la loi. Celui-ci, discutable sous le rapport de l'équité, ne présentait pas moins, au point de vue strictement juridique, le caractère conventionnel (A. Ionasco, *Rapp. cit.*).

Sans doute, par ces pressions législatives, quoique tirées de certaines institutions de droit commun — concordat, moratoire, limitation du taux de l'intérêt et expropriation — la liberté contractuelle a été gravement atteinte. C'est pourquoi « la loi n'a été, et ne pourrait être, qu'une loi tout à fait exceptionnelle, destinée à liquider une fois pour toutes un passé, afin de permettre ensuite le redressement du crédit, profondément ébranlé par les lois antérieures » (A. Ionasco, *Rapp. cit.*).

2° *Protection des débiteurs.* — Liquider le passé ce n'était pas suffisant; il fallait aussi empêcher les abus des prêteurs et protéger les débiteurs de bonne foi. Ces mesures ont été prises par la loi contre l'usure du 2 avril 1931 — intervenue trop tard, car les abus des prêteurs avaient fait leur œuvre — et la loi sur le concordat préventif du 10 juillet 1929, dont une nouvelle édition, à la suite de plusieurs modifications, a été publiée le 9 mai 1933.

La loi contre l'usure — contrairement à la tradition du droit civil roumain, mais conformément à la législation des nouvelles provinces, — limita le taux de l'intérêt conventionnel à 6 % en-dessus de l'escompte de la Banque Nationale, portant ainsi atteinte au principe de la liberté contractuelle. Une loi ultérieure du 14 avril 1933 compléta le système, mettant aussi, à côté de l'élément variable réduit à 5 %, un plafond fixe de 12 % qu'on ne pouvait pas dépasser. Afin d'empêcher les fraudes et d'assurer l'efficacité de cette limitation — qui était uniforme pour toutes les créances, indépendamment de leur nature — le législateur a étendu la notion d'intérêts aux prestations de toute nature stipulées, à n'importe quel titre ou dénomination, et il a supprimé également deux institutions très importantes au point de vue pratique : l'antichrèse et la vente à réméré, parce qu'elles pouvaient servir à déguiser des prêts usuraires (Tr. Ionasco, *Chronique légis., Rev. trim.* 1935, p. 485). Ensuite, pour parer en partie à son intervention tardive, le législateur n'a pas hésité à donner à la loi le caractère rétroactif, en soumettant aussi à son application les intérêts stipulés dans les contrats antérieurs à sa promulgation, pour les échéances ultérieures à cette date et même pour celles qui étaient antérieures si les intérêts n'avaient pas été payés.

Utile, sans doute, en son principe, dans une époque d'instabilité économique et monétaire, — surtout dans un pays de petites exploitations agricoles où la protection économique des cultivateurs est une nécessité nationale, — la loi a été, pourtant, excessive, par certaines de ses dispositions (v. aussi sur la loi : Popesco-Ramniceanu, *Bull. Soc. Lég. comp.* 1932, p. 387).

Le concordat préventif, dont on prépare maintenant une nouvelle réglementation, a pour but d'éviter la déclaration de faillite des commerçants de bonne foi qui, à la suite de circonstances extraordinaires et impré-

vues — le plus souvent d'ordre économique — se trouvent momentanément dans une situation précaire. Il consiste en un arrangement comportant, d'une part, une réduction, au maximum de 40 %, des dettes du commerçant et de l'autre, un délai de payement pour le reste ne pouvant dépasser cinq ans. Cet arrangement, proposé par le commerçant, doit être accepté par l'assemblée des créanciers — à la majorité des deux tiers du total des créances non privilégiées et non garanties d'hypothèque ou de gage — et il doit être aussi homologué par le tribunal. Le jugement d'homologation — qui peut être donné même si le concordat n'a réuni dans l'assemblée des créanciers que la moitié du montant total des créances chirographaires — rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la demande, même s'ils n'ont pas donné leur adhésion au concordat (v. la loi traduite en français par M. Rosetti Balanesco, *Ann. lég. étrang. de la Soc. de lég. comp.* 2e série, 27e année, p. 212).

3° *Redressement du crédit.* — Les mesures que nous venons d'examiner ne sont pas seulement des mesures de liquidation et de protection des débiteurs. Inspirées au législateur par le soin d'assurer l'exécution des obligations, gravement menacées dans une époque de crise et d'instabilité économique, elles ont eu pour but final le rétablissement de la confiance dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs et le redressement du crédit (A. Ionasco, *Rapp. cit.*).

Mais en vue de la réfection du crédit (Gr. Dimitresco, La Crise juridique du crédit, *Bull. Soc. lég. comp.* 1935, p. 277), le législateur a pris aussi d'autres mesures, que voici : la loi du 10 avril 1931, portant création d'un registre commercial, a institué — à l'instar du casier judiciaire, réorganisé par le nouveau code de procédure pénale du 19 mars 1936, et à l'instar du casier civil, organisé par la loi du 25 février 1928 — un casier commercial destiné à centraliser toute la publicité concernant les entreprises commerciales; la loi du 20 avril 1933 a prévu l'extension dans tout le pays du système de publicité immobilière des livres fonciers, existant seulement dans les nouvelles provinces; les lois numéros 58 et 59 du 1er mai 1934, portant une nouvelle réglementation — conforme aux conventions de Genève — et l'unification législative de la lettre du change, du billet à ordre et du chèque, ont rendu ces titres exécutoires; la loi du 8 mai 1934 sur l'organisation et la réglementation du commerce de banque a institué un nouveau régime pour l'exercice de ce commerce, comportant un contrôle plus serré et la création d'un Conseil supérieur bancaire; la loi du 20 avril 1935 pour l'encouragement du crédit a édicté certaines exemptions d'impôts et a donné une définition précise de la créance certe et liquide; enfin, il faut citer aussi la loi du 20 août 1929 sur l'organisation du crédit rural et agricole, les lois des 9 avril 1930 et 1er janvier 1933 portant création et organisation de l'Institut hypothécaire, le décret-loi du 10 novembre 1936 pour l'organisation des monts-de-piété et la loi du 1er avril 1937 portant création de l'Institut national de crédit agricole.

En ce qui touche de plus près les contrats, les mesures de redressement du crédit ont eu pour objet les ventes à crédit et la constitution du gage agricole.

La loi du 2 août 1929 a procédé à la réglementation de la vente à crédit des machines industrielles, agricoles et autovéhicules et surtout à l'organisation de la sécurité du vendeur, afin d'encourager ces ventes et de

faciliter ainsi aux agriculteurs et industriels l'acquisition, dans l'intérêt de l'économie nationale, des machines et des autovéhicules, dont ils ont besoin pour leurs exploitations. A cette fin, la loi dispose que, sauf stipulation contraire, « dans toutes ces ventes, la propriété de la chose vendue reste au vendeur jusqu'au paiement intégral du prix et des accessoires stipulés par le contrat, quoique la chose ait été livrée à l'acheteur » (art. 31; v. la loi traduite en français par M. Rosetti Balanesco. *Ann. lég. étrang. de la Soc. de lég. comp.*, 2e série, 27e année, p. 208). La loi ajoute aussi que « la réserve du droit de propriété au profit du vendeur, stipulée dans l'acte, est opposable aux tiers pendant 5 ans depuis la date de la dernière transcription de l'acte » (art. 9). Il en résulte donc une double dérogation aux dispositions du code civil : quant au principe du transfert instantané de la propriété par le seul accord des volontés et quant à la règle « en fait de meuble possession vaut titre » (Tr. Ionasco, *Chronique légis., Rev. trim.* 1930, p. 1229).

Pour mieux protéger la sécurité du vendeur à crédit, le législateur prévoit aussi que les risques de toute sorte passent à la charge de l'acheteur à dater de la livraison — bien qu'il ne soit pas propriétaire — et que l'aliénation de la machine par l'acheteur, avant son acquittement complet, ainsi que toute tentative de destruction ou de détérioration, constituent des délits entraînant la peine de l'amende et de l'emprisonnement correctionnel.

Une dernière disposition de la loi admet la validité de la clause de réserve de la propriété dans toutes les ventes à crédit d'objets mobiliers, même s'ils ne rentrent pas dans les catégories visées par la loi; seulement, il n'y aura pas de présomption légale, en ce qui les concerne, et on ne leur appliquera pas les dispositions de la loi, exception faite de l'art. 28 concernant l'abus de confiance de l'acheteur qui aliène l'objet acheté, avant de l'avoir intégralement acquitté.

En ce qui concerne le gage agricole, la loi du 16 avril 1931 contient des dispositions, dérogatoires au droit commun, destinées à faciliter la constitution du gage agricole et à mettre les cultivateurs des terres dans la situation d'obtenir plus aisément le crédit dont ils ont besoin pour leurs exploitations (A. Ionasco, *Rapp. cit.*). Il est intéressant de citer surtout la disposition suivant laquelle le gage agricole est considéré constitué (sur les ensemencements, produits du sol, bétail, instruments et machines) par le seul consentement constaté par acte authentique, sans qu'un dessaisissement soit nécessaire, — disposition très importante au point de vue pratique, car grâce à elle l'exploitation agricole n'est en rien gênée par la constitution du gage, — ainsi que la disposition, poursuivant le développement du crédit, qui rend le contrat de gage agricole transmissible par voie d'endossement (v. la loi traduite en français par M. Rosetti Balanesco, *Ann. lég. étrang. de la Soc. lég. comp.* 2e série, 29e année, p. 193).

VI. — *Le contrat et l'économie dirigée.* — L'Etat s'est attribué dernièrement, dans tous les pays, le droit de contrôler et de diriger l'économie nationale. La production, la circulation et la distribution des richesses ne sont plus libres; elles sont surveillées sans cesse par les pouvoirs publics qui veulent les guider et diriger dans les directions les plus conformes aux intérêts de la collectivité nationale. « Si cette conception est juste ou simplement si on veut l'imposer, dit M. Ripert, tout notre droit est à refaire » (*op. cit.* p. 273). Et cela est bien vrai, car « le dirigisme de l'Etat s'exerce

en même temps que sur l'économique, sur le juridique, qui s'en trouve bouleversé et paralysé » (Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *Rev. trim.* 1937, p. 24).

C'est notamment sur le contrat que « *le dirigisme économique* » a eu de profondes répercussions. Il a donné naissance à un nouvel ordre public : l'ordre économique. Celui-ci, par ses interdictions nombreuses et variées, a anéanti, presque, la liberté contractuelle. M. Ripert, qui a consacré d'admirables pages à l'examen de la question, arrive à la conclusion que le contrat moderne apparaît « comme la soumission des parties à un ensemble de règles légales obligatoires. Il est dirigé par le législateur comme l'économie elle-même et par voie de conséquence. Les parties restent libres de contracter ou non, mais c'est là toute leur liberté et cette liberté n'est qu'apparente, car il faut bien contracter pour vivre » (*op. cit.* p. 302).

Nous nous bornerons ici à constater seulement que les principales répercussions de l'économie dirigée sur le contrat sont les mêmes en Roumanie que partout ailleurs (fixation d'un prix minimum pour la vente du blé afin de protéger la production, fixation d'un prix maximum pour la vente de certaines denrées ou produits afin d'empêcher la spéculation illicite, standardisation de certains produits et contrôle de leur vente, interdiction du commerce des devises, contingentement et contrôle du commerce international, etc...).

***

Il ressort de ce sommaire exposé que la politique économique de la Roumanie, dans ces dix-huit dernières années, a eu de profondes répercussions sur le droit de la propriété et du contrat.

La propriété du sol ne comporte plus la propriété du dessus et du dessous. Les richesses naturelles ont été nationalisées. La propriété de la surface est restée individuelle, mais elle a été démocratisée et soumise, dans l'intérêt collectif, à de nouvelles limitations et servitudes. La propriété bâtie, elle aussi, a subi, pendant 20 ans, de très graves restrictions.

Quant au contrat, on ne peut plus le conclure comme on veut et il n'a plus la même force. Aussi on n'est plus sûr de son exacte et conforme exécution. Le nouvel ordre économique rétrécit chaque jour le cercle restreint de la liberté contractuelle.

Du temps du libéralisme, la propriété était absolue et la liberté contractuelle aussi; c'étaient les deux grands principes qui dominaient le droit patrimonial. Il n'y avait qu'une limite : l'ordre public.

De nos jours, l'interventionisme et l'économie dirigée ont tout changé. Partout, que ce soit dans le domaine de la propriété ou dans celui du contrat, on ne rencontre que des restrictions et des interdictions. L'ordre public s'est multiplié; l'agriculture, l'industrie, le commerce, la politique économique, financière et monétaire, tout est entré dedans. Le vieux droit civil s'est ainsi couvert d'une législation éparse et touffue qui lui change assez souvent son vrai visage.

Mais, hélas ! ce changement est un fait qu'on ne peut pas nier ! Il représente la conséquence inéluctable du « dirigisme » qui caractérise les

temps que nous traversons et il prouve rien moins que l'économie et le droit sont à ce point liés, que les transformations de l'une entraînent nécessairement des modifications dans le domaine de l'autre.

A l'économie dirigée : la propriété dirigée et le « *contrat dirigé* » (Josserand). Pour revenir à la propriété intangible et à la liberté contractuelle, il faut retourner au libéralisme.

Section II

L'INFLUENCE DES QUESTIONS AGRAIRES SUR L'EVOLUTION DU DROIT

Aux Etats-Unis :

POUND, *La legislation dans la période de formation du droit américain.*
(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, Chapitre IV, § 34.)

DEL MARMOL, *Les répercussions économiques de la législation fédérale des faillites aux Etats-Unis.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre III, Chapitre IX, § 105.)

HAESAERT, *La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, § 89.)

En Roumanie :

A. IONASCO, *Le facteur économique dans l'élaboration du droit civil. Répercussions de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de sa législation en matière de propriété et de contrat.*
(Cette contribution publiée ci-dessus dans la Section I.)

En Yougoslavie :

MARKOVITCH, *Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété ?*
(Cette contribution publiée ci-dessus dans le Chapitre II, § 138.)

Dans l'ancien droit juif :

BALOGH, *L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans l'histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique.* (Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre II, Chapitre II, Section II, § 16.)

TITRE III

LES ORIENTATIONS PARTICULIERES DU DROIT DE L'ALLEMAGNE NATIONALE-SOCIALISTE

DUQUESNE, *Sur l'esprit du peuple allemand comme source d'origine du droit allemand.*

HOEHN, *Le droit subjectif public et le III^e Reich.*

GEILER, *L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution.*

MOLITOR, *La nouvelle constitution allemande du travail.*

NIPPERDEY, *Les principaux problèmes juridiques relatifs au règlement d'entreprise en droit allemand.*

ROUBIER, *L'influence des conceptions nationales-socialistes sur le droit de l'inventeur.* (*Loi allemande du 8 mai* 1936).

BOEHMER, *Contribution au problème de la réforme du droit à la réserve légale en droit allemand.*

AKERBERG, *La loi du Cabinet Hitler sur le mariage et le droit international privé.*

LANGE, *Les tâches et les travaux de l'Akademie für Deutsches Recht.*
(Cette contribution est publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre II, § 56.)

RIEZLER, *Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public.*
(Cette contribution publiée dans ce Tome, ci-dessus, Titre II, Chapitre V, § 143.)

KADEN, *Un exemple de pratique extra-judiciaire en Allemagne : Le Contrat de bail uniforme.*
(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre VI, § 41.)

RUTTKE, *La loi allemande sur la prévention des tarés et la législation scandinave sur la stérilisation.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre VI, Section II, § 100.)

GOLAB, *Le droit civil antilibéral.*
(Cette contribution publiée dans ce Tome, ci-dessus, Titre II, Chapitre IV, § 143.)

On trouve des éléments sur le DROIT CONSTITUTIONNEL DE L'ALLEMAGNE RÉPUBLICAINE ET DU TROISIÈME REICH dans l'article de M. SCHMITT, UNE ÉTUDE DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ : L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU PROBLÈME DES DÉLÉGATIONS LÉGISLATIVES, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, Section I, § 83.

SUR L'ESPRIT DU PEUPLE ALLEMAND COMME SOURCE D'ORIGINE DU DROIT ALLEMAND

Par J. Duquesne,
Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'Université de Strasbourg

Il peut paraître étrange que, dans une collection de travaux publiée en l'honneur de celui qui fut et qui reste un pionnier tenace du rapprochement des droits évolués du monde contemporain, une étude soit consacrée à l'examen d'une thèse dont le libellé accuse le nationalisme exclusif.

L'auteur du présent mémoire s'y sent cependant encouragé par l'exemple du Maître qu'il veut honorer et par l'appel de la Faculté de Droit de Lyon.

Edouard Lambert n'a-t-il pas entrepris, en pleine effervescence des nationalismes, de grouper dans une œuvre importante, qu'il publiait en l'honneur de François Gény, une série de travaux français et étrangers sur le sujet des *Sources du Droit* qui touche de si près à l'organisation de la puissance publique. Il le fit avec succès, confiant dans l'efficience de la collaboration scientifique pour constituer cette « science internationale du droit privé », qui représente à ses yeux l'effort collectif des juristes « pour passer du stade de la concurrence coupe-gorge entre des nationa- « lismes, dont chacun ne peut supporter d'autre loi que la sienne, à un « régime de concurrence réglée et de coopération internationale... » (1).

Fidèle à cette pensée, la Faculté de Droit de Lyon n'a pas hésité à inscrire dans le programme des travaux qu'elle sollicite en l'honneur d'Edouard Lambert l'étude des « directives générales du III[e] Reich ».

Le sujet qui doit être ici traité met précisément en jeu l'une des idées maîtresses des théories juridiques du nationalsocialisme. Celui-ci affirme, en effet, que l'ordonnancement juridique (*Rechtsordnung*) du III[e] Reich n'est et ne doit être que l'expression concrétisée (*konkrete Rechtsordnung*) d'une idée absolue de droit (*Rechtsidee*), résidant dans la réalité transcendentale de l'âme du peuple allemand (*Volksseele*), de son esprit (*Volksgeist*), tels qu'ils procèdent de la race et du passé de la communauté populaire allemande (*Deutsche Volksgemeinschaft*) et dans la forme que lui

(1) Recueil d'Etudes sur *Les Sources du Droit* en l'honneur de François Gény, t. 3, p. 502.

donne actuellement sa conception finaliste du monde (*Weltanschauung*), où l'individu n'existe que comme cellule d'une communauté populaire en laquelle il est absorbé.

Cette conception philosophique du droit n'est pas entièrement neuve en Allemagne. Elle avait déjà été émise au début du XIX[e] siècle, lors de l'éveil du nationalisme allemand à la suite de la défaite d'Iéna, par les fondateurs de l'école historique, Savigny et Puchta. Elle avait déjà revêtu chez eux (notamment chez Puchta), sous l'influence de l'idéalisme transcendantal de Schelling et de Hegel, la valeur d'une idée absolue, dont le réalisme présidait à l'origine et au développement des droits positifs. Les juristes du nationalisme n'ont fait que reprendre cette idée en la renforçant par leur conception racique (*völkisch*) de la communauté populaire et en la modelant, dans son expression et ses contours, sur les fins du monde telles que le nationalsocialisme se les représente.

Par toutes ces données l'idée que l'ordonnancement juridique du III[e] Reich a pour source originaire et pour ultime légitimation l'esprit du peuple allemand s'insère dans l'ensemble de l'idéologie nationale-socialiste (2).

C'est dans ce cadre que nous exposerons à grands traits la thèse énoncée plus haut.

Au cours de ce travail nous laisserons largement la parole aux juristes du III[e] Reich. Cette méthode nous paraît la plus convenable pour traiter d'un droit et d'une science du droit qui prétendent à l'autarcie.

I

L'ESPRIT DU PEUPLE ALLEMAND ET LA POLITIQUE DU DROIT

La théorie nationale-socialiste de l'Esprit du peuple allemand ne peut être pleinement comprise qu'à la condition de se placer dans le milieu politique où elle est née.

Dans l'Etat national-socialiste, le droit tout entier est dominé par la politique. L'heure n'est plus aux conceptions neutres du libéralisme démocratique de Weimar ou du positivisme juridique à la Kelsen. Les idées fondamentales du national-socialisme ne réagissent pas seulement sur la substance du droit ; elles dominent également l'application et l'interprétation du droit comme son élaboration scientifique. Tout doit devenir national-socialiste : le droit lui-même, l'administration de la justice, la technique et la science du droit.

Le plan est continûment affirmé ; son application se poursuit au cours d'étapes dont nous voudrions noter les plus importantes pour esquisser le cadre dans lequel évolue la théorie de l'esprit du peuple allemand.

La mission de réaliser cette socialisation nationale du droit a été principalement confiée à un Bavarois, le Docteur Hans Frank, Ministre du Reich et Commissaire du Reich pour la Justice.

Dès le 1[er] juin 1933, avec l'appui officiel du Président Hindenburg

---

(2) Sur cette idéologie v. le vivant article de R. Capitant dans *Année Politique française et étrangère*, 1935, p. 177 et suiv.

et du Chancelier Hitler, le Docteur Frank, dans une séance solennelle tenue à Hambourg, fondait la Ligue nationale-socialiste des juristes allemands (*Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*), conçue comme corporation obligatoire pour tous les juristes allemands (*Rechtsstand*), affiliée au parti national-socialiste comme *angeschlossener Verband* et organisée comme front allemand du droit (*Rechtsfront*). Tous les groupements professionnels de juristes étaient absorbés par cette organisation unique. Au cours des mois suivants, les revues juridiques anciennes, dans la mesure où elles subsistaient, passaient sous le contrôle de la Ligue ; des revues nouvelles à caractère national-socialiste étaient fondées.

Le 26 juin 1933, le même ministre jetait à Munich les premières bases d'une Académie pour le Droit allemand (*Akademie für Deutsches Recht*), qui obtenait, dès le 22 septembre, le caractère d'une corporation de droit public. Cette création était officiellement annoncée le 2 octobre 1933 dans l'Aula de l'Université de Leipzig au cours du Congrès tenu à cette époque par les juristes allemands (*Deutscher Juristentag*). Les buts de l'Académie étaient ainsi définis par le Docteur Frank : seconder les ministres compétents dans l'œuvre législative nécessitée par la fondation du nouvel Etat, orienter la formation des juristes et des économistes, susciter de grandes entreprises scientifiques et entrer en contact avec les organisations de l'étranger qui auraient la même orientation (*gleichgerichtet*) dans le double but de centraliser les suggestions venant de l'étranger et de faire comprendre hors d'Allemagne les valeurs constructives du national-socialisme pour les sciences du droit et de l'économie (3).

Comme couronnement de cette activité, le Docteur Frank pose le 24 octobre 1936, à Munich, capitale du mouvement national-socialiste, la première pierre de la Maison du Droit allemand (*Haus des deutschen Rechtes*), qui doit être le centre du service du droit allemand (*Rechtsdienst*).

Parallèlement, les efforts conjugués du Ministre Frank et de Bernhard Rust, Ministre des Sciences pour la Prusse et le Reich, mettaient la science et l'enseignement du droit en harmonie avec le national-socialisme ; dès 1933, le personnel enseignant des Universités était épuré en conformité avec la nouvelle législation d'Empire sur les Fonctionnaires ; et le personnel enseignant des Facultés de Droit était incorporé dans la Ligue nationale-socialiste des juristes allemands dont il formait une section ; ultérieurement, universités, facultés et personnel enseignant des établissements d'enseignement supérieur recevaient un statut adapté à l'organisation d'un Etat totalitaire et dictatorial ; en mai 1935, était inaugurée, à l'instigation des Ministres Frank et Rust, la pratique des camps de travail en commun (*Gemeinschaftslager*) où jeunes professeurs et candidats au professorat sont conviés à élaborer la science nationale-socialiste du droit par des études dont la nouvelle revue, *Deutsche Rechtswissenschaft,* nous apporte les résultats.

Le Ministre Frank s'est d'ailleurs efforcé de préciser, dans le discours qu'il a prononcé lors de la pose de la première pierre de la Maison Allemande du Droit, les rapports qui doivent exister entre la politique et le

---

(3) *Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht,* t. I, p. 7-9.

droit. « Le Reich et le peuple, dit-il, réclament d'être tout à la fois con-« duits et gouvernés. Conduire (*führen*) signifie diriger le sort d'un peu-« ple en utilisant les possibilités inépuisables du destin; gouverner (*regie-« ren*), c'est maintenir en marche l'appareil de l'Etat. Les deux opéra-« tions sont nécessaires... Le mouvement (politique) conduit ; le Reich « gouverne... Le droit est au service des deux. La politique du droit est « assumée par le parti national-socialiste des travailleurs allemands ; la « mise en œuvre du droit incombe au Reich. La construction doctrinale « du droit (*Rechtslehre*) a pour fondement le domaine d'idées (*Ideenbe-« reich*) du parti ; les théoriciens du droit appartiennent au Reich. La « conduite du droit ressortit au parti ; l'administration de la justice et « l'application du droit (*Rechtspflege*) ressortissent au Reich. Mais cette « double activité a pour fondement, pour contenu et pour but la cons-« cience que le peuple a du droit (*Rechtsgewissen des Volkes*) » (4).

D'après ce discours, le rôle de la conscience que le peuple a du droit, c'est-à-dire de l'esprit du droit allemand, serait double : un rôle dynamique qu'il exercerait par le moyen du parti en conduisant la politique du droit du III[e] Reich et un rôle statique qui consisterait à présider dans le cadre du Reich à l'application pratique et à la construction doctrinale du droit.

De ces deux rôles, le second est subordonné au premier comme le gouvernement du Reich est subordonné à la conduite du Reich par le parti, c'est-à-dire en dernier ressort par son chef, Führer et Chancelier du Reich.

Plus encore que par ce discours le rôle politique de la théorie de l'esprit du peuple allemand s'affirme dans les conditions où la thèse ancienne de Savigny et de Puchta a été reprise par le national-socialisme et incorporée à sa doctrine.

Le mouvement remonte à l'art. 19 du programme que le parti national-socialiste publia en février 1920 comme ébauche « grossière » d'un credo politique destiné à capter les masses et à promouvoir le mouvement politique (5). Par cet article, le parti réclamait « le remplacement du droit romain, qui est au service d'une conception matérialiste du monde, par un droit commun allemand ».

Cet article, qui paraît être sorti de la collaboration d'Alfred Rosenberg, adepte résolu des théories racistes de St. H. Chamberlain, et d'un juriste bavarois, le comte Karl von Bothmer, collaborateur temporaire du parti en 1919 (6), exprime une double idée : il traduit l'antipathie ancienne des Germanistes contre les règles d'origine étrangère dues notamment à la réception du droit romain en Allemagne et leur volonté de le remplacer par un droit allemand ; il marque, en même temps, la réaction du parti contre les conceptions matérialistes du marxisme international, présentées également par la propagande nationale-socialiste comme étant celles du libéralisme démocratique de Weimar.

Il est possible que les promoteurs de l'article aient eu l'arrière-pensée de lui donner un sens plus profond. Ce sens ne semble pas avoir été

---

(4) *Deutsches Recht*, 15 janv. 1937, p. 2.
(5) Hitler, *Mon Combat*, p. 455-456.
(6) Ulrich von Hasselbach, *Die Entstehung der NSDAP*. 1919-1923, p. 14-16, p. 32.

immédiatement perçu. Les premiers commentaires officiels du programme n'y font pas allusion et se bornent à donner une paraphrase superficielle du texte (7).

Dès 1922, Karl Günther, le futur ethnologue du parti, dans son ouvrage sur *La Science des Races du Peuple allemand*, donne à ce texte une portée que celui-ci gardera dans la suite. Envisageant les moyens dont le peuple allemand devrait user pour remédier au mélange des races dont il souffre, et assurer en son sein la prédominance de la race nordique, Günther donne aux Allemands le conseil suivant :

« L'Allemand, nordiquement orienté, pour assainir et purifier la vie « de l'Etat, doit prendre part aux efforts qui seront accomplis pour élimi- « ner de la législation allemande les derniers vestiges d'un droit romain, « datant d'une époque tardive, abâtardie et soustraite à l'influence nordi- « que et pour établir un droit allemand, *issu de l'esprit nordique germa- « nique* » (8).

L'ouvrage d'Hitler, *Mein Kampf*, dont la première édition date de 1924, contient d'amples développements sur la thèse antisémite et sur la thèse raciste ; il n'apporte aucun élément nouveau à la théorie d'un esprit du peuple source originaire du droit allemand.

Il faut attendre l'éclosion de la littérature provoquée par les succès du parti — et surtout par son accession au pouvoir — pour que cette théorie soit développée dans toute son ampleur et devienne comme un article de la foi nationale-socialiste.

Mais au moment où les juristes et les philosophes s'emparent de cette idée pour la construire doctrinalement, le dynamisme politique de la thèse continue à s'affirmer ; on le relève dans les écrits philosophiques. Partout la thèse se présente comme un moyen pour le national-socialisme de légitimer ses conceptions de la communauté populaire et son rôle sur le plan finaliste du monde.

Comme le remarquait Karl Larenz dans son ouvrage récent sur *La Philosophie actuelle du Droit et de l'Etat*, la Révolution hitlérienne n'a pas été le produit d'une théorie, elle est due à l'action d'un parti et de son chef ; les constructions doctrinales n'ont fait qu'accompagner la réalisation d'une nouvelle conception de l'Etat (9).

L'étude qui va suivre de l'esprit du peuple allemand comme source originaire du droit allemand ne fera que confirmer la prédominance du point de vue politique sur les conceptions doctrinales dans l'élaboration de cette théorie.

---

(7) Ceux de Gottfried Feder et de Rosenberg.

(8) *Rassenkunde des deutschen Volkes*, 5e édit., 1924 (reproduction sans changement de l'édition de 1923), p. 409 et suiv.

(9) *Rechts -u. Staatsphilosophie der Gegemvart*, 1935, p. 130.

II

ELEMENTS CONSTITUTIFS ET NATURE DE L'ESPRIT DU PEUPLE ALLEMAND DANS LA DOCTRINE JURIDIQUE DU NATIONAL-SOCIALISME

L'expression « esprit du peuple allemand » indique les deux éléments qui composent cette notion : celui du peuple en lui-même et celui de l'esprit spécifique de ce peuple.

La doctrine nationale-socialiste a donné de ces deux éléments, antérieurement analysés par l'Ecole Historique, une présentation en partie nouvelle.

1° Le Peuple allemand

La conception nationale-socialiste de ce premier élément a déjà été largement exposée par M. Roger Bonnard, dans sa pénétrante étude sur « *Le Droit et l'Etat dans la Doctrine Nationale-Socialiste* » (10). Nous reprenons brièvement ce thème pour rappeler, en apportant à l'esquisse de notre collègue certains redressements (11), la substance de la doctrine nationale-socialiste.

Le lecteur français qui aborde l'étude de ce problème doit se pénétrer de l'idée que le mot « Volk » a, dans la terminologie allemande, une portée que le terme « peuple » ne rend qu'imparfaitement. Depuis le jour déjà lointain où écrivains et hommes politiques ont ressuscité chez nos voisins le sens collectif de la nation allemande, le terme de Volk a chez eux une résonnance profonde qui éveille dans leurs esprits le sentiment d'appartenir à une communauté, à une *Volksgemeinschaft*, dont la composition est indépendante des considérations de milieu social.

La nouveauté du national-socialisme, dans l'analyse des éléments constitutifs de cette communauté, est d'avoir mis l'accent sur le facteur de la race.

A lire certains discours et écrits, nous serions enclins à admettre que le national-socialisme tend à unifier les notions de race et de peuple, en ce sens qu'à chaque race, comme cela a été plusieurs fois affirmé, correspondrait une communauté populaire, que celle-ci serait essentiellement une communauté de sang (*Blutsgemeinschaft*).

Ici encore, il faut distinguer le point de vue dynamique de la politique et le point de vue statique de la doctrine.

---

(10) P. 10-43.

(11) Il n'y a pas eu deux conceptions racistes successives du peuple allemand : l'une fondée sur l'unité de race et qui aurait inspiré la législation de 1933 ; l'autre adaptée à la multiplicité de races qui composent le peuple allemand et qui aurait inspiré la législation de 1935 ; Günther, dès 1922 et Hitler, dès la 1re édition de *Mein Kampf* partent du fait que le peuple allemand se compose de plusieurs races. Envisageant la notion du peuple allemand en fonction de la théorie de l'Etat, M. Bonnard, p. 12 et suiv., l'a arbitrairement limitée aux sujets du Reich.

Les affirmations absolues auxquelles nous faisions allusion ont une valeur plus politique que doctrinale : ou bien elles tendent à justifier les mesures prises à l'égard des juifs, ou elles correspondent à des fins de propagande, ou elles sont le fait de néophytes empressés de manifester leur orthodoxie politique.

Sur le terrain de la doctrine — et même sur celui de la politique — la thèse a été, dès le début, plus nuancée sous la pression de cette réalité que le peuple allemand, abstraction faite des juifs qui sont éliminés de la communauté populaire (12), est composé de plusieurs races ; Günther l'exposait scientifiquement dès 1922 ; Hitler le répétait dès la première édition de *Mein Kampf*. Nécessité était dès lors de faire état des éléments qui étaient précédemment reconnus comme traits constitutifs de la communauté populaire ; communautés de langue, de sol natal et de destin politique. Les formules varient quelque peu dans la détermination du rôle respectif de ces divers facteurs ; chez tous, le facteur de la race occupe le sommet de la hiérarchie. Un conseiller ministériel, le Docteur Conti, nous paraît avoir tracé assez exactement la ligne commune vers laquelle converge toute la doctrine nationale-socialiste : « Selon no-
« tre conception, dit-il, (13) un Volk est une communauté d'hommes pa-
« rents de race qui sont unis par une histoire, un futur, une culture et
« une langue communes et par un sentiment d'y appartenir tous ensem-
« ble. Le plus important caractère distinctif est celui de la parenté ra-
« ciale, puisqu'il est le seul qui soit indépendant de la volonté. Les au-
« tres caractères distinctifs sont de nature secondaire ».

Mais il est un autre point de la notion de communauté populaire allemande qui reste (en partie sous l'empire de préoccupations politiques) indéterminé dans la doctrine allemande ; c'est celui des critères distinctifs de cette communauté à l'égard des Allemands qui habitent hors du territoire du Reich.

Les nationaux-socialistes ont repris aux pangermanistes d'autrefois — et à leurs prédécesseurs de Weimar — une conception large de la communauté populaire embrassant non seulement les citoyens du Reich, mais aussi les Allemands de l'étranger. Cette conception est unanimement admise. Nous en empruntons l'expression, à titre d'exemple, à un écrit du Docteur Hans Steinacher, Directeur de la Ligue Populaire pour le Germanisme à l'étranger : « L'Allemagne et l'Etat allemand, dit-il, (14) ne
« sont pas la même chose. Le peuple allemand est beaucoup plus que la
« somme des citoyens de l'Empire allemand... Comme ressortissants de
« l'Empire allemand nous sommes des citoyens de l'Etat ; comme ressor-
« tissants de notre peuple nous sommes des membres de la communauté
« populaire. Nos adversaires ont pu enlever à des millions d'Allemands
« habitant aux frontières la qualité de citoyens de l'Etat ; comme mem-
« bres de la communauté populaire..., ces Allemands continuent à nous

---

(12) L'art. 4 du programme du parti (février 1920) porte : « Ne peut être citoyen de « l'Etat que celui qui est membre de la communauté populaire. Ne peut être membre de « cette communauté que celui qui est de sang allemand, sans égard à la confession. « *Aucun juif ne peut être membre de cette communauté* ».

(13) *Illustrierter Beobachter*, 1933, p. 1586.

(14) *Vom deutschen Volkstum im Ausiande, von der Volksgenossenschaft und vom volkgebundenen Staat dans* P. Gauss, *Das Buch vom deutschen Volkstum*, 1935, p. 415,

« appartenir indissolublement de la même manière que nous, Allemands « du Reich, nous continuons à leur appartenir indissolublement. Le peu- « ple allemand est plus impérissable que la vie de l'Etat allemand. L'éter- « nelle Allemagne repose sur le fondement de notre communauté popu- « laire et celle-ci demeure une loi efficiente pour les individus ». La conception spécialement affirmée par le Docteur Steinacher à l'égard des Allemands de la périphérie du Reich (*Grenzdeutsche*) vaut, de tous points, pour les Allemands répandus dans le reste du monde (*Auslandsdeutsche*).

Le facteur de la race ne joue dans la délimitation de cette conception extraterritoriale du peuple allemand que pour éliminer les juifs. Le facteur de la langue est ici volontiers retenu comme trait d'appartenance à ce peuple. De même que, suivant un mot célèbre, « tout territoire où domine la langue allemande (*deutsche Zunge*) doit redevenir allemand », quiconque parle un idiome germanique — le yiddisch étant, bien entendu exclu de la liste de ces idiomes — peut être revendiqué comme membre de la communauté populaire allemande. Le fait d'avoir été ressortissant du Reich ou, depuis 1935, d'avoir été citoyen du Reich, semble devoir perpétuer pour l'individu, comme pour sa descendance, le lien de rattachement au peuple allemand ; ce lien doit même survivre à l'acquisition d'une nationalité étrangère, encore que pour les effets positifs de ce lien, par exemple pour l'obligation du service militaire vis-à-vis du Reich, des distinctions s'introduisent entre ceux qui sont devenus ressortissants d'un Etat étranger par l'effet d'un traité international (cas normal pour les *Grenzdeutsche*) et ceux qui le deviennent éventuellement par un acte unilatéral de cet Etat (*Auslandsdeutsche*).

Il ne nous appartient d'ailleurs pas de tenter cette délimitation ; il nous suffit de constater qu'à l'égard des Allemands de l'étranger, comme à l'égard des Allemands du Reich, la notion de communauté populaire reste un concept dont les caractères distinctifs et les contours sont imprécis.

2° Esprit du Peuple allemand

Au sein de la communauté populaire allemande dont nous venons de tenter la description, existerait, d'une existence objective et absolue, un esprit propre au peuple allemand et d'où découlerait comme d'une source profonde et originaire une idée du droit allemand antérieure et supérieure à son expression positive, telle est la thèse qui, sous des formules variables, est devenue opinion commune dans le III[e] Reich.

Quelque difficulté qu'il y ait à condenser dans un résumé synoptique une thèse encore tumultueusement affirmée, une présentation d'ensemble de cette dernière nous paraît néanmoins opportune pour introduire méthodiquement le lecteur dans ce cercle d'idées.

Nous empruntons cet exposé à l'ouvrage qu'un auteur allemand, Hans Franzen, a consacré aux rapports du juge et de la loi dans le III[e] Reich (15). Il nous a semblé indiqué, en effet, de demander la présentation de la doctrine à un auteur qui, sous une forme indirecte et politi-

(15) *Gesetz und Richter*, 1935.

quement orthodoxe, en a donné une critique que certains trouveront sans doute pertinente.

La synthèse d'Hans Franzen représente, d'ailleurs, un essai consciencieux pour dégager les grandes lignes de cette doctrine. Il nous suffira de la compléter par quelques traits pour laisser entrevoir l'arrière-plan des difficultés et des discussions qui se trouvent masquées dans une présentation sommaire.

« L'idée matérielle de droit, que le triomphe de la Révolution alle-
« mande a fait recouvrer au droit, dit Franzen, part du principe que
« la plus haute valeur terrestre est le peuple. Le peuple n'est pas une
« somme d'hommes habitant le même territoire, mais une unité indé-
« pendante et agissant par elle-même, un tout organique, qui doit sa for-
« mation à la communauté de sang, à la communauté de la terre natale
« et à la communauté de destin. Ce sont tout d'abord la constitution ata-
« vique, le sol et l'histoire qui font de compagnons de vie un peuple, une
« unité, une communauté. Dans la vie juridique du peuple, cette unité
« s'exprime par le fait que ce peuple donne des lignes directrices pour
« ce qui doit devenir le droit et pour la vie en commun des éléments qui
« le composent et par le fait également qu'il prend position d'une ma-
« nière déterminée dans les conflits d'ordre juridique. Sa voix est la
« conscience que le peuple a du droit. Cette conscience du droit n'est
« pas celle d'un membre particulier de la communauté, pas même d'un
« juge... La conscience populaire est en vérité irrationnelle. Elle est, pour
« se servir d'une image, la manière de sentir le droit du type idéal de
« l'homme allemand. Et le droit de la conscience juridique est un droit
« qui correspond à l'essence de l'être allemand. Cette définition prend
« sous cette image les apparences d'une fiction, mais n'en a pas moins
« une valeur toute réelle et pleine de sens. C'est avec raison que Nicolaï
« écrit : L' « esprit du peuple » n'est en aucune façon une idée vague
« et mystique, mais elle est, sous l'angle de la race, une grandeur pleine-
« ment concevable, que l'on a appelée l' « âme de la race » et dont les
« effets peuvent être établis partout dans la vie intellectuelle et dans
« l'histoire des peuples. Ce n'est pas une fantaisie romantique, mais une
« grandeur que les sciences de la nature et celles de l'esprit perçoivent
« également ».

« C'est cette conscience du droit et non pas la résolution acciden-
« telle de quelque majorité parlementaire, qui désormais donne à la
« règle juridique sa justification. A la légalisation par le Parlement dans
« un Etat où les lois se font dans un esprit de neutralité et sans souci
« des valeurs se substitue dans l'Etat national-socialiste la légitimation
« par la conscience du droit. Par là, notre ordre juridique recouvre un
« point de départ supérieur à la législation positive et basé sur une con-
« ception du monde.

« Cette doctrine a une valeur indiscutable dans l'Etat national-
« socialiste » (16).

La plus importante difficulté qu'estompe ce résumé provient du rôle qui est imparti à la race dans la formation de cette conscience du droit

---

(16) P. 13-14.

propre au peuple allemand. C'est une difficulté analogue à celle que nous avons rencontrée dans la détermination des caractères distinctifs du peuple allemand.

Pour les nationaux-socialistes — comme pour Savigny et Puchta — l'esprit du peuple allemand, en particulier sa conscience du droit, est inné chez lui. Mais, tandis que pour ces derniers, il est le produit de tout le passé de ce peuple, il est essentiellement, dans la pure doctrine nationale-socialiste, un produit de la communauté de sang, de la race.

Helmut Nicolaï, l'auteur de la Théorie du Droit conforme à la Loi des Races, écrit (17) :

« L'âme de la race se manifeste dans chaque individu par la cons-« cience ou par le sentiment. Il s'agit là d'une aptitude innée, d'une pous-« sée de la nature, d'un instinct, qui règle l'attitude extérieure de « l'homme. Ce sentiment est transmis par hérédité. Il vient de la loi de « la vie elle-même, il est biologique, il est fondé sur les lois de transmis-« sion de la vie, et sur la race ». Et Nicolaï poursuit : la diversité des races produit la diversité des droits. Savigny n'avait pas pu trouver cette explication, parce qu'à son époque la science des races n'existait pas. « Aujourd'hui, nous savons que la même race produit la même manière « de ressentir le droit, par conséquent aussi le même esprit du droit, le « même droit ».

Cette idée, lancée par Nicolaï dès 1932, a été reprise depuis lors par tous les coryphées du parti ; elle est exprimée avec prédilection par les jeunes juristes.

Nous en donnons quelques preuves.

Le Landgerichtsrat Docteur Heinrich Barth, Directeur du Bureau de la Politique du Droit à l'Office Juridique du Reich pour le parti, écrit :

« Nous reconnaissons aujourd'hui dans le droit une puissance intel-« lectuelle, morale et populaire à base racique (*völkisch*), qui s'alimente « aux sources les plus profondes de l'essence du peuple, nourri du sang « et de l'esprit de la race, la conscience que le peuple a du droit en vertu « de l'ordonnance divine de la création et qui pénètre toute la vie du « peuple avec ses jugements moraux de valeur et ses motifs d'action. « C'est des sources éternelles de cette essence populaire que naissent nos « grandes pensées allemandes du droit et de la morale, les pensées des « devoirs envers la communauté, de la fidélité, de l'honneur, de la liberté, « de la justice » (18).

L'assesseur Hildebrandt, Privatdozent à l'Université d'Heidelberg, s'exprime en termes analogues : « La source originaire du droit est le « sentiment du droit qui domine dans une communauté et qui est déter-« miné par la race. Les jugements fondamentaux de valeurs sont condi-« tionnés par la race. Elle est la vérité que le Führer a proclamée et qui « marquera dans l'histoire du monde ; c'est elle qui forme l'idée cen-« trale du droit dans la théorie du droit conforme à la loi des races que « Nicolaï a fondée. Ces jugements fondamentaux de valeurs, en tant « qu'expressions de la conscience populaire, de l'esprit du peuple, de

---

(17) *Rassengesetzliche Rechtslehre*, 3e édit., 1934, p. 28.
(18) *Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, p. 138.

« l'âme de la race sont innés dans l'homme... ; (ils sont) une réalité vi-
« vant dans son sang... » (19).

Le référendaire Georg Hahn, dans la revue des jeunes dont nous avons déjà parlé, *Deutsche Rechtswissenschaft,* n'est pas moins enthousiaste :

« L'événement fondamental du national-socialisme, dit-il, est d'avoir
« fait du peuple une communauté de sang. La communauté populaire est
« nécessairement aussi le fondement de la science nationale-socialiste.
« L'homme qui pense est ramené au dernier fondement de son existence,
« qui est une donnée antérieure à toute décision de la raison et de la
« volonté, à la réalité de son sang comme support de sa race. Le sang est
« le support non seulement des traits caractéristiques externes de notre
« race, mais aussi de notre âme racique, de l'ensemble des jugements de
« valeur et de leur ordonnancement qui est commun aux hommes de
« même sang. Le national-socialisme n'est ni plus ni moins que le retour
« aux valeurs éternelles que le peuple allemand doit à son sang » (20).

Malgré la ferveur de ces affirmations absolues la réalité tend, dans une certaine mesure, à ramener les esprits vers des formules plus nuancées et plus modestes.

C'est qu'en effet, s'il est exact, comme l'affirme Nicolaï et comme le répètent après lui les théoriciens du national-socialisme, qu'à chaque race correspond un sentiment, une conscience spécifique du droit, la multiplicité de races qui composent le peuple allemand a pour conséquence que, sur une même question de droit, les diverses consciences raciques éparses dans ce peuple donnent ou sont susceptibles de donner des réponses différentes. Comment dégager de cette confusion l'esprit du peuple allemand ?

Günther avait répondu dès 1922 que c'est l'esprit nordique-germanique qui doit donner le ton. Nicolaï précise que c'est l'esprit de la race germanique primitive, rameau de la branche nordique. Pour le découvrir, il faut scruter le passé du peuple allemand, afin d'en dégager les idées fondamentales propres à cette race.

Certains tendent timidement et occasionnellement à introduire dans la détermination de l'esprit du peuple allemand d'autres éléments que ceux qui sont mis en œuvre pour la composition du peuple, tels le destin politique et le sol avec tout ce qu'il comporte d'influences déterminantes pour l'esprit collectif (21).

Dominés par la préoccupation de la race, les théoriciens du national-socialisme n'ont pas davantage utilisé pour leurs constructions doctrinales le facteur de l'éducation, dont Ernst Krieck, dans son ouvrage connu sur *L'Education Nationale-Politique,* a si nettement mis en relief la valeur pour la formation de l'esprit du peuple (22). Mais la propagande du parti et l'action du gouvernement du III[e] Reich sont la reconnaissance continue de la toute-puissance de ce facteur.

Sur un autre point, sur celui de la nature de cette source du droit que serait l'esprit du peuple, la doctrine a dû faire effort pour dégager

---

(19) *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate,* 1935, p. 7, p. 82-83.

(20) *Tranzendentaler Idealrealismus,* dans *Deutsche Rechtswissenschaft,* t. 1 (1936), p. 340.

(21) V. notamment Franzen, *l. c.,* p. 23 ; K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung,* p. 16.

le contenu de cette notion. Le mot source du droit éveille naturellement l'idée d'une force créatrice de la règle de droit ; la loi biologique de la race confirme cette impression en nous inclinant à considérer la règle de droit comme un produit spontané de la race. Mais, à vrai dire, l'esprit du peuple tel que le conçoit le national-socialisme, ne contribue qu'indirectement à l'établissement de la règle de droit ; il n'engendre qu'une « idée de droit », qu'un « droit idéal », formé par l'ensemble des jugements de valeur que la conscience du peuple fournit à ce dernier pour juger et appliquer le droit existant et pour promouvoir le droit nouveau ; il est, en d'autres termes, la mesure de valeur et l'ultime légitimation du droit positif (23).

Cette nature de l'esprit du peuple nous conduit à l'examen d'une dernière difficulté doctrinale, qui n'est pas la moindre, c'est celle de la détermination des moyens d'expression de cet esprit. Comment celui-ci devient-il perceptible à l'intelligence et comment peut-il être mis en œuvre par la volonté ?

Il est certain que cet esprit n'est pas le sentiment du droit manifesté par la majorité des membres de la communauté populaire ; le système majoritaire est désormais banni du IIIe Reich.

Il n'est pas davantage, d'après la construction la plus poussée de la doctrine qu'exprime en particulier Karl Larenz, le sentiment individuel de personnes qualifiées par leurs fonctions pour exprimer cet esprit ; il est essentiellement « objectif ». C'est « l'esprit d'un peuple tel qu'il nous « apparaît dans ses objectivations, comme langue, mœurs, droit et civi- « lisation de ce peuple et tel qu'il continue à vivre en lui ». Un tel esprit « ne peut pas être conçu d'un point de vue psychologique... ; car l'esprit « objectif n'appartient à aucun individu comme tel, mais à la commu- « nauté comme unité organique de vie » (24).

Il ne nous appartient pas de rechercher ici dans quelle mesure cette « objectivation », abstraction faite des préoccupations de race, ne nous ramène pas, pour le passé et pour le présent, aux *résultats* de l'observation réaliste de Montesquieu ; son originalité ne se manifestant en dernière analyse que dans sa construction doctrinale et dans son effort pour faire de l'esprit résidant dans le peuple la loi du devenir.

Mais cette «objectivation » ne fait que reculer la solution du problème posé plus haut. A quelque moment du processus historique que l'on se place, passé, présent ou avenir, la question se pose inéluctablement de savoir quelles sont, à un point donné du temps, les individualités qui sont dépositaires de cet esprit et qui ont mission de l'exprimer et de le réaliser.

Les théoriciens du national-socialisme n'ont pas échappé à cette difficulté.

---

(22) Krieck. *Nationalpolitische Erziechung*, 8e édit., Lepzig, 1923, notamment p. 27.

(23) V. entre autres Koellreuter, *Deutches Verfassungsrecht*, p. 54; Kart Larenz, *Recht-und Staatschilosophie*, 1935, p. 161.

(24) Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, p. 15-16; *Rechts-und Staatsphilosophie*, p. 163 ; Lange, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*, p. 25 et ss. Les limites du présent article ne nous permettent que cette brève et insuffisante allusion à la doctrine de Larenz; elles expliquent également l'éclectisme de nos références bibliographiques.

Pour l'élaboration du droit nouveau, la réponse est donnée dans ses lignes essentielles par l'organisation politique du IIIe Reich ; c'est au Führer, assisté du parti, qu'il appartient de dégager l'esprit diffus dans le peuple ; c'est à lui seul qu'il appartient de le transposer dans une prescription juridique (25). Karl Larenz s'efforce, d'ailleurs, de concilier cet acte personnel du Führer avec son concept de l'esprit objectif : « L'acte « de conduite qu'accomplit le Führer n'est qu'un acte personnel procé- « dant d'une substance (idée) supraindividuelle » qui n'est autre que l' « esprit du peuple », « fondement et but » de l'activité intellectuelle du Führer (26).

La même construction philosophique n'a pas encore été donnée, que nous sachions, pour l'activité personnelle que le juge déploie dans l'application du droit. Karl Larenz, dans les écrits où il caractérise le rôle du juge du IIIe Reich, se borne à fixer les règles suivant lesquelles ce juge doit effectuer ses jugements personnels, ses appréciations subjectives (27).

C'est également sous cet angle psychologique des consciences individuelles qu'Hans Franzen, dans l'ouvrage déjà cité (28), a entrepris l'examen critique de l'opinion émise par des juristes allemands et d'après laquelle le juge du IIIe Reich, dans la mesure où il jouit d'un pouvoir de libre interprétation, devrait l'exercer en se conformant aux directives de l'esprit du peuple allemand.

La conclusion de cet examen est nette : la doctrine du peuple allemand est, pour le juge, dénuée de toute valeur pratique.

C'est par l'exposé sommaire de sa démonstration que nous voudrions clore le présent article.

Franzen fonde sa conclusion sur une double preuve.

La première est que la conscience du peuple reste muette sur beaucoup de questions de droit. Elle l'est, tout d'abord, à l'égard des nombreuses règles de droit qui ne reposent pas sur un jugement de valeur et qui n'ont d'autre raison d'exister que la nécessité d'une règle pour l'ordonnancement de la vie en commun : telles sont les règles sur la circulation (par exemple : croisement à droite ou à gauche...), sur le taux de réévaluation des créances à la suite de l'inflation, sur l'âge de la majorité ; sur l'âge de l'aptitude au mariage, sur les délais, sur les formes et la plupart des règles de procédure.

Même pour les règles de droit qui reposent sur un jugement de valeur, il en est toute une catégorie pour lesquelles la conscience du peuple reste ordinairement muette, ce sont celles qui procèdent de préoccupations politiques. Or, de telles règles, nous dit M. Franzen, occupent le premier plan dans le IIIe Reich ; règles sur les crimes et délits contre l'Etat, règles à l'égard des juifs, des communistes, de l'Eglise, règles pour la protection de la race ou sur l'eugénisme. Dans ces divers domaines, la conscience du peuple allemand reste inactive aussi longtemps qu'une question de juste ou d'injuste ne se pose pas. La meilleure preuve en est que la

---

(25) V. notamment le Discours d'Hitler du 30 janaier 1937.

(26) *Rechts-u. Staatsphilos.*, p. 164. Sur la notion d'une substance supraindividuelle de vie, v. p. 163.

27) K. Larenz, *Rechtserneuerung*, p. 31 et ss. et *Staatsphilos.*, p. 155.

(28) Franzen, *loc. cit.*, p. 18-23.

propagande du parti, pour rendre ces mesures populaires, a pris soin de leur donner une coloration morale en prenant argument, par exemple, du fait que les délits contre les mœurs ou les actes de tromperie ou de corruption dans les affaires sont proportionnellement fréquents chez les juifs, ou en exploitant des défaillances morales de communistes et de catholiques.

La seconde preuve est que, sur une même question de droit, la conscience du peuple ne donne pas toujours une réponse uniforme. Est-il possible, par exemple, de dégager avec certitude la réponse de la conscience du peuple sur le point de savoir si les causes du divorce doivent être envisagées sous l'angle subjectif de la faute individuelle ou au point de vue objectif de l'obstacle à la continuation de la vie commune ? La même incertitude ne plane-t-elle pas sur les réactions de cette conscience lorsqu'il s'agit de fixer la condition des enfants naturels, de régler les rapports des locataires et des bailleurs, de prendre parti sur la répression ou l'impunité du duel. Et Franzen poursuit : cette diversité de réponses ne résulte-t-elle pas dans la théorie racique, de la multiplicité des races qui composent le peuple allemand ; n'est-elle pas confirmée par l'histoire qui nous atteste que c'est à l'époque du plus haut épanouissement de l'esprit nordique, à cette époque du moyen âge où fleurit le style gothique, que l'Allemagne a vécu sous le signe de la diversité la plus fâcheuse des droits ?

Il est permis de se demander, au terme de cet exposé, si les deux preuves produites n'ont pas, à l'égard du législateur, la même force qu'à l'égard des juges.

⁂

L'esquisse que nous venons de présenter de la conception nationale-socialiste de l'esprit du peuple allemand nous a conduit à laisser entrevoir un certain nombre des difficultés que les juristes et les philosophes du III[e] Reich rencontrent dans la construction de cette doctrine. En les notant, notre pensée se reportait aux critiques qui ont été antérieurement faites à la conception de l'esprit du peuple formulée par Savigny et Puchta. Nous nous rappelions notamment les pages très fortement pensées que Bergbohm a écrites sur la question ([29]) et nous pensions que les observations de cet auteur, malgré les efforts faits par Larenz pour soustraire le problème à la psychologie, gardaient toute leur valeur à l'égard de la thèse nationale-socialiste.

Mais Bergbohm serait-il entendu de nouveau ? N'avait-il pas le tort de placer sa critique sur le plan rationnel ? Or la thèse de l'esprit du peuple allemand « n'est pas le résultat d'une pensée réfléchie » ; elle est l'expression d'une « conviction » ; elle est « un acte de foi ». Le Conseiller au Tribunal Suprême de Bavière, Theodor von der Pfordten, tombé le 23 novembre 1923 à Munich devant la Galerie des Chefs de guerre en combattant pour le parti, l'avait déjà déclaré dans son article sur *Le sens du mouvement racique dans l'histoire du monde* ([30]). Nombreux sont ceux qui, après lui, ont renouvelé l'affirmation.

---

29) Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. 1, (1892), p. 487 ss.
30) Cité par Roland Freisler, *Deutscher Juristentag*, 1936, p. 150.

Il n'est pas dans notre dessein d'examiner ici les motifs de crédibilité que les adeptes de l'esprit du peuple allemand s'efforcent de produire en faveur de leur foi. Nous nous bornons à noter ici que la thèse de « l'esprit du peuple allemand » telle que le national-socialisme la conçoit dans une construction doctrinale à prétentions scientifiques, nous apparaît comme l'exploitation de réalités historiques et sociologiques mouvantes en vue d'une justification transcendentale d'une politique qui n'est que la poursuite, sur le terrain du droit, des idéaux du III[e] Reich ; telle est, croyons-nous, la réalité dissimulée sous le manteau mystique et trompeur de l'esprit, de la conscience du peuple.

§ 151

LE DROIT SUBJECTIF PUBLIC ET LE IIIme REICH

Par Reinhard HOEHN,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Berlin.

Traduit par Paul ROUBIER
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon
et H. MANKIEWICZ
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

A la suite de la révolution national-socialiste, on a abandonné les principes qui avaient donné naissance au droit subjectif public. Le droit subjectif public traditionnel était issu de la soumission du particulier à la puissance de l'Etat. En lui accordant un droit subjectif public, on entendait élever le citoyen du rang de simple sujet à celui de personne. Or, aux yeux du national-socialisme, l'Etat n'a plus la qualité d'une personne morale à laquelle le particulier doit obéissance. Dès lors, le problème d'élever le sujet au rang de personne individuelle, n'existe plus dans le droit national-socialiste. En effet, la base de la pensée juridique nouvelle est l'idée de la communauté du peuple. (*Volksgemeinschaft*). L'Etat n'est plus qu'un instrument pour réaliser les fins de celle-ci. Le particulier n'est dorénavant qu'un membre de la communauté du peuple et des articulations de celle-ci. Il n'est plus, ni sujet, ni personne individuelle indépendante : sa personnalité repose au contraire en la communauté, et est liée à celle-ci (*gemeinschaftsgebunden*). Pour passer au rang de personne, le particulier n'a donc plus besoin qu'on lui accorde, au moyen d'un droit subjectif public, une sphère indépendante l'abritant contre le pouvoir de l'Etat. Dès lors, les bases mêmes sur lesquelles reposait le droit subjectif public ont disparu.

C'est de la conception ainsi dégagée qu'il faut partir pour trouver une réponse juste à la question de savoir si, dans l'état actuel du droit, il y a lieu ou non de reconnaître au particulier un droit subjectif public. Or, la plupart des articles traitant actuellement du droit subjectif public ne tiennent pas compte du nouvel état de choses. Leurs auteurs ont oublié le rôle important que le droit subjectif public a joué dans la pensée juridique du XIXe siècle. Dès lors, ils sont amenés à excuser, comme de simples erreurs de la construction technique de ce droit, les phénomènes juridiques qui ne cadrent plus avec la nouvelle situation. D'autres auteurs croient qu'il est possible de résoudre le problème du droit subjectif public,

en enlevant à cette institution sa « pointe » antiétatique. Toutefois les théoriciens sont, pour ainsi dire, unanimes à reconnaître qu'il ne peut plus y avoir un droit subjectif public à l'encontre de l'Etat ou de la direction politique (*Führung*). La discussion, par conséquent, se concentre sur la question de savoir si l'on peut, ou non, conserver le contentieux administratif. Or, quand on pose le problème sous cette forme-là, on perd de vue que le problème du droit subjectif public est un des problèmes fondamentaux du droit administratif, et qu'il faut le résoudre sans avoir égard à l'existence ou à l'absence d'une juridiction administrative. Sa solution n'est possible qu'à la condition qu'on se fonde sur une conception de l'administration différente de celle qui a été admise jusqu'à maintenant.

a) Le concept traditionnel de l'administration est étroitement lié à la notion de droit subjectif public, celui-ci lui donnant, en effet, une frappe toute particulière. On dit couramment que l'administration est celle des activités de l'Etat, qui n'est ni juridiction, ni législation. A côté de cette définition purement formaliste, il y en a une autre qui, au contraire, tient compte du caractère particulier de cette activité publique. Aux termes de cette définition « l'administration est, ou bien un ensemble d'activités de nature technique, spirituelle et juridique, dont chacune tend à produire un effet utile pour le bien-être général », ou bien « celle des activités publiques qui vise la réalisation des fins de l'Etat ». Pour les auteurs de cette définition, l'Etat est une personne morale. La même idée de personnification de l'Etat est encore à la base de cette troisième définition, d'après laquelle l'Administration est « la gestion des affaires de l'Etat ».

Au XIX^e^ siècle, on estimait que cette « gestion d'affaires » devait être non pas arbitraire, mais « conforme à la loi ». Le principe de la « légalité » de l'activité administrative influençait les rapports entre le particulier et l'Etat. Ils arrivaient à être régis par le droit. Le simple rapport de puissance (ou de police) d'autrefois se transformait alors en une relation d'ordre juridique, qui avait ceci de particulier qu'elle établissait des barrières entre des « sujets de droit inégaux ».

Quand on examine cette relation d'ordre juridique du point de vue particulier, on constate que celui-ci avait un droit au respect, par l'administration, des barrières érigées par les lois. C'est ce droit-là qu'on appella droit subjectif public. Investi de ce droit, le particulier cessa d'être un objet de l'activité administrative, et acquit la qualité de sujet. Voilà les bases idéologiques du *droit* administratif, tel que le conçut la pensée juridique individualiste. A l'instar de tout « droit », le droit administratif lui apparut comme un système de relations entre deux sujets de droit, dont l'un était, dans l'espèce, l'Etat, l'autre le particulier. On voit donc que ce fut bien le droit subjectif public qui engendra le concept de droit administratif propre à la pensée juridique de la fin du XIX^e^ siècle. C'est encore de lui que découla la notion de l'administration, à laquelle s'applique ce droit administratif.

Aujourd'hui nous ne concevons l'Etat ni comme personne morale, ni comme fin en soi. En conséquence nous ne pouvons plus admettre une définition d'après laquelle l'administration est une activité, ou une gestion d'affaires, qui tend à la réalisation de certaines fins d'un Etat personnifié. La communauté du peuple étant le point de départ de notre pensée juridique, nous concevons l'administration comme une activité consistant dans

le maniement de l'appareil étatique pour accomplir les fonctions assignées à cet appareil par la communauté du peuple. Par conséquent, ne sont plus valables, ni la conception absolutiste de l'administration, reposant sur l'idée de la soumission du citoyen au pouvoir de l'Etat absolu, ni la conception libérale de l'administration qui se fonde sur l'hypothèse de l'existence d'un citoyen qui se défend contre l'administration policière et réclame le respect de certaines lignes de démarcation tracées par le droit. Aujourd'hui, le particulier n'est plus un objet de l'administration. Son comportement, bien que réglementé par le droit, n'est plus celui d'un sujet de l'Etat. Dans le régime national-socialiste, l'appareil de l'Etat est mis en mouvement dans l'intérêt de personnes qui, membres de communautés concrètes, vivent dans ces communautés. *C'est l'appareil étatique qui est aujourd'hui objet de l'administration, tandis que l'homme est objet des soins de la Führung.* L'appareil étatique n'a plus de droits propres à lui. Il n'est plus un sujet de droit opposé à l'homme, et établissant des relations de droit. Selon notre conception, le droit naît d'une vraie communauté, et se réalise seulement dans les rapports entre ses membres. Nous ne pouvons plus nous imaginer qu'il puisse y avoir des droits du particulier à l'encontre de l'Etat, l'existence d'un appareil droit n'étant possible qu'à condition qu'il y ait un Etat personnifié exerçant un pouvoir administratif contre lequel le particulier se défend.

On pourrait nous objecter que l'ancien rapport administratif — caractérisé par la conception du particulier comme sujet de l'Etat — subsiste du moins en fait, puisque l'administration repose encore sur les règlements d'autrefois, et qu'elle continue — du moins en partie — à employer les méthodes traditionnelles. C'est ce qui a été avancé notamment par F.-W. Jerusalem. Selon cet auteur, « la structure de base de l'Etat de la communauté du peuple continue à être celle de l'Etat individualiste moderne », et sa législation, « dans la mesure où elle s'applique à la sphère étatique, reste dominée par la conception du particulier comme sujet de l'Etat ». Or, Jerusalem ne se rend pas compte qu'en période de transition, on ne saurait baser un jugement sur la structure de l'Etat, sur l'impression que donne la marche de l'appareil étatique. Il suffit de se rappeler à ce propos la position du parti par rapport à l'Etat. Quand (comme c'est le cas dans le III[e] Reich) le parti, représentant du peuple, commande l'Etat selon la volonté du Führer, il n'est plus possible de concevoir le particulier comme sujet de l'Etat. Ce changement dans l'aspect du particulier se manifeste nettement par la situation qu'il occupe par rapport à l'Etat. Le rapport entre le fonctionnaire et le particulier n'est plus considéré comme un rapport de subordination; le fonctionnaire, comme tout compagnon du peuple, remplit certaines fonctions déterminées, et c'est pour cela qu'il est respecté.

On pourrait encore nous objecter que notre conception de l'administration entraîne la disparition automatique du *droit* administratif. Quand on vise par là le droit administratif traditionnel, l'objection est certainement fondée. Il ne peut plus y avoir de droit administratif conçu comme un système de relations entre l'Etat et le particulier, considérés chacun comme un sujet de droits. Mais, en rejetant cette conception traditionnaliste, nous ne préconisons, ni un retour aux formes d'administration de l'Etat absolu, ni l'inauguration d'une administration arbitraire. L'activité

de l'appareil administratif, reposant entre les mains du Führer, est limitée par la nature même de ses fonctions. L'attitude du fonctionnaire est juste, quand il emploie l'appareil administratif en vue de la réalisation de ces fins. Dès lors, le droit administratif aura pour fonction de dire si l'appareil administratif est resté dans les limites qui lui sont tracées par ses fonctions, et si, compte tenu des dites fonctions, l'on a fait de lui un juste emploi. Ainsi, la question de l'opportunité (Zweckmässigkeit) passe au premier plan. Sous l'angle de cette conception du droit administratif, l'Administration cesse d'être un être autonome, montrant la personne « Etat » dans l'accomplissement d'une certaine activité, et ainsi disparaît tout le système de relations entre l'administration, conçue comme être autonome, et le particulier, considéré comme sujet de droit.

L'administration est, dès lors, intégrée dans l'ordre de la communauté pour laquelle elle est exercée. Le droit administratif est le droit de cet ordre communautaire. Il ne sert plus à établir les frontières entre le particulier et l'administration, mais il règle les fonctions de l'appareil administratif.

b) Le particulier n'est cependant pas démuni de toute protection contre l'administration. C'est ce que va nous montrer l'étude, basée sur le juste concept de l'administration, du problème de la possibilité de l'existence d'une juridiction administrative dans un Etat de communauté populaire.

Quand on parle aujourd'hui de contentieux administratif, on s'imagine que la juridiction administrative est le seul moyen capable de protéger le particulier contre les empiètements de l'administration. Cette conception erronée est due, d'une part, à ce qu'on part encore du concept traditionnel de l'administration, et de l'autre à ce qu'on continue à s'imaginer le particulier luttant avec l'Etat. Ce qui est particulièrement intéressant, c'est qu'on entend prouver que le droit subjectif public n'est pas la condition indispensable de l'existence du contentieux administratif. F. W. Jerusalem, par exemple, a soutenu la thèse que « le citoyen, en en appelant aux tribunaux administratifs, exerce une fonction publique tendant à faire respecter et sauvegarder l'ordre juridique ». Mais, vue de près, cette interprétation est, elle aussi, issue des conceptions traditionnelles sur le droit administratif. Elle repose, en effet, sur l'idée individualiste qui oppose le particulier à l'Etat et pense que le comportement du particulier et de l'Etat doit être déterminé d'après l'idéal d'une communauté juridique. Or, dès qu'on se résigne à ne plus voir dans l'administration l'activité d'un Etat personnifié, on ne peut plus admettre qu'il puisse y avoir un contentieux administratif, conçu comme une institution destinée à trancher des litiges entre deux sujets de droit.

Dans l'état actuel des choses, on ne peut plus s'imaginer l'Etat — telle une personne individuelle — affrontant le particulier en qualité de partie au procès. *On ne peut pas citer l'Etat devant les tribunaux, et on ne peut pas avoir de « procès » avec l'appareil administratif représentant l'activité administrative de l'Etat.* Par conséquent, l'institution d'un juge indépendant a perdu son sens. Car la fonction de ce juge était précisément de trancher une question de droit entre deux sujets de droit. Quand l'appareil administratif fonctionne mal, ce n'est pas à la juridiction qu'incombe la tâche d'en supprimer les vices. Quand on donne, néanmoins, à des juges

le droit de dire si l'appareil administratif a fonctionné comme il fallait, il faut se rendre compte que l'exercice de ce droit n'est pas de la juridiction. La suppression de l'Etat en tant que personne, et sa subordination à la communauté populaire dirigée par le Parti, ont définitivement balayé les conditions nécessaires pour qu'il pût y avoir des décisions de « litiges » d'ordre administratif.

Pour justifier néanmoins la possibilité d'un contentieux administratif, on pourrait dire que c'est le fonctionnaire ayant rendu l'arrêté critiqué qui est cité devant le tribunal; il serait dès lors possible qu'il puisse y avoir un véritable procès. Mais cette argumentation n'est fondée qu'à la condition qu'on considère le fonctionnaire comme exerçant ses fonctions publiques en vertu d'un droit personnel. Mais ce serait substituer la personne du fonctionnaire à celle de l'Etat, qui se décomposerait en une multitude de fonctionnaires, affrontant le compagnon du peuple en leur qualité de représentants autonomes du pouvoir public, et discutant avec cet adversaire sur le bien-fondé d'arrêtés pris en vertu d'un droit personnel. Or, il va de soi que cette conception est incompatible avec la nature juridique de la situation du fonctionnaire, serviteur de la communauté populaire.

D'ailleurs, la structure du contentieux administratif est celle d'une organisation appelée à trancher des litiges. Sa structure détermine et sa nature et sa procédure. Le propre du contentieux administratif est, en effet, de constater, en forme judiciaire, ce qui est le droit dans un cas déterminé. La mise en marche de la procédure par un recours et la procédure même sont calquées sur le modèle de la procédure civile. Comme l'a dit Otto Mayer, « la juridiction administrative repose sur la transposition de certaines notions et institutions de la procédure civile, dans le domaine de l'activité d'autorités qu'on appelle dès lors des tribunaux administratifs ». La procédure devant les tribunaux administratifs présuppose donc, elle aussi, l'existence de deux parties en litige, phénomène par lequel elle accuse sa parenté avec les principes et conceptions propres à la procédure civile, telle que l'a conçue le XIX^e^ siècle. La notion de « partie » (au litige) est, et on y insiste, sensiblement la même dans les procès civils, et dans le contentieux administratif.

« Quand on réclame aujourd'hui une juridiction administrative, il faut apercevoir clairement quelles sont les fonctions qui incombent à la juridiction dans la communauté. La plupart des auteurs, cependant, n'y font guère attention. Ils admettent simplement que le particulier a besoin d'être protégé, et qu'il y a lieu d'instituer un contrôle des actes de l'Etat. Ils concluent que ce sont là des besognes que seul le contentieux administratif est en mesure d'accomplir convenablement. Or, *dans la communauté, la juridiction et le procès judiciaire ont la fonction de rétablir*, entre les membres de la communauté, l'ordre troublé de celle-ci. Un ordre communautaire ne peut exister qu'entre des personnes vivant dans et par la communauté. Ce n'est donc qu'entre elles qu'il peut y avoir litige, procès judiciaire et juridiction. Or, puisque nous refusons de reconnaître à l'Etat une valeur autonome et, dès lors, de l'investir de la qualité de personne morale, nous ne pouvons donc plus concevoir qu'il puisse y avoir une juridiction tranchant des litiges entre l'Etat et un compagnon du peuple.

Cette conception est depuis longtemps admise en ce qui concerne le contentieux constitutionnel. En effet, dès qu'on n'opère plus avec le con-

cept de l'Etat-personne, il ne peut plus y avoir de décisions, par un organe neutre; sur des litiges nés entre deux organes de l'Etat, en matière de droit constitutionnel. Mais en ce qui concerne le contentieux administratif — davantage enraciné dans les mœurs et reposant sur une tradition certaine — le litige en tant que condition intrinsèque d'une juridiction et le jugement en tant que solution en forme juridictionnelle ne sont même plus considérés comme un problème. On perd de vue, cependant, que le contentieux administratif n'est ni le moyen exclusif, ni le seul moyen possible, de contrôler l'administration. Bien que ce soit seulement depuis le XIX^e^ siècle que la juridiction administrative revêt ce caractère, on croit encore à l'heure actuelle que seul le contentieux administratif est capable d'assurer « une réalisation juste des tâches assignées à l'administration par la direction de l'Etat », et de donner au compagnon du peuple la certitude que « l'administration le traite sur le même pied que tout autre compagnon du peuple, et que son affaire a été l'objet d'un examen attentif ». On fait aussi ressortir que la juridiction administrative est, de l'avis de ces auteurs, particulièrement apte à uniformiser le droit administratif matériel, et à garantir l'uniformité de son application. Or, il n'est pas douteux que dans l'Etat individualiste, le contentieux administratif ait été d'une grande importance pour l'évolution du droit administratif. Il suffit, en effet, de se rappeler le rôle que les décisions judiciaires administratives ont joué dans le domaine du droit policier, où elles étaient particulièrement aptes à délimiter les frontières dont l'établissement était un credo de la pensée juridique individualiste. Ce ne fut que grâce à l'uniformité de la jurisprudence administrative que l'individu put savoir quel était le traitement que, dans un cas concret, il pouvait réclamer de l'Etat. Mais le contentieux administratif reposait, néanmoins, ainsi que nous l'avons dit, sur le droit subjectif public accordé au particulier à l'encontre de l'Etat. Quand, ainsi qu'il a été proposé, on enlève au contentieux administratif la faculté de créer des droits, et quand, pour y parvenir, on remet à l'administration active la décision sur les permissions en matière d'industrie, etc., l'activité propre des tribunaux administratifs se cantonnera de plus en plus dans le domaine de la protection des particuliers. Or, si cette protection doit être accordée en forme judiciaire, les juridictions administratives n'auront de nouveau aucun autre rôle que de trancher des litiges, dans lesquels le particulier invoquera des droits qu'il croit avoir contre l'Etat.

Il est d'ailleurs tout à fait intéressant de constater que tous ceux qui veulent conserver l'institution du contentieux administratif, conservent aussi, sous une forme ou sous une autre, le droit subjectif public; ou ils évitent de prendre position à son égard. C'est ainsi que le Président du Tribunal administratif suprême de Bade, Schneider, déclare : « Il importe peu que le nouvel Etat reconnaisse ou non l'existence de droits subjectifs publics. Alors même qu'on admettrait leur existence, on devra les apprécier non pas d'après les conceptions individualistes, mais du point de vue de la communauté du peuple et en tenant compte de la position qu'y occupe le compagnon du peuple ». Mais ce que cet auteur laisse dans l'obscurité, c'est ceci : comment peut-on concevoir l'existence de droits subjectifs publics, sinon en adoptant le point de vue individualiste ? Quand on accorde au particulier un droit subjectif public, on le conçoit comme individu, et, par là, on détruit l'idée de la communauté. A l'intérieur d'une commu-

nauté, il ne peut pas y avoir de droit subjectif. Est-ce qu'on peut s'imaginer que l'homme des troupes brunes ait des droits subjectifs contre son supérieur ?

Un autre auteur, Georg Schmidt, pense que le problème des droits subjectifs publics est un « problème de second ordre ».

Koellreutter, par contre, garde en principe les droits subjectifs publics, mais il les limite en faisant remarquer qu'ils ne peuvent exister que « pour autant qu'ils ne portent pas atteinte à l'ordre juridique national et social ».

Aux yeux de Tatarin-Tarnheyden, les droits subjectifs publics ont désormais un sens nouveau, basé sur une éthique nouvelle qu'il leur prête. Tandis que, jusqu'ici, le droit subjectif était octroyé au particulier en sa qualité d'individu isolé, il le possèdera dorénavant afin de développer sa personnalité en conformité avec « l'éthos du peuple ». En conséquence, Tatarin-Tarnheyden réclame des garanties subjectives et objectives de secret postal, dont la suppression totale ou partielle, ne devrait être possible qu'en vertu d'une loi du Reich. Or, cette argumentation repose sur les conceptions de la doctrine traditionnelle.

Maunz reconnaît que l'Etat national-socialiste, en supprimant l'opposition entre la sphère individuelle et la sphère de la communauté, a rejeté le concept de « droits dirigés contre le pouvoir public ». Mais cet auteur ne nie l'existence de droits subjectifs publics que pour autant qu'ils sont dirigés contre le Führer, et il en admet à l'encontre des mesures prises en exécution des instructions du Führer. Particulièrement, les relations avec les collaborateurs (*Mitarbeiterverhältnisse*) forment le fondement, « sur lequel, dans l'avenir, les droits subjectifs publics existeront et peuvent exister.

Stuckart défend des idées analogues à celles de Maunz. Selon Stuckart sont exemptes de l'attaque par des droits subjectifs publics les mesures d'exécution s'inspirant de la « raison d'Etat », ce que font, en règle générale, les mesures édictées en exécution des décisions du Führer. De plus, il ne peut y avoir de droits subjectifs dans le domaine des mesures d'exécution inspirées par des considérations politiques, à la condition cependant que les intéressés se trouvent à des échelons différents de l'échelle hiérarchique. Rentrent dans ce domaine, notamment, les actes de tutelle administrative à l'égard des communes et d'autres sous-communautés de l'Etat. Dans les autres domaines, les droits subjectifs publics sont, d'après Stuckart, maintenus. Toutefois, pour prévenir la naissance d'un trop grand nombre de droits subjectifs publics, Stuckart invite le législateur à n'accorder de droits subjectifs publics que dans la mesure où ils paraissent nécessaires et opportuns.

Or, je ne comprends pas, comment, en conservant les droits subjectifs publics, — ou du moins en ne les rejetant pas purement et simplement — on réussira à donner au contentieux administratif un nouveau sens. Les auteurs prétendent cependant y être parvenus. Georg Schmidt dit par exemple : « Il n'est plus possible de citer l'administration publique devant les tribunaux administratifs, et de lui demander de rendre des comptes à la barre du tribunal. Les tribunaux administratifs font eux-mêmes partie de l'administration; ils la servent et ne représentent point un contrôle placé en dehors de l'Administration. L'activité qu'ils exercent est

une forme particulière de l'administration, ou encore l'administration sous une forme particulière ».

Mais, si tel est le sens du contentieux administratif, on ne saurait concevoir la nécessité ni d'une action introductive de l'instance, ni d'une décision intervenant en forme judiciaire. Quand il y a « action », l'Etat est obligé à comparaître à la barre du tribunal, et c'est bien ce que pense le particulier qui en appelle aux tribunaux administratifs. Aucun artifice ne saurait faire disparaître cette conception, et, dès lors, il est erroné d'insister sur le fait que les tribunaux administratifs sont, eux-mêmes, intégrés dans l'appareil administratif. Il n'y a qu'une alternative : il s'agit, ou bien d'administration, ou bien de juridiction. C'est précisément l'administration exercée sous la forme de la juridiction qu'on combat aujourd'hui, en s'opposant à ce que les actes administratifs créateurs de droit relèvent du contentieux administratif. Or, Schmidt veut en faire un principe fondamental de l'administration. Mais cette conception est indéfendable, ainsi qu'il résulte d'ailleurs du propre exposé de Schmidt, qui dit que le droit subjectif du demandeur coïncide avec le besoin, pour l'Etat, de gérer l'administration conformément au droit objectif, et que c'est le contentieux administratif qui est le plus apte à pourvoir à la fois aux besoins de l'Etat et aux droits des particuliers. Si Schmidt propose que, une fois l'action introduite, on procède d'après les principes du procès inquisitoire, il supprime la forme de la procédure contradictoire; mais il ne reste pas moins vrai qu'on se trouve toujours en présence d'un procès. Mais de même que le procès inquisitoire en droit pénal exige l'existence du prince souverain et, par là, d'un état individualiste, ainsi le procès inquisitoire introduit dans le droit administratif transforme la soumission du particulier à la puissance de l'Etat en une procédure juridique. En adoptant la suggestion de Schmidt on supprimerait les formes de procédure propres au libéralisme, pour revenir à celles caractéristiques de l'absolutisme. Mais, par là, on n'aboutira jamais à une réforme du contrôle de l'appareil étatique, inspirée de l'idée de la communauté.

Nous passons maintenant à cette autre proposition d'après laquelle il convient de distinguer entre les actes de la Führung — considérés comme des actes à caractère politique — et les actes d'exécution, postérieurs à la décision politique. Cette proposition est, en effet, compatible avec la conception de l'Etat comme instrument dans la main du Führer. Mais ce système — qui consiste à admettre le contentieux administratif en tant que principe, pour l'écarter par la suite dans de nombreux cas — est dépourvu de logique : il est cependant très caractéristique de l'époque de transition, par laquelle passe actuellement la reconstruction de notre système juridique. En effet, on s'efforce de supprimer les conséquences inadmissibles d'un principe, sans, pour cela, vouloir toucher au principe lui-même. Il est indéniable que cette méthode ne manque pas d'avoir des effets heureux dans la pratique. Mais il faut se garder de considérer cela comme quelque chose de définitif, comme un principe suffisant pour développer une nouvelle construction.

Les récents écrits de Maunz montrent bien que le problème du sens et de la fonction du futur contentieux administratif est encore loin d'être résolu. Selon Maunz, les arrêts des tribunaux administratifs auront dans l'avenir « un caractère de directives et d'ordonnancements. Les tribunaux

administratifs seront appelés, non pas à condamner, mais à constater. Ils ne paralyseront pas l'activité des autorités en annulant les actes de celles-ci, mais ils leur montreront le chemin à suivre en dégageant le droit ». Il se peut qu'on soit d'accord avec Maunz. Mais ce qu'il entend instaurer, ce n'est plus de la juridiction administrative. Il cherche quelque chose de tout à fait neuf. Selon Maunz, il ne sera plus possible de contrôler la légalité des actes administratifs. Les mesures prises par l'administration resteront inattaquables et inchangeables. Les tribunaux seront seulement appelés à montrer le chemin qu'il conviendra de suivre dans l'avenir. Or, le propre de la juridiction est précisément de redresser les torts et de faire disparaître les litiges. *Mais on n'a pas besoin de la juridiction pour faire donner des avis « aux chefs suprêmes de l'administration »*. Quelles seront, en effet. alors les fonctions de l'action, du jugement et de la force de la chose jugée? Si l'on prend le programme de Maunz au sérieux, il ne restera plus rien de ce qu'on entend communément par les mots : contentieux administratif. Par là, nous ne voulons cependant pas dire que la juridiction administrative ne pourrait pas être remplacée par une activité du genre de celle proposée par Maunz.

Souvent on entend écarter les dangers, résultant du contentieux administratif, par la substitution du principe de l'énumération à celui de la « clause générale ». Par ce procédé, on limiterait, en effet, les possibilités de la poursuite judiciaire de droits subjectifs publics. La lutte pour la reconnaissance du droit subjectif public était, il est vrai, assez souvent accompagnée d'une lutte pour l'introduction d'une « clause générale ». C'est ainsi qu'en 1925, la *Vereinigung deutscher Staatsrechtleher* préconisait presqu'unanimement l'introduction d'une « clause générale ». Walter Jellinek affirmait alors que la clause générale « était en route ». En revanche, certains pays allemands entendaient restreindre le champ d'action des tribunaux administratifs, en subordonnant la poursuite de droits subjectifs publics devant ces tribunaux à leur énumération dans une loi. Dans ce cas, les litiges non énumérés dans le catalogue de la loi ne pouvaient pas être tranchés par les tribunaux administratifs, alors même qu'ils se fondaient sur un droit subjectif public. C'est ainsi que le Tribunal administratif du Bade a déclaré : « Pour fonder la compétence juridictionnelle il ne suffit pas d'invoquer un paragraphe de loi énumérant les cas dans lesquels la juridiction peut être saisie. Ce qui est décisif c'est la considération du rapport juridique sur lequel se fonde le droit poursuivi devant la Cour, ainsi que la question de savoir si le rapport juridique et le droit qui en est déduit sont de ceux que la loi soumet à la juridiction du tribunal saisi dans l'espèce.

Or, la renaissance envisagée du principe de l'énumération ne change rien au caractère du contentieux administratif. Les tribunaux administratifs continueront, en effet, à se prononcer sur des droits subjectifs. Ce n'est que le nombre des cas justiciables qui sera réduit. *Mais c'est là aussi un indice du fait que la juridiction administrative est en train de reculer.*

On ne peut pas résoudre le problème du maintien du contentieux administratif en posant cette autre question : le maintien de la juridiction administrative est-il compatible avec le principe du chef (*Führerprinzip*) appliqué par l'Etat national-socialiste ? Même si l'on admet cette compatibilité, il n'en résulte pas sans plus une raison d'être de la juridiction administrative, car il s'agit, en dernière analyse, de savoir s'il faut conserver ou

rejeter le système juridique de l'individualisme. Or, le contentieux administratif est une transposition typique pour l'individualisme, de la juridiction dans le domaine de l'administration. Tandis que, dans d'autres branches juridiques, l'évolution du droit individualiste a mis plusieurs siècles à développer une juridiction conforme à ses idées, le contentieux administratif est, non pas une procédure née de l'administration, mais le résultat de la transplantation, dans ce domaine du droit, d'une procédure toute faite et née ailleurs. Il n'y eut jamais de lutte concernant la juridiction administrative elle-même ; il n'y eut de luttes que pour l'introduction du procès administratif en tant que tel. En effet, Fleiner commence son exposé du contentieux administratif par la phrase suivante : « En Allemagne, l'Etat de droit est né de la transplantation d'institutions judiciaires dans le domaine de l'administration ».

Le contentieux administratif repose sur une certaine conception de la loi et des fonctions de la procédure judiciaire. Le juge administratif est un organe de l'Etat, indépendant à l'égard d'autres organes de l'Etat et soumis à cette chose anonyme qu'est « la loi ». Dans le domaine de la juridiction civile et pénale, la procédure est la condition même de l'immixtion de l'autorité publique dans la sphère privée. Si, dans le domaine de l'administration, on avait intégralement adopté les principes de la juridiction de droit commun, on aurait dû exiger que la promulgation de tout acte administratif soit précédée d'une procédure contradictoire, ayant pour but de faire constater si l'acte envisagé était licite ou non. Cette conséquence a d'ailleurs été parfois tirée. C'est ainsi que C.-E. Leuthold a dit: « On ne saurait comprendre pourquoi l'administration publique, quand elle se prévaut de ses droits, n'est pas obligée de les poursuivre devant les tribunaux au lieu de se faire justice elle-même (Selbsthilfe)». Un Etat de droit de ce genre, idéal il est vrai, fut considéré comme grotesque, mais la déduction de Leuthold ne manquait pas de logique. En pratique, on se contentait cependant du contrôle *a posteriori* des actes déjà édictés. Dans le contentieux administratif, l'acte administratif joue à peu près le rôle que jouent les « faits » dans la procédure pénale. De même que l'examen des faits dans la procédure pénale a pour but de permettre de constater s'ils sont contraires à une norme ; de même l'on examine l'acte administratif du point de vue de sa conformité à la norme pour savoir s'il est ou non contraire à la loi. La fonction du juge administratif est donc, comme celle des juges civil et pénal, d'appliquer des normes. Cependant, le contentieux administratif ne s'est jamais complètement soumis à ce schéma. C'est, en effet, à juste titre qu'on a insisté récemment sur le fait que le juge administratif s'est toujours fortement senti attaché à l'administration, alors surtout que les magistrats des tribunaux administratifs supérieurs étaient souvent d'anciens fonctionnaires de l'administration.

La position du juge administratif n'a jamais été celle d'un tiers neutre, extérieur à l'administration, et appelé uniquement à appliquer les lois à des faits. C'est en s'inspirant de cet état de choses que Maunz conçoit le juge administratif comme un « correcteur », dont la fonction est de montrer le chemin qu'il y a lieu de suivre. Mais on ne doit jamais oublier que la juridiction administrative, et la structure qui lui est propre, sont nées de l'Etat de droit libéral tel qu'il a été conçu par le XIX^e^ siècle, et qu'elles

se fondent sur un système de faits réglés par des normes et sur la conception d'un juge considéré comme un tiers neutre.

Si la doctrine s'occupe aujourd'hui du contentieux administratif, et si elle cherche à le conserver, elle le fait parce qu'elle sent qu'il y a à l'égard de l'administration des fonctions dont l'accomplissement doit être assuré. En effet, l'administration a besoin du contrôle et de la surveillance. Je ne suis pas du tout de l'avis de Maunz, et je n'admets pas que les actes administratifs contraires au droit puissent être maintenus à raison du seul fait qu'ils ont été édictés par une autorité de l'Etat. Car, si l'on en décidait ainsi, on accorderait au simple fonctionnaire une position qui ne convient qu'au Führer, et qui porte atteinte à la réalisation des plans de la Führung et enlève à celle-ci la possibilité d'observer le fonctionnement de l'administration. L'autorisation de la Führung n'est pas mise en cause par le contrôle ordonnancé des actes administratifs, ni par la correction de ces actes à laquelle cette surveillance peut aboutir. Ce sont le Führer et ses plans qui ont l'autorité. Leur autorité est renforcée, au cas où un organe de contrôle intervient pour empêcher l'exécution inexacte des ordres du Führer.

Tout autre est la question de savoir si le contentieux administratif est un moyen adéquat pour exercer ce contrôle. Nous répondons par la négative, pour les raisons sus-indiquées. Ce sont non pas le contrôle en tant que tel, mais les conditions particulières de la juridiction qui portent atteinte à l'autorité de la Führung et à l'activité du tribunal. Le propre de la juridiction est de reposer sur des juges personnellement indépendants et pleinement autorisés à examiner la légalité d'un événement.

Quand on transplante la juridiction dans le domaine de l'administration — qui ne lui est pas approprié — on ne peut jamais éviter que le juge ne soit appelé à prendre position à l'égard de la Führung politique ; dans ce cas, il a pour fonction de porter des jugements sur la réalisation des tâches incombant à la Führung politique. Or, cette fonction ne peut être remplie que par un juge neutre qui — tel le juge de l'idéologie libérale — est libre de tout lien le rattachant à la communauté, et ne connaît que les liens purement formalistes de la loi. Mais elle ne peut être assumée par un juge qui — tel le juge de notre conception — est lié à la communauté et qui est chargé de « garder le droit » en s'inspirant de la vie de la communauté. On cherche à éviter ces conséquences en interdisant au juge de s'occuper des actes de la Führung. On entend limiter le contentieux administratif au contrôle des mesures d'exécution. Mais on ne saurait jamais dire, d'une façon nette et claire, où il y a de la Führung et où il n'y en a plus. Si on entend conserver le contentieux administratif comme moyen propre à exercer un contrôle des actes administratifs, il faudrait renoncer aux caractéristiques de la juridiction telle qu'elle existe dans une communauté, et revenir à la notion libérale du juge neutre, apolitique, extérieur à l'ordre de la communauté et lié uniquement par la loi normative. Car le contentieux administratif dépasse les possibilités d'une juridiction, telle qu'elle existe dans une communauté. Le propre de cette juridiction est, ou bien de réintégrer dans l'ordre de la communauté, ou bien d'en exclure définitivement celui qui s'est rendu coupable à son égard. Or, le juge, qui exerce cette sorte de juridiction, doit être complètement intégré dans la communauté, et toute restriction apportée à l'accomplissement, par le juge, des fonctions lui incombant à l'égard de la communauté, por-

terait atteinte à la vie communautaire. Personne ne songe à restreindre son activité. Au contraire, on ne cesse pas d'insister sur le fait que le juge est appelé à garder le droit de la communauté, et à le rendre efficace dans chaque cas particulier. En appelant le juge « souverain du droit » (*Rechtsherrscher*), le Führer des Juristes allemands vise précisément cette sorte de formation du droit par le juge dans la communauté.

C'est là le sens actuel de la liberté du juge. Elle ne s'oppose donc pas à la liaison où il se trouve par rapport à la communauté (*Gemeinschaftsbindung*). Au contraire, le juge porte des jugements sur le comportement des différents membres de la communauté (*Gemeinschaftsgenossen*), et, quand leur comportement est contraire à la communauté, il réalise à leur égard la vie et l'ordre de la communauté. Mais les tribunaux administratifs ne peuvent pas remplir ces fonctions naturelles de la juridiction. Car ils s'occupent non pas du comportement des particuliers, mais de l'exécution des plans de la *Führung*. Ils doivent dire si l'exécution de ces plans, telle qu'elle a été entreprise par l'administration, est, oui ou non, conforme à la volonté de la Führung. Ils sont donc tenus de dire, dans chaque cas particulier, ce qui a été la volonté du Führer. Tandis que le juge civil décide laquelle des deux parties en cause se refuse à plier devant l'ordre de la communauté, enfreint la loi et, dès lors, agit contrairement à la volonté du Führer, le juge administratif décide si une fonction publique a été exercée comme il le fallait. Il ne porte donc pas des jugements sur le comportement d'hommes.

L'époque libérale ne pouvait concevoir une juridiction, s'exerçant dans le domaine de l'administration, que par cela qu'elle personnifiait l'Etat, en faisait un sujet de droit, et, en opposant cet Etat personnifié au particulier. réussissait à construire une juridiction s'exerçant entre deux sujets de droit. Fleiner dit nettement : « La fonction du tribunal administratif est de dire — sur le recours — ce qui est ou ce qui doit être du droit, dans un cas concret, entre l'Etat et le citoyen ». Plus on refuse à la juridiction administrative la possibilité de faire comparaître l'Etat et le particulier comme deux sujets d'égale valeur, plus on retranche de ses fonctions primitives pour confier le maintien de l'ordre à l'administration elle-même, et plus on fait disparaître son caractère de juridiction.

Il n'est donc pas étonnant de voir la doctrine réfléchir sur ce problème : comment peut-on mettre les actes de la Führung à l'abri du contentieux administratif ? On se sent en présence d'un dilemne. On ne voit pas de principe net, permettant au juge administratif de discerner les faits, rentrant dans sa compétence, de ceux réservés à la puissance de la Führung politique. Il faut donc rechercher une tierce institution pouvant trancher les cas de conflit inévitables. La doctrine envisage à ce propos deux possibilités :

Knauth propose la création d'un nouvel organisme, et une procédure spéciale pour faire trancher le conflit. Ce qu'il envisage n'est donc qu'une espèce de tribunal des conflits. Il est évident que cette solution ne saurait donner satisfaction. Car, en l'adoptant, on aurait de nouveau recours à un tiers appelé à dire si, dans le cas concret, il doit y avoir, ou non, intervention du contentieux administratif. C'est, en dernière analyse, et alors même qu'on confierait cette décision au Ministre, l'institution d'une juridiction décidant de l'admissibilité de l'exercice de la juridiction administrative.

C'est le problème du *quis judicabit*, insoluble pour la conception libérale. Et on pourrait encore proposer une procédure spéciale pour faire constater si le cas est susceptible d'être tranché par la procédure des conflits ! Cette accumulation d'instances est la conséquence de l'absence de tout principe précis.

D'autres proposent de distinguer entre les autorités supérieures et inférieures, et de soustraire les décisions des autorités supérieures à la juridiction administrative, à moins que l'autorité intéressée n'y consente. Mais, pourquoi alors de la juridiction ? L'obligation de comparaître est une obligation découlant de la nature même de la juridiction. Dans l'ancien droit allemand, le refus de comparaître était l'un des crimes des plus graves. On voit, par là, très nettement, les difficultés que rencontre aujourd'hui la juridiction administrative. La juridiction perd son sens, du moment où celui qui doit être poursuivi est autorisé à décider souverainement si la plainte doit être reçue. Par là, on s'attaque aux bases même de toute juridiction. Si, pour conserver le nom de juridiction, on est obligé de nier et de dissoudre la nature même de la juridiction, on démontre, par ce fait, que, dans l'administration actuelle, il n'a plus de place pour un contrôle juridictionnel. Pour faire exercer ce contrôle il faut donc chercher d'autres moyens compatibles avec la nature de l'Etat actuel, qui est un instrument et un moyen dans la main du Führer.

BIBLIOGRAPHIE :

BAHMANN : *Das Verhältnis des Verwaltungsstreitverfahrens zu den tragenden Gedanken des neuen Staats* dans *Deutsche Verwaltung*, 1934, p. 51 et ss. — BERNER : *Landesverwaltungsgesetze* dans BRAUCHITSCH, *Verwaltungsgesetze für Preussen*, 24e édition, 1930, tome I, p. 1 et ss. — BUCH : *Die Parteigerichtsbarkeit der NSDAP*, dans *Deutsches Recht*, 1934. — BÜHLER : *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914. — FLEINER : *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8e éd., 1928. — FRIEDRICHS : *Die Verwaltungsrechtspflege*, 1920. — HOFACKER : *Die subjektiven öffentlichen Rechte* dans *Deutsche Juristenzeitung*, 1935. — HÖHN : *Rechtsgemeinschaft*, 1935. — HÖHN : *Partei und Staat* dans *Deutsches Recht*, 1935, p. 474 et ss. — HÖHN : *Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozess*, dans *Deutsches Recht*, 1935, p. 266 et ss. — HUBER : *Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts*, Hamburg, 1935. — JERUSALEM : *Das Verwaltungsrecht und der neue Staat*. 1935. — KNAUTH : *Die deutsche Gemeindeordnung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit* dans *Deutsche Verwaltungsblätter*, 1935, p. 105 et ss. — KNAUTH : *Die heutige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit* dans *Deutsche Juristenzeitung*, 1934, p. 1119 et ss. — KÄHLER : *Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts*, 1935. — KOELLREUTTER : *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, 1933. — LEUTHOLD : *Oeffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht*, dans *Annalen des deutschen Reiches*, 1884, p. 321 et ss. — MAUNZ : *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 1934. — MAUNZ : *Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts*, dans *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, tome 96, p. 171 et ss. — MAUNZ : *Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit* dans *Deutsches Recht*, 1935, p. 478 et ss. — MAYER : *Verwaltungsrecht*, 3e éd., 1924. — MAYER : *Zur Lehre*

von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, dans *Archiv für öffentliches Recht,* tome 21, p. 1 et ss. — SCHMIDT : *Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit,* dans *Reichsverwaltungsblatt,* tome 56, p. 405 et ss. — SCHNEIDER : *Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich,* dans *Deutsches Recht,* 1935, p. 458 et ss. — SCHULTZENSTEIN : *Die neuen Prozessgesetze und das Verwaltungsstandverfahren,* dans *Verwaltungsarchiv,* tome VII, p. 265 et ss. — SCHULTZENSTEIN *: Parteien, Parteifähigkeit, Parteibegriff im Verwaltungsstandverfahren,* dans *Verwaltungsarchiv,* tome XII, p. 112 et ss. — STUCKART : *Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit,* dans *Deutsche Verwaltung,* 1935, p. 161 et ss.

§ 152

L'ORDRE JURIDIQUE DE L'ECONOMIE ALLEMANDE

(Contribution au problème juridique de l'institution.)

Par Karl GEILER,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Heidelberg,
Avocat à Mannheim

Traduit par Paul ROUBIER,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

et H. MANKIEWICZ,

Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

J'ai choisi ce sujet pour ma contribution au Recueil en l'honneur du Professeur Lambert, parce que le problème de l'ordre juridique de l'économie allemande est un problème d'actualité et d'importance décisive. Son étude me permettra d'étudier, outre l'ordre économique allemand actuel, la nature du droit et les rapports entre le droit et l'économie, les relations existant entre l'ordre juridique et l'ordre économique — tous problèmes touchant au champ de recherches du Maître que doit honorer cette étude.

A. — GÉNÉRALITÉS. PRINCIPES FONDAMENTAUX ET ASPECT HISTORIQUE

Le problème de l'ordre économique est particulièrement de nature à prouver l'exactitude de la théorie du droit que j'ai toujours défendue dans mes écrits et mes conférences, et qui peut se résumer de la façon suivante: Le droit n'est pas une somme de règles abstraites, mais un ordre vivant qui régit la vie en commun des hommes et, plus particulièrement, des membres d'un même peuple. Mais, d'après sa nature, le droit est à la fois transcendental et immanent; il appartient au monde des impératifs. Par conséquent il prend ses racines dans le transcendental et l'absolu, dans le monde des valeurs, et non pas dans le monde des existences. Mais, si telle est la nature du droit, il ne faut cependant oublier ni ses rapports avec le monde réel, ni l'influence qu'a sur son contenu la matière à laquelle il s'applique. Ces facteurs sont d'autant plus importants, quand on analyse non pas le droit en tant que tel, mais un ordre juridique concret. Les règles du droit positif ne sont pas des règles existant a priori. Au contraire, elles prennent leurs racines les plus fortes dans les bases de

notre vie, notamment dans la situation spirituelle et la situation réelle du peuple auquel elles s'appliquent. Ce sont ces situations réelles qui déterminent d'une façon décisive le contenu des lois, et celui des règles juridiques extralégales. De plus, ces situations concrètes montrent encore leur force dans la mise en valeur du droit. Dès que le droit n'a plus la capacité de se réaliser et de s'appliquer, il cesse d'être du droit. Mais le droit ne s'identifie pas avec sa force obligatoire. Car il existe non pas seulement à raison de sa force obligatoire, mais à raison de sa légitimité. D'un point de vue transcendental, la légitimité du droit repose sur les origines du droit, qui sont dans l'absolu; c'est parce qu'il établit des règles qu'il peut prétendre à la légitimité, et en creusant davantage de ce côté, parce qu'il plonge en racines dans la communauté du peuple et dans la conviction de ceux que ces règles doivent lier. Ni la théorie du droit naturel, ni l'Ecole historique du droit ne sont à elles seules capables d'expliquer exactement la nature du droit. A la théorie du droit naturel, il convient de faire les objections suivantes : Il n'y a aucun droit indépendant des données sociales, et sans rapport avec des bases matérielles. C'est l'essence même du droit d'avoir un contenu se rapportant à la matière que — telle est sa fonction — il entend régler. Le droit n'est pas seulement un commandement : il est aussi un ordonnancement. Or, c'est précisément parce qu'il est un ordonnancement, une institution, qu'il s'imprègne de la matière qu'il a pour objet. Il n'y a ni règle, ni forme juridique en tant que telles. Même l'idée du droit se réfère à une matière déterminée. Quant à l'école historique du droit, on peut lui objecter ceci : le droit n'est pas uniquement une sorte de manifestation de temps à autre d'un contenu juridique, et dès lors, il est erroné de dire qu'il n'est qu'un produit de l'histoire. Au-dessus de la matière du droit, il y a l'idée du droit qui façonne cette matière, étant cependant bien entendu que l'idée du droit peut, dans une certaine mesure, changer dans le temps et dans l'espace.

Mais en quoi consiste la matière du droit ? C'est encore un des problèmes qu'il convient d'éclairer. La matière du droit n'est pas la réalité non encore formée, et non encore socialement et économiquement ordonnancée. Il n'y a de droit que s'il y a déjà une amorce de formation sociale et économique, c'est-à-dire qu'il doit déjà y avoir des relations d'homme à homme. Robinson n'avait pas besoin d'un droit de la vente, parce qu'il n'entretenait pas de relations sociales susceptibles de donner naissance à une vente. En conséquence, on peut dire que la matière du droit est la réalité, à un stade où son ordonnancement social et économique est déjà amorcé. La matière du droit, c'est donc la vie humaine, non pas au stade chaotique, mais au stade où il y a déjà des relations économiques et sociales, c'est-à-dire une vie sociale, une vie communautaire.

Cette conception — selon laquelle le droit prend ses racines à la fois dans le monde des impératifs et dans le monde des choses — est susceptible d'éclairer les rapports existant entre l'ordre juridique et l'ordre économique. L'ordre économique n'est autre chose qu'une pièce de l'ordre juridique vivant. Il est non seulement un ordre naturel, mais aussi un ordre créé par le droit. Il en est ainsi même de l'ordre économique fondé sur ce qu'on appelle l'économie libre. Car l'économie libre repose, elle aussi, sur une série de principes généraux du droit, tels que la liberté du contrat, la li-

berté du commerce et de l'industrie, la liberté d'association, la liberté de la concurrence, etc. L'ordre économique propre à l'économie libre est donc non seulement un ordre de fait, mais aussi un ordre de droit. L'ordre économique est un ordre juridique qui, à certains égards, revêt un caractère d'allure constitutionnelle — fait qui a permis de parler de constitution économique. Sous ce terme, on entend préciser que l'ordre économique est un ordre de droit public nettement influencé par la politique, et c'est à raison des influences d'ordre politique qui s'exercent sur lui que l'ordre économique n'est pas seulement une somme de règles abstraites, ni un système de règles reposant uniquement sur des impératifs, mais une partie de l'ordre juridique vivant, fortement imprégnée des conceptions politiques et sociales du moment. On conçoit dès lors que l'ordre économique est soumis à des changements — changements qui sont d'ailleurs en rapport direct avec les modifications du concept de l'Etat.

Sans vouloir remonter trop loin, nous constatons simplement que l'Etat libéral avait un ordre économique correspondant à l'idéologie du libéralisme. L'individualisme et le libéralisme héroïquement révolutionnaires apportèrent d'abord au travailleur sa libération, en brisant le rapport de domination auquel le soumettait son contrat de travail. On dépossédait les Seigneurs des forces de travail de l'employé et on les remettait à la disposition de celui-ci pour qu'il puisse en disposer par voie de contrat de travail individuel.

Le principe économique qui se dégageait du libéralisme politique était le principe du marché libre, où le libre jeu des forces économiques parvenait à créer un équilibre de toutes les forces, et à réaliser l'harmonie préétablie, et la liberté naturelle de tous les membres de l'économie, par le fait que l'offre et la demande, la production et la consommation s'adaptaient constamment l'une à l'autre, et que chacun participait au prorata de ses prestations aux résultats économiques.

L'ordre de l'économie libérale correspondait à ces principes. Il proclamait la liberté du citoyen dans l'économie, et créait le type de l'économie établie sur les principes de la liberté contractuelle, de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que de la liberté de la concurrence — libertés qui peuvent se décomposer en une série d'autres libertés, telles que la liberté d'association, la liberté de la fixation des prix et de l'intérêt, la liberté du crédit et du marché en bourse, etc. Le seul régulateur de l'économie était alors la libre concurrence, présidant à la sélection des meilleurs, qui, plus tard, fut restreinte tout au moins par l'interdiction de la concurrence déloyale.

Les rapports entre l'Etat et l'économie libérale étaient caractérisés par les deux traits suivants : 1° la neutralité de l'Etat à l'égard de l'économie s'exprimant dans le principe du laisser-faire, laisser-aller ; 2° L'idée de l'Etat de droit, qui supprimait d'abord l'arbitraire de l'exécutif, pour créer par la suite, en faveur des particuliers, et dès lors, en faveur de l'économie, des garanties juridiques contre l'omnipotence de l'ancien Etat de police.

Il suffit de tirer au clair les bases et les données caractéristiques de l'Etat et de l'ordre économique libéraux que nous venons d'exposer, pour se rendre compte qu'elles furent vite dépassées par l'évolution politique, sociale et économique, qui fit de ces principes de pures fictions.

L'évolution sociale allait au delà des fondements de l'ordre économique libéral. Tant que la société resta plus ou moins homogène, les idées libérales correspondirent à peu près à la réalité. Mais les progrès de l'industrialisation, accompagnés d'un accroissement du prolétariat, firent que ces idées — notamment le concept de la liberté économique — devinrent de simples fictions. Alors s'annonça, comme réaction contre la discordance entre l'idée et la réalité, la rébellion des masses qui s'exprima par les mouvements socialistes et communistes. Mais l'idée sociale faisait aussi des progrès et parvint à émanciper les rapports du travail des lois du marché libre, qui sont des lois de l'offre et de la demande; car on s'était aperçu que l'application rigoureuse de ces lois à la force de travail de l'homme était contraire à la fois à la dignité humaine et au sentiment de justice. Ainsi est née, comme corrélatif au défaut d'indépendance et comme compensation à l'absence de liberté, la liberté d'association qui, par la voie du contrat collectif de travail devait aboutir à la réglementation collective des rapports du travail, inconciliable en principe avec les bases du libéralisme.

L'évolution de l'économie allait, elle aussi, au-delà des idées libérales. Le capitalisme a suivi une évolution, qui l'a éloigné toujours davantage du principe du marché libre. C'est un phénomène particulièrement curieux, mais gros de conséquences, que celui de la naissance spontanée, au sein de l'économie, de principes opposés aux fondements de l'économie libre, qui sont la liberté des contrats et la liberté de la concurrence. C'est précisément par l'application du principe de la liberté des contrats, qu'on dut permettre la formation de ces syndicats économiques qui, créant toutes sortes d'obligations à l'égard de leurs membres et des outsiders, ont provoqué une restriction de fait de la liberté des contrats. Tout cela entraîna une « dépersonnalisation » de la vie économique. Nous avons vu surgir les grandes entreprises, qui, sous la forme de sociétés « anonymes », absorbent de grandes quantités de capitaux. Il faut y ajouter le perfectionnement de l'organisation économique, provoquant, par l'encadrement de l'entreprise individuelle dans un syndicat économique, la naissance de l'économie des groupes. Partout on rencontre des groupements dirigeant l'économie et la concurrence, dans leur branche respective. Le particulier, qu'il soit fournisseur ou client, se heurte constamment à ces groupes, et, à moins de se faire écraser, est obligé de s'affilier à son tour à des syndicats et groupements économiques. Ces organisations prennent tantôt la forme juridique de konzerns et de trusts, tantôt celle de cartels, groupant les membres d'un même échelon de la production ou de la distribution, en vue de réglementer la concurrence et le marché, et s'efforçant d'obtenir, par des contrats de tous genres, des liaisons avec les organisations d'un autre échelon. Toutes ces organisations, que nous rencontrons de plus en plus nombreuses, sont en contradiction avec l'idéal de l'économie libre, parce que, tendant à dominer et à influencer le marché, elles mettent en échec le principe fondamental de la liberté de la concurrence.

Le travail économique, lui-même, est aussi appelé à se « dépersonnaliser ». Le nombre des industriels indépendants est en constante régression, et dans les grandes entreprises, les contrats de travail n'ont plus aucun élément personnel. Partout s'installe la masse.

Nous mentionnerons enfin quelques importants changements de la

structure de l'économie capitaliste. L'organisation de l'économie, dont nous venons de parler, amène le règne de règlements et de contrats, des types les plus divers, établis par les groupements économiques. C'est la « planification » économique libre d'où il n'y a plus qu'un pas pour aboutir à la « planification » économique par l'Etat. Puis, tandis qu'autrefois on désirait des fluctuations de la conjoncture pour en tirer profit, l'économie du capitalisme avancé tend à stabiliser la conjoncture au moyen desdits règlements et accords. C'est là un signe du changement de l'esprit capitaliste, qui a été très judicieusement souligné par Werner Sombart. Ce changement de conduite des capitalistes se manifeste par ailleurs, d'un côté, par une régression de l'initiative de l'entrepreneur, et de l'autre, par le détrônement du principe que le profit individuel est la source de toute activité économique. Sur ce dernier point, on observe en effet que l'entrepreneur capitaliste tient davantage compte des intérêts de l'entreprise en tant que telle, et de l'intérêt général de l'économie et du peuple. Il en résulte une tendance à l'objectivisme, dans les grandes entreprises, en ce sens que la fonction sociale, le bon renom et la tâche de l'entreprise individuelle dans l'ensemble de l'économie sont l'objet de soins plus abondants que l'intérêt pécuniaire des bailleurs de fonds, sans que cet intérêt soit d'ailleurs négligé.

Toutes ces tendances ont eu pour conséquence que l'entreprise individuelle dirigée par le propriétaire et le bailleur de fonds, et exploitée en vue d'un profit pécuniaire aussi grand possible, disparaît derrière les grandes formations économiques, dont le capital est réparti parmi un grand nombre de personnes de toutes conditions, ne participant que dans une mesure minime à l'administration et à la direction effectives de l'établissement, lesquelles sont assurées par des tierces personnes qui se sentent des fidéicommissaires, non seulement de capitaux à eux confiés, mais aussi et surtout des autres groupes intéressés à l'économie, tels que l'ouvrier et le consommateur.

Un autre signe du changement de la structure économique est la naissance d'entreprises a-capitalistes, ou du moins non nettement capitalistes. Je pense notamment aux coopératives et aux autres formes d'économie collective, par exemple dans l'industrie de la houille et de la potasse. Enfin l'intervention de l'Etat s'est accentuée de plus en plus, même avant l'arrivée au pouvoir du nationalsocialisme. Il intervint tantôt pour contrôler et pour diriger l'économie, tantôt en tant qu'entrepreneur et en tant que fisc, la majeure partie du bénéfice des entreprises revenant en effet à l'Etat.

L'organisation extérieure de l'économie d'avant 1933 correspondait à ces changements de structure. Elle était nettement frappée au sceau du compromis. D'une part, on s'efforçait de créer une sorte de constitutionnalisme économique, qui s'opposait à l'absolutisme de l'entrepreneur d'autrefois et faisait des ouvriers et employés des co-directeurs du processus économique. D'autre part, les organisations professionnelles, patronales et ouvrières, s'affrontaient en leur qualité de groupements de classes hostiles l'une à l'autre, de telle sorte que la lutte des classes ne pouvait être vaincue par l'idée de communauté. Enfin, on s'efforçait de maintenir l'économie privée et d'encourager l'initiative des entrepreneurs, sans cependant éliminer l'intervention constante de l'Etat, lequel, assez souvent, n'avait pas assez de force pour avoir raison de la diversité d'intérêts des syndicats.

Tout cela a été profondément modifié par le nouvel Etat allemand.

B. — L'ORDRE ACTUEL DE L'ÉCONOMIE ALLEMANDE

C'est méconnaître sa véritable nature que d'essayer de faire rentrer l'ordre actuel de l'économie allemande dans le cadre des notions traditionnelles, telles qu'économie libre, économie planifiée, économie dirigée ou économie étatique. La politique économique du Troisième Reich est caractérisée par l'absence de tout dogmatisme, et, dès lors, trop élastique pour être comprise en un schéma. Un schéma d'ailleurs ne sera jamais à même d'expliquer les innovations d'ordre économique et juridique.

Ces innovations s'expliquent en première ligne par le nouveau concept de l'Etat découlant de sa prétention au « totalitarisme », de la primauté du « politique », de l'idée du chef et de sa « suite » et, enfin, de la substitution, à la légalité traditionnelle, fondée sur la raison et sur les règles d'une légalité à base de décisions, fortement irrationnelle et fondée sur la communauté du peuple. Avec l'avènement de ce nouveau concept de l'Etat, l'économie a cessé d'être une affaire privée. L'Etat totalitaire revendique la subordination de l'économie à l'ensemble de l'Etat, et la prépare à la défense des intérêts de l'Etat et du peuple.

La nouvelle construction de l'économie allemande est encore le produit des idées fondamentales de la conception du monde (*Weltanschauung*) nationalsocialiste. Parmi ces idées de base, il convient de citer l'idée de la communauté (*Gemeinschaftsgedanke*), qui exige que la conduite économique et sociale du particulier s'oriente d'après les deux commandements suivants : 1° On exige d'abord une conduite digne d'un compagnon du peuple vis-à-vis des autres compagnons; on désapprouve, dès lors, une conduite asociale, caractérisée par l'exagération de l'égoïsme et l'absence de scrupules à l'encontre des autres compagnons du peuple. 2° On exige encore une attitude qui tienne compte de ce que le particulier n'est qu'un élément de la communauté; on désapprouve, dès lors, l'égoïsme rigoureux, préjudiciable à la communauté nationale. Ces deux commandements s'appliquent aussi à la conduite économique, notamment des chefs de l'économie. Les chefs de l'économie assument, en effet, aujourd'hui des fonctions qui, dans une large mesure, revêtent un caractère public. Ils sont responsables à l'égard de la collectivité, bien qu'on tienne à sauvegarder l'initiative de l'entrepreneur, encouragée d'ailleurs par un autre principe nationalsocialiste. Cet autre principe est le principe du chef, substitué aux procédures d'élection et de votes majoritaires; tandis qu'on substitue aussi aux règlements impersonnels et anonymes d'autrefois, la décision du Führer, responsable et respectueux de ses instructions.

C'est sur ces bases politiques et philosophiques que se fonde *la nouvelle Constitution allemande du travail*. Elle repose sur deux piliers, qui sont, d'une part, le Front allemand du travail, et, de l'autre, la loi sur l'ordonnancement du travail national. Le Front allemand du travail groupe tous les compagnons du peuple au travail (à l'exception des fonctionnaires), pour les diriger au point de vue professionnel et philosophique, et pour provoquer la formation, entre eux, d'une communauté dans l'entreprise, laquelle est l'unité organique inférieure. La loi sur l'ordonnancement du travail national transforme l'entreprise en une « communauté d'entreprise », dirigée par le Führer d'entreprise responsable de sa gestion. Les anciens corps d'administration sociale autonome — aussi bien les conseils

d'entreprise et les conseils économiques créés par le législateur, que les associations patronales et les syndicats ouvriers nés spontanément au sein de l'économie — ont complètement disparu, entraînant dans leur chute les conventions collectives de travail. L'ancienne constitution du travail a été remplacée par une administration partie autonome, partie publique. L'administration autonome, c'est l'ordonnancement de l'entreprise par le Führer d'entreprise, d'accord avec sa « suite » (1). Mais à côté d'elle, il y a les fidéicommissaires du travail (*Reichstreuhänder der Arbeit*), qui sont des organes, non pas d'administration autonome, mais d'administration publique. Ils interviennent quand la « suite » de l'entreprise ou l'Etat en appelle à eux contre une décision du Führer d'entreprise, ou quand il y a lieu d'édicter une réglementation pour plusieurs entreprises. La loi sur l'ordonnancement du travail contient, en outre, l'amorce d'une collaboration entre l'administration autonome et l'administration publique, par l'institution de conseils et de comités d'experts appelés à assister les fidéicommissaires du travail dans l'accomplissement de leurs fonctions. La collaboration entre ces deux administrations a été élargie par une Convention du 21 mars 1935, conclue entre le Ministre de l'Economie du Reich, le Ministre du Travail du Reich et le Chef du Front allemand du travail. Cette convention prévoit, en effet, l'institution de comités de travail près les communautés normales, et les subdivisions régionales du Front allemand du travail (2), et crée une liaison entre les organisations de l'économie industrielle et l'organisation sociale, qu'est ledit Front, par la constitution d'organes communs à ces organisations. Ce sont, d'une part, le Conseil national du Travail et de l'Economie, à la tête des deux organisations du Conseil consultatif de la Chambre nationale de l'économie, et du Conseil national du travail du Front allemand du travail, et, d'autre part, les Conseils régionaux du Travail et de l'Economie, comprenant chacun le Conseil consultatif de la Chambre de l'Economie de la région et le Conseil consultatif régional du Front du travail allemand.

La transformation du droit du travail a provoqué une modification de principe de la nature juridique du contrat de travail. La doctrine conçoit le rapport de travail, non plus comme un rapport de créance, mais comme un rapport de droit personnel sui generis de « membre » (*Gliedschaftsverhältnis*) présentant des caractères de nature corporative. Le rapport du travail se forme, non plus par la conclusion d'un contrat de travail, mais par l'encadrement du salarié dans la communauté d'entreprise, par son entrée dans l'organisation de l'entreprise. Quand l'employeur congédie le travailleur, cet acte ne représente pas tant la résiliation d'un contrat de travail, que la dissolution d'une communauté; il vise la séparation du travailleur de la communauté d'entreprise. On voit donc ce que des notions corporatives, comme « entrée » et « sortie », acquièrent d'importance pour le rapport du travail.

Nous passons à *la reconstruction de l'économie*. La reconstruction économique ne se fonde pas sur un dogme rigide, appliqué uniformément à toutes les branches économiques. La mesure de l'action de l'Etat dans la conduite et la direction de l'économie, ainsi que les méthodes d'organi-

---

(1) Cf. sur cette terminologie la Contribution de M. Molitor, ci-dessous § 153. Note de l'éditeur.

(2) Cf. à ce sujet la Contribution de M. Molitor, ci-dessous § 153.

sation, varient suivant les secteurs de l'activité économique. Nous les analyserons donc séparément.

L'alimentation a trouvé dans l' « Ordre national de l'alimentation » (*Reichsnährstand,* le mot *Stand* correspondant au mot Ordre au sens de l'Ancien Régime) une organisation « corporative » à tel point perfectionnée, que cet Ordre ne fait pratiquement plus partie du système capitaliste. Le *Reichsnährstand* comprend non seulement les exploitations agricoles proprement dites, mais aussi le commerce en gros et en détail des produits agraires, ainsi que les coopératives agricoles. Il groupe, outre les propriétaires et les entrepreneurs, leurs employés et ouvriers. Ses fonctions résultent clairement de la structure de l'administration de cet Ordre, qui comporte les sections suivantes :

Section I. « L'homme » : Soins à donner (*Betreuung*) aux personnes travaillant dans le secteur agraire, sous l'angle personnel.

Section II. « La ferme » : Soins à donner à l'agriculture, sous l'angle professionnel.

Section III. « Le marché », comprenant :

Division A (ordonnancement du marché) comprenant:

1° les organisations chargées de l'ordonnancement du marché et pourvoyant l'application des règlements édictés en vertu de cet ordonnancement;

2° l'ordonnancement du marché édicté par le *Reichsnährstand* lui-même, en vertu du paragraphe 2 de la loi sur l'Ordre national de l'alimentation.

Division B (amélioration du marché) concernant :

1° le contrôle du marché et des coopératives,

2° le crédit,

3° l'assurance,

4° les questions générales relatives aux coopératives,

5° les questions générales du commerce agraire.

La réglementation du secteur agraire présente un système économique nouveau, s'émancipant des lois du marché capitaliste. Il a pour but d'assurer le ravitaillement de la population, et de garantir l'agriculteur contre les risques résultant du libre jeu de l'offre et de la demande. Ces buts se réalisent par l'ordonnancement « corporatif » du marché. A cet effet, les organisations autonomes, créées au sein de l'Ordre de l'alimentation, édictent, sous le contrôle de l'Etat, des règlements d'ordonnancement du marché. De cette manière, on a réussi à établir pour l'économie laitière un ordonnancement du marché sans lacunes. Pour d'autres produits agraires, l'ordonnancement du marché est moins complet, et se borne quelquefois à une simple direction de celui-ci. On rencontre pour ces produits notamment les formes de réglementation suivantes : création de dépôts centraux (*Sammelstellen*), auxquels le producteur doit remettre toute sa production. Ces centres groupent d'autre part toutes les demandes concernant le produit en question, ils en fixent le prix et règlent les comptes des producteurs et des clients. Des centres de ce genre existent pour le lait, les produits horticoles, et les pommes de terre nouvelles. On envisage leur institution pour d'autres produits. Une autre forme plus lâche est l'obligation du producteur d'offrir ses produits à l'organisation compétente. C'est là un moyen de réglementation plus souple que l'institution de dépôts

centraux, parce que l'organisation peut autoriser le producteur à agir avec ses produits comme il l'entend, dès qu'il n'y a pas de raison de les diriger à un endroit donné. Enfin, il y a des centres de distribution (*Verteilungsstellen*) qui, en cas de pénurie de produits, distribuent tous les produits disponibles selon un barème. On crée des districts de récoltement (*Einzugsgebiete*) liés, chacun, avec un ou plusieurs centres de consommation pour des produits dont il y a abondance dans certaines régions et pénurie dans d'autres. On recourt de plus en plus fréquemment à la fixation des prix et des classes de qualité. Finalement il y a lieu de signaler le système du contingentement du marché, garantissant aux producteurs la vente de leurs produits. Actuellement chaque ferme doit fournir aux organisations compétentes une certaine quantité de froment, de seigle, de lait et de betteraves sucrières, dont la vente lui est garantie. Quand elle offre davantage, elle ne bénéficie plus d'aucune garantie de vente. L'organisation compétente n'achète pas ses produits, ou elle les achète à un prix moindre que le prix normal et garanti. Même système pour les pommes de terre nouvelles, le colza et les porcs.

La charge d'appliquer ces ordonnancements du marché incombait d'abord à des « Chargés du Marché » (*Marktbeauftragte*), nommés par le Ministre de l'Alimentation du Reich et munis de pouvoirs plus ou moins étendus. Puis, on créa, en vertu du paragraphe 3 de la loi sur l'Ordre national de l'alimentation, des groupements obligatoires pour chaque branche économique, qu'on nomme « Associations économiques » (*Wirtschaftliche Vereinigungen*). Actuellement il y a, au sein de l'Ordre national de l'alimentation, dix « Associations principales » (*Hauptvereinigungen*) groupant chacune les producteurs, les manipulateurs (*Verarbeiter*) et les distributeurs d'un même produit, et subdivisés en « Unions régionales pour l'ordonnancement du Marché » (*Marktordnungs-Bezirksverbände*). Les dix « Associations principales » sont : l'Association principale de la meunerie, l'Association principale de l'économie laitière, l'Association principale de l'horticulture et de la viticulture, l'Association principale de l'économie poissonnière, l'Association principale pour les pommes de terre, l'Association principale pour les graisses, l'Association principale de l'industrie sucrière, l'Association principale pour la production du fourrage mixte (*Mischfutter*), l'Association principale de la brasserie et l'Association principale de la confiserie. Ces Associations principales sont des corporations de droit public, organisées d'après le principe du chef (*Führerprinzip*), et subdivisées en Unions économiques régionales. Le centre de gravité de l'ordonnancement du marché par l'Ordre de l'alimentation se trouve donc dans des organisations corporatives à administration autonome.

A côté de ces corporations autonomes, il y a aussi des autorités du Reich, chargées plus spécialement d'établir l'équilibre entre le marché national et le marché mondial.

Enfin, il y a lieu de noter que l'activité de l'Ordre national de l'alimentation s'exerce quelquefois sur d'autres secteurs économiques. C'est ainsi qu'il a conclu avec le syndicat de l'azote une convention pour la fixation du prix de ce produit.

Pareille à la structure de l'économie se rapportant à l'alimentation est celle de *l'industrie forestière et du bois*. La direction autrefois exercée par l'Etat a passé à l'Office des Forêts du Reich (*Reichsforstamt*). La loi a don-

né naissance à un ordonnancement corporatif du marché de l'industrie forestière et du bois, réalisé par le groupement des producteurs, des fabricants et des distributeurs dans l'Association générale de l'industrie allemande forestière et du bois (*Gesamtvereinigung der Deutschen Forst und Holzwirtschaft*).

Tout autre est cependant la construction du *secteur industriel*.

Dans ce secteur, il n'y a pas un Ordre unique groupant les employeurs, les employés et les ouvriers industriels. En vertu de la loi sur la préparation de la construction organique de l'économie allemande, furent créés des « Groupes économiques » (*Wirtschaftsgruppen*), qui ne comprennent que des entrepreneurs. Il y a dans ce secteur des organisations professionnelles et des organisations régionales.

Du point de vue professionnel l'industrie est réunie dans six groupes nationaux (*Reichsgruppen*) que voici : Groupe du Reich de l'industrie [comprenant plusieurs « groupes principaux » (*Hauptgruppen*)], Groupe du Reich de l'artisanat, Groupe du Reich du Commerce, Groupe du Reich des Banques, Groupe du Reich des Assurances, Groupe du Reich des Forces motrices (*Energiewirtschaft*). Les groupes nationaux se subdivisent en groupes économiques (*Wirtschaftsgruppen*), groupes professionnels (*Fachgruppen*) et sous-groupes professionnels (*Unterfachgruppen*). En voici un exemple : le groupe du Reich de l'industrie comprend, entre autres, le groupe principal de la chimie, des huiles et des graisses, le groupe économique de la chimie et le groupe professionnel de l'azote.

L'organisation régionale est réalisée par la formation de groupes régionaux (*Bezirksgruppen*), organisés soit par les groupes économiques et les groupes professionnels, soit par les groupes nationaux eux-mêmes. Les organisations régionales de l'industrie forment, avec les Chambres de Commerce et d'Industrie et les Chambres de l'artisanat de leur district, une Chambre de l'Economie régionale. L'ensemble des Chambres de l'Economie régionales sont représentées, à côté des groupes nationaux et des groupes principaux de l'économie dans la Chambre nationale de l'Economie. Comme je l'ai déjà indiqué, les Conseils consultatifs de ces Chambres se réunissent avec les Conseils consultatifs respectifs du Front allemand de travail, soit dans les Chambres régionales du Travail et de l'Economie, soit dans la Chambre nationale du Travail et de l'Economie.

Dans les groupes économiques règne également le principe du chef. Ils ont pour fonction de provoquer des travaux en commun, et d'édicter des règlements d'ordre économique et technique. Les Chefs doivent diriger leurs groupes dans l'esprit national-socialiste, et défendre les intérêts du groupe et de ses membres en tenant compte des intérêts généraux de l'économie industrielle et de l'Etat. Mais le règlement et l'ordonnancement du marché n'entre pas dans le champ d'action des groupes économiques. En effet, dans le secteur industriel et économique règne encore le principe de la libre concurrence, dans la mesure où il n'y a pas, pour une branche ou une autre, un ordonnancement du marché, mais cet ordonnancement n'émane pas du groupe économique.

On peut distinguer dans le secteur économique trois formes d'ordonnancement du marché.

1° Il y a des réglementations du marché établies par l'économie elle-même sans l'intervention de l'Etat. Il y en a de deux sortes : *a*) les régle-

mentations du marché réalisées par les cartells ; *b*) la réglementation des prix à appliquer par les grossistes ou détaillants notamment le système des prix imposés.

2° Une deuxième sorte d'ordonnancements du marché provient encore de règlements établis par l'économie elle-même. Mais ils se distinguent du premier groupe, en ce sens que l'Etat encourage, soit leur établissement, soit leur maintien, parce qu'il les tient pour propres à servir l'intérêt général. L'Etat peut intervenir dans leur formation, en menaçant les intéressés de la création d'une association obligatoire pour le cas où ils ne se décident pas à créer une association libre. Quant aux règlements du marché (cartells) déjà établis, l'Etat peut se servir de différents moyens pour garantir leur maintien. D'abord, le Ministre de l'Economie du Reich peut obliger les out-siders à s'affilier à un cartell déjà existant. Puis le Tribunal des Cartells peut aider certains cartells en approuvant des mises à l'index, motif pris de ce que, en restant en dehors du cartell, les out-siders en question troublent l'ordre du marché. Le Tribunal des Cartells peut encore intervenir en faveur d'un cartell, par la désapprobation des résiliations du contrat de cartell. Comme le prouvent de nombreuses décisions de ce Tribunal, il s'est souvent servi de ces moyens pour pourvoir au maintien de cartells jugés intéressants pour l'intérêt général.

3° Il y a enfin des ordonnancements du marché édictés par l'Etat. L'Etat peut créer ces règlements de deux façons différentes : *a*) L'ordonnancement du marché peut être établi par le gouvernement lui-même, ou par des commissaires chargés par le Ministre de l'Economie du Reich de cette fonction ; en principe, rien ne s'oppose à ce que les Chefs des groupes économiques édictent eux-mêmes des règlements du marché. Mais cette voie n'a jamais encore été choisie, en ce qui concerne l'établissement d'ordonnancements du marché dans le secteur économique. On a toujours préféré l'autre moyen qui est : *b*) la création d'associations obligatoires établissant d'une manière autonome l'ordonnancement du marché. On a procédé à la formation d'associations obligatoires, notamment pour l'industrie des fils de fer, de la levure, des vis, des verres concaves, du savon, des cigarettes, des pneus d'automobiles et des pierres précieuses.

On rencontre donc, dans le secteur industriel, à la fois des groupes et des cartells. Or, à moins qu'il ne s'agisse de cartells obligatoires, les cartells sont restés des organisations de caractère privé. Les cartells obligatoires, en revanche, ont une forte allure d'organisations de droit public, sans qu'ils soient soumis au principe du chef au même degré que les organisations de l'Ordre de l'alimentation. En ce qui concerne les rapports entre les groupes et les cartells, il faut citer une circulaire du Ministre de l'Economie du Reich très importante du 12 novembre 1936. Cette circulaire confère, en effet, aux groupes et Chambres, la tutelle administrative sur les cartells obligatoires déjà existants ou à venir. En outre, cette circulaire stipule de nouveau que les groupes et Chambres n'ont pas le droit d'établir des règlements du marché, à moins que, à la suite d'un examen minutieux de la situation, ils n'y soient expressément autorisés. On ne veut pas créer un réseau de cartells s'étendant au secteur industriel tout entier, et on entend sauvegarder le principe de la liberté de la concurrence, à moins que l'économie n'établisse, elle-même, des ordonnancements du marché.

Il résulte de ce qui précède que les principes du marché capitaliste, et notamment le principe de la liberté de la concurrence, continuent à régner dans le secteur industriel-économique. Mais certaines branches de ce secteur — qui, en effet, comprend, outre l'industrie, l'artisanat, le commerce, les assurances et les instituts de crédit — ont été l'objet de règlements plus sévères. Je nommerai spécialement la loi sur les banques (*Gesetz über das Kreditwesen*), la loi sur la production de l'électricité et du gaz (*Energiewirtschaftsgesetz*), et la loi sur les filatures. Enfin, l'industrie du charbon et de la potasse restent soumises aux lois de la République de Weimar, plusieurs fois modifiées depuis 1933.

Un troisième secteur économique est celui du *commerce*. Dans ce secteur on a créé des organisations professionnelles sous la forme du Conseil national pour le commerce (*Reichsverkehrsrat*) et des conseils régionaux pour le commerce (*Bezirksverkehrsräte*), composés des services publics et privés de transports, de l'Inspecteur général des Ponts et Chaussées, et des personnes participant au commerce, représentées par les organisations de l'économie industrielle, par l'Ordre national de l'alimentation, la Chambre nationale pour la Culture et les communes. Les organisations propres au secteur du commerce sont membres des Chambres de l'Economie.

A côté desdits conseils, il y a encore d'autres groupements professionnels propres à ce secteur. Leur champ d'action s'étend surtout à l'établissement des tarifs. C'est ainsi qu'en vertu de la loi sur le transport des marchandises à longue distance (*Güterfernverkehrsgesetz*), réglementant la concurrence entre le rail et la route, a été créée l'Union nationale des entreprises de transport automobile (*Reichskraftwagenbetriebsverband*), groupant tous les entrepreneurs de transports de marchandises à longue distance, à l'exception des Chemins de fer du Reich. Dans la marine fluviale, on rencontre des organisations analogues, composées soit des propriétaires, soit des bateliers.

Nous aurons enfin à mentionner l'organisation « corporative » de *l'artisanat*. Cet Ordre se compose des ghildes artisanales, d'unions régionales de ghildes et de Chambres de l'artisanat. Il a sa propre juridiction d'honneur. Ne peut être inscrit dans la liste des artisans (*Handwerkerrolle*), et, dès lors, exercer un métier, que celui qui a passé l'examen de maîtrise.

Pour conclure, on peut dire de l'ordre actuel de l'économie allemande qu'il présente un mélange d'éléments corporatifs et de survivances capitalistes, étant entendu que les éléments capitalistes ont reçu une frappe nouvelle de l'esprit national-socialiste. Mais il serait inexact de dire que l'économie allemande se compose de deux secteurs différents, l'un régi par le principe de l'économie libre, l'autre dirigé par l'Etat. Car, même dans le domaine où règne encore la libre concurrence, il n'existe plus d'économie libre au sens traditionnel. L'économie allemande tout entière est dirigée et ordonnancée par l'Etat. L'économie dite privée est, elle aussi, encadrée dans l'Etat. Elle aussi est soumise à la direction étatique, dans la mesure où l'intérêt général l'exige. Elle aussi est responsable de sa gestion à l'égard de la collectivité. Mais on peut distinguer, dans l'ensemble de l'économie, des *degrés* différents au point de vue de l'ordonnancement et de la direction de l'économie par l'Etat.

Les services publics n'ont évidemment plus rien de commun avec l'économie privée, soit que ces services soient gérés comme des départements de l'administration publique, par exemple les P.T.T., soit qu'ils aient la personnalité morale comme la Banque et les Chemins de fer du Reich, soit enfin qu'ils prennent la forme de sociétés de droit privé dont les parts appartiennent toutes à l'Etat. L'industrie du charbon et de la potasse présente une organisation d'économie collective particulière. Ensuite viennent les secteurs économiques où la direction étatique est particulièrement nette, comme c'est le cas pour les banques, pour les entreprises de fabrication et de distribution de force motrice, pour le transport de marchandises à grande distance, et notamment pour l'administration des devises et des matières premières. De ces secteurs, il faut distinguer ceux où il y a une organisation par Ordres professionnels. Dans quelques branches économiques, cette forme d'organisation a donné naissance à des ordonnancements du marché ; c'est notamment le cas de l'industrie alimentaire, du commerce et de l'artisanat. Dans le secteur de l'économie industrielle, enfin, les organisations professionnelles « corporatives » n'établissent pas des ordonnancements du marché, mais elles exercent, à côté de l'Etat, un contrôle sur les règlements de marché établis par les cartells.

Dans les domaines économiques où il n'y a pas d'ordonnancement, corporatif ou étatique du marché, les lois du marché capitaliste sont restées en vigueur après avoir subi des transformations. La concurrence qui règne dans ces branches est une concurrence limitée et clarifiée, encadrée dans l'Etat et dirigée par celui-ci. Elle est limitée par les règlements du marché, privés ou encouragés par l'Etat. Elle est clarifiée, non seulement par les principes de la loi contre la concurrence déloyale, mais aussi par d'autres lois, telles que celles sur la réclame, sur les rabais et les primes, les décrets contre le gachage des prix, et sur les qualités à exiger des commerçants. Mais elle est clarifiée surtout par le principe de la responsabilité de l'entrepreneur, et par l'obligation de celui-ci de tenir compte de l'intérêt général.

La conduite et la direction de l'économie par l'Etat s'exercent notamment de la façon suivante : contrôle des prix de revient pour aboutir à des prix justes, à des salaires justes, à un taux d'intérêt juste ; contrôle de la rentabilité, exercé sur l'adaptation de la production aux demandes, contrôle, lors de l'ouverture d'un établissement, des qualités personnelles de l'entrepreneur et de la nécessité de la création de cet établissement au point de vue de l'intérêt général ; contrôle des investissements pour éviter des fautes de gestion, contrôle du crédit, etc. L'Etat s'applique en outre à défendre les intérêts nationaux, et notamment militaires. C'est précisément à ce point de vue-là que la centralisation de l'économie au moyen des diverses organisations mentionnées, est de la plus grande importance. Car elle garantit que l'économie est toujours prête, et capable d'exécuter rapidement et efficacement les mesures dictées par l'intérêt national.

En ce qui concerne le principe du chef (*Führerprinzip*), il est appliqué dans les organisations économiques suivantes : dans toutes les organisations de l'Ordre national de l'alimentation, dans les groupes économiques, dans les Chambres de Commerce et d'Industrie, dans les Chambres de

l'Economie, dans les groupes du commerce, dans les organisations de l'artisanat. Il est, de plus, réalisé dans l'organisation de l'entreprise, et, dans une certaine mesure, dans le nouveau droit des sociétés anonymes.

C. — Le principe de la nouvelle structure de l'économie et la pensée juridique institutionnelle.

1. — A la base de cette évolution, analogue à celle de l'Italie, il y a un principe général que je définirai comme il suit :

Dans l'époque de l'individualisme proprement dit, qui a fait suite à la destruction des Ordres médiévaux, le principe dominant était le dualisme de l'individu et de l'Etat. On concevait l'Etat comme l'addition des individus isolés. L'individu et l'Etat s'affrontaient, sans qu'il y eût une organisation intermédiaire.

Le capitalisme évolué a donné naissance à des groupements sociaux et économiques. Ces groupements s'interposent entre l'individu et l'Etat. Mais ils ne sont pas des « joints » organiques, mais seulement des formations d'intérêts non organiques, et co-existant sans aucune liaison les unes à côté des autres ; ce sont les syndicats ouvriers, les associations patronales, les cartells, etc.

Survint alors, chez nous et ailleurs, l'idée corporative qui présente la trinité suivante :

$$\text{Individu} \left\{ \begin{matrix} \text{Groupe} \\ \text{Ordre} \\ \text{Corporation.} \end{matrix} \right\} \text{Etat}$$

Le groupement, cette représentation d'une pluralité d'intérêts caractéristique du capitalisme évolué, se transforme en Ordre, ou en groupe ou en corporation, s'intercalant organiquement entre l'individu et l'Etat. Cette nouvelle construction corporative est anti-individualiste, puisqu'elle encadre l'individu dans des communautés établies par la loi, et le transforme en membre de ces communautés. Mais elle est aussi anti-capitaliste, parce que lesdites communautés sont, non pas des formations de classes et d'intérêts, mais des joints organiques entre l'individu et la communauté de l'Etat. L'intérêt de l'individu est subordonné à l'intérêt du groupe, l'intérêt du groupe à celui de l'Etat et du peuple.

2. — Parallèlement à cette évolution se poursuit l'évolution suivante du droit :

L'institution juridique principale de l'individualisme proprement dit était le contrat, le rapport contractuel du libéralisme.

L'institution juridique principale du capitalisme évolué était, dans un certain sens, l'association.

Aujourd'hui, perce toujours davantage l'idée de l'ordre, de l'institution (1). Elle se substitue à l'idée de l'association, et, dans la mesure où elle ne s'y substitue pas, elle la transforme.

Ainsi, la pensée juridique, autrefois positiviste et à base de « règles », devient une pensée institutionnelle, entremêlée dans une forte mesure, d'un jeu de « décisions ».

Cette nouvelle forme de la pensée juridique exprime sa force créatrice de droit, en donnant naissance à des « ordres » qui, conformément à la théorie de l'institution d'Hauriou, s'encadrent dans l' « ordre » étatique, qui est l'institution suprême. Je mentionne seulement les ordres corporatifs, les ordres ou ordonnancements du marché, les ordres ou règlements d'entreprise, les ordres ou règlements tarifaires, l'ordre successoral valable pour les paysans, enfin le mariage, le rapport de travail. Partout, l'idée libérale du contrat a cédé la place à l'idée nouvelle de l'ordre ou de l'institution.

Cette nouvelle forme de pensée se manifeste aussi dans *la théorie de droit,* comme il résulte de mes travaux sur : La concrétisation du principe juridique des bonnes mœurs dans le droit économique moderne (1), et de la théorie de l'abus de droit de Wolfang Siebert (2).

En ce qui concerne *l'idéologie juridique,* la nouvelle forme de pensée constitue une synthèse entre le système des « règles » et le système des « décisions ». Le premier, à l'état pur, divinise la norme abstraite. Le second, également à l'état pur, renonce à tout ordonnancement par des normes abstraites. La pensée institutionnelle ne veut ni du système de « normes » abstraites, ni de « décisions » concrètes. Elle ne veut qu'ordres, institutions. Pour qu'il y ait institution, il faut cependant aussi des règles. Mais ces règles-là prennent leurs racines dans l'ordre concret, et c'est cette institution concrète qui façonne leur contenu. Ainsi la pensée juridique institutionnelle évite, d'une part, le droit abstrait des « règles » pures (*normativismus*), d'autre part, l'exagération du concret propre au régime des « décisions » (*dezisionismus*).

---

(1) Karl Geiler *Beiträge zum modernen Recht,* Berlin, Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 1932, p. 65 et ss.

(2) Wolfang Siebert, *Ueber das Wesen des Rechtsmissbrauchs und über die Konkrete Gestaltung der Rechte* dans *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft,* Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, p. 189 et ss.

§ 153

LA NOUVELLE CONSTITUTION ALLEMANDE DU TRAVAIL

Par E. MOLITOR
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Greifswald

Traduit par P. ROUBIER
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon
et H. MANKIEWICZ
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

I. — HISTOIRE

A la suite de la grande Révolution française, les Etats allemands, imitant en cela la France, supprimaient les ghildes (*Zünfte*) qui, jusqu'à cette époque, étaient les seules organisations professionnelles des travailleurs de l'industrie. En vertu de la loi du Saint-Empire de 1731 sur les ghildes, et les lois qui lui firent suite dans les divers Etats allemands, toute autre forme d'organisation avait été défendue. Cette interdiction d'ailleurs étant restée en vigueur lors de l'abolition des ghildes, on n'eut pas besoin alors en Allemagne d'édicter des lois du genre de la loi Le Chapelier.

Les interdictions des syndicats et coalitions professionnels datant du temps de l'absolutisme et confirmées en Prusse par le code industriel de 1845 furent abolies par le Paragraphe 152 du Code industriel (*Gewerbeordnung*) du 21 juin 1869. Contrairement à ce qui s'est passé en France, on autorisa donc la formation, non seulement de coalitions, mais aussi de syndicats professionnels. Correspondant à un besoin psychologique des travailleurs, ces syndicats se multiplièrent assez rapidement. En effet, de même qu'aux XII^e^ et XIII^e^ siècles, par suite de la floraison des villes, la population rurale avait gagné les centres urbains et formé les ghildes pour y trouver une compensation de la disparition du lien familial rompu avec le départ à la ville, de même au XIX^e^ siècle, l'évolution rapide du commerce et de la grande industrie avait attiré dans les villes une partie notable de la population agraire, laquelle de nouveau se trouva déracinée et sentit un fort besoin d'union entre personnes de même situation.

Les syndicats professionnels (*Gewerkschaften*) n'étaient donc pas seulement des coalitions — l'Allemagne d'ailleurs ne faisant pas de distinction entre « syndicats » et « coalitions » —, mais ils entendaient dépasser le cadre d'organisations poursuivant uniquement des buts économiques. Ils devenaient ainsi des groupements à caractère politique. Les syndicats

dits d'Hirsch-Dunker, constitués d'après le modèle des *trade unions* anglaises, présentaient ce caractère seulement à un faible degré. D'autres syndicats, fondés par Lassalle, d'après les conceptions d'un socialisme d'Etat, fusionnaient bientôt avec ceux créés par Bebel et Liebknecht-père selon la formule socialiste de Marx et Engels. Ces syndicats socialistes (*Freie Gewerkschaften*) furent interdits par la loi du 21 octobre 1878 (loi contre les socialistes) ; leurs chefs s'enfuirent à l'étranger. Mais, dès la fin de l'empire de cette loi (1891), les syndicats se reconstituaient sous la direction de leurs anciens chefs. Ils dépassaient vite, quant au nombre de leurs adhérents, les syndicats dits d'Hirch-Dunker, et aussi les syndicats chrétiens créés dès la fin du XIX^e^ siècle par les milieux catholiques pour faire contrepoids aux syndicats socialistes.

Cette histoire des syndicats à tendance socialiste explique le caractère si nettement international, mais non pas directement antinational, propre aux syndicats socialistes allemands.

Les syndicats patronaux n'avaient pas cette tendance. Ils avaient été constitués uniquement comme antagonistes sociaux des syndicats d'ouvriers et employés et restèrent, pendant toute leur existence, des syndicats poursuivant exclusivement des buts professionnels sans couleur politique ni philosophique.

L'évolution qu'avaient suivie les syndicats ouvriers eut pour conséquence que, à l'ordinaire, ils refusèrent l'intervention de l'Etat dans la réglementation des salaires et des conditions générales du travail. Ils entendaient « s'aider eux-mêmes » au moyen de grèves et de conventions collectives. Les employeurs, évidemment, s'y opposaient. Ils favorisaient les syndicats dits paisibles (*wirtschaftsfriedlich*), c'est-à-dire désapprouvant les luttes du travail. Ils allaient même jusqu'à en créer. Mais, malgré qu'ils y consacrassent de fortes sommes d'argent, les syndicats dits paisibles étaient, en général, à peine capables de vivre.

Ainsi, jusqu'à la guerre mondiale, la réglementation des salaires et des conditions générales du travail s'opéra d'habitude sans l'intervention de l'Etat, uniquement au moyen de contrats collectifs ou individuels du travail, l'activité de l'Etat ne s'exerçant que dans le domaine de la protection du travail, de l'assurance sociale, etc.

L'issue fatale de la guerre mondiale ébranla et affaiblit le pouvoir de l'Etat, même à l'intérieur de l'Allemagne. Dès lors, les syndicats conquirent une influence décisive dans la vie publique. Par suite de la Convention du 15 novembre 1918, les syndicats socialistes, chrétiens et Hirsch-Dunker étaient reconnus comme les représentants qualifiés du salariat. La grève et le lock-out devenaient des moyens de lutte licites. Les salaires et les conditions générales du travail devaient être fixés par des conventions collectives conclues entre les syndicats des ouvriers et employés d'une part et les associations patronales de l'autre.

Puisque c'étaient les syndicats qui établissaient les conditions du travail, celles-ci ne furent pas établies en tenant compte de ce qu'exigeaient les besoins de l'Economie nationale. Elles étaient, au contraire, ce que les syndicats intéressés croyaient pouvoir obtenir par des grèves et des lock-outs. L'Etat, dès lors, devait se contenter de jouer le rôle d'un neutre offrant aux parties en lutte ses « bons offices » pour la réglementation du conflit. A cet effet, l'Etat établissait, à côté des juridictions chargées de

trancher les conflits individuels du travail, des Commissions spéciales de conciliation pour les litiges collectifs. Or, les intéressés — exception faite des cas visés par l'ordonnance du 10 novembre 1920 — n'étaient pas tenus de se servir des moyens de conciliation mis à leur disposition par l'Etat. Il en résulta que les Commissions de conciliation, quand elles furent saisies, durent escompter les chances qu'offrait à chacune des parties une lutte ouverte du travail, et faire des propositions en conséquence ; mais il n'y avait pas de place pour les intérêts de l'Etat, dans ces propositions. Ce n'était, en effet, qu'en vertu d'une *lex fugitiva* du droit de la démobilisation — à savoir l'ordonnance du 3 septembre 1919, modifiée par l'ordonnance du 12 février 1920 (Paragraphes 26 et 28) — et, plus tard, en vertu de l'ordonnance du 30 octobre 1923, que les arbitres de l'Etat furent autorisés à déclarer obligatoires les accords proposés par les Commissions d'arbitrage et de conciliation. Par la suite, les arbitres usèrent de plus en plus de cette faculté. Bien qu'on réussissait ainsi à faire prévaloir davantage les intérêts publics lors de la réglementation des salaires et conditions du travail, ces mesures ne parvenaient pas à réduire l'influence des syndicats ouvriers, étant donné surtout que ceux-ci, par l'intermédiaire des partis politiques amis, exerçaient une influence décisive sur le législateur. Ils continuaient à exaspérer la lutte des classes, et à exploiter les frictions survenues dans les entreprises, pour justifier leur existence à l'égard de leurs adhérents.

Cette forte position des syndicats du salariat dans le temps d'après-guerre n'était cependant pas incontestée. En novembre 1918 on avait vu surgir partout en Allemagne des conseils d'ouvriers et de soldats (*Arbeiter- und Soldatenräte*), forgés sur le modèle soviétique, qui entendaient socialiser les entreprises privées. La loi du 4 février 1920 limitait cependant l'action des « conseils d'entreprise », par elle créés, à une collaboration dans le règlement des questions sociales surgissant à l'intérieur de l'entreprise, ne leur accordant d'autre part dans les questions économiques de l'entreprise qu'un rôle consultatif.

La socialisation des grandes entreprises, prévue par l'article 156 de la Constitution du Reich, échoua sur la question de l'indemnisation.

Les conseils d'entreprise d'ailleurs tombèrent vite sous l'intégrale dépendance des syndicats officiellement reconnus (syndicats socialistes, chrétiens et d'Hirsch-Dunker) ; car, la loi ayant prévu, pour l'élection de ces conseils, la représentation proportionnelle, c'étaient les syndicats reconnus qui établissaient les listes de candidature.

Toutefois, le communisme présenta bientôt un danger réel pour ces syndicats officiels. Il ne tendait pas à leur faire de la concurrence par des syndicats à lui, mais il tâchait, par la constitution de cellules communistes dans les entreprises, à les miner en gagnant leurs membres à sa doctrine. Le péril que le communisme présentait ainsi pour les syndicats ouvriers reconnus était d'autant plus grave que ceux-ci étaient complètement pourris et se bornaient souvent à procurer à leurs membres des places de commandement politiques bien payées.

Aussi les syndicats étaient-ils incapables de résister à la poussée vigoureuse du mouvement national-socialiste. Reposant sur l'idée de la *Volksgemeinschaft* (communauté du peuple) et combattant, dès lors, le principe de la lutte des classes cher aux syndicats officiellement reconnus, le na-

tionalsocialisme se refusait à constituer des syndicats. Il groupait ses adhérents dans des « organisations de cellules d'entreprise » et leur donnait une formation politique et presque militaire.

II. — L'ordonnancement du travail par le nationalsocialisme

Après la prise du pouvoir (30 janvier 1933), par la loi du 20 janvier 1934 sur l'ordonnancement du travail national (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) et deux lois complémentaires — l'une de la même date sur l'ordonnancement du travail dans les services publics (*Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Betrieben*), l'autre du 23 mars 1934 sur le travail à domicile — le nationalsocialisme inaugure un nouveau système. Il repousse, en effet, la conception juridique formaliste et individualiste et tend — ainsi que le veut la pensée germanique — à mettre en vedette l'élément et la conception organiques. Cette tendance trouve son expression même dans le choix des termes, qui, dès lors, sont assez souvent intraduisibles.

Par cette pensée organique et la substitution d'un système tout à fait nouveau au système qui jusque là avait été en vigueur, le nationalsocialisme allemand se distingue foncièrement du fascisme italien.

Le fascisme italien s'est, en effet, contenté de développer davantage la constitution du travail jusqu'alors existante et de l'adapter aux besoins de l'Etat autoritaire. Il a laissé subsister, quant à la forme, les associations professionnelles non fascistes, mais en ne conférant le droit de conclure des conventions collectives qu'aux seuls syndicats fascistes placés sous le contrôle et l'autorité du Ministère des Corporations. Or, étant obligatoires également pour les personnes qui n'adhèrent pas aux syndicats fascistes, les conventions collectives établies par ces derniers rendent superflue une législation de l'Etat pour les diverses branches professionnelles. Aussi le législateur italien — exception faite de la Charte du Travail du 21 avril 1927 — a-t-il pu renoncer, dans une large mesure, à une activité propre dans le domaine du droit du travail. Au-dessus des syndicats ouvriers et patronaux ont été établies des corporations des diverses branches professionnelles, s'étendant à l'ensemble de l'Italie.

En dépit de leur nom, ces corporations sont des institutions professionnelles d'Etat. Le système du travail italien est donc organisé de haut en bas, le *Duce*, chef du gouvernement, soumettant, par l'intermédiaire du Ministère des Corporations et par celles-ci, les syndicats fascistes à la volonté uniforme de l'Etat. Les conflits du travail sont interdits comme étant en contradiction avec l'intérêt de l'Etat et la sûreté de l'économie nationale.

Le national-socialisme allemand, par contre, prend comme point de départ le peuple. Voulant triompher de la lutte des classes, cultivée par le marxisme, il insiste sur la camaraderie du travail dans l'entreprise et entend faire du peuple une unité spirituelle et économique en partant de l'idée de la responsabilité personnelle, pour leurs actes, de tous ceux qui participent à la vie du travail. Dès lors, les luttes du travail sont pratiquement devenues impossibles sans qu'il ait été besoin de les interdire formellement.

Cette nouvelle structure de la Constitution du Travail qui se sert de

l'entreprise comme échelon de base a pu être envisagée d'autant plus aisement que le national-socialisme disposait déjà d'une organisation de cellules d'entreprise créée autrefois pour combattre les syndicats professionnels. Mais il y avait aussi des causes idéologiques plaidant en faveur de cette construction : Les frictions, inévitables dans toute vie en commun, se font jour le plus facilement là où les hommes au travail se rencontrent effectivement, c'est-à-dire dans l'entreprise.

Les anciens syndicats, mettant à profit les dispositions de la loi du 4 février 1920 sur les conseils d'entreprise, avaient accentué et nourri ces frottements en provoquant de nombreux litiges sur les attributions, d'ailleurs mal définies, de ces conseils. Or, la naissance même de pareilles frictions est désormais rendue impossible, l'opposition entre l'employeur et le conseil d'entreprise ayant été supprimée par la constitution d'un conseil unique de confiance (*Vertrauensrat*) où les ouvriers et employés (la « suite ») collaborent avec le Führer d'entreprise sous la présidence de celui-ci, sans que toutefois ces conseils aient des « droits » définis.

La collaboration du Führer d'entreprise avec ses hommes est encore favorisée, du fait que ceux-ci sont dorénavant considérés, non plus comme des instruments dont l'employeur se sert pour l'exploitation de son entreprise (*Betriebsmittel*), mais comme des membres du peuple — à valeur égale avec le patron — aidant l'employeur dans la réalisation des buts assignés à son entreprise. C'est là une conception qui, il est vrai, a depuis longtemps été mise en avant par la théorie. Le national-socialisme l'a réalisée en créant un code d'honneur social (*soziale Ehrenordnung*) applicable indifféremment et au même titre aux ouvriers et employés et au Führer d'entreprise. Ce code — qui prend sa source précisément dans la communauté (*Gemeinschaft*) national-socialiste du travail — soumet certaines infractions à la juridiction de tribunaux d'honneur social (*soziale Ehrengerichte*) qui peuvent prononcer des peines allant, pour le salarié, jusqu'à l'expulsion de l'entreprise et, pour l'employeur, jusqu'au retrait de la capacité d'être Führer d'entreprise. Ainsi on prévient l'arrogance abusive de l'employeur plus efficacement qu'on n'aurait pu le faire par des peines criminelles.

En pratique, il a en général suffi de créer ainsi un sentiment de communauté (*Gemeinschaft*) pour aplanir les difficultés sociales. En ce qui concerne les grandes entreprises, en effet, il n'y a eu, autant que je sache, aucune condamnation par un tribunal d'honneur social. Quant aux moyennes et petites exploitations, les tribunaux d'honneur social n'ont eu à intervenir que dans des cas isolés et graves où, il est vrai, ils ont prononcé des peines sévères.

L'établissement des conditions générales du travail et de la rémunération s'opère maintenant également dans l'entreprise même au moyen du « règlement d'entreprise » (*Betriebsordnung*) dont l'établissement est obligatoire pour toutes les entreprises occupant au moins 20 personnes. Ainsi il est devenu possible d'adapter les salaires et conditions générales du travail au rendement et aux besoins de l'entreprise particulière. Adaptation que les anciennes conventions collectives à portée générale n'avaient pu réaliser que dans une mesure beaucoup plus faible. De plus, le montant du salaire n'est plus, comme autrefois, fonction du « potentiel de lutte » du syndicat. Il est devenu fonction du travail effectivement fourni, c'est-à-dire de la prestation. Au principe libéral qui veut que le salaire soit établi

en tenant compte de l'offre et de la demande, le national-socialisme substitue ainsi le principe du « salaire juste » (*gerechter Lohn*). Le principe du salaire juste repose sur cette idée que chacun a une fonction dans la communauté du Peuple et de l'Economie et que, dès lors, il a le droit de s'attendre à une rémunération correspondante. En conséquence, les taux de salaire prévus dans le règlement d'entreprise doivent être des taux minima, un travail meilleur et un rendement supérieur devant être récompensés par une rémunération plus élevée. Contrairement à ce qui s'est passé sous l'ancien régime où la presqu'égalité de force des syndicats ouvriers avait provoqué un nivellement des salaires, le nouveau système procure à l'ouvrier qualifié un salaire en principe plus élevé que celui de l'ouvrier non qualifié — différenciation de salaires qui a aussi pour résultat d'augmenter le rendement de l'ensemble de l'économie. Toutefois, pour éviter une baisse du pouvoir d'achat, on maintient encore en général le niveau des salaires du début de 1933.

La forte position du Führer d'entreprise, qui n'est plus soumis au contrôle de conseils d'entreprise, nécessite sa surveillance au point de vue du traitement de sa «suite » et de sa gestion d'affaires. Il faut veiller à ce qu'il ne s'inspire pas uniquement d'intérêts égoïstes, mais qu'il gère son entreprise ainsi que le demande la responsabilité sociale qui lui incombe à l'égard de ses ouvriers et employés, aussi bien qu'à l'égard de l'ensemble du peuple. Cette surveillance, tendant également à garantir le maintien de la paix sociale, est exercée par des fonctionnaires du Reich appelés des « fideicommissaires du travail » (*Reichstreuhänder der Arbeit*). Leur compétence matérielle correspond à peu près à celle des anciennes Commissions d'arbitrage et de conciliation. Mais leur pouvoir se trouve agrandi du fait qu'ils ont le droit, non seulement d'arbitrer les conflits, mais aussi d'édicter des règlements ayant force de loi.

Ce pouvoir des fidéicommissaires du travail d'intervenir au nom même de l'Etat est le corrélatif indispensable de l'ordonnancement du travail de bas en haut, tel qu'il est réalisé par le national-socialisme. Toutefois, les fidéicommissaires du travail doivent, dans la mesure du possible, se borner à exercer un contrôle et une surveillance, et ce n'est que dans les cas exceptionnels de nécessité qu'ils interviendront directement. En règle générale, ils se contentent d'édicter des « directives générales » (*Allgemeine Richtlinien*) — portant sur le contenu à donner aux contrats de travail et aux règlements d'entreprise — et n'entravent pas l'initiative du Führer d'entreprise, celui-ci étant même autorisé à écarter la réglementation prévue dans les directives générales toutes les fois que celle-ci paraît incompatible avec les besoins impératifs de son exploitation. Cependant, les « directives » ont suffi pour introduire presque partout les congés payés sans qu'il fallût l'intervention du législateur.

Ce n'est qu'au cas où les directives générales ne suffisent pas, et lorsque la fixation de conditions uniformes du travail pour plusieurs entreprises est indispensable pour la protection des personnes occupées dans les entreprises, que le fideicommissaire du travail peut édicter un règlement tarifaire (*Tarifordnung*) qui, alors, prime les clauses contraires contenues dans les contrats de travail et les règlements d'entreprise, de la même manière que l'avaient fait les anciens contrats collectifs. En ce qui concerne les ouvriers à domicile, l'établissement de règlements tarifaires n'est subordon-

né qu'aux deux conditions suivantes : 1° que le travail à domicile ait une certaine étendue et 2° que les salaires payés soient manifestement (*offenbar*) insuffisants. Mais, en principe, les règlements tarifaires doivent former l'exception. Idéal qui n'est pas encore atteint, puisque souvent les anciens contrats tarifaires conclus par les syndicats professionnels dissous survivent sous la forme de règlements de tarif, les Führer des petites et moyennes entreprises n'ayant pas encore partout conquis une capacité suffisante pour régler d'une manière juridiquement irréprochable les conditions du travail et de la rémunération.

L'observation des règlements tarifaires édictés par les fideicommissaires du travail est garantie du chef que ces règlements représentent des « instructions générales écrites » (*schriftliche allgemeine Anordnungen*) des fidéicommissaires du travail, dont l'inobservation est sanctionnée par des peines. Au surplus, leur inobservation constitue une infraction à l'honneur social, réprimée par les tribunaux d'honneur social déjà mentionnés. Une troisième garantie pour l'application, dans l'entreprise, du règlement tarifaire consiste en ce que la jurisprudence a abandonné son ancien point de vue considérant comme licite la renonciation, concédée librement et sans pression économique, à tout ou partie du salaire fixé par le contrat tarifaire. Par là est aboli le procédé autrefois souvent utilisé et qui consistait en ce que le salarié attestait dans une « quittance de solde pour tout compte » qu'il n'avait plus rien à demander à son employeur. Ce procédé serait, en effet, incompatible avec la nature juridique du règlement tarifaire — qui est une « ordonnance étatique créant du droit positif » (*staatliche Rechtsverordnung*) — et choquerait particulièrement le sentiment des citoyens d'un Etat qui, comme l'Allemagne nationalsocialiste, fait grand cas de l'autorité de l'Etat.

Conformément à la conception germanique du rapport de service, la situation de l'employeur telle qu'elle se dégage de cette législation est de caractère plutôt féodal, à savoir celle du seigneur à l'égard de ses vassaux. Les rapports entre le Führer d'entreprise, d'une part, et ses ouvriers et employés, de l'autre, ne se ramènent plus à un ensemble de droits et de devoirs résultant uniquement des contrats entre eux conclus. Ils reposent plutôt en dernière analyse sur un devoir professionnel s'imposant à chacun d'eux à l'égard du peuple et de l'Etat et auquel ils ne pourraient pas se soustraire. Ainsi que c'était le cas dans le droit du Moyen-Age, leurs droits et devoirs ne sont pas nettement délimités. Ils sont circonscrits par les concepts généraux d'honneur professionnel (*Berufsehre*) et de fidélité (*Treue*), et renferment ainsi un élément nettement éthique. Cela signifie un rejet pur et simple de la pensée libérale et matérialiste. Le rapport de travail, en effet, ne consiste plus uniquement dans un contrat « individualiste » : le contrat n'est qu'un des éléments d'une réglementation organique qui renferme aussi de forts éléments sociaux et de droit public. Il est donc parfaitement logique qu'on discute aujourd'hui en Allemagne la légitimité de la distinction entre le droit privé et le droit public et que cette discussion générale tourne aussi tout particulièrement autour du droit et des relations du travail.

Ainsi le contrat de travail a presque totalement perdu son rôle de créateur de normes qui réglementent le rapport individuel du travail au gré des parties intéressées. Depuis plus de dix ans déjà, nous avons récla-

mé que la doctrine veuille bien distinguer plus nettement entre le contrat de travail en tant qu'engagement, et l'accomplissement des obligations y assumées par l'encadrement du travailleur dans l'entreprise et par la prestation du travail. En effet, l'accomplissement des devoirs ne peut plus être tiré d'un contrat ressortissant du droit des obligations : il est fonction d'une relation personnelle (*personenrechtliches Verhältnis*). En tant qu'engagement obligatoire, le contrat du travail ne règle que l'encadrement du travailleur dans l'entreprise où il doit fournir son travail. Les obligations par là assumées doivent se régler en première ligne d'après les « normes de l'entreprise », et ce n'est que dans la mesure où celles-ci présentent des lacunes. que pourront intervenir les clauses de la stipulation individuelle des intéressés. Autrefois on justifiait cette prédominance du droit collectif en disant que les dispositions indérogeables des conventions collectives et, dans une certaine mesure, des conventions d'entreprise (*Betriebsvereinbarungen*) influençaient et primaient nécessairement le contrat individuel de travail.

Puisque, ainsi qu'on l'a vu, le contrat individuel de travail ne joue plus qu'un rôle de second plan en ce qui concerne la réglementation des relations des intéressés à l'intérieur de l'entreprise, on a pu se demander si et dans quelle mesure le principe général de la fidélité que se doivent réciproquement le Führer et la « suite » de l'entreprise, a encore besoin d'une concrétisation juridique, et si et dans quelle mesure il a une influence directe sur le rapport individuel de travail. L'opinion dominante est que l'obligation réciproque de fidélité ne crée qu'un cadre général, à l'intérieur duquel une réglementation plus détaillée n'est pas seulement possible, mais s'impose. Toutefois, cette réglementation deviendra contraire et à la loi et aux bonnes mœurs dès qu'elle dépassera le cadre tracé par le devoir de fidélité.

Evidemment, cette conception foncièrement différente du rôle à jouer par le rapport individuel de travail a des conséquences encore plus vastes, mais que nous ne pouvons pas étudier dans leurs détails. Il se dessine, par exemple, un rapprochement sensible du droit de l'ouvrier de celui de l'employé. Mais cette évolution n'a pas encore touché à sa fin. Aussi n'a-t-on pas encore réalisé la réglementation légale, depuis longtemps à l'étude, des rapports individuels de travail. Les projets de loi en la matière, élaborés par la Commission pour le droit du travail de l'*Akademie für Deutsches Recht* et par le Ministère du Reich du Travail, n'ont pas encore été rendus publics.

III. — Le « front allemand du travail » et l'organisation de l'économie

Comme nous l'avons déjà signalé, le nationalsocialisme a supprimé les anciens syndicats professionnels. Car, dans le nouveau système, il n'y a plus de place pour ce qu'ils considéraient comme leur fonction principale : la conquête, pour leurs membres, à l'aide de grèves, de conditions meilleures du travail et la garantie de ces conquêtes par des conventions collectives. Mais si c'était là la fonction prépondérante des anciens syndicats, elle n'était pas leur fonction unique. En effet, les associations professionnelles

d'autrefois s'étaient chargées dans une large mesure de la prévoyance sociale pour leurs membres, et les avaient secourus quand les assurances sociales n'étaient pas compétentes, ou quand leurs allocations étaient insuffisantes. De plus, elles s'étaient chargées de la défense de leurs intérêts devant les tribunaux, et elles avaient créé des institutions d'éducation et d'instruction générale. Enfin. jusqu'à l'établissement de bureaux officiels du travail, elles s'étaient occupées du placement. Toutefois ces activités syndicales n'avaient jamais pris en Allemagne la même extension que dans la sœur germanique l'Autriche, où, depuis la guerre et jusqu'à leur élimination en 1934, les syndicats avaient constitué un véritable « Etat dans l'Etat », qui, par l'intermédiaire de toutes sortes d'associations, avait absorbé aussi la vie non professionnelle des syndiqués. Mais également en Allemagne, la suppression des syndicats d'ouvriers et d'employés aurait laissé un vide très sensible si l'on n'avait pas pourvu à un remplacement. Une telle mesure s'imposait d'ailleurs d'autant plus que se posait le problème de l'attribution du patrimoine, nullement négligeable, que les syndicats ouvriers avaient réussi à accumuler.

La lacune fut comblée par la constitution du « Front allemand du Travail », le *Deutsche Arbeitsfront* (désigné brièvement par les lettres DAF), qui, articulation du parti nationalsocialiste, est l'organisation unique en la matière. Dans la mesure où ils n'avaient pas été dissous, les anciens syndicats furent fusionnés avec le Front allemand du Travail. Peuvent devenir membres du Front allemand du Travail les employeurs, employés et ouvriers qui ont la qualité de citoyens allemands (1).

Bien que l'adhésion au Front allemand du Travail ne soit pas obligatoire, presque toutes les personnes participant à la vie du travail y adhèrent. En général, la distinction entre employeurs et travailleurs qui existait chez les anciens syndicats est écartée à l'intérieur du Front du Travail, le but de l'organisation unique étant précisément la suppression de l'opposition des classes. Uniquement pour le service de consultation juridique, on a évidemment dû maintenir la différenciation d'autrefois. Pour le reste, les intérêts de tous les membres sont défendus sans distinction de qualité, bien que, pour des raisons psychologiques, la représentation de ceux des ouvriers et employés soit plus voyante. Le Front allemand du Travail est enfin une organisation unique, également en ce sens qu'elle ne se décompose pas — comme l'avaient fait les anciens syndicats — en des organisations distinctes pour les diverses professions. Dans la mesure cependant où les différentes professions exigent un traitement spécial, les intérêts professionnels sont soutenus par les « Communautés nationales d'entreprise » (*Reichsbetriebsgemeinschaften*), constituées à l'intérieur du Front, et par les sous-groupes de ces Communautés.

Il va sans dire que les fonctions et les buts du Front allemand du Travail se distinguent foncièrement de ceux des anciens syndicats. Car l'éducation et la formation qu'il donne à ses membres s'inspirent, non pas de l'esprit de la lutte des classes, mais de l'esprit de la *Volksgemeinschaft* et du nationalsocialisme. Dès lors, il gère, outre les anciens services syndi-

(1) C'est-à-dire, par opposition aux simples sujets allemands, des ressortissants allemands d'origine allemande ou semblable, qui montrent par leurs actes qu'ils sont capables et ont l'intention de servir au peuple et Reich allemands.

caux de consultation juridique et de secours, toute une série d'autres services avec des tâches et objectifs nouveaux. L'élimination du chômage et l'amélioration du rendement du travail nécessitent l'instruction et la préparation techniques approfondies, notamment des jeunes gens. Leur formation cependant ne se borne pas à un enseignement professionnel. Par le moyen de concours professionnels (*Berufswettkämpfe*), le Front allemand du Travail entend stimuler chez eux un travail supérieur. On cherche également à les familiariser, par exemple, avec l'art allemand.

Conformément au rôle grandissant que l'entreprise est appelée à jouer dans le système nationalsocialiste, le Front allemand du Travail cherche à développer la joie du travail en accentuant la « camaraderie d'entreprise », en prônant l'embellissement des lieux de travail dans l'entreprise, et, enfin, en créant des « troupes d'entreprise » (*Werkscharen*) appelées à unir les ouvriers et employés, en dehors de leur vie en commun dans l'entreprise, par l'organisation de fêtes et de loisirs en commun. Les entreprises excellant particulièrement dans leur travail social reçoivent le titre honorifique d' « entreprises modèles nationalsocialistes » (*nationalsozialistischer Musterbetrieb*).

En outre, le Front allemand du travail entend faire croître la joie au travail de ses membres par des mesures qui ne se rattachent pas directement à l'entreprise. Telles par exemple, que la pratique du sport, et autres moyens visant une organisation adaptée des loisirs et récréations. Son Office « Force par la joie » (*Kraft durch Freude*) prépare des voyages d'étendue plus ou moins grande, notamment des croisières qui, autrefois, à cause des frais qu'elles nécessitaient, étaient inaccessibles aux couches peu fortunées de la population. On crée, actuellement, au bord de la mer, de vastes stations disposant de tout le confort moderne qui ne seront ouvertes qu'aux seuls membres de « Force par la joie ».

Le désir très vif chez l'ouvrier allemand d'avoir sa maison à lui, avec un jardin, est satisfait par la création de colonies (*Wohn- und Kleinsiedlung*), par les soins également du Front allemand du Travail.

Enfin le Front allemand du Travail a pour fonction d'assister et de conseiller toutes les autorités du Parti et de l'Etat dans les questions touchant à la vie du travail. C'est ainsi qu'il fournit par exemple aux fidéicommissaires du travail les experts dont ils ont besoin en vertu de la loi.

Les communautés nationales d'entreprises (*Reichsbetriebsgemeinschaften*) dont nous avons déjà parlé, ne servent en général qu'à l'expédition d'affaires particulières à leur profession, et notamment à la réglementation des questions de politique sociale. Mais elles ne sont pas des « corporations » proprement dites, et, dès lors, diffèrent sensiblement des « corporations » italiennes et d'autres formes de « corporations » calquées sur le modèle fasciste, comme, par exemple, les corporations autrichiennes. La conception organique particulière au nationalsocialisme qui se rattache très sensiblement aux conceptions médiévales, ainsi que l'accentuation — qui en résulte — de la liaison par le devoir (*Pflichtgebundenheit*) et de la communion de pensée (*Gemeinsamkeit des Denkens*), créées dans une seule et même profession, poussait, en effet, l'Allemagne à créer à son tour une « organisation par corps professionnels » (*berufständischen Aufbau*). Mais, en Allemagne, conformément à la tradition, on la rattacha aux « Chambres » qui, dans le passé, ont déjà été des représentations d'intérêts, du

commerce et de l'industrie, d'une part, de l'artisanat, de l'autre, et enfin de l'agriculture.

C'est en se basant sur ces Chambres que la loi du 27 février 1934 a préparé « la construction organique de l'Economie allemande » — organisation dans laquelle, à l'heure actuelle, seul l'Ordre (au sens de ce mot sous l'ancien régime, *Reichsstand*) de l'artisanat est pour ainsi dire complètement établi. Les professions libérales et les artistes créateurs sont incorporés dans la « Chambre de Culture du Reich » (*Reichskulturkammer*) et les sous-organisations de celle-ci.

L'Ordre le plus perfectionné est celui de l'alimentation (*Reichsnährstand*) qui comprend, outre les nombreuses organisations agraires et les paysans, les entreprises de commerce agricole et les entreprises manipulant ou transformant des produits agraires. Que l'Ordre de l'alimentation ait déjà pris une pareille extension, cela est dû à ce qu'il est autorisé à réglementer le marché des produits agraires, c'est-à-dire à classifier les produits et marchandises, à réglementer les prix et à organiser l'approvisionnement ordonnancé des consommateurs.

Les autres organisations, par contre, doivent borner leur activité à la défense des intérêts professionnels de leurs membres et abandonner aux syndicats économiques la réglementation du marché. Or, les syndicats économiques, par opposition aux organisations professionnelles, sont des groupements librement constitués.

L'organisation variée de la population allemande — son organisation au point de vue social dans le Front allemand du Travail, au point de vue professionnel dans les organisations professionnelles, au point de vue économique dans les syndicats économiques — présente, par rapport à une organisation unique, l'avantage que, par suite de la délimitation objective des fonctions, personne n'est désavantagé au profit d'autrui. Le surcroît d'organisation — d'ailleurs uniquement apparent — qui trouble la vue même des intéressés et, à plus forte raison, de l'étranger, se tassera avec l'évolution et l'achèvement de la construction. Et surtout il faut se rappeler qu'aujourd'hui déjà existent différentes liaisons qui garantissent le règlement, d'après des vues uniformes, des questions chevauchant sur plusieurs organisations. La liaison entre les divers groupements est assurée dans la plupart des cas par des Commissions communes (*gemeinsame Arbeitsausschüsse*), où collaborent les délégués des diverses organisations. Dans d'autres cas, l'une des organisations est membre collectif de l'autre. Enfin, on a souvent créé des unions personnelles en subordonnant plusieurs organisations à un seul chef. Mais le garant le plus efficace de la collaboration harmonieuse et uniforme entre les multiples groupes est le « totalitarisme » du mouvement nationalsocialisme.

§ 154

LES PRINCIPAUX PROBLEMES JURIDIQUES RELATIFS AU REGLEMENT D'ENTREPRISE EN DROIT ALLEMAND

Par H. C. NIPPERDEY,
Professeur à la Faculté de Droit de Cologne,
Membre de l'Akademie für Deutsches Recht.

Traduit par P. ROUBIER,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,
et H. MANKIEWICZ
Secrétaire général de l'Institut de Droit comparé de Lyon.

I. — INTRODUCTION

I. — Parmi les grandes idées qui sont à la base du nouveau droit allemand du travail — tel qu'il est codifié dans la loi du 20 janvier 1934 sur l'ordonnancement du travail national (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) — il y en a deux qui sont particulièrement importantes et dont nous étudierons ici la construction juridique.

La première de ces idées c'est l'*autonomie de l'entreprise* — ou de la communauté d'entreprise (*Betriebsgemeinschaft*) — et son exercice par le Führer d'entreprise. L'autre est le contrôle de cette autonomie et l'*influence directe ou indirecte qu'exerce l'Etat sur l'établissement des conditions du travail.*

Un des caractères essentiels du droit allemand du travail s'exprime, en effet, dans la manière dont on a coordonné et accordé ces deux principes antagonistes, qui sont, d'une part, l'autonomie de l'entreprise, et, de l'autre l'établissement, par l'Etat, des conditions du travail. En reconnaissant la communauté d'entreprise comme groupement (*Verband*) autonome, on accorde à l'entreprise, c'est-à-dire à l'établissement particulier, le rôle de cellule essentielle de la vie économique. Tel un organisme vivant, l'entreprise doit développer ses forces sous la direction de l'entrepreneur, qui en est le Führer. L'entrepreneur conscient de sa responsabilité — personnage auquel tous les peuples doivent leur évolution économique — doit avoir la possibilité d'établir dans un *règlement d'entreprise* (Betriebsordnung), en s'inspirant du principe « à chacun selon ses œuvres », la méthode et les conditions du travail applicables dans une entreprise, et il doit développer

au maximum les possibilités de rendement. Toute influence venant du dehors doit être écartée.

On a pleine confiance dans le Führer de l'entreprise. Mais le droit d'établir librement les conditions du travail lui est accordé non pas dans son propre intérêt, ni dans celui de l'entreprise qu'il dirige, mais dans l'intérêt de la communauté ; car ce n'est qu'ainsi qu'on peut tirer de l'entreprise le plus grand profit possible, et pour le peuple, et pour les particuliers.

Mais quand on mésuse de l'autonomie et quand on porte atteinte, par des décisions erronées, au bien-être des travailleurs et à l'intérêt général, ou encore quand, dans l'intérêt des travailleurs, il paraît nécessaire de restreindre l'autonomie de l'entreprise, alors intervient l'Etat par des mesures d'importance différente, mais systématiquement coordonnées. Une de ces mesures est l'établissement d'un *règlement tarifaire*.

2. — Le *règlement d'entreprise* est un règlement écrit des conditions de travail valables dans l'entreprise. Il est de rigueur pour toute entreprise occupant normalement au moins vingt ouvriers et employés. Il est établi par le Führer de l'entreprise.

Le règlement d'entreprise contient du droit autonome. Il est un statut organique autonome (*autonome Satzung*), valable pour l'entreprise en question, et pour elle seulement. Il doit obligatoirement être établi pour certaines entreprises ; il a un contenu obligatoire et un contenu facultatif.

Le règlement tarifaire est un règlement des conditions de travail pour un groupe d'entreprises, édicté par écrit et publié par le fidéicommissaire du Reich pour le travail (*Reichstreuhänder der Arbeit*) après avis d'un comité d'experts; le territoire du Reich est divisé en 14 ressorts de fidéicommissaires du travail. Le règlement tarifaire contient du droit public. Il est donc un « règlement d'administration publique ayant force de loi » (*Rechtsverordnung*) (1) concernant plusieurs entreprises. La loi n'ordonne pas l'établissement de règlements tarifaires : c'est au fidéicommissaire du travail qu'incombe la tâche d'en édicter un quand il estime que certaines conditions — prévues par la loi — sont remplies.

3. — Le règlement d'entreprise et le règlement tarifaire ont ceci de commun qu'ils règlent un ensemble de rapports de travail. Ils contiennent, l'un et l'autre, des normes valables pour une quantité de rapports de travail. Le droit qu'ils édictent est du droit objectif, c'est-à-dire qu'ils sont des lois au fond, des sources de droit pour les rapports du travail auxquels ils sont applicables. Le contenu qu'ils peuvent avoir est le même pour le règlement tarifaire et pour le règlement d'entreprise : ils règlent les droits et les devoirs des parties au contrat de travail, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut être mis fin à ce contrat. Leur efficacité juridique

---

(1) Le droit public allemand distingue traditionnellement entre *Rechtsverordnungen* et *Verwaltungsverordnungen*, les premières, qui doivent être autorisées expressément par la loi à laquelle elles s'appliquent, pouvant créer du droit positif, à l'encontre ou en complément de la loi, les deuxièmes, prises en vertu du pouvoir réglementaire des autorités administratives, ne pouvant contenir que des règles administratives pour la mise en exécution de la loi; cf. MEISSNER-KAISENBERG, *Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich*, Berlin, 1935, p. 109 et ss. Nous traduisons le terme Rechtsverordung par les mots règlement d'administration publique ayant force de loi. Note du traducteur.

est, elle aussi, la même : ni l'un ni l'autre de ces deux règlements ne souffre de dérogation (*abdingbar*). En principe, ils s'appliquent à tous les rapports de travail existants dans l'entreprise particulière, ou dans les entreprises, pour lesquelles ils sont édictés.

4. — Le règlement d'entreprise et le règlement tarifaire ont encore ceci de commun qu'ils présupposent l'*existence d'un contrat de travail*. Les relations juridiques entre l'entrepreneur et ceux qu'il emploie prennent, en effet, leur source dans le contrat de travail. Celui-ci est un contrat personnel qui crée le rapport de travail. C'est par la conclusion du contrat du travail que le travailleur s'encadre comme membre dans l'entreprise et qu'il acquiert la qualité de personne ayant un emploi, de « membre de la suite » (*Gefolgschaftsmitglied*) (2).

La loi sur l'ordonnancement du travail national n'a pas touché à cette base, contractuelle, des relations individuelles de travail. La fonction du règlement d'entreprise, aussi bien que celle du règlement tarifaire, est essentiellement de déterminer le contenu du contrat de travail, ainsi que le font les lois régissant ce genre de contrat (cf., par exemple, §§ 610 et ss. du Code civil allemand, §§ 59 et ss. du Code de commerce allemand, §§ 120 et ss. du Code industriel allemand). Les *relations de droit privé entre l'entrepreneur et celui qu'il emploie,* leurs droits et devoirs réciproques résultent du *contrat du travail* sur lequel cependant lesdites sources de droit exercent une certaine influence. Il s'ensuit que, alors même que le taux du salaire est fixé dans un règlement d'entreprise ou un règlement tarifaire, le droit au salaire naît, non pas de ces règlements, mais uniquement du contrat du travail.

II. — Nous retournons maintenant aux problèmes propres au *règlement d'entreprise* et allons examiner d'abord dans quelle mesure la communauté d'entreprise — et, dans l'intérieur de celle-ci, le Führer d'entreprise — sont libres de régler les conditions du travail sous leur propre responsabilité. Mais avant d'étudier cette question, il faut se rendre compte de la *nature juridique* et des *effets* de ce règlement.

Le règlement d'entreprise est un statut organique autonome, créant du droit objectif valable pour les contrats de travail.

1. — L'acte de création de ce droit — c'est-à-dire l'établissement du règlement d'entreprise — est un *acte de droit public*. Mais le droit qui est ainsi créé est du *droit privé*.

Quant à la création de ce droit, il y a lieu d'observer que la loi sur l'ordonnancement du travail national a organisé la communauté d'entreprise. L'entrepreneur, qui la représente en sa qualité de Führer d'entreprise, a le droit et le devoir de régler les rapports de travail par voie de règlement d'entreprise. Ainsi, l'Etat a accordé à la communauté d'entreprise le droit d'autonomie (pouvoir de se donner un statut organique). Par autonomie nous entendons le droit d'un groupement de droit public, incorporé dans l'Etat, de créer du droit objectif valable pour ses membres. Dans le cas de la communauté d'entreprise, cette condition est remplie.

La communauté d'entreprise est un groupement de droit public, mais

---

(2) Le langage de la loi sur l'ordonnancement du travail national s'inspire volontairement des termes médiévaux et c'est au droit féodal qu'il emprunte le mot de *Gefolgschaft;* v. la contribution de Molitor dans ce même Recueil. Note du traducteur.

elle n'est pas une personne morale, le droit d'autonomie n'étant d'ailleurs pas un privilège desdites personnes. Elle est un groupement de droit public précisément parce qu'elle a le pouvoir de faire du droit, c'est-à-dire parce qu'elle est supérieure aux particuliers, et qu'elle est ainsi détentrice de puissance publique. Les dispositions du règlement d'entreprise sont applicables aux rapports de travail individuels, non pas par suite d'une soumission du particulier au règlement, mais en vertu du commandement de la loi elle-même. Le règlement d'entreprise crée du droit objectif ; car il ne donne pas naissance à des droits et des devoirs subjectifs — comme le font les actes juridiques privés — : il règle une multitude de rapports juridiques sans se préoccuper des aspects particuliers qu'ils peuvent revêtir. Le règlement d'entreprise est valable et obligatoire indépendamment de la volonté des particuliers, les stipulations contraires à ses clauses n'étant valables qu'à condition d'être plus favorables pour le travailleur.

Le droit de faire la loi de l'entreprise est confié non pas au Führer, mais à la communauté d'entreprise. Toutefois, il est exercé par le Führer d'entreprise qui, en faisant cette loi, agit en tant que Führer, et non pas en tant que partie au contrat du travail.

Quant aux *normes juridiques créées par le règlement d'entreprise,* elles ne sont pas des normes de droit public, bien que l'acte qui leur donne naissance relève de ce domaine du droit. En effet, les normes des règlements d'entreprise visent la réglementation de rapports juridiques privés, à savoir des contrats du travail. Bien qu'elles aient une « influence directe sur ces contrats » (3) et qu'elles ne sauraient être écartées, elles créent des droits et obligations, non pas de droit public, mais de droit privé, dont l'exécution peut être l'objet de litiges relevant de la compétence des tribunaux du travail. Pas plus que les dispositions légales impératives qui régissent le contrat du travail, le droit créé par le règlement d'entreprise n'est donc du droit public.

En tant que statut organique autonome, les règlements d'entreprise doivent être d'office appliqués par les tribunaux à condition toutefois que ceux-ci aient connaissance de leur existence. Les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de procéder aux enquêtes nécessaires pour connaître les normes du règlement.

2. — *Interprétation du règlement d'entreprise.* Puisque le règlement d'entreprise contient du droit objectif — c'est-à-dire qu'il est une loi au fond — son interprétation est régie, non pas par les dispositions du Code civil concernant l'interprétation des contrats et des déclarations de volonté, mais par celles, du même code, applicables à l'interprétation des lois.

En vertu du paragraphe 133 du Code civil allemand, il faut rechercher la véritable volonté et ne pas s'arrêter au sens littéral des termes.

Puisque, d'une part, la loi est une déclaration de volonté et que, d'autre

---

(3) Allusion au problème de l'*Einwirkung* (influence) que peut avoir, en droit ouvrier allemand, un règlement tarifaire sur le contenu des rapports du travail. On comprend, par là, la substitution, passagère ou durable, des dispositions d'un tel règlement aux clauses du contrat du travail auquel elles s'appliquent. V. plus loin n° III, et, sur le problème juridique, *Recueil International de Jurisprudence du Travail,* 1935-1936, Allemagne, n° 8, et, pour le droit weimarien où ce problème a surgi pour la première fois, les volumes antérieurs de ce Recueil. Cf. aussi dans le Recueil l'article de M. Mankiewicz, § 46. Note du traducteur.

part, le paragraphe 133 du Code civil n'est pas applicable aux seules déclarations de volonté privées, cette disposition est d'importance décisive pour l'interprétation des lois. Si, en l'appliquant, on doit rechercher la véritable volonté du législateur, cela veut dire qu'il faut rechercher l'esprit de la loi et le but visé par elle, mais qu'on ne doit en tenir compte que dans la mesure où esprit et but de la loi sont perceptibles au travers des expressions employées par le législateur. En ce qui concerne le règlement d'entreprise, le législateur est le Führer de l'entreprise, exerçant le pouvoir autonome de celle-ci. Dans l'interprétation d'un règlement d'entreprise, il convient donc de rechercher quel a été le sens que le Führer d'entreprise a donné aux mots par lui employés — à la condition cependant que ce sens ait trouvé dans ces mots une expression suffisamment claire. En prenant certaines précautions, on peut même faire état de la genèse du règlement d'entreprise, c'est-à-dire des délibérations au sein du conseil de confiance, des négociations avec le fidéicommissaire du travail, des règlements d'entreprise ou tarifaires antérieurs, etc. Mais, dans tous les cas, il faut se demander si les membres de la communauté d'entreprise — auxquels s'est adressé le règlement d'entreprise — ont pu et ont dû découvrir, au travers des termes employés par le règlement, le sens ainsi établi.

3. — *Pas d'annulation.* Puisqu'il est édicté par le Führer d'entreprise en vertu de l'autonomie accordée par l'Etat à la communauté d'entreprise et exercée par le Führer, le règlement d'entreprise ne peut être annulé par déclaration unilatérale pour cause d'erreur, violence, dol, etc... (§§ 119 et ss. du Code civil allemand). Encore le règlement d'entreprise est-il une déclaration de portée générale et obligatoire pour un grand nombre de personnes — à savoir pour la « suite » — qui doivent pouvoir compter sur le maintien du règlement (4). L'annulation unilatérale pour les causes susdites ayant un effet rétroactif, la sécurité juridique et la confiance en la persistance du contrat de travail seraient par une telle annulation gravement atteintes. Pour l'avenir, le Führer d'entreprise a la possibilité de modifier le règlement.

4. — L'établissement du règlement d'entreprise est un acte *unilatéral* du Führer d'entreprise. Il doit établir le règlement par écrit et est tenu de l'afficher. Il décide seul des dispositions qu'il comportera. Mais, avant d'édicter le règlement, le Führer d'entreprise doit le soumettre à la délibération du *conseil de confiance ;* le Führer d'une entreprise occupant normalement au moins vingt personnes étant entouré d'hommes de confiance choisis parmi les membres de sa suite, qui forment avec lui et sous sa présidence le conseil de confiance de l'entreprise. Toutefois, la délibération préalable au sein de ce conseil n'est pas une condition de l'efficacité juridique du règlement d'entreprise.

Les normes du règlement d'entreprise doivent s'inspirer de l'esprit d'une véritable communauté d'entreprise et de l'honneur social ; elles doivent poursuivre l'intérêt général du peuple et de l'Etat (§ 1). Par cette

---

(4) Allusion à une jurisprudence bien établie du Reichsgericht, selon laquelle alors même qu'il s'agit d'actes juridiques relevant du droit privé, l'annulation unilatérale pour cause d'erreur, etc., est écartée quand il s'agit d'actes ayant une portée générale et intéressant un grand nombre de personnes qui comptent sur le maintien de l'acte ; cas-type : fondation d'une société anonyme : le contrat de fondation ne peut être annulé pour cause d'erreur, etc. Même jurisprudence en ce qui concerne les conventions collectives d'autrefois; cf. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts.* Note du traducteur.

réglementation, le Führer doit veiller au bien de sa « suite » (§ 2). Le contenu du règlement doit être en harmonie avec la situation économique et sociale de l'entreprise (§ 16).

Le nouveau droit du règlement d'entreprise est caractérisé, non seulement par la suppression des principes jusque-là en vigueur et selon lesquels de pareils règlements devaient être le résultat d'un accord entre l'employeur et le conseil d'entreprise, mais, en outre, parce qu'il consacre le caractère absolument impératif de toutes les dispositions du règlement, et surtout parce qu'il élargit d'une manière importante son champ d'action.

Tandis que les matières qui *doivent* obligatoirement être réglées dans le règlement d'entreprise sont sensiblement les mêmes que celles qui figuraient jusqu'ici dans le règlement d'atelier, les matières qui *peuvent* y être réglées sont beaucoup plus nombreuses qu'autrefois. D'après l'ancien droit, le règlement ne pouvait contenir que des dispositions relatives au fonctionnement du service, c'est-à-dire des prescriptions sur l'ordre dans l'entreprise et sur le comportement des travailleurs ; mais il ne pouvait pas contenir des clauses matérielles, c'est-à-dire relatives aux conditions du travail. La loi nouvelle, au contraire, décide que, outre les dispositions prescrites par la loi, le règlement d'entreprise peut contenir *des règles concernant le taux des salaires et les autres conditions du travail* (§ 27, alinéa 3). Cela veut dire que l'ensemble du rapport de travail peut être réglé par le règlement d'entreprise. Le Führer d'entreprise a donc une puissance assez notable, mais aussi une responsabilité accrue. Sa décision est, en pratique, une des sources les plus importantes du droit régissant les rapports de travail. On peut dire que, ainsi, on reprend la situation de fait d'avant-guerre, en ce sens qu'à ce moment c'était pratiquement l'entrepreneur qui fixait les conditions du travail, que le travailleur, vu sa situation économique, était obligé d'accepter. On a souvent souligné l'opposition qui existait alors entre la fiction d'une convention du travail librement négociée (§ 105 du Code industriel) et la réalité du *diktat* de l'employeur. Les abus résultant du *diktat* du patron furent combattus, d'une part, par la législation portant protection des ouvriers et, de l'autre, par le développement du droit du travail collectif.

Aujourd'hui, par la consécration du principe du chef, on a rétabli l'unité entre le droit et la réalité. Le principe, posé dans le paragraphe 105 du Code industriel, de la liberté de contrat dans le domaine du travail n'est applicable que dans la mesure où le règlement d'entreprise est muet, par exemple : dans le cas où il ne contient pas de réglementation, ou dans les cas où il admet des conventions contraires à son contenu, enfin dans le cas des petites entreprises où il n'y a pas de règlement d'entreprise du tout.

Mais, en même temps qu'on a consacré le principe du chef, on a établi, pour son exercice, le *principe de la responsabilité*, c'est-à-dire des devoirs à l'égard de la communauté d'entreprise et du peuple, le Führer d'entreprise étant tenu de s'inspirer, lors de l'établissement du statut, du bien de sa « suite ».

La loi prévoit d'ailleurs des garanties pour réprimer des abus et des décisions erronées du Führer de l'entreprise. Ces garanties consistent dans la possibilité d'interventions publiques, dont nous allons parler tout à l'heure.

5. — L'influence décisive qu'a le Führer d'entreprise sur la fixation des conditions de travail trouve une expression particulièrement nette dans le droit, à lui accordé, de *modifier le règlement d'entreprise*.

Le Führer d'entreprise a, à tout moment, le droit de modifier le règlement d'entreprise. Sa modification équivaut à l'établissement partiel d'un nouveau règlement d'entreprise et, dès lors, les dispositions concernant l'établissement d'un tel règlement sont applicables à sa modification.

Quand un règlement d'entreprise est remplacé par un nouveau règlement d'entreprise, ce dernier s'applique, dès son entrée en vigueur, à tous les rapports de travail alors existants. Cela s'applique également au cas où le nouveau règlement règle une question non traitée par son devancier. Peu importe que les conditions de l'ancien règlement d'entreprise aient été plus favorables pour le travailleur que celles du nouveau ; car les normes d'un règlement d'entreprise ne sont pas des dispositions qui deviennent partie intégrante des contrats de travail, et qui, dès lors, pourraient survivre (*nachwirken*) au règlement même (5). L'opinion exacte est, en effet, que le règlement d'entreprise influence le contrat de travail dès son entrée en vigueur, et que cette influence persiste tant que le règlement subsiste. Elle disparaît dès que le règlement d'entreprise cesse d'être en vigueur. Quand un nouveau règlement d'entreprise est édicté, les normes de celui-ci se substituent aux règles établies par le règlement précédent, et façonnent le contenu du contrat du travail dès leur entrée en vigueur (sans avoir égard aux délais de préavis prévus pour la résilation du contrat du travail). Mais on se trouverait en présence d'une situation autre, si les normes du règlement d'entreprise avaient été l'objet de stipulations expresses entre les parties au contrat du travail ; dans ce cas, les conditions plus favorables pour le travailleur subsisteraient jusqu'à ce que le contrat de travail lui-même ait été modifié.

Quand un règlement d'entreprise cesse d'être en vigueur sans être remplacé par un autre règlement d'entreprise, ou quand le nouveau règlement a un contenu plus étroit que celui qu'il est appelé à remplacer, les dispositions qui n'ont pas été remplacées par des nouvelles règles, perdent leur efficacité, et n'exercent plus d'influence sur le contrat de travail. Alors les stipulations du contrat de travail — qui avaient « disparu » sous l'influence de l'ancien règlement d'entreprise — rentrent en vigueur, et — au cas où il n'y avait pas de stipulations contractuelles — le contrat de travail sera désormais régi par les dispositions respectives des lois, notamment par les paragraphes 611 et ss. du Code civil allemand. Dans ce dernier cas, la personne employée doit fournir le travail pour lequel elle a été engagée, la durée du travail étant la durée légale, tandis que l'entrepreneur lui doit le salaire usuel ou raisonnable (§§ 612, alinéa 2, 242 et 316 du Code civil allemand).

III. — Il est évident que la large autonomie accordée à la communauté

---

(5) V. note 3. Il s'agit ici d'une allusion à la question de savoir si les clauses d'un contrat de travail primées par celles d'un règlement qui « a eu une influence » sur le contrat du travail rentrent en vigueur après que le règlement a cessé d'être en vigueur, ou si celui-ci doit être considéré comme « survivant », de sorte que ses dispositions continuent à primer celles du contrat. Le problème est traité dans plusieurs décisions judiciaires publiées dans les divers volumes du *Recueil International de Jurisprudence du Travail*. Note du traducteur.

d'entreprise peut donner naissance à des abus ou à des décisions erronées. Toutefois, il faut que l'observateur étranger se rende compte de l'influence énorme qu'a aujourd'hui en Allemagne l'opinion publique sur l'activité sociale de tout entrepreneur. Mais ce qui importe du point de vue juridique, c'est que l'entreprise n'est autonome que dans la mesure où l'exercice de cette autonomie est en harmonie avec l'intérêt général de la collectivité qui, le cas échéant, fait siens les intérêts des personnes qu'occupe l'entreprise. Les modes du contrôle qu'exerce l'Etat sur l'autonomie de l'entreprise sont de caractères différents, mais s'engrènent suivant un plan préconçu.

1. — En tant que statut organique autonome, le règlement d'entreprise ne doit pas dépasser les *limites tracées par l'autorisation accordée à l'entreprise par la loi*. L'Etat n'a accordé d'autonomie à la communauté d'entreprise que dans les formes et pour les matières prévues par lui. Quand le règlement d'entreprise dépasse ces limites, il est, soit totalement, soit partiellement, nul. Les tribunaux ont, à cet égard, un droit de contrôle illimité.

Les tribunaux peuvent, dans tout procès, fixer que le règlement d'entreprise ou quelques-unes de ses dispositions sont nulles *inter partes* (non pas *erga omnes*). Sont des causes de nullité : la non-observation de la forme écrite, l'absence d'affichage, l'établissement du règlement par un entrepreneur qui n'a pas la qualité de Führer d'entreprise, l'établissement d'un règlement d'entreprise pour une exploitation non visée par la loi, l'absence de dispositions strictement obligatoires dans tout règlement d'entreprise, le contenu contraire à la loi ou à un règlement tarifaire ; dans ces derniers cas, le règlement n'est d'ailleurs nul que partiellement.

2. — Le règlement d'entreprise en tant que statut organique autonome doit rester dans *le cadre des lois et règlements d'administration publique ayant force de loi*. Il est, par rapport au droit fait par l'Etat — que ce droit lui soit antérieur ou postérieur — une source de droit secondaire. Dès lors le règlement d'entreprise n'est valable qu'à condition d'être conforme aux dispositions légales. Il ne doit donc pas être contraire à des normes de droit strict. Le paragraphe 138 du Code civil allemand déclarant nuls les « actes » contraires aux bonnes mœurs — bien qu'il ne vise que les actes juridiques privés — est applicable aux règlements d'entreprise. Il en est ainsi encore en ce qui concerne d'autres normes de droit strict, qui, d'après leur libellé, ne visent que des « actes juridiques » (contrats) : elles aussi sont du *jus cogens* par rapport aux règlements d'entreprise comme elles le sont d'ailleurs par rapport à tout statut organique autonome. Quand une clause d'un règlement d'entreprise est contraire à une norme de droit strict, elle est nulle. Mais les autres dispositions du règlement restent valables à condition : 1° de garder un sens précis indépendamment de la clause considérée comme nulle, et 2° si, par un examen raisonnable, il y a lieu d'admettre que le Führer d'entreprise a entendu qu'elles soient valables même au cas de disparition de la partie privée d'effet. La nullité de toute disposition du règlement d'entreprise contraire à la loi, opère *ipso jure*, sans égard à la décision que le fidéicommissaire du travail peut être appelé à prendre. En cas de doute, le contrôle judiciaire est illimité.

3. — Les dispositions du *règlement tarifaire d'Etat* priment celles des règlements d'entreprise.

Puisque *les règlements tarifaires et les règlements d'entreprise* peuvent traiter les mêmes questions, il est important de connaître leur rang respectif. Conformément au droit antérieur, la loi sur l'ordonnancement du travail national accorde la primauté au règlement tarifaire. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 32, alinéa 2 de cette loi, les dispositions des règlements d'entreprise qui sont en opposition avec un règlement tarifaire sont nulles.

Les clauses d'un règlement d'entreprise contraires à celles d'un règlement tarifaire ne sont pas applicables, si l'entreprise tombe dans le champ d'application de ce dernier. Elles sont nulles conformément au paragraphe 32, alinéa 2, phrase 3 de la loi sur le travail national (6), et doivent être mises en harmonie avec celles du règlement tarifaire. Le fidéicommissaire du travail a un droit de contrôle en vertu du paragraphe 19, chiffres 5 et 6 de la même loi, mais le Führer peut tourner la difficulté quand il s'agit de normes qui ne sont pas obligatoires pour tout règlement d'entreprise, en supprimant les clauses critiquables.

Toutefois, le règlement tarifaire ne prime le règlement d'entreprise qu'en ce sens que les conditions de travail prévues par le règlement tarifaire sont des conditions minima. Quand les clauses du règlement d'entreprise sont plus favorables pour les personnes employées que celles du règlement tarifaire, elles restent valables et applicables.

Dans la mesure où, en limitant son champ d'application, le règlement tarifaire permet exceptionnellement, et dans des conditions nettement déterminées, l'établissement de conditions de travail moins favorables que celles prévues par lui, les règlements d'entreprise peuvent s'en écarter.

Mais le règlement tarifaire n'a jamais d'influence directe sur le contenu du règlement d'entreprise. Contrairement à ce qui est de droit en ce qui concerne les rapports entre un règlement tarifaire et un contrat du travail, la loi ne prévoit aucune influence directe du règlement tarifaire sur le règlement d'entreprise. Car le règlement tarifaire contient des normes applicables non pas aux règlements d'entreprise, mais aux contrats de travail.

Que le règlement tarifaire ne puisse avoir d'influence directe sur le règlement d'entreprise, cela résulte aussi du fait que le règlement d'entreprise doit être établi par écrit et affiché, et que, dès lors, toute modification qui lui est apportée ne peut entrer en vigueur que : 1° par insertion dans le règlement d'entreprise et 2° par affichage.

4. — Le fidéicommissaire du travail, après délibération avec un conseil d'experts, peut établir des *directives sur le contenu à donner aux règlements d'entreprise.*

Ces directives invitent le Führer d'entreprise à les insérer dans le règlement d'entreprise, à moins que les conditions particulières de son exploitation n'exigent d'autres dispositions. Les directives n'ont donc

---

(6) En vérité, les dispositions du règlement d'entreprise contraires à un règlement tarifaire sont seulement « primées » — tant que le règlement tarifaire subsiste — par les dispositions plus favorables de ce règlement.

d'effet pratique que par la volonté du Führer d'entreprise; elles ne se réalisent que par l'intermédiaire d'un règlement d'entreprise. Il s'ensuit que les directives en question ne contiennent *pas de droit objectif,* ni du droit impératif, ni du droit facultatif. Elles ne sont valables qu'au cas et dans la mesure où elles ont été insérées dans le règlement d'entreprise. Il n'y a pas de « contenu tacite » d'un règlement d'entreprise.

Les directives n'imposent pas à l'entrepreneur des devoirs à l'égard de l'Etat, dont celui-ci pourrait demander l'accomplissement au moyen de sanctions. Elles n'indiquent que la direction dans laquelle il serait souhaitable que le règlement d'entreprise s'oriente. L'Etat recommande qu'on les suive, mais la loi sur l'ordonnancement du travail ne prévoit pas de sanctions directes pour le cas où on ne les suit pas.

Toutefois, le fidéicommissaire du travail est chargé de surveiller l'application des directives, et d'établir, par exemple, des statistiques pour se rendre compte dans quelle mesure on les a acceptées. Il doit inviter les Führers d'entreprise à les observer, mais il n'a pas le droit de donner, à cet effet, des instructions obligatoires (7). L'importance des directives consiste dans *l'autorité morale* du fidéicommissaire d'Etat, et ce ne sera que dans l'intérêt de la communauté d'entreprise que le Führer d'entreprise pourra s'écarter des directives de celui-ci.

L'inobservation, par le Führer de l'entreprise, des directives édictées par le fidéicommissaire peut avoir le caractère d'une décision — décision négative — sur le contenu du règlement d'entreprise, ou des conditions de travail. Quand cette décision paraît inconciliable avec la situation économique et sociale de l'entreprise, la majorité du conseil de confiance peut en appeler au fidéicommissaire du travail (§ 16 de la loi sur l'ordonnancement du travail national), qui peut prendre une décision rendant obligatoire le respect de ses directives.

5. — *Le règlement d'entreprise* peut être modifié par le fidéicommissaire sur la demande de la majorité du conseil de confiance, quand le *règlement paraît inconciliable avec la situation économique et sociale de l'entreprise;* dans ce cas, le fidéicommissaire a même le droit de substituer un nouveau règlement à celui qu'avait établi le Führer d'entreprise (*cf.* §§ 16, 19, chiffre 3, de la loi sur l'ordonnancement du travail national). Le règlement fait ou modifié par le fidéicommissaire entre en vigueur par l'affichage dans l'entreprise — affichage qui doit être obligatoirement fait par le Führer d'entreprise.

Dans tous ces cas — où le contrôle de l'Etat a abouti à la constatation que le statut organique autonome n'a pas donné les résultats qu'on

---

(7) Allusion aux « instructions » que peut donner le fidéicommissaire du travail en vertu du paragraphe 22 de la loi sur l'ordonnancement du travail national ainsi conçu: « (1) Quiconque se rend intentionnellement coupable de contraventions répétées à des instructions générales écrites données par le fidéicommissaire du travail dans l'exercice de ses attributions, est passible d'amende ; dans les cas particulièrement graves, une peine de prison peut remplacer ou accompagner l'amende... (2) La condamnation à une peine publique n'exclut pas les poursuites à raison du même acte considéré comme une atteinte à l'honneur social » (réprimée par les tribunaux d'honneur social instaurés par la même loi). On a longuement discuté en Allemagne la question de savoir si les directives des commissaires du travail peuvent être considérées comme des instructions générales écrites au sens dudit paragraphe 22. Note du traducteur.

avait escomptés — le fidéicommissaire écarte l'acte de création de droit autonome. Mais le droit substitué par lui au droit autonome créé par le règlement d'entreprise, n'est pas du droit public; il n'est même pas du droit, et, dès lors, on ne se trouve pas en présence d'un règlement d'administration publique ayant force de loi. Le fidéicommissaire remplace par un acte administratif la décision, créatrice de droit, du Führer d'entreprise. Et puisque l'acte de remplacement a les mêmes effets que l'acte remplacé, le droit créé par le fidéicommissaire est, lui aussi, du droit autonome du genre de celui d'un statut organique autonome.

Le règlement d'entreprise établi par le fidéicommissaire n'a pas une force plus ample que celui fait par le Führer d'entreprise. Le Führer d'entreprise peut le modifier, l'amender et même le supprimer, quand la situation a essentiellement changé.

6. — Le droit du fidéicommissaire du travail de veiller à l'application des dispositions des règlements d'entreprise (§ 19, chiffre 5 de la loi sur l'ordonnancement du travail national) et d'édicter des instructions, soit individuelles (§ 36, chiffre 3 de la même loi), soit de portée générale (§ 22 de la même loi) ne vise que l'observation des dispositions légales (établissement et contenu obligatoire des règlements d'entreprise). En vertu de son droit de contrôle, le fidéicommissaire peut demander que les règlements d'entreprise lui soient communiqués; mais ce droit ne vise pas le façonnement du contenu des règlements. En effet, en ce qui concerne le contenu des règlements d'entreprise, le fidéicommissaire ne peut édicter des instructions, ni individuelles, ni de portée générale, puisque la loi limite le cercle de son action volontairement à l'établissement de règlements tarifaires ou de directives, et aux procédés prévus aux paragraphes 16, 19, chiffre 3 (v. supra n° 5).

7. — Enfin, le fidéicommissaire n'est pas autorisé à donner des instructions, soit individuelles, soit de portée générale, relatives à l'application d'un règlement d'entreprise déterminée. Car la loi lui accorde le droit de surveiller l'application de ses dispositions concernant les règlements d'entreprise (§§ 26 et ss.), mais non pas celui de contrôler l'application des règlements d'entreprise eux-mêmes. Cela résulte nettement de l'opposition avec l'article 19, chiffre 6, où le contrôle de l'application des règlements tarifaires est expressément confié au fidéicommissaire du travail. Par conséquent, le fidéicommissaire ne saurait donner des instructions sur le paiement des salaires fixés dans un règlement d'entreprise, ni sur la répartition des congés payés que celui-ci prévoit. Aussi n'a-t-il pas à s'occuper de l'interprétation d'un règlement d'entreprise.

§ 155

L'INFLUENCE DES CONCEPTIONS NATIONALES-SOCIALISTES SUR LE DROIT DE L'INVENTEUR

(Loi allemande du 8 mai 1936)

Par Paul ROUBIER

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

L'influence sur le droit des brevets d'invention des conceptions nationales-socialistes ne s'est dégagée que peu à peu au cours des années qui ont suivi la chute de la République de Weimar et l'avènement du troisième Reich ; mais il était inévitable qu'une nouvelle philosophie fit sentir son influence dans tous les domaines, et même dans ceux qui paraissent au premier abord les moins perméables aux influences politiques, les plus techniques en un mot.

Certes, la loi allemande du 8 mai 1936 sur les brevets d'invention (1) n'est pas restée indifférente à certaines questions soulevées par les techniciens ; notamment en ce qui concerne la sanction des droits du breveté, la procédure a été améliorée dans le sens d'un renforcement de la technique : l'influence de l'Office des brevets, qui ne se faisait sentir autrefois que dans l'examen qui doit conduire à la délivrance du brevet, a gagné peu à peu les procès en contrefaçon (§ 52) : les tribunaux ordinaires chargés de statuer sur ces litiges pourront demander au Patentamt de leur envoyer un de ses membres en vue d'exercer les fonctions d'expert, et les tribunaux peuvent même décider que cet expert participera à la délibération sur l'affaire. Il y a ainsi, dans la nouvelle loi, des côtés techniques intéressants ; mais ils ne rentrent pas dans l'objet de cette étude qui concerne exclusivement les conséquences des principes de philosophie sociale apportés par le nouveau régime.

Et encore, parmi ces aspects nouveaux, laisserons-nous de côté tout ce qui concerne l'aide accordée aux personnes peu fortunées, petits inven-

---

(1) En ce qui concerne le commentaire de cette loi, v. G. KLAUER, Die Neugestaltung des deutschen Patentrechts, Juristische Wochenschrift, 1936, p. 1489 et ss. ; WILLY HOFFMANN, Das Recht des Erfinders, Leipzig, 1936 ; Erich Ristow, Die Praxis und das neue Patentrecht, Jur. Wochenschrift, 1936, p. 1492 ss. Parmi les travaux parus au cours de la préparation de la nouvelle loi, v. WALDMANN, Nationalsozialistische Forderungen an das deutsche Patentgesetz, Deutsche Juristenzeitung, 1935, col. 790 ss. ; ULRICH, Der neue Patentgesetzentwurf und die Vorschläge der Akademie für deutsches Recht, Juristische Wochenschrift, 1936, p. 151.

teurs, artisans, représentants de la petite ou moyenne industrie, pour lutter contre la pression exercée par les grands industriels, lesquels, puissamment armés au point de vue financier pour soutenir de longs procès, cherchent parfois à écraser leurs adversaires sous les frais de justice. Cette tendance de la nouvelle procédure, en matière de brevets, aboutit à des dispositions intéressantes (v. par ex. les §§ 53 et 54) (2), mais il s'agit là d'un problème qui dépasse de beaucoup le droit des brevets, à savoir le problème de la défense judiciaire des intérêts des classes moyennes (Mittelstand) : n'ayant à leur disposition ni la puissance de l'or, ni l'assistance judiciaire obtenue par la puissance du nombre, menacées d'étouffement entre la ploutocratie et la démagogie, si souvent coalisées, ces classes du milieu ne peuvent trouver leur salut, en cas de détresse économique, que dans une volonté très énergique des pouvoirs publics, et on ne doit pas s'étonner de les trouver à l'origine de certains régimes dictatoriaux de l'Europe contemporaine : aussi ces régimes se sont-ils montrés particulièrement soucieux de leurs intérêts.

Nous voulons seulement rechercher ici quelles conséquences particulières le nouveau droit allemand a tirées du national-socialisme dans la structure du droit propre aux brevets.

A cet égard, l'idée dominante de la nouvelle législation, c'est que le droit du breveté ne doit plus se présenter comme un de ces droits naturels orgueilleux, un de ces « droits de l'homme » que la Révolution française de 1789 avait placés au-dessus de tout, et dont elle considérait la reconnaissance comme la conquête la plus haute de la civilisation. Cette idée que le droit de l'inventeur constitue une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel, idée dont le droit français issu de la Révolution a été pendant longtemps si fier, n'est plus reconnue par le droit national-socialiste. Il n'est plus question d'un droit individuel conforme à la nature des choses et à la raison ; mais le droit de l'inventeur est, ainsi que le dit J. Kopsch (3), un droit dont l'existence est liée à la société (*ein sozial gebundenes Recht*), c'est-à-dire un droit qui n'existe que par et pour la société, et qui trouve seulement dans celle-ci sa source et son épanouissement.

Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que le droit de l'inventeur va être méconnu. Car, dans un peuple sain, c'est un devoir de la communauté de protéger la personnalité créatrice, d'encourager et de stimuler ceux qui apportent des biens intellectuels nouveaux. Comme l'a dit le fondateur du régime lui-même, Ad. Hitler (Mein Kampf, II, p. 496), « ce n'est pas la masse qui invente, ni la majorité qui organise ou pense, mais toujours et partout l'homme individuel, la personnalité... Toutes les inventions sont le résultat de la puissance créatrice d'un individu. Les personnes de ce genre, qu'elles le veuillent ou non, sont à quelque degré des bienfaiteurs de l'hu-

---

(2) Sur les règles de procédure de la nouvelle loi, v. outre les écrits cités ci-dessus, E. Heymann, L'Inventeur dans la nouvelle législation allemande sur les brevets, dans le Recueil de l'Akademie für deutsches Recht, intitulé : La protection juridique de l'inventeur, Berlin, 1936, p. 75 et suiv. ; Volkmar, La future procédure à suivre dans les procès en matière de brevets, même Recueil, p. 117 et suiv.

(3) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1936, 451.

manité... De sorte que l'organisation n'a pas le droit d'empêcher les têtes d'émerger de la masse ; elle doit au contraire, par la nature même de sa propre essence, le permettre et le faciliter au plus haut point ». Par conséquent, l'Etat n'accomplira que son devoir en récompensant ceux qui apportent des créations nouvelles ; c'est dans l'idée que l'Etat doit stimuler les progrès techniques que se trouve le principe de la protection du droit des créateurs : une communauté nationale prospère et heureuse doit chercher à éveiller les capacités naturelles qui sommeillent dans son sein.

Mais, d'un autre côté, les forces ainsi éveillées doivent être groupées au service de la communauté. D'ailleurs l'inventeur ne crée pas tout seul de lui-même, de nouveaux produits ou de nouveaux procédés ; il ne peut créer que parce qu'il est membre de la communauté, et que, derrière lui, il y a tout un travail antérieur d'autres chercheurs dont il bénéficie. Non seulement il ne crée que pour la communauté, parce que les progrès techniques qu'il atteint ne peuvent servir qu'aux autres humains ; mais il est encore vrai de dire qu'il ne crée que par la communauté, parce que, sans celle-ci, son œuvre ne serait ni possible ni même concevable ; c'est la société qui donne à l'inventeur tout ce qui rend à la fois possible et utile sa création inventive. Cette conception du droit de l'inventeur est devenue tout à fait générale en Allemagne, et elle s'exprime dans les arrêts de la plus haute juridiction, le Reichsgericht (v. par ex. 25 sept. 1936, Jur. Wochenschrift, 1937, 31) : dans l'Etat national-socialiste, dit le Tribunal suprême, le bien du peuple occupe la première place, et c'est de cette base qu'il faut partir ; or, l'exigence primordiale du bien social, c'est que les conquêtes nouvelles du peuple profitent au peuple ; car ce qu'un membre individuel de la communauté produit et met au jour par ses forces créatrices, il le fait sur la base des possibilités de développement, que la protection de la société lui a assurées ; on ne peut créer une œuvre que sur la base de la culture nationale. Le créateur, d'ailleurs, n'est dans une large mesure qu'un imitateur de ses prédécesseurs dans le champ de travail qu'il a choisi, et il met seulement en valeur ce qui lui a été transmis comme état de la science et de la technique. Dès lors, il ne faut pas séparer les intérêts de l'inventeur de ceux de la communauté : sa personnalité créatrice, point culminant de l'activité d'un peuple, est en cette qualité le représentant et le héraut de ce peuple.

Il résulte de là que le droit qui sera concédé à l'inventeur ne saurait se retourner contre la collectivité. Si l'on accorde à l'inventeur le pouvoir d'exploiter seul son invention pendant un certain nombre d'années, en contrepartie de l'enrichissement de la technique obtenu par la société, il ne faut pas que ce monopole puisse devenir dommageable à l'ensemble de la communauté. Certes, le fait que l'invention est maintenant acquise à la société et qu'elle constitue la base de nouveaux progrès pour d'autres chercheurs, méritait une récompense ; encore faut-il que le breveté, ainsi investi d'un monopole, n'en abuse pas et n'en fasse pas un instrument préjudiciable aux intérêts généraux ; sinon, d'autres personnes pourront réclamer une licence d'exploitation, contre versement d'une indemnité raisonnable. C'est le système de la licence obligatoire, auquel la loi allemande a donné un très grand développement ; dans l'intérêt public, pour remé-

dier aux abus possibles du droit de monopole, ce droit se transformera en un simple droit à des redevances de licence.

Les tendances ainsi révélées par le droit national-socialiste aboutissent donc : d'une part à stimuler les facultés d'invention, à encourager les inventeurs par toutes sortes de faveurs, honorifiques ou pécuniaires ; d'autre part à restreindre la portée du monopole inclus dans le brevet, pour sauvegarder les intérêts de la communauté.

*
**

Il ne convient pas de se laisser trop impressionner par l'abandon du droit individuel de l'inventeur : le fait que le droit de l'inventeur ne se présente plus comme un droit naturel, comme un droit de l'homme, mais bien comme un droit soumis à la collectivité, n'a pas les conséquences que l'on pourrait croire au premier abord ; on a parlé d'une « socialisation du droit » (4), et certainement l'élément social apparaît au premier plan et semble refouler l'intérêt individuel. Cependant la part de l'individuel et la part du collectif ne peuvent pas être modifiées d'une manière trop forte dans une société, sans qu'il y ait rupture d'équilibre. C'est M. Hauriou qui remarquait déjà, il y a longtemps, que « l'un des équilibres les plus fondamentaux est celui des forces collectives et des forces individuelles, des services publics et des entreprises privées, de la vie publique et de la vie privée » (5). On se tromperait si l'on croyait pouvoir, sans ruiner toutes les bases de la vie sociale, détruire cet équilibre nécessaire : à vouloir trop restreindre le volume du droit de l'inventeur par rapport à celui de la collectivité, on aboutirait simplement à tarir l'esprit d'invention, la source des progrès techniques, le développement de la civilisation elle-même.

Croit-on d'ailleurs que lorsque la Révolution française proclama, pour en finir avec l'arbitraire des privilèges royaux, le droit de l'inventeur comme un droit naturel, comme une propriété sacrée et particulièrement légitime, elle sacrifia complètement l'intérêt de la collectivité ? En aucune manière, et la loi du 7 janvier 1791 contenait toute une série de dispositions fondées sur l'intérêt de l'économie nationale : l'obligation d'exploiter le brevet, la restriction à un maximum de quinze ans de la durée du monopole, la nécessité d'une description claire et complète de l'invention à peine de nullité du brevet, pour assurer au domaine public la jouissance de cette invention au terme du brevet. Toutes ces dispositions, qu'on légitimait alors par un contrat entre l'inventeur et la société (6), assuraient la jonction des intérêts de l'inventeur avec ceux de la société, celle-ci concédant un monopole temporaire afin de jouir plus tard de l'invention sans entraves.

Si le droit national-socialiste veut placer au premier rang l'intérêt de

---

(4) J. Escarra, J. Rault et Fr. Hepp, La doctrine française du droit d'auteur, Paris, Grasset, 1937, p. 42.

(5) Précis de droit administratif, 9e éd., p. 52.

(6) V. mon article : Droits intellectuels ou droits de clientèle, Rev. trim. de dr. civ., 1935, p. 258.

la société (7), c'est plutôt question de préséance ; car aussitôt il lui faut bien observer que cet intérêt commande qu'on stimule et qu'on encourage les inventeurs, et les progrès techniques. Le fondement du droit de l'inventeur ne sera plus dans le droit naturel, mais dans une idée d'utilité sociale, qui en définitive n'est guère moins impérieuse. Ainsi l'on serait dans l'erreur si on croyait pouvoir modifier de fond en comble les positions du droit établi.

Cependant il est évident que le changement opéré dans les formules correspond à un état de malaise, et que le droit existant avait apporté quelques déceptions. Comment le comprendre, lorsqu'on se reporte à la période de la Révolution française, et qu'on relit les phrases enthousiastes et ardentes, qui accompagnaient à cette époque l'éclosion du droit nouveau : l'abolition de l'arbitraire des privilèges royaux, la reconnaissance d'un droit de propriété au profit des inventeurs, tout cela ne semblait-il pas constituer autant de conquêtes définitives ? Et cependant il ne s'était guère écoulé plus d'un siècle que des plaintes très graves étaient formulées contre ce régime législatif : à vrai dire, cela coïncidait avec l'apparition de formes économiques bien différentes de celles qui existaient à cette époque.

D'une part, la puissance de l'industrie s'est concentrée entre quelques firmes particulièrement importantes, qui, par des ramifications très étendues, gouvernent la vie économique tout entière : c'est que l'industrie contemporaine réclame un outillage de plus en plus dispendieux, des investissements de capitaux de plus en plus considérables, une technique de l'entreprise de plus en plus complexe. Il en résulte que, du même coup, les progrès industriels ne sont plus guère possibles que dans l'ordre d'un machinisme très accentué : ils supposent des essais, des expériences, des combinaisons qu'une personne isolée n'a plus les moyens de conduire ; il faut à l'ingénieur, qui est l'inventeur d'aujourd'hui, la vie d'une usine tout autour de lui pour pouvoir découvrir de nouveaux produits ou de nouveaux procédés. Pratiquement, les grandes industries entretiennent des bureaux d'études, où des ingénieurs sont chargés de mettre au point de nouvelles idées, de découvrir la solution de nouveaux problèmes, de préparer des transformations industrielles par des progrès techniques, en un mot, sont sollicités de faire preuve d'activité inventive. L'intérêt qui pousse ces firmes puissantes à stimuler ces progrès est doublé par l'appât du brevet d'invention, qui leur permettra de travailler en monopole pendant un certain nombre d'années, et de prendre de l'avance sur leurs concurrents. Mais, pour que ce calcul puisse réussir, il faut éliminer les droits du véritable inventeur, faire passer le brevet sur la tête de l'employeur, et c'est ainsi qu'on a de plus en plus rencontré, dans les contrats d'engagement des ingénieurs, des clauses qui contenaient cession, à l'avance, des inventions qu'ils réaliseraient dans l'usine, au bénéfice de la firme à laquelle cette usine appartenait. On a protesté sans doute contre ces clauses ; on les a jugées dures et léonines ; dans quelques cas les employeurs les ont

---

(7) WALDMANN, Nazionalsozialist. Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2e éd., p. 1632.

spontanément corrigées par l'attribution de primes aux inventeurs. Mais le résultat n'en était pas moins acquis : la législation sur les brevets d'invention, qui avait pour but de consacrer les droits de l'intelligence, considérés comme les plus sacrés et les plus inattaquables de tous, manquait définitivement ce but, et les inventions désertaient le patrimoine de leurs auteurs spirituels pour aller renforcer la situation de grandes sociétés industrielles et financières déjà trop puissantes. Comment remédier à ce résultat ? Car on comprend bien qu'il serait trop simple, d'un autre côté, de sacrifier purement et simplement les droits de l'employeur : il ne faut pas perdre de vue que c'est grâce à lui que le progrès de l'activité industrielle peut se poursuivre ; aujourd'hui c'est presque toujours en fonction de la grande industrie qu'on invente, et qu'on peut inventer. Alors, il ne restera plus d'autre issue que de tenter une nouvelle organisation juridique, qui permettra de satisfaire plus judicieusement les intérêts en cause.

Mais ce n'est pas tout. Une fois investies des droits sur l'invention par la prise du brevet à leur nom, les sociétés industrielles ont voulu tirer le maximum de profit du monopole juridique qui en résultait, et c'est ainsi que les brevets ont été mis au service de grandes organisations économiques, trusts, cartels ou syndicats, en vue de fournir un moyen de liaison entre un certain nombre de firmes et un moyen d'éviction contre d'autres. A l'intérieur du groupe, on met en commun les brevets, chacune des firmes consent aux autres des licences d'exploitation sur ses propres brevets, et il y a ainsi réciprocité dans l'usage des inventions ; mais chaque firme s'engage en même temps à ne pas concéder de licences aux « outsiders », de telle sorte qu'on espère éliminer du champ de la concurrence les industriels dissidents, lesquels ne peuvent bénéficier des progrès économiques inclus dans les brevets mis au service du cartel (8). Ainsi, ces grandes organisations que l'industrie contemporaine a enfantées, ont cherché à renforcer juridiquement leur situation, et à dominer le marché par le jeu des brevets et des licences. On voit à quel point on s'éloigne de l'inspiration première de la législation sur les brevets : le monopole juridique du brevet n'est plus qu'un élément de lutte entre des chefs d'industries rivales pour la conquête du marché, parfois un moyen de pression pour imposer à des firmes dissidentes l'adhésion à un groupement.

C'est ainsi que l'évolution de la société contemporaine a altéré la conception si pure du législateur de la Révolution : le brevet n'est plus la reconnaissance de ce droit naturel, idéal et sacré, dont la Constituante rêva pour l'inventeur. L'inspiration était belle et généreuse, mais c'est bien le cas de redire ce que Maurice Barrès (9) disait de toutes les tentatives des réformateurs : « Sitôt réalisées, toutes leurs formules deviennent des maisons froides, où l'hypocrisie succède au premier enthousiasme ; sitôt habité, le meilleur des socialismes n'est plus qu'un système dont s'accommodent des êtres sans désintéressement ». Moins enthousiastes, mais moins facilement abusés, les jurisconsultes s'appliquent à cette tâche ingrate, qui

(8) V. mon article : Licences et exclusivités, n° 9. Ann. de dr. commercial 1936, dernier cahier ; M. GHIRON, Corso di diritto industriale, tome 2, Rome, 1937, Appendice p. 82.

(9) L'ennemi des lois, éd. 1910, p. 235.

consiste à redresser l'équilibre constamment faussé des intérêts; ils utilisent dans ce but les nouvelles formules que la vie politique leur apporte, en attendant qu'à leur tour elles subissent l'épreuve des faits et engendrent d'autres désillusions. Un jour viendra, sans doute, où le national-socialisme lui-même...

Mais ce jour n'est pas encore venu, et il faut, en attendant, analyser la contribution assez importante que ce mouvement a apportée à l'histoire du droit de l'inventeur avec la loi du 8 mai 1936. Un double redressement a été tenté : d'une part quant à la reconnaissance du droit de l'inventeur ; d'autre part quant à la portée du monopole résultant du brevet.

*
**

La loi de 1936 cherche — timidement encore — à ramener le brevet aux mains du véritable inventeur, et elle veut — en tous cas — que celui-ci soit reconnu et nommé dans la procédure de délivrance de brevet. Nous allons envisager ces deux points, en étudiant successivement le droit pécuniaire, et le droit moral, de l'inventeur.

1° Droit pécuniaire. — Le droit pécuniaire consiste en un monopole d'exploitation temporaire attaché au brevet. Mais dans quelles conditions l'inventeur fera-t-il reconnaître son droit au brevet ? Si extraordinaire que cela puisse paraître au premier abord, pendant fort longtemps on ne s'est pas préoccupé d'accorder le brevet au véritable inventeur. En opposition avec le droit américain, où le demandeur d'un brevet doit affirmer sous serment qu'il croit réellement être le premier et original inventeur, ni le droit français ni le droit allemand n'exigeaient de déclaration semblable. Pour le droit français, cette déclaration aurait été sans contrôle, l'autorité publique délivrant le brevet sans examen préalable. Mais en droit allemand, où le contrôle de l'autorité aurait pu s'exercer, grâce à l'examen du Patentamt, il n'en allait pas autrement, et le brevet était à cet égard considéré comme légitimement accordé au premier impétrant : « A droit à la délivrance du brevet celui qui a le premier déclaré l'invention », disait la précédente loi du 7 avril 1891, § 3 ; la déclaration (Anmeldung) de l'invention était l'équivalent de notre demande de brevet. Le système suivi donnait la préférence au premier demandeur de brevet (Anmelderprinzip), par opposition au système américain qui donne la préférence au premier inventeur (Erfinderprinzip) .

A l'appui du système suivi en France et en Allemagne, on donnait généralement les deux motifs suivants :

a) En fondant le droit au brevet sur la priorité de la demande, on pousse celui qui est en possession de l'invention à demander aussitôt le brevet, c'est-à-dire à divulguer le secret de cette invention. Or, c'est cela que la société doit rechercher avant tout : l'enrichissement de la technique obtenu, non pas seulement par des secrets de fabrique susceptibles de disparaître, mais par des moyens révélés au grand jour. Si le demandeur du brevet n'est pas l'auteur véritable de l'invention, et si la société ne lui est pas redevable de cette création, tout au moins a-t-il fait connaître cette invention au public et enrichi ainsi la société tout entière pour le

jour où le brevet prendra fin, alors que l'inventeur véritable a eu tort de ne pas vouloir dévoiler publiquement ses moyens.

b) D'autre part, il ne faut pas oublier que les inventions ont pour objet de donner satisfaction à certains besoins d'une époque, et peuvent dès lors être le but de recherches concomitantes de la part de plusieurs personnes. Il y aurait plus tard de grandes difficultés à rechercher quel est le père spirituel de l'invention, si précisément on ne lui demandait pas de se faire connaître, en vue de conserver ses droits, par cette formalité administrative qui s'appelle la demande de brevet. Une invention, en effet, ne porte pas la marque de son auteur, comme une œuvre artistique ou littéraire, et on ne peut pas faire naître le droit simplement de la création, sans courir le risque de graves conflits.

Cette argumentation a longtemps été jugée satisfaisante ; mais sa force s'est trouvée quelque peu ébranlée, à mesure que se développait, dans le régime de la grande industrie, la situation de l'inventeur-employé, c'est-à-dire de l'ingénieur engagé au service d'une maison et qui a cédé par son contrat ses droits d'inventeur à sa maison. Car ici, aucun des arguments invoqués ne joue plus : l'attribution du droit au brevet à l'employeur, à l'encontre de l'employé-inventeur, n'a pour résultat, ni d'accélérer la divulgation de l'invention, ni d'éliminer les recherches sur la paternité inventive. L'invention aurait été tout aussi bien révélée au public si l'employé avait demandé le brevet ; et d'autre part l'employeur, en formant sa demande, n'a nullement entendu se désigner comme l'auteur véritable de l'invention. Dès lors, la règle de la priorité de la demande devient très discutable.

La loi du 8 mai 1936 a voulu modifier le système antérieurement suivi. En effet, le § 3, alinéa 1er, de cette loi, déclare aujourd'hui que « l'inventeur ou son ayant-cause a droit au brevet » ; l'inventeur, dont la loi précédente ne parlait pas, devient désormais le centre du droit des brevets. Toutefois on n'a pas poussé cette idée jusqu'au bout, car il aurait fallu alors considérer le droit au brevet comme incessible : le brevet devrait toujours être réservé à l'inventeur, sauf à celui-ci, une fois breveté, à concéder plus tard à des tiers l'usage et l'exploitation de son droit. Le législateur de 1936 n'est pas allé aussi loin, car le droit au brevet est accordé à l'inventeur, ou à son ayant-cause. Il en résulte que le système antérieur n'est pas tellement modifié (10) : car celui qui déclare l'invention (Anmelder) a droit à la délivrance du brevet, s'il est l'inventeur, ou s'il tient son droit de celui-ci ; seulement, le déclarant devra dire s'il est l'inventeur, ou s'il est l'ayant-cause de ce dernier, et dans ce cas quel est l'inventeur véritable, et quels rapports juridiques il a avec lui. S'il y a concurrence de plusieurs chercheurs indépendants, alors le premier déclarant peut se désigner comme inventeur, et la priorité de la déclaration est donc toujours à la source du droit : en effet, le droit au brevet n'est pas réservé au premier inventeur, comme dans le système américain.

---

(10) V. dans le recueil précité de l'Académie de droit allemand (Berlin, 1936), l'article de Kisch, Qui a droit au brevet ?, p. 89 et ss. Le changement apporté au droit antérieur est d'autant moins considérable que l'Office des brevets n'a pas à vérifier si le déclarant dit bien la vérité, lorsqu'il se désigne comme inventeur ; ceci a été admis pour ne pas retarder la procédure de délivrance du brevet.

La détermination de l'ayant-droit au brevet soulève, en législation, deux problèmes intéressants :

a) D'abord dans l'hypothèse où il y a appropriation délictueuse de l'invention d'autrui, lorsqu'une personne a dérobé à une autre par des moyens ou manœuvres illicites le secret de son invention. Contre des surprises de ce genre, on a partout cherché à protéger l'inventeur véritable. Le droit allemand antérieur donnait à celui-ci un droit d'opposition à la délivrance du brevet, et aussi une action en nullité du brevet, dans le cas où le brevet avait été délivré ; la loi de 1936 a ajouté (§ 5) une nouvelle garantie, sous la forme d'une action en revendication du brevet, qui rappelle le système de la jurisprudence française ; toutefois cette action est soumise à des conditions plus sévères qu'en droit français, car elle n'est accordée que pendant un an à compter de la publication du brevet contre le possesseur de ce dernier, et après ce délai elle ne sera plus possible que contre un possesseur de mauvaise foi.

b) Le cas de l'appropriation contractuelle de l'invention d'autrui est beaucoup plus difficile à construire, et peut être considéré comme une véritable « crux juris » ; on aurait aimé trouver dans la loi de 1936 des solutions neuves sur cette question capitale, mais le législateur l'a volontairement laissée de côté ; il en a renvoyé le règlement à la loi sur le contrat de travail, dont l'Académie de droit allemand venait d'étudier les principes et qui étaient en préparation. Il résulte seulement du texte du § 3, alinéa 1er, précité, que l'employé-inventeur doit être désigné comme inventeur, et que, s'il a cédé ses droits à son employeur, celui-ci devra se désigner comme son ayant-cause dans la demande de brevet. Mais la question, délicate entre toutes, de savoir dans quels cas l'employé doit être considéré comme l'inventeur, n'a pas été abordée par la loi.

Il ne faut pas mettre en doute que les tendances du droit contemporain conduiront à rapprocher le droit de l'inventeur du droit d'auteur, quant à sa source. On se préoccupe de plus en plus de savoir quel est le véritable et premier inventeur, et c'est l'objet de toutes les recherches relatives à la situation de l'employé-inventeur, ou encore à la propriété scientifique. Au contraire, le droit antérieur n'attachait d'importance qu'à la révélation du secret de l'invention : le brevet était accordé au premier demandeur, du moment que l'invention était encore secrète au jour de la demande. La loi de 1936 n'attache plus, par voie de conséquence, la même importance à la divulgation antérieure de l'invention par son auteur : le § 2, al. 2, décide que si la description ou l'utilisation de l'invention a eu lieu dans les six mois qui précèdent la demande de brevet, et si elles reposent sur l'invention du demandeur ou de son auteur, l'invention ne sera pas considérée comme étant dans le domaine public. Ainsi la possibilité est donnée à l'inventeur, dans un certain délai avant sa demande de brevet, d'exécuter son invention devant des tiers, de l'expliquer par des essais, de se procurer ainsi le capital nécessaire, le cas échéant, pour l'exploiter. La description ou l'utilisation pourra être l'œuvre, d'ailleurs, aussi bien d'un tiers que de l'inventeur lui-même, pourvu qu'il y ait un lien entre l'invention d'une part, et cette description ou utilisation d'autre part, c'est-à-dire pourvu que le tiers ne l'ait pas décrite ou utilisée sur le

fondement d'une connaissance indépendante. Hors ce dernier cas, il va sans dire d'ailleurs qu'aucune exception de possession personnelle sur l'invention ne pourrait naître au profit de ce tiers, du fait d'une exploitation qui serait antérieure à la demande de brevet (§ 7, al. 1°), puisqu'il n'y a pas, par hypothèse, possession indépendante vis-à-vis de l'inventeur breveté.

2° Droit moral. — La doctrine reconnaissait généralement qu'il existait, pour l'inventeur comme pour l'auteur, un droit moral à côté du droit pécuniaire, c'est-à-dire le droit à l'honneur d'être reconnu et nommé comme l'inventeur (Erfinderehre). Ce droit est un droit de la personnalité; mais on se tromperait si l'on croyait qu'il n'a d'autre raison d'être qu'un intérêt individuel, certes respectable : car la collectivité a le droit de savoir aussi qui est le véritable inventeur, afin de fixer son nom pour l'histoire et la postérité. Toutefois, il faut mettre surtout en lumière, dans les conditions actuelles de l'industrie, l'intérêt qui s'attache, pour l'inventeur-employé, à ce que son activité inventive soit publiquement reconnue dans le cas où le brevet n'est pas délivré à son nom : cela fortifie son crédit dans sa propre maison, et peut lui valoir en outre, de la part d'autres firmes, des propositions avantageuses.

Dans le droit antérieur, une ordonnance du 15 février 1922 avait admis, à titre d'essai, que sur la proposition du déclarant l'inventeur pourrait être nommé dans le titre de brevet ; jusque-là, le Patentamt, en dépit des vœux du monde de l'industrie, s'y était refusé, bien qu'il n'y eût pas d'obstacle dans la loi. La loi de 1936 (§ 36) accorde un véritable droit à l'inventeur d'être désigné comme tel dans les pièces publiques de la procédure de délivrance des brevets (publication de la demande ; publication de la délivrance ; titre de brevet ; inscription au rôle des brevets). Le demandeur du brevet, s'il est une autre personne que l'inventeur, doit, nous le savons, faire connaître celui-ci, et en même temps il doit dire la cause juridique en vertu de laquelle c'est lui qui agit en délivrance de brevet, sans d'ailleurs avoir à prouver cette cause, et sans qu'il y ait lieu sur ce point à examen du Patentamt.

Le droit moral est attaché à la personne de l'inventeur, et incessible; il demeure sur la tête de l'inventeur, même s'il a cédé son droit au brevet, ou encore si, ayant pris lui-même le brevet, il l'a cédé à un tiers. Pour le même motif, c'est un droit auquel on ne peut renoncer ; cependant il se peut que l'inventeur veuille ne pas être désigné publiquement comme tel ; la loi respecte son désir : il peut donc le demander, mais à tout moment il pourra révoquer cette demande, et alors il devra être désigné comme inventeur. Si la procédure de délivrance du brevet est terminée, il pourra encore se faire délivrer un extrait du rôle des brevets, où en tous cas son nom devra être inscrit, et justifier ainsi de sa qualité d'inventeur. Mais, parce qu'il s'agit d'un droit personnel, le droit ne passe pas aux héritiers de l'inventeur, et, si celui-ci a demandé à n'être pas désigné publiquement, ses héritiers ne peuvent plus révoquer cette demande après sa mort.

Le droit moral de l'inventeur, qui a été aussi reconnu avec d'autres conséquences par la jurisprudence française, évoque naturellement à l'esprit le droit moral de l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire. Mais il

est loin d'avoir la même ampleur, et il ne peut être question de rappeler le nom de l'inventeur sur toutes les productions économiques qui seront la conséquence de son invention, par exemple sur tous les objets fabriqués suivant le procédé breveté. D'ailleurs, dans la loi de 1936, le droit moral se limite au droit d'inscription du nom de l'auteur dans les pièces publiques de la procédure de délivrance du brevet ; à ce moment, le droit pécuniaire n'est pas encore exercé, et il n'y a pas à envisager, comme pour le droit d'auteur, les relations qui doivent s'établir entre le droit moral et l'exercice du droit pécuniaire.

*
**

Le droit du breveté, dans la loi de 1936, s'analyse toujours en un monopole temporaire d'exploitation ; cependant la physionomie traditionnelle de ce droit est quelque peu altérée, du fait que le législateur envisage un développement croissant des licences d'exploitation. Certes, il n'est pas encore question de créer une sorte de domaine public payant, par l'effet duquel le droit de l'inventeur se réduirait à percevoir des redevances sur toute personne qui exploiterait son invention, en proportion de son exploitation : la licence suppose toujours en principe le consentement du breveté. Toutefois, la loi de 1936 a, d'une part, développé le système de la licence obligatoire, en vue de contre-balancer les conséquences dommageables qui pourraient résulter du monopole pour l'économie nationale. Et d'autre part, elle a accordé des faveurs fiscales au breveté qui se déclarerait prêt à consentir des licences à tout venant, et elle le pousse ainsi à restreindre de lui-même le volume de son monopole légal.

1° LICENCE OBLIGATOIRE (ZWANGSLIZENZ). — Une loi antérieure du 6 juin 1911 prévoyait que les tiers pourraient être autorisés à exploiter l'invention, lorsque cette autorisation serait dans l'intérêt public. La loi de 1936 (§ 15) reprend et développe cette conception : des licences pourront être obligatoirement accordées toutes les fois que l'intérêt public le requiert. Assurément l'intérêt public n'est pas lésé du seul fait que le breveté jouit d'un monopole ; il faut encore que le monopole soit, à la suite de certaines circonstances, contraire à l'intérêt général ; on pourra ainsi être amené à concéder des licences pour éviter le chômage ou l'arrêt de certaines entreprises, ou pour sauvegarder la santé publique, ou pour maintenir à un prix assez bas des moyens d'existence importants pour le peuple, etc... La concession d'une licence obligatoire ne peut d'ailleurs être obtenue que trois ans après la publication du brevet, et seulement contre prestation par le licencié d'une indemnité raisonnable.

Ce qui est le plus original dans le système de la loi de 1936, c'est que le législateur a confié au gouvernement le soin de décider si l'intérêt général est engagé, et s'il y a lieu d'octroyer une licence obligatoire, tâche qui jusque-là incombait au Patentamt et au Reichsgericht. L'Office des brevets n'aura plus désormais d'autre rôle que d'enregistrer la décision du gouvernement, et en conséquence de délivrer la licence et de fixer le montant de la redevance. Or, ce changement introduit dans la législation a été indiqué comme une conséquence des conceptions nationales-socialistes, et du système de l'Etat « totalitaire » : c'est le gouvernement qui aura à dire

ce que commande l'intérêt public, et ce qu'il peut y avoir de nocif, économiquement ou socialement, dans le monopole du breveté. Comme l'invention prend sa source dans la culture du peuple tout entier, il n'y a rien d'exagéré à dire que l'inventeur ne doit jouir de son droit que dans la mesure où cette jouissance est compatible avec les intérêts du peuple, et de cela le gouvernement est au premier chef l'arbitre.

2° Préconsentement a licence (Lizenzbereitschaft). — Le breveté qui se déclare prêt à consentir des licences bénéficie de faveurs fiscales, à savoir d'une réduction de moitié des taxes sur les brevets (§ 14). Il s'agit d'encourager le breveté à mettre son invention à la disposition de la communauté, en offrant licence à toute personne qui, de son côté, sera prête à acquitter une redevance convenable. Cette institution existait déjà en droit anglais (*licence of right*), et aussi en droit italien (D. R., 13 sept. 1934, art. 44, al. 1). Le breveté fait une déclaration publique à l'Office des brevets, déclaration qui est inscrite au rôle des brevets, et publiée dans le *Journal des brevets,* en vertu de laquelle il se déclare prêt à consentir des licences. Bien entendu, cette déclaration n'est pas possible, si le breveté a déjà concédé une licence exclusive (11). Toute personne qui veut acquérir une licence pourra alors entrer en relation avec le breveté : le montant de la redevance sera fixé en principe par l'accord des parties, et seulement à défaut d'accord par l'Office des brevets ; mais cette fixation est sujette à révision au cas de changement des circonstances.

Cette institution paraît assez judicieuse : elle permet aux inventeurs qui ne seraient pas en état d'exploiter eux-mêmes leur invention de la faire connaître aux tiers, grâce à la publicité réalisée par l'Office des brevets. La loi les pousse, par des réductions de taxes fiscales, à offrir des licences à tout demandeur, ce qui d'un autre côté présente l'avantage d'éliminer le monopole, en transformant le droit de l'inventeur en un simple droit à des redevances.

---

(11) Il est aujourd'hui facile de s'en assurer, car la loi nouvelle a prévu (§ 25) — et c'est une des innovations techniques les plus appréciées de cette loi — l'inscription au rôle des brevets des licences exclusives.

CONTRIBUTION AU PROBLÈME DE LA REFORME DU DROIT A LA RESERVE LEGALE EN DROIT ALLEMAND

Par Gustav BOEHMER,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Marburg (Lahn)
Membre de l'Akademie für Deutsches Recht

Traduit par Paul ROUBIER,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon
et H. MANKIEWICZ
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

I

Le mouvement tendant à un renouveau du droit allemand se propose de revenir sur les conséquences du fait historique de la réception du droit romain, dans la mesure où celle-ci a trop fortement imprégné le droit allemand d'éléments individualistes et matérialistes. Cette influence du droit romain se manifeste surtout dans le domaine du droit de propriété et dans celui, qui le complète, du droit de succession. La propriété, telle qu'elle est définie dans le Code civil allemand (§ 903), repose sur l'idée de la liberté, en principe illimitée, du propriétaire individuel de disposer de son bien comme bon lui semble; l'idée de base du droit successoral est la liberté, également illimitée, de l'individu de tester selon son bon plaisir (§§ 1937, 1938). Il est vrai que ces dispositions concernant les deux institutions fondamentales de notre commerce juridique ne forment que des « règles » auxquelles, dès l'entrée en vigueur du Code civil allemand, on a été amené à apporter des exceptions de plus en plus nombreuses. Mais c'est justement dans la mesure où elles posent un principe que ces « règles » sont caractéristiques de la morale sociale qui a inspiré notre droit civil : les limites, fixées dans l'intérêt de la famille et de la communauté du peuple, aux libertés de posséder et de tester ne sont nullement des éléments se rattachant à l'essence même du droit du propriétaire ou du testateur. Elles ne sont que des restrictions apportées à ces droits en principe illimités, par suite de la lutte des intérêts communs de la *gens* (Sippe) et du peuple contre l'omnipotence de l'individu.

La conception juridique du nationalsocialisme, au contraire, prend comme point de départ l'idée que le particulier n'est qu'un « membre »

de la *gens* et du peuple. En l'encadrant dans des communautés supérieures à lui, elle confère à ses droits un caractère qui, dans une mesure plus ou moins large, les relie à des obligations. D'un autre côté, cependant, la conception nationalsocialiste est loin de renier complètement la dignité et la valeur des droits des particuliers, et de chasser du droit du peuple allemand le droit subjectif privé et la liberté individuelle de disposer. Elle est, tout au contraire, profondément pénétrée de cette vérité historique que « les droits privés apparemment égoïstes » — que seule, la « conception disjonctive », individualiste et rationaliste, du libéralisme, a pu opposer à l'ordre communautaire du peuple et de la famille — « sont la force la plus puissante pour le bien-être général », qu'ils sont « la source de vie directe du *Volkstum* », que leurs prérogatives sont utiles au peuple. La conception nationalsocialiste croit, en effet, que « c'est précisément dans l'intérêt de la collectivité que le droit doit accorder aux individus un cercle de puissance autonome, satisfaisant et portant au plus haut point les tendances naturelles de l'individu » afin que « les œuvres de chacun profitent à tous » (1). Le nationalsocialisme lui aussi reconnaît la nécessité de l'existence de droits subjectifs privés, mais uniquement dans la mesure où ils remplissent la fonction — dépassant l'individu — de nous conduire loin de « la vie grégaire des âges primitifs » (1) — que le collectivisme brutal de la pratique bolcheviste veut ressusciter et a réussi, dans une large mesure, à restaurer dans notre temps — jusqu'à une vie communautaire d'individualités libres, capables de produire et conscientes de leurs responsabilités. Interprétés sous l'angle de cette conception, la propriété est le salaire du travail effectué pour la communauté, le droit successoral la garantie de la persistance « de toute œuvre civilisatrice et de longue haleine » (2). « Le droit héréditaire est une expression de la nature historique de l'homme, de la liaison spirituelle et morale entre les générations successives », le lien qui permet aux vivants « de se rattacher consciemment à l'œuvre civilisatrice des générations précédentes, et d'avoir confiance en la continuation de cette œuvre par les générations qui vont venir : voilà ce qui confère au droit successoral une importance si grande pour la moralité (*Gesittung*) et l'éducation morale du particulier » (2).

Or, ainsi, on assigne au sens et au but de la propriété privée, tout aussi bien que du droit successoral, des limites et des objectifs. De même que la valeur sociale et la dignité éthique de la propriété seraient renversées si, déliée de tout lien supra-individuel à la famille et à la communauté du peuple, la propriété privée était utilisée, selon le bon plaisir illimité de l'individu, pour la poursuite d'intérêts purement égoïstes du propriétaire, de même le droit successoral perd sa justification historique quand — au lieu de servir à mettre le travail individuel au service des générations à venir de la famille, et à éduquer les fils à poursuivre la tâche en pleine conscience de leurs devoirs — il devient l'arène des passions et

---

(1) Ces citations sont tirées de Sohm, *Institutionen des Römischen Rechts*, 14e éd., p. 26. Cf. aussi l'exposé remarquable de Walter Schoenfeld, *Der Kampf wider das subjektive Recht* dans *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, p. 107 et ss. Je ne puis cependant pas souscrire à la conclusion de Schönfeld qu'à raison de son allure individualiste, on devrait renoncer à l'emploi du terme de « droit subjectif ».

(2) Erich Jung, *Deutsche Rechtsphilosophie*, 1935, p. 41 et s., et *Eigen und Erbe* dans *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, tome 19, p. 561 et ss.

du bon plaisir du testateur, un moyen d'aliéner et de disperser le bien de la famille, et ainsi de détruire l'esprit traditionnel de celui-ci.

Ici comme dans tous les domaines de l'ordonnancement de la vie sociale, la fonction du législateur est de trouver la juste synthèse entre la liberté et l'obligation : le droit du propriétaire de disposer souverainement du sort juridique de ses biens — qu'il s'agisse d'une disposition entre vifs ou à cause de mort — n'est un « droit subjectif » que dans la mesure où la liberté individuelle n'est pas restreinte à raison des intérêts supérieurs du peuple et de la famille. Or, il est aujourd'hui communément admis que les auteurs des dispositions du Code civil allemand sur la propriété et le droit des successions n'ont que très incomplètement accompli les fonctions susdites du législateur. Qu'il en soit réellement ainsi, nous allons le démontrer en comparant le droit allemand aux droits de deux autres peuples civilisés, c'est-à-dire au droit français et au droit suisse, cette étude étant, en effet, destinée à figurer comme modeste contribution dans un *Festschrift* pour honorer un des esprits les plus universalistes du monde juridique contemporain, qui, connaisseur excellent des droits de tous les peuples et le Maître du droit comparé et de la politique juridique, est le fils d'un peuple dont le droit a trouvé, pour les problèmes qui nous intéressent, des solutions plus heureuses, et même plus allemandes, que notre propre Code civil.

II

Eu égard aux dimensions maxima accordées à cette contribution, je me bornerai à examiner les aspects principaux du problème, en laissant de côté la question de « la part de l'Etat dans les successions » (3).

Les droits de tous les peuples civilisés montrent que l'antagonisme entre « socialisme familial » et « individualisme » donne naissance dans le domaine du droit des successions à une institution destinée à limiter la liberté de tester dans l'intérêt des plus proches parents, et que, à cause tant du caractère qu'elle revêt du point de vue de la politique juridique, que de son façonnement juridique, on a coutume de désigner du nom de *Noterbrecht* ou *Pflichtteilsrecht*. Nous ne parlons ici que du compromis qu'on a essayé d'obtenir, par cette institution, entre les deux principes de succession (socialisme familial et individualisme).

Nous notons au préalable qu'aucun droit s'inspirant de l'idée de la propriété privée ne peut, de nos jours, renoncer à une certaine quantité de liberté de tester. Vouloir la supprimer ou la transformer en cette caricature qu'est la liberté « négative » de tester, réalisée par la « liberté de déshériter » du Code civil soviétique (4), c'est détruire, avec les valeurs

---

(3) Nous avons publié une étude historique, comparative et de politique juridique détaillée sur l'ensemble de ce problème dans l'introduction au tome V du *Commentaire de Staudinger au Code civil allemand*, pp. 25 à 138. Cf. aussi l'exposé d'ensemble de W. Schmitz, *Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit*, fascicule 24 des *Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Berlin, 1936.

(4) En vertu de l'article 422 de ce Code, le testateur peut déshériter totalement ou en partie le petit cercle d'héritiers désignés par les articles 416 et 418, de sorte qu'ils n'aient même pas un droit à la réserve légale; mais il ne peut pas tester en faveur d'autres personnes. Sur les controverses et problèmes soulevés par cette disposition cf. Von Gabein, *Das Erbrecht in Sowjetrussland*, thèse Berne, 1929, p. 53 et ss.

individuelles, les valeurs sociales. Car bien que la conception de la liberté de tester comme droit naturel — conception qui considère cette liberté comme une émanation « juridiquement nécessaire » de la personnalité et de la liberté humaines — soit inexacte du point de vue historique (5), la liberté de tester est cependant un moyen indispensable pour compléter ou modifier, voire même pour écarter l'ordre successoral établi par la loi. Elle le *complète* en ce sens qu'elle permet au testateur, conscient de sa responsabilité et de ses devoirs, de prendre, dans l'intérêt des héritiers appartenant à sa famille, des dispositions de prévoyance (dispositions concernant le partage, l'administration, etc., ou l'institution d'un exécuteur testamentaire) ; de remplir, à l'égard de personnes étrangères à sa famille, des devoirs de gratitude et de fidélité, d'amitié et de camaraderie; et de créer ou de soutenir des institutions de culture ou de bienfaisance de sa patrie (legs, charges et fondations). La liberté de tester est encore indispensable pour *modifier* l'ordre successoral légal, parce que tout ordre successoral légal — alors même qu'il correspondrait très exactement aux conceptions traditionnelles du peuple sur l'attribution et le partage de la succession (ce qui, d'ailleurs, n'est que sous d'importantes réserves le cas de l'ordre des parentèles institué par le Code civil allemand) (6) — partage le sort tragique de toutes les règles de la vie sociale d'être orientées uniquement d'après les besoins « moyens » du cas-type, et de n'avoir pas assez de souplesse pour pouvoir s'adapter aux circonstances particulières des situations concrètes. La liberté de tester est enfin nécessaire pour pouvoir *écarter* l'ordre légal, étant donné que, ainsi que l'enseignent l'expérience historique et la pratique quotidienne, le barème de partage prévu par la loi peut conduire à ce que l'héritage soit morcelé en des parties si minuscules qu'elles ne valent pas les frais de la recherche des héritiers et du partage, et que, par conséquent, des unités pleines de valeur au point de vue de l'économie, de la culture et de la tradition, se trouvent complètement détruites (7). Dans ces cas, la liberté de tester est le refuge de l'idée de la *gens*, et peut servir à sauvegarder l'unité de la succession dans la main d'un seul ou de quelques-uns des membres de la famille, ainsi que le démontrent les exemples historiques du droit romain de l'époque républicaine, droit des fidéi-commis qui, datant du Moyen Age, se sont maintenus jusqu'à l'époque contemporaine, et enfin l'exemple du droit anglais. *Il faut garder ces bienfaits de la liberté de tester qui sont importants pour la communauté et d'une valeur progressive.* Toutefois, cela suppose que les liens de *l'esprit familial* et des *mœurs populaires* sont assez forts pour empêcher en fait un exercice,

---

(5) Il convient, en effet, de noter que la première grande codification européenne des droits de liberté à savoir la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne mentionne pas la liberté de tester, et que cette liberté a temporairement été supprimée par la loi du 7 mars 1793, datant de l'ère de Robespierre, afin d'éviter la réintroduction, sous le couvert de cette liberté, du droit d'aînesse qui venait d'être aboli.

(6) Cf. à ce sujet Boehmer, *Anregungen zur Aenderung der gesetzlichen Erbfolgeordnung* dans *Festgabe der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät für Erich Jung*, 1937, p. 45 et ss., notamment pp. 52 à 71.

(7) Telle est notamment la conséquence du principe romano-byzantin, consacré par le Code civil allemand, de la succession illimitée des parents de tout degré. Cf. à ce sujet Staudinger-Boehmer, *Erbrecht*, Introduction, chapitre II, pp. 25 à 72.

par le testateur, de son droit, contraire aux intérêts de la famille et oublieux de ses devoirs.

Quand ces liens ne sont plus suffisamment forts — ce qui est un phénomène de dégénérescence qui s'est manifesté, et se manifeste encore, chez tous les peuples civilisés, ainsi que le démontrent les projets, élaborés par des politiciens anglais avertis, tendant à réintroduire dans le droit anglais la réserve légale, actuellement inconnue en Angleterre (8) — le législateur a le devoir d'intervenir afin de limiter le droit de tester ou même de le supprimer dans certains domaines de la vie du peuple. Des mesures de ce genre s'imposent notamment quand l'exercice de la liberté de tester porte atteinte à l'intérêt général dans une mesure telle que seule la contrainte de l'Etat peut encore assurer la sauvegarde de l'unité du patrimoine familial. C'est ainsi que, dans un passé récent, l'Allemagne a été amenée à édicter la loi du 29 novembre 1933 sur *l'Erbhof* (bien familial de certains paysans) (9) pour assurer l'alimentation du peuple et le rétablissement d'une paysannerie capable de vivre et liée au sol (cf. le préambule de ladite loi).

En principe, et malgré la décomposition actuelle de la famille, le législateur peut se contenter d'une simple *restriction de la liberté de tester.* Le choix de la voie à suivre est déterminé par deux facteurs : d'une part, par le *rapport de valeur de morale sociale et de politique juridique* qui existe entre le partage voulu par le testateur et l'ordre successoral légal, selon la conception historique et populaire du temps présent ; d'autre part, par le choix des *moyens juridiques techniques* propres à réaliser ce jugement de valeur.

III

En ce qui concerne ledit rapport de valeur, il ne peut pas être douteux que, selon la conception juridique allemande, la *succession familiale* a une préséance absolue, et que le but et la valeur de la liberté de tester se bornent au triple rôle sus-mentionné. C'est à juste titre qu'Otto Gierke s'écriait, dans sa *Kritik des I. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (p. 506-507) : « Pour nous, la source originaire du droit de succession, c'est la liaison des générations, englobant les individus et les liant entre eux. C'est le lien familial, saisissant le particulier de plein droit et soustrait à l'arbitraire, qui fait que nous concevons comme normale la succession — dans la place laissée vacante — réalisée, en vertu de la loi, à raison du statut personnel. La liberté de tester, accordée à l'individu, n'est à nos yeux qu'un moyen d'adapter la règle rigide de la loi aux conditions particulières du cas, ou de remplacer la loi par des dispositions plus appropriées à une situation donnée ».

---

(8) Telle la *Lord Astor Bill* de 1928, et la *Family Maintenance (Rathbone) Bill* de 1931. Cf. à ce sujet A. Hoeck, *Die Testierfreiheit und ihre Beschränkungen im Britischen Weltreich*, Leipzig, 1933, notamment pp. 13 à 22.

(9) Cf. aussi les ordonnances d'exécution récentes du 21 décembre 1936. Dans l'Erbhof, il s'agit de la résurrection, sous une forme nouvelle, de la propriété familiale agraire et forestière, en principe inaliénable et insaisissable, sur laquelle on trouvera des renseignements dans Boutant, *Les domaines héréditaires en Allemagne,* Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1934-1935, p. 348 et ss. (Note du traducteur).

Cette conception, seule conforme au passé allemand, s'est perdue au cours de l'évolution historique, non pas spécialement à la suite de la Réception du droit romain — à laquelle les droits allemands s'étaient opposés d'ailleurs avec des succès différents, notamment quant aux dispositions du droit familial et successoral —, mais surtout sous l'influence de la doctrine individualiste du droit naturel du siècle des lumières, et — fait étrange — à la suite de la troisième réception, celle du XIX^e^ siècle.

Malgré l'infiltration du droit romain, notamment dans l'Allemagne du Sud et de l'Ouest (10), la plupart des coutumes réformées (*Reformationen*) des Villes et des Pays, au début de l'ère moderne, partent encore de l'idée que les plus proches membres de la famille ont un droit de succession, en nature, dont on ne peut les priver (11). Ce n'est que peu à peu, et contre de vives résistances, que perce la conception individualiste de la préséance de la liberté de tester, dénaturant la réserve des plus proches membres de la famille en une simple créance d'argent, et dégradant, par là, les co-héritiers au rang de créanciers de la succession. Parmi les très nombreux témoignages de cette conception étrangère à l'esprit allemand, je cite seulement, comme particulièrement caractéristiques, les motifs que Svarez (12) se croyait obligé de donner pour l'introduction, dans le *Preussische Allgemeine Landrecht,* de la succession familiale et de son ordre. « Elle (la succession familiale) se fonde, non pas sur la communauté de sang et de vie de la famille, mais uniquement sur la volonté présumée du défunt ; et l'ordre successoral repose, non pas sur le fait objectif de la parenté, mais uniquement « sur le plus grand amour présumé » du défunt ». Toutefois ces déformations littéraires n'auraient comporté aucun danger si elles n'avaient pas conquis une influence décisive sur la législation et la jurisprudence.

Cette influence ne s'exerça que partiellement sur les grandes *codifications* du début du XVIII^e^ siècle. Comme souvent, le *Preussische Allgemeine Landrecht* fait preuve, à ce sujet, d'un mélange extraordinaire de pensées juridiques germaniques et de rationalisme, en partie de droit romain, en partie de droit naturel. Contrairement à ce que son auteur principal a dit dans les phrases précitées, il conçoit la succession des époux et des parents comme conséquence de leur parenté avec le défunt, et la traite, dès lors,

---

(10) Sur l'infiltration du droit romain dans ces régions, cf. notamment Coing, *Frankfurter Reformation von 1578,* Weimar, 1935. Une vue d'ensemble sur l'importance et l'étendue de la réception du droit romain dans les droits des villes et les droits des pays — vue qui seule nous permettra de nous faire une idée du champ d'application effectif du droit romain en territoire allemand — nous est donnée par de récentes publications méritoires, notamment par la publication de grande envergure entreprise par Franz Beyerle (Leipzig) sous le titre *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands* — dont jusqu'ici a paru un premier tome I, fasc. 1, de Wolfgang Kunkel, *Aeltere Stadtrechtsreformationen,* — et celle assurée, sous la direction d'Alfred Schultze, par le Leipziger Forschungsinstitut für Rechtsgeschichte : *Zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts,* dont a paru jusqu'ici le fascicule suivant : Berthold Hahn et A. Schultze, *Die Zwickauer Stadtrechtsreformation* 1539-1569, Leipzig, 1935.

(11) Cf. les *Réformations* de la ville de Worms (IV, 3, tit. 3), de la ville de Francfort (IV, 3, §§ 3 et 4), de la ville de Lünebourg (IV, 3), le droit municipal d'Hambourg (III, 1 26 26), les *Landrechte* de Solms (XXIII § 15), du Wurtemberg (III, 14, §§ 2 et 3), de Mayence (IX § 4), du Palatinat (III, 12, §§ 1 à 3, 14 §§ 6 et 7), la *Constitutio Saxonica* (III, 9), le *Codex Maximilianeus bavaricus* (III, 3, § 15, n^os^ 5 et 6; § 16, § 24, n° 3).

(12) Dans une note sur la Section VI du projet du *Preussische Allgemeine Landrecht,* Partie Première, Chapitre I, p. 217.

dans la Deuxième Partie (13), en la séparant ainsi, quant à ses bases de politique juridique, du droit individuel, qui est placé dans la Première Partie. Mais le Code retombe dans les conceptions individualistes et romaines en présentant l'acquisition de la succession, alors même qu'elle s'effectuerait en vertu de la parenté ou du mariage, comme « un des modes d'acquisition directe de la propriété » (14) et en présentant la situation juridique au cas d'une pluralité d'héritiers, comme une situation de « copropriétaires » — questions qu'il traite, par conséquent, dans la Première Partie (15). La réglementation de la *réserve légale* se trouve immédiatement après les dispositions concernant la succession familiale *ab intestat* (16), mais elle est faite d'une manière telle que la doctrine — qui la concevait comme simple *créance d'argent,* et non pas comme droit de succéder en nature — l'a emporté, à la vérité seulement au bout de près de 80 ans de luttes (17). Le droit des successions de l'*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Autrichien* a un caractère nettement individualiste; il figure, au milieu de la Deuxième Partie, consacrée au « droit des choses », comme un de ces droits que ce code appelle des « droits réels » (*dingliche Rechte*), et qu'il construit en « droits absolus » en les distinguant des « droits personnels sur les choses » (*persönliche Sachenrechte*), dont font partie les obligations et les « pactes de mariage » (sic). Ce code dit, en effet : « Il (le droit de succéder) est un droit réel (*dinglich*) qui peut être exercé contre quiconque veut s'attribuer la succession » (Paragraphe 532, phrase 2). A cette conception de base, matérialiste et statique, correspond la dégradation de la succession familiale *ab intestat* au rang « d'une notion purement systématique et complémentaire de la succession par testament », et « reposant sur la volonté présumée, par le législateur, du défunt » (18). Elle est encore la cause de la forme juridique sous laquelle se présente la réserve légale, traitée dans les paragraphes 764, 775 et 784 du Code. Ces dispositions peu claires ont reçu une interprétation authentique par le Décret de la Cour du 31 janvier 1844, où il était dit que « l'héritier réservataire (*Noterbe*) n'a aucun droit proportionnel aux différentes choses mobilières et immobilières faisant partie de la succession, mais qu'il n'a droit qu'à la *valeur* de sa part, d'après évaluation judiciaire » (19).

En revanche, le *Code civil français* — ainsi que je vais le démontrer par la suite — repose, en principe, sur la conception juridique germanique. Du point de vue technique, il est vrai, le Code civil français, conformément au système des Institutions qu'il a adopté, traite la succession, dans le Livre III, Titres 1er et II, comme une des « différentes manières dont on acquiert la propriété ». Mais, du point de vue du contenu, la réglementation de l'ordre successoral, s'opposant, par là, nettement à sa couverture dogmatique, s'inspire clairement de l'idée allemande de la succession familiale, que le Code civil français développe avec beaucoup d'esprit de suite.

---

(13) Livre II, Section 7, époux; Livre II, Section 2 §§ 5 à 7 parents.
(14) Titre 9, Sectiou 2.
(15) Titre 17, Section 2.
(16) Livre II, Section 1re §§ 631 à 633, époux; Livre II, Section 2, §§ 391 à 480, notamment § 433, descendants, §§ 501 à 510, père et mère.
(17) Pour les détails cf. Staudinger-Boehmer, tome V, introduction, § 16 note 28.
(18) Unger, *Erbrecht*, § 30.
(19) Cf., à ce sujet, Klang-Weiss, note III avant §§ 762 et ss.

En effet, la liberté de donner et de tester ne joue que le rôle — nettement délimité par la loi — d'un moyen de *limiter* la succession des parents, qui reste cependant la base du partage des biens laissés par le défunt, et qui l'a emporté, sur la liberté de tester, par un droit de réserve en nature, soigneusement construit.

Bien que le système français ait été adopté par de remarquables législations germaniques du XIX^e^ siècle — telles que le Code civil de Zurich de 1853-1855, et d'autres codes cantonaux suisses (20), ainsi que par le Code civil de Saxe de 1863 — ce fut néanmoins l'autre conception qui — visiblement sous l'impression du changement intervenu vers 1860 dans la pratique prussienne, laquelle concevait dorénavant le Noterbrecht non plus comme un droit en nature, mais comme une simple créance d'argent — l'emporta dans le *Code civil allemand,* après un long et pénible enfantement (21). Ce bouleversement déplorable des valeurs trouva son expression législative, non seulement dans la place de tête qu'occupe le droit de tester dans le premier projet du *Code civil,* mais surtout dans la dégradation de la succession familiale au rang d'un *ordre successoral subsidiaire,* qui, malgré le changement intervenu lors de la rédaction définitive dans la disposition des paragraphes respectifs, domine encore aujourd'hui la valeur des règles. Les phrases lapidaires des paragraphes 1937 à 1941 — et tout particulièrement des paragraphes 1937 et 1938 — qui se présentent tantôt comme des préambules, tantôt comme des passages empruntés à des manuels, renversent l'ensemble de l'ordre successoral, visé par les paragraphes 1934 à 1936, par cela même qu'elles proclament et sanctionnent d'une manière absolue la liberté de tester, formellement illimitée, sans faire aucune allusion à sa limitation matérielle par la réserve légale — omission qui est une faute technique impardonnable, et qui ne peut s'expliquer que par l'esprit purement formaliste des auteurs du Code ; ce qui trompe le lecteur, non prévenu, et lui fait croire à tort, jusqu'à ce qu'il soit parvenu aux paragraphes 2303 et ss., relégués presque à la fin du système, que la succession familiale n'a, dans le code civil allemand, que la valeur attachée aux règles légales non impératives.

Que cette hiérarchie des systèmes successoraux dans le Code civil allemand soit, non seulement l'expression d'un jugement de valeur théorique, mais aussi la réalité pratique, c'est ce qu'on apprend par la forme donnée au droit de réserve légale. Le droit à la réserve légale est en effet le véritable théâtre des opérations, où on lutte pour la décision finale. Du point de vue du contenu du droit, le droit civil allemand, il est vrai, ne consacre pas la victoire de la liberté de tester. Le prix du concours fut partagé, mais ce partage fut néanmoins fait de telle manière que la primauté de droit de tester sur la succession familiale apparaît clairement. *L'exhérédation la plus injustifiée* enlève aux plus proches membres de la famille, à l'épouse, à l'enfant et aux parents tout droit à la succession (§ 1938), et la préférence, la plus arbitraire et la plus offensante, donnée à une personne étrangère à la famille ou au peuple, à moins de se présenter comme un acte contraire aux bonnes mœurs (§ 138), fait de cette personne l'héritier universel et exclusif (§ 1937). Les plus proches membres de la famille qui auraient

---

(20) Huber, *Schweizerisches Privatrecht,* tome II, p. 299 et ss.
(21) Pour les détails cf. Staudinger-Boehmer, tome V, introduction, § 18.

reçu la totalité de la succession, l'époux et les descendants du premier ordre, l'époux et les parents dans le deuxième ordre, qu'ils soient ou non dans le besoin, qu'il y ait un enfant ou qu'il y en ait une douzaine, que la succession comprenne seulement une fortune nouvelle acquise par le défunt, ou qu'elle se compose du patrimoine hérité des ancêtres — lesdites personnes n'ont qu'une froide et matérialiste *créance d'argent* s'élevant uniformément à la *moitié de la valeur* de leur part légale (§ 2303, al. 1 et 2). A l'étranger, préféré par le défunt pour des raisons de bon plaisir ou par défaut de conscience du devoir, elles ne peuvent même pas demander ni les souvenirs indispensables pour l'histoire ou le culte de la famille, ni les papiers, les documents, les archives, les tableaux, etc., de la famille, à moins que cet héritier ne les donne volontairement — ou ne les vende. *L'arbitraire du défunt a dégradé les héritiers de la famille au rang de possesseurs de créances d'argent contre la succession* (§§ 2303, alinéa 1er, phrase 2, 2304, 2311, 2317, 1967, alinéa 2).

La forme donnée par le Code civil allemand, au droit à la réserve légale est essentiellement *non allemande*. Par le schématisme de la rigide uniformité, elle renie notre passé historique, offense notre sentiment familial et fait violence à la réalité concrète de la vie. Quand on cherche des précédents, on n'en trouve que dans la Novelle byzantine 115 de Justinien, Empereur de l'Empire romain d'Orient — qui ne prévoit cependant cette créance qu'au cas d'exhérédation partielle (*actio ad supplendam legitimam*), et qui, pour le cas de la *praeteritio* intégrale, ou de l'exhérédation non justifiée, accorde un Noterbrecht en nature à la part légale entière (*querela inofficiosi testamenti*) ; — et, beaucoup plus tard, dans le Code civil autrichien (v. suprà), dont la conception de base, nettement individualiste et rationaliste, est bien connue. Quand on cherche ses successeurs, on reçoit cette réponse honteuse : néant. Aucune codification, ni aucune loi sur les successions du monde civilisé d'aujourd'hui n'a imité le législateur allemand. Cette constatation nous couvre d'autant plus de confusion qu'on enregistre d'autre part un succès mondial du droit de réserve en nature du *système français*, qui ne s'est pas étendu seulement à tous les pays latins de l'Europe et des Amériques, mais qui a aussi servi de modèle au Code civil saxon de 1865, et ensuite spécialement au Code civil suisse et à ses satellites, ainsi qu'au droit des peuples nordiques (22).

IV

1. Quand on les compare d'un point de vue extérieur, la différence entre les deux principes de réserve légale (droit matériel à la succession et créance purement pécuniaire) est vraiment frappante. D'après le *Code civil allemand*, les héritiers désignés par le défunt sont seuls héritiers, c'est-à-dire qu'ils sont seuls à avoir un droit à la succession en nature, à être les possesseurs de celle-ci (§ 857) ; ils sont seuls créanciers des créances de la succession, et seuls débiteurs des charges dont elle est grevée. Les ayants

(22) Pour les détails, cf. Staudinger-Boehmer, tome V, § 16, notes 31 et 32 et § 17, notes 9 et 10.

droit à la réserve légale n'ont, contre les héritiers désignés par le défunt, qu'une *créance pécuniaire,* considérée comme *dette de la succession* (§ 1967, al. 2) ; ils n'ont aucun droit sur la succession en nature, ni en vertu d'un droit réel de participation, ni indirectement en vertu d'un droit de créance. En revanche, le *Code civil français* ne connaît pas d'héritiers testamentaires. S'inspirant du droit coutumier du Nord de la France, et rejetant le droit romain en vigueur dans le Midi, il a conservé le principe du droit germanique d'après lequel la véritable *succession* repose sur le *lien familial* (art. 723, 731). D'après ce Code, s'il y a des héritiers à réserve, le testateur n'est libre de disposer que de la quotité disponible, dans la mesure où elle n'est pas déjà épuisée par des donations entre vifs (art. 925). En absence de tout hériter réservataire, il peut disposer de la totalité de ses biens, sous forme de legs (art. 1022 à 1024) (23).

Il résulte de ces dispositions que le droit de disposer de sa fortune au détriment des plus proches membres de la famille par des donations entre vifs ou au moyen de legs est soumis à une restriction de fond *uniforme,* dont l'inobservation donne lieu à l'*action en réduction* des art. 920 à 930 ; tandis que la protection de la réserve légale par le Code civil allemand se décompose en un droit à la réserve légale proprement dit, quand celle-ci est lésée par une disposition testamentaire (§ 2303 et ss.), et en un droit extraordinaire à son complément quand il lui a été porté atteinte par des donations entre vifs (§ 2325 et ss.). En plus, et contrairement à la réglementation du Code civil allemand, le Code civil français fixe la réserve légale non pas uniformément à la valeur de la moitié de la part légale, mais à des quotités différentes correspondant aux besoins de la situation en tenant compte du nombre des enfants et du degré de parenté — procédé qui d'ailleurs avait été prévu d'une façon analogue par le *Preussische Allgemeine Landrecht* dans le paragraphe 392 du titre II de son livre deuxième. Restent indiponibles, s'il y a un enfant, la moitié ; s'il y a deux enfants, deux tiers ; s'il y a trois enfants, ou plus, trois quarts des biens du disposant (art. 903, al. 1er et 3 ; en ce qui concerne les enfants naturels légalement reconnus cf. art. 913, al. 2). A défaut d'enfants, la part indisponible s'élève à la moitié des biens, si le défunt laisse des ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle, et à un quart, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne (art. 914, al. 1er). Ce n'est qu'au cas où il n'y a d'ascendant dans aucune des lignes parternelle et maternelle, que le testateur peut disposer de la totalité de son patrimoine (art. 916). Mais le plus important c'est que le Code civil français, en pleine opposition avec le Code civil allemand, accorde aux héritiers réservataires (*Pflichterben*) la position de *véritables héritiers,* c'est-à-dire de « propriétaires » et de « possesseurs » de la succession (saisine héréditaire, cf. art. 724, al. 1er, art. 1004). La désignation d'autres héritiers n'est considérée, par le Code civil français, que comme constituant un *legs*. Le Code prévoit trois sortes de

(23) Comptent parmi les héritiers à réserve, au sens du Code civil français, tous les descendants et ascendants sans aucune restriction. Cf. au sujet de la réglementation du Code civil français, au sujet de son histoire et de son application pratique, Zachariae-Crome, *Internationales Privatrecht*, tome IV, §§ 688 à 696, notamment § 695, al. 2, et Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome III, pp. 697 à 749, notamment p. 704 et ss., p. 709 et s., p. 742 et ss.

legs : le legs universel ou de la totalité de la succession, le legs de quote-part de la succession, et le legs de biens déterminés faisant partie de la succession. Les deux premières sortes, qui sont, d'une part, le *legs universel,* par lequel l'universalité des biens est léguée à une ou plusieurs personnes (art. 1003 à 1009), et d'autre part, le *legs à titre universel* concernant une quote-part ou partie réelle des biens (art. 1010 à 1013), remplacent la succession testamentaire. Mais, en présence d'héritiers à réserve, les légataires n'ont pas la *saisine* héréditaire qui, au contraire, est accordée aux héritiers réservataires : les légataires n'ont qu'un droit à la *délivrance* des biens à eux légués (art. 1004). Quand ceux-ci dépassent la quotité disponible — c'est nécessairement le cas du legs universel et aussi, mais suivant les circonstances, du legs à titre universel — les héritiers réservataires intenteront l'action en réduction (art. 920 à 930), dont le but est de ramener le droit du légataire à la délivrance de la quotité disponible.

Il paraît résulter de ce qui précède que le rapport entre les successions légale et testamentaire du Code civil français est juste le *contraire* de celui prévu par le Code civil allemand. D'après le Code civil français, les personnes désignées par le testateur n'ont pas la qualité d'héritiers chargés simplement de remettre aux plus proches membres de la famille une certaine somme d'argent ; mais les héritiers réservataires restent les véritables héritiers en nature chargés, au contraire, de délivrer aux légataires les biens de la succession après réduction à la quotité disponible. Cependant, il serait erroné de déduire du texte des articles 1004 et 1011 du Code civil français que les légataires universels ou à titre universel n'ont — comme les ayants droit à la réserve légale en droit allemand — qu'une créance en payement d'une certaine *somme d'argent.* En effet, ils ne sont pas tenus de se contenter d'une créance pécuniaire, ils ont un droit à *participer effectivement* à la succession à raison de leurs quote-parts ou parts réelles. Cette participation effective est, de plus, garantie, non pas par une simple créance, mais par la participation *matérielle* directe à la succession. Les légataires universels et les légataires à titre universel, bien qu'ils n'aient pas la qualité de cohéritiers, sont des copropriétaires de la succession. Toutefois ces légataires sont désavantagés par rapport aux véritables héritiers, copropriétaires de la succession : ce n'est que la participation *juridique* à la succession, la « propriété », et non pas la possession *effective* des biens laissés par le défunt qui est « commune » : au cas de legs universel aussi bien qu'au cas de legs à titre universel, la *saisine héréditaire* revient aux seuls *héritiers à réserve* (art. 1004, 1011 du Code civil français), et c'est là un fait d'une extrême importance pratique dans le commerce juridique avec les tiers (v. *infrà*). En effet, les légataires ne peuvent obtenir la saisine héréditaire qu'au moyen indirect de la délivrance des biens légués par les héritiers réservataires. Ce n'est qu'au cas où il n'y a pas d'héritiers à réserve que le légataire universel (art. 1006) — mais non pas le légataire à titre universel (art. 1011) — est saisi de plein droit, à la condition toutefois qu'il y ait un testament public ; car, si le testament est olographe ou mystique, il a lui aussi, comme les successeurs irréguliers — époux et Etat — besoin de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal (art. 1008, art. 724, al. 2, et 770). Mais, pour le reste, *les droits et les devoirs* des légataires, aussi bien universels qu'à titre universel, sont les mêmes que ceux des véritables héritiers (v. *infrà*).

Leurs *droits* sont considérés comme acquis au jour du décès, si la demande en délivrance est faite dans l'année (24). D'autre part, tels les héritiers, ils sont tenus des *dettes et charges* en proportion de leurs parts et portions, ainsi qu'il résulte des art. 875, 1009 et 1012 du Code. Toutefois la question de savoir si, au cas — le seul qui nous intéresse dans cette étude — où il y a, à côté d'eux, des héritiers à réserve et où, dès lors, ils ne peuvent jamais être saisis de plein droit, les légataires répondent, comme les héritiers saisis, des dettes et charges sur leur *propre fortune*, et s'ils ne peuvent écarter cette obligation qu'en se réservant le bénéfice d'inventaire (art. 774, 793 et ss., 802), reste une question vivement discutée. La jurisprudence de la Cour de cassation, qui autrefois y a répondu affirmativement dans l'arrêt Toussaint (D. P. 51, 1, 281, et encore D. P. 71, 1, 141), répond maintenant par la négative (D. P. 98, 1, 164 ; cf. aussi Colin-Capitant, tome III, n°s 587 et s., 888 et s., 894 et s., Planiol, tome III, n°s 2090 et ss., 2766, et Heinsheimer dans les notes sous les art. 724, 870, 871, 1009, 1012 et 1013).

2. Le *Code civil suisse* a adopté les principes du modèle français, tant en ce qui concerne la construction du droit à la réserve légale considéré, par ce code, comme droit de succession en nature étendu conformément à la tradition juridique allemande à l'époux et, ce qui est au contraire très exceptionnel, aux frères et sœurs (art. 470, 471, n°s 3 et 4), qu'en ce qui concerne l'*échelle mobile* de ce droit variant dans son étendue, moins sensiblement qu'en droit français, d'après le degré de parenté avec le défunt (25) et encore en ce qui concerne la *forme juridique de la protection* des ayants droit à la réserve légale, contre des dispositions préjudiciables entre vifs ou par testament, par l'*action en réduction*, réglée dans les art. 522 à 533 du Code civil suisse d'une façon plus soignée et avec plus de détails que dans les maigres dispositions des articles 920 à 930 du Code civil français. Le résultat de ces dispositions est le même que celui de la réglementation française : *les héritiers à réserve ont la qualité de véritables héritiers et ne sont pas de simples créanciers de la succession.* Nonobstant les dispositions contraires du testateur, la part indisponible en leur faveur — c'est-à-dire les parties de la succession « saisies » par le droit légal d'héritier — leur revient comme part légale dans la succession, calculée conformément à l'article 471 (26). Si le testateur a excédé, au détriment des héritiers à réserve, son pouvoir de disposer, les héritiers à réserve sont des cohéritiers avec les héritiers désignés dans le testament jusqu'à concurrence de leur réserve légale. En effet, contrairement à ce que prévoit le Code civil français, les successeurs testamentaires ont la qualité de véritables *cohéritiers*. Mais, comme le droit français, le droit suisse a prévu, non pas la réalisation *ipso jure* de la « succession réservataire », mais sa remise entre les mains de l'héritier à réserve. Au cas où le droit de l'héritier réservataire a été

---

(24) Cette réglementation n'est prévue par le Code même (art. 1.005) que pour le légataire universel. Mais la jurisprudence l'a étendue au légataire à titre universel; cf. D. P. 71, 1, 12; 90, 2, 184; 92, 1, 279, 1913, 1, 17.

(25) La réserve est pour les descendants des trois-quarts de leur droit de succession, pour le père et la mère de la moitié, pour chacun des frères et sœurs du quart et pour le conjoint survivant de tout son droit de succession en propriété lorsqu'il est en concours avec des héritiers légaux, et de la moitié de ce droit lorsqu'il est héritier unique.

(26) Cf. Gmuer-Tuor, Remarques préliminaires 6-12 au titre 14, Section II, p. 120 et ss.

violé par la désignation testamentaire d'un héritier, le droit est sanctionné *avant* le partage de la succession au moyen de l'*action en partage* de celle-ci (27). S'il a été porté atteinte au droit de l'héritier à réserve par d'autres dispositions à cause de mort, notamment par des legs, ou par certaines donations entre vifs, énumérées dans l'art. 527 du Code civil suisse, l'héritier à réserve ne peut intervenir qu'*après* le partage, au moyen de l'*action en réduction* des articles 522 à 533. Il convient de noter que l'article 532 qui entre alors en jeu a été trop fidèlement calqué sur le modèle des articles 923 et 925 du Code civil français, ce qui peut conduire à des solutions inéquitables, et d'ailleurs a déjà prêté à critique (28). Cet article dispose, en effet, que les réductions s'opèrent d'abord sur les dispositions à cause de mort, et seulement en deuxième ligne sur les donations et libéralités entre vifs dans l'ordre inverse de leur octroi.

De la construction particulière du droit des héritiers à réserve dans les droits français et suisse, il résulte que la succession de ces héritiers s'opère non pas *ipso jure*, mais en vertu d'un *acte* des intéressés. En effet, s'il n'y a pas d'action en réduction, on ne tient pas compte de leurs droits : Ce n'est que le jugement définitif qui procure à l'héritier à réserve la position juridique de véritable héritier. Il s'ensuit que l'action en réduction est non seulement déclarative, mais aussi constitutive de droit. Elle vise l'annulation des dispositions du testateur, valables jusque-là seulement à titre provisoire. D'autre part, le jugement passé en force de chose jugée annule les dispositions attaquables, non pas ex nunc, mais ex tunc, c'est-à-dire avec *effet rétroactif* à partir du jour du décès (29). C'est pourquoi, au cas où les dites dispositions ont déjà reçu exécution — tel est toujours le cas des dispositions entre vifs, mais aussi le cas des dispositions à cause de mort, si la succession a passé dans la possession des héritiers testamentaires, ou si elle a été partagée, ou encore si les legs et charges sont exécutés — l'action intentée contre les héritiers testamentaires vise, outre la réduction, la *délivrance* des parts, et revêt, dès lors, le caractère d'une action en pétition d'hérédité au sens de l'article 598 (30). Quant aux dispositions *entre vifs*, l'obligation de restituer ce qu'on a reçu est limité à l'*enrichissement effectif au moment du décès* (art. 528 du Code civil suisse), si le bénéficiaire de la disposition a été de bonne foi — solution qui revient pratiquement à celle prévue par l'article 928 du Code civil français. Mais alors même que le bénéficiaire aurait été de mauvaise foi, le droit de l'héritier à réserve n'est qu'un *droit de créance*, et non pas un droit réel comme celui qu'il a contre l'héritier testamentaire (31).

3. A cause de l'*effet réel rétroactif* des jugements de réduction français et suisse (quant aux dispositions testamentaires), se pose la question très importante au point de vue pratique de savoir si les *dispositions prises*

---

(27) Cf. Gmuer Tuor, Remarques préliminaires, 13 *in fine*, aux art. 522 à 533; note 12 sous l'art. 598.

(28) Cf. Gmuer-Tuor, note 2 sous l'art. 532.

(29) Cf. Gmuer-Tuor, Remarques préliminaires, 8 à 12.

(30) Cf. Gmuer-Tuor, Remarques préliminaires 13 et 14 aux art. 522 à 533, et note 12 sous l'art. 598.

(31) Cf. au sujet de ce problème et des discussions qu'il a provoquées, Gmuer-Tuor, Notes 2 à 5 sous l'art. 527, et, en outre, Remarques préliminaires 15 à 41 aux art. 522 à 533.

par les héritiers testamentaires à l'égard de tierces personnes peuvent porter atteinte à cet effet rétroactif. Dans les deux droits, suisse et français, cette question ne subit pas la complication qui provient en droit allemand de la foi publique (*öffentlicher Glaube*) attachée au *certificat d'héritier* (*Erbschein*) (§§ 2365 à 2367 du Code civil allemand). Le droit français ne connaît pas l'institution de ce certificat, le droit suisse ne lui accorde pas foi publique, bien que l' « attestation de la qualité d'héritier » de l'art. 559 du Code civil suisse joue, dans la question qui nous occupe, un rôle analogue à celui du certificat allemand. Dans le droit français, aussi bien que dans le droit suisse, l'effet rétroactif ne peut être empêché que dans la mesure où d'*autres éléments d'apparence juridique*, chez l'héritier testamentaire, entraînent une protection du tiers de bonne foi.

a) En droit français le problème ne se pose pas. En ce qui concerne les *droits immobiliers*, il n'y a pas de livre foncier au sens du droit allemand. Une position juridique d'apparence ne peut donc résulter que de la *possession*. Mais la possession ne vaut titre qu'en fait de meubles (art. 2279 du Code civil français). Dès lors, quant aux choses immobilières, il ne peut pas y avoir d'acte de disposition par l'héritier testamentaire (légataire universel ou légataire à titre universel) en faveur d'un tiers de bonne foi, sans parler d'ailleurs du texte de l'article 1004 du Code refusant à cet « héritier » la saisine héréditaire. Le problème ne pourrait donc se poser qu'en ce qui concerne l'action en réduction dirigée contre des donations entre vifs, étant donné que les donataires acquièrent la qualité de propriétaires absolus. Mais, dans ce cas, la protection de l'héritier à réserve est complète. Les dispositions prises par les donataires sont annulées sans égard à la bonne ou à la mauvaise foi du tiers. C'est ainsi que l'article 929 dispose que « les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire » et l'article 930 accorde subsidiairement à l'héritier à réserve l'action en réduction contre les ayants cause des donataires, dans la mesure où les voies d'exécution engagées contre ceux-ci n'ont pas donné de résultat.

En ce qui concerne les *meubles*, il ne peut pas non plus y avoir de disposition, par l'héritier testamentaire, préjudiciable à l'héritier à réserve. Car la prescription bien connue de l'article 2279 : « En fait de meubles, la possession vaut titre » présuppose que la personne qui dispose a une véritable *possession*. Or, tel ne peut être le cas d'un héritier testamentaire, étant donné qu'en vertu de l'article 1004 ce sont les héritiers à réserve qui sont saisis de la succession, et que le légataire, alors même qu'il est légataire universel, ne peut obtenir la possession des biens laissés par le défunt qu'au moyen de leur délivrance par les héritiers à réserve. Dès lors, le problème de la protection de la bonne foi du tiers ne peut se poser en fait de meubles qu'au cas où il s'agit de donations entre vifs.

Il résulte de ce qui précède une *forte protection des héritiers à réserve contre les légataires* (héritiers testamentaires). D'une part, il ne peut y avoir aucune disposition préjudiciable prise par ceux-ci, puisqu'il leur manque la possession, seule légitimation de l'usurpateur ; par conséquent, bien qu'ils soient des copropriétaires de la succession, les légataires sont exclus de son administration et incapables d'en disposer, parce qu'ils n'ont pas la qualité de cohéritiers au sens des articles 815 et ss., 883 et ss. D'autre part, les héritiers à réserve, bien que *de jure* ils ne soient que des copro-

priétaires à côté d'autres, peuvent souverainement disposer de la succession puisqu'ils sont seuls saisis des biens laissés par le défunt, et qu'ils gardent la saisine héréditaire jusqu'à la délivrance de la succession au légataire (art. 1004, 1011). En effet, ils ne sont pas des cohéritiers à côté des légataires, et n'ont dès lors pas la situation tout à fait particulière prévue par l'article 883 — en vertu duquel les cohéritiers ne sont censés avoir succédé seuls et immédiatement dès le jour du décès qu'aux effets compris dans leur lot, de sorte qu'ils ne peuvent disposer que de celui-ci (effet déclaratif du partage) (32) — mais ils sont les *seuls* héritiers et, en tant que tels, *pleinement capables de disposer*. Les légataires doivent donc se contenter de demander aux héritiers à réserve la délivrance de leurs parts à eux, et s'en tenir à *la responsabilité civile* de ceux-ci au cas où ils ont pris des dispositions préjudiciables aux légataires.

b) En *droit suisse*, la solution du problème est plus délicate. D'abord, les héritiers testamentaires sont de *véritables héritiers* qui ont non seulement la copropriété, mais aussi, en vertu de l'art. 560, al. 2, du Code civil suisse, la copossession de la succession. Puis, le Code civil suisse connaît une protection de la bonne foi analogue à celle prévue par le Code civil allemand (§§ 932 et ss. du C. c. allemand), et pour les meubles (art. 933, 934 du C. civ. suisse), et pour les immeubles (art. 973). Mais, en revanche, la situation juridique des héritiers testamentaires à l'égard des héritiers à réserve est telle que, à moins d'une grande négligence de leur part, les héritiers à réserve ne peuvent pas être lésés par des actes de disposition en faveur d'un tiers de bonne foi. D'un autre côté, les héritiers testamentaires sont aussi plus efficacement protégés contre les actes des héritiers à réserve qu'en droit français.

D'abord les dispositions des articles 556 à 558 prévoient que toute personne intéressée — notamment les héritiers légaux — reçoit connaissance de l'existence et du contenu de la disposition à cause de mort. L'article 556, al. 1er et 2 — dont l'inobservation entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé, et peut être sanctionnée, en vertu de l'article 540, n° 4, par la déclaration d'indignité successorale — crée un *devoir de remettre* à l'autorité compétente toute disposition de dernière volonté trouvée parmi les affaires du défunt ou gardée par un tiers. L'article 557 assure *l'ouverture* immédiate de cette disposition, en présence de tous les héritiers légaux connus, y compris ceux qui sont déshérités ; au surplus l'article 558 impose à l'autorité compétente l'obligation de communiquer à tout intéressé une copie du testament, en signalant aux héritiers légaux les conséquences que peut avoir leur silence d'après l'article 559 (33).

La disposition la plus importante pour la question qui nous occupe est celle de l'article 559 qui crée l'institution de « l'attestation de la qualité d'héritier » et en règle la portée par rapport aux héritiers légaux. Mais cette disposition prévoit au profit des héritiers à réserve une méthode très simple pour écarter l'établissement d'une attestation préjudiciable : il suffit, en effet, que, dans le mois qui suit la communication prévue par l'article 558, ils déclarent s'opposer à la délivrance de ce certificat, l'attes-

---

(32) Cf. Heinsheimer, notes sous les art. 815 et 883.
(33) Cf. Gmuer-Tuor, note 1 *in fine* sous l'art. 558.

tation ne pouvant être délivrée qu'à défaut de toute opposition de la part desdits héritiers. En cas d'opposition, les héritiers testamentaires sont obligés d'intenter contre les héritiers légaux l'action en pétition d'hérédité prévue par l'article 598.

Si *les héritiers testamentaires ont obtenu une « attestation de leur qualité d'héritiers »* parce que les héritiers légaux n'ont pas fait d'opposition, la situation juridique est la suivante : l'attestation de la qualité d'héritier, en tant que telle, ne jouit pas de la « foi publique » (*öffentlicher Glaube*) propre au certificat d'héritier (Erbschein) du Code civil allemand, étant donné surtout qu'il n'est délivré que « sous réserve de l'action en nullité ou de l'action en pétition d'hérédité » et, dès lors, sous réserve de l'action en réduction des articles 522 et ss. (34). Mais le droit suisse considère cette attestation néanmoins comme un fondement suffisant d'une position juridique apparente des héritiers testamentaires, qui leur vaut titre pour disposer aussi bien de meubles que de choses immobilières.

En ce qui concerne le *droit immobilier*, le certificat de succession est la condition de l'*inscription* des héritiers testamentaires au livre foncier. En vertu de l'article 18 de l'ordonnance sur le livre foncier, une « attestation établissant qu'ils ont été reconnus *seuls* héritiers du défunt » est nécessaire, mais aussi suffisante pour procéder à cette inscription. Le fait d'être établi sous réserve de l'action en annulation et de l'action de l'héritier n'enlève pas à l'attestation de l'article 559 du Code civil suisse la qualité d'attestation suffisante au sens de l'article 18 précité (35).

Mais alors se pose le problème de savoir si l'autorité compétente, quand il est évident qu'il y a des héritiers à réserve déshérités ou désavantagés, doit se refuser à certifier que les héritiers testamentaires sont les *seuls* héritiers du défunt, et si elle n'est pas tenue plutôt d'établir dans ledit certificat qu'il peut y avoir d'autres héritiers que ceux désignés dans le testament. Telle est, en effet, l'opinion de nombreux auteurs (36). Or, une attestation ainsi limitée n'autorise pas à procéder à l'inscription des héritiers testamentaires dans le livre foncier (37). En revanche, un certificat de succession normal coupe court à toute investigation de la part de l'autorité chargée du livre foncier qui, dans ce cas, est obligée de faire la transcription. Quand il est inscrit dans le livre foncier, l'héritier testamentaire possède la *légitimation* prévue à l'article 973 du Code civil, et peut porter atteinte au droit de l'héritier à réserve par des dispositions profitant de la *publica fides* et, dès lors, irrémédiables. Contre des atteintes à leur droit par de futures mesures de ce genre, les héritiers à réserve ne peuvent se prémunir qu'en introduisant l'*action en réduction*. Le jugement rendu sur cette action, une fois qu'il est passé en force de chose jugée, annule en effet rétroactivement le certificat de succession, rend le livre foncier inexact *ex tunc*, et entraîne la suppression du certificat et la recti-

---

(34) Cf. Gmuer-Tuor, note 21 sous l'art. 559, et Egger-Escher, note 9 sous l'art. 559.

(35) Cf. Gmuer-Tuor, note 16 *in fine* sous l'art. 559, Egger-Escher, note 9 sous l'art. 559, et le jugement du Tribunal supérieur de Zurich du 19 novembre 1912, publié dans *Schweizer Juristen-Zeitung*, tome 9, p. 175.

(36) Egger-Escher, note 12 sous l'art. 559, et dans *Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, tome 8, p. 73 et p. 42.

(37) Cf. Volkart dans *Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, tome 7, p. 260.

fication du registre (art. 975). Pour se prémunir provisoirement contre les effets de « foi publique » de ce certificat, les héritiers peuvent faire inscrire, dans le livre foncier, une mention opposable à toute acquisition de droits ultérieurs (art. 598, al. 2 et 960, n° 1, 960, al. 2 du Code civil suisse) (38).

Mais l' « attestation de la qualité d'héritier » a son importance également en ce qui concerne les actes de disposition sur des *meubles*. Avant la délivrance de cette attestation, la situation accordée par le Code civil suisse aux héritiers testamentaires est telle que les héritiers à réserve sont protégés contre les dispositions qui leur seraient préjudiciables. Bien que l'article 560, al. 2, de ce Code décide que les héritiers acquièrent la possession de la succession au moment où elle s'ouvre, et que cette disposition doive s'appliquer également aux héritiers testamentaires, il ne s'agit là que de la « *détention idéale par les héritiers* » (*ideelle Erbengewere*), et non pas de la possession effective. C'est, en effet, ce qui résulte du libellé même de l'alinéa 3 de cet article, qui serait sans cela inintelligible, lequel dit que « les héritiers légaux sont tenus de leur rendre la succession selon les règles applicables au possesseur », avec effet à partir de « l'ouverture de la succession » c'est-à-dire conformément aux articles 938 à 940, et en outre, de l'important article 556, al. 3, éclaircissant le sens de l'alinéa 3 de l'article 560, et qui prévoit que l'autorité compétente, après avoir reçu le testament, ne peut délivrer la succession qu'aux héritiers légaux ou à un administrateur de la succession, mais *jamais aux héritiers testamentaires* (39). Ainsi est écartée toute possibilité pour ces derniers d'usurper seuls la possession des biens laissés par le défunt avant que ne leur soit délivrée une attestation de leur qualité d'héritier, et d'obtenir ainsi le « titre » de possession indispensable, d'après l'article 933, pour toute disposition sur les meubles (40).

Mais alors même qu'on considérerait les héritiers testamentaires, qui ne sont que de simples détenteurs de la succession (v. suprà), comme des possesseurs au sens dudit article 933, ils ne seraient pas *seuls* possesseurs de la succession, ce qui est aussi une condition indispensable pour l'application de l'article 933. Car, dès que les héritiers réservataires, par l'action en réduction, détruisent rétroactivement la position qu'occupent les héritiers testamentaires à titre de seuls héritiers, et qu'ils deviennent par là rétroactivement des cohéritiers, la possession de la succession détenue par les seuls héritiers testamentaires se transforme, *ex tunc*, en une copossession, qui n'autorise pas à disposer seul, et fait que la chose vendue prend le caractère de chose « perdue » (*abhandengekommen*) dont l'acquisition — comme en droit allemand — ne peut se faire en vertu de la bonne foi (art. 934 du Code civil suisse).

Ce n'est qu'au moment où l'autorité compétente, *après avoir délivré l'attestation de la qualité d'héritier*, envoie l'héritier testamentaire en pos-

---

(38) Egger-Escher, note 10 sous l'art. 559, Gmuer-Tuor, note 21 *in fine* sous l'art. 559 et note 34 sous l'art. 598.

(39) Cf.Gmuer-Tuor, note 10 sous l'art. 556, et le jugement du Tribunal supérieur de Zurich du 15 mai 1915, publié dans *Schweizer Juristen-Zeitung*, tome 13, p. 329, n° 277.

(40) Egger-Haab, note 13 sous l'article 933.

session effective de la succession — envoi qui ne peut se faire que sur la justification, par l'héritier testamentaire, de sa qualité d'héritier universel — que peut entrer en jeu la légitimation prévue par l'article 933 pour la disposition des biens rentrant dans la succession. Mais *les héritiers à réserve peuvent éviter la naissance de cette situation en s'opposant à la délivrance de l'attestation de la qualité d'héritier* (art. 559). Et encore, l'envoi en possession des biens au profit des héritiers désignés par le testateur ne peut se faire qu'à la condition que l'autorité compétente ait institué une *administration de la succession* en vertu de l'article 556, al. 3, et qu'elle n'ait pas, comme c'est la règle, remis la succession provisoirement aux *héritiers légaux*. Dans ce dernier cas, l'article 599, al. 2, ne peut pas s'appliquer, *les héritiers légaux restent en possession de la succession même après la délivrance du certificat de succession aux héritiers testamentaires,* obligés de poursuivre la délivrance des biens du défunt au moyen de l'action héréditaire (41).

Le *résultat* de ces dispositions est le suivant : avant la délivrance du certificat de succession, les héritiers à réserve sont *complètement* protégés contre tout acte de disposition des héritiers testamentaires, que cet acte concerne des choses immobilières ou des meubles. Et cette protection subsiste, en ce qui concerne les meubles, après la délivrance dudit certificat, si la succession a été délivrée aux héritiers légaux en vertu de l'article 599, al. 2. Mais ce qu'il faut retenir avant tout, c'est que la simple *opposition* de ces héritiers suffit pour empêcher la délivrance du certificat de succession, et, partant, pour écarter toute atteinte possible à leurs droits, les héritiers testamentaires, en effet, ne pouvant recourir, dans ce cas, qu'à l'action héréditaire de l'article 598.

Le Code civil suisse a donc assuré à l'action en réduction une force rétroactive telle qu'il devient superflu d'annuler les actes d'administration ou de disposition de la succession faits par les héritiers testamentaires. La protection juridique accordée aux héritiers à réserve vise non pas à réparer, ni à annuler après coup, mais à prévenir et à empêcher tout acte nuisible à leurs intérêts. Comme la loi leur refuse tous les titres dont a besoin celui qui n'est pas, ou n'est pas seul, autorisé à disposer, les héritiers testamentaires sont nettement incapables de faire subir aux héritiers à réserve un préjudice, si minime soit-il. Prévenir le dommage vaut mieux que le réparer.

En revanche, les *héritiers testamentaires* sont, eux aussi, plus efficacement *protégés* qu'en droit français contre les actes de disposition que les héritiers légaux pourraient passer à leur détriment. Contre les dispositions concernant des immeubles, ils sont prémunis par le fait que du moment qu'il existe un testament, les héritiers légaux ne peuvent pas obtenir un certificat de succession les légitimant comme seuls héritiers, et satisfaisant, par là, aux dispositions de l'article 18 de l'Ordonnance sur le livre foncier relatives aux inscriptions à porter sur ce livre. Ils sont, d'autre part, à l'abri des dispositions concernant les meubles, étant donné que les héritiers légaux, alors même qu'ils auraient obtenu la possession exclusive de la succession en vertu de l'article 556, al. 3, ne peuvent procéder, avant

(41) Egger-Escher, note 23 sous l'art. 559, Gmuer-Tuor, Remarques préliminaires aux art. 519 à 521.

l'éclaircissement de la situation, qu'aux dispositions *nécessaires* dans l'intérêt de la sauvegarde des biens, ou *inévitables* pour continuer les affaires engagées par le défunt. Mais si, par application des articles 556, al. 3 et 554, n° 4, l'autorité remet la succession à un *administrateur de la succession,* les héritiers à réserve ne peuvent, eux non plus, exercer aucune activité, et la succession est administrée par une personne neutre, contrôlée par une autorité publique (art. 595, al. 3), et dont la position correspond assez exactement à celle du curateur à la succession (*Nachlasspfleger*) allemand (42).

V

Quand on compare le système franco-suisse et le système germano-autrichien au point de vue de leur valeur respective pour la *politique juridique,* il ne peut être douteux, que sous l'angle de l'efficacité de la protection de la succession familiale contre la liberté du testateur, c'est le *système franco-suisse* qui a le *plus grand mérite.* Mais les décisions du législateur visent deux fins : derrière la justice éthique et sociale du jugement de valeur, il y a l'opportunité pratique et la *clarté de la forme juridique;* derrière la *rectitude du droit,* sa *sécurité.* Les objections faites à l'occasion de la rédaction du Code civil allemand contre l'introduction d'un droit en nature à la réserve légale, et qui l'ont emporté après de longues luttes (43), bien qu'on ait dû reconnaître sans réserve que « des raisons puissantes d'ordre éthique et économique », ainsi que « le sentiment du peuple et la justice » luttaient en faveur de l'autre solution (44), sont uniquement tirées de la sécurité juridique.

Toutefois, il serait *inexact* de dire qu'au point de vue économique, la créance pécuniaire de l'héritier à réserve offre à l'une ou l'autre des parties davantage de *sécurité* C'est justement le contraire qui est exact. D'une part la solution qu'on a choisie signifie pour l'*héritier à réserve* que sa participation effective à la succession partage le sort de toute créance pécuniaire, c'est-à-dire que sa réalisation est subordonnée, non seulement à la solvabilité du patrimoine affecté — dans l'espèce, de la succession, — mais aussi à la bonne volonté et à l'honnêteté du débiteur; tandis qu'un droit en nature à la succession, construit selon les règles gouvernant la cohérédité, lui accorderait de plus amples possibilités de contrôle, de collaboration et d'intervention. Encore moins certaine — et souvent influencée par le hasard — est l'estimation de la succession dont dépend le montant de la créance en argent. De l'autre côté, les avantages apparents que comporte la forme de la créance pécuniaire au profit des *héritiers testamentaires* ne sont qu'imaginaires : ceux-ci dépendent également du résultat incertain et variable de l'estimation, et — puisqu'il faut qu'il y ait toujours une date fixe à laquelle soit établie cette estimation — ils s'exposent à la dépréciation des biens de la succession, et courent ainsi le risque d'être obligés de répondre de cette créance pécuniaire *ultra vires hereditatis.* Les

---

(42) Cf. Gmuer-Tuor, notes 18 et 19 sous l'art. 554, et spécialement Egger-Escher, notes 12 à 18 sous l'art. 554.

(43) Cf. les *Motive,* tome V, p. 386 et ss., et le *Protokolle,* tome V, p. 490 et ss.

(44) Cf. *Motive,* tome V p. 386; *Protokolle,* tome V, p. 495.

héritiers à réserve, quand ils insistent sur leur paiement en espèces, peuvent les contraindre à procéder — à défaut de moyens de paiement suffisants, qui d'ailleurs manquent presque toujours — à la vente de la succession, comportant tous les risques de moins-value d'une dilapidation. Par là, les héritiers à réserve peuvent obtenir le résultat que le testateur a précisément voulu écarter en désignant un seul héritier, ou des héritiers en petit nombre, c'est-à-dire qu'ils peuvent imposer le *morcellement* d'unités précieuses au point de vue de l'économie ou de la civilisation, et l'*aliénation du bien familial.* Il serait cependant injuste de méconnaître que le même danger subsiste — il est vrai, moins fortement — en ce qui concerne la *structure actuelle du partage de la succession.* Mais si l'on applique au partage les réformes envisagées tendant à habiliter l'autorité compétente à *attribuer,* à un ou quelques-uns des cohéritiers, certains biens successoraux non encore partagés, en leur imposant d'*indemniser* les autres héritiers par des rentes à longs termes et irrésiliables, et cela non seulement au cas où ces mesures ont été autorisées par le défunt (§§ 2048, 2049 du Code civil allemand), mais encore si un seul des cohéritiers le demande, alors le système de la cohérédité comportera, à notre avis, des garanties suffisantes pour empêcher le morcellement et l'aliénation des biens de famille.

En réalité, les raisons qui décidèrent les auteurs du Code civil allemand à écarter le droit en nature de l'héritier à réserve et qui n'ont pas encore perdu tout leur poids aux yeux de nombreux théoriciens allemands, étaient surtout d'ordre technique.

Dans l'introduction au tome V du Commentaire de Staudinger au Code civil allemand (pp. 100 à 105, et pp. 136 à 138) et dans un article publié dans l'*Archiv für Civilistische Praxis,* tome 144, p. 29 et ss., intitulé *Zur Rechtsreform des Pflichtteilsrechts,* j'ai essayé d'expliquer en quoi ces raisons consistent, et comment elles ont pu réussir à écarter, ou du moins à faire disparaître dans une large mesure, les institutions particulières au droit allemand. Qu'on me permette d'y renvoyer, et de me borner ici à ces quelques réflexions : Certes, il ne faut pas sous-estimer les soucis de simplicité et de clarté dans les rapports juridiques. Mais, au-delà de la technique du droit, il y a l'éthique juridique. Le droit en nature à la réserve légale exprime mieux que ne le saurait faire la créance d'argent, la primauté de la succession familiale sur la liberté de tester. C'est pourquoi la restauration de ce droit est dans la ligne même de la rénovation du droit allemand, et ne saurait échouer pour des raisons de pure technique juridique.

LA LOI DU CABINET HITLER SUR LE MARIAGE ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Par Armand AKERBERG,
Docteur en droit, Lodz (Pologne)

Traduit par H. MANKIEWICZ,
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

I. LEX PATRIAE

La loi allemande du 15 septembre 1935 portant protection du sang et de l'honneur allemands (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom* 15. *September* 1935, promulguée *Reichsgesetzblatt,* 1935, partie 1re, p. 1146) interdit dans son paragraphe premier les mariages entre des juifs (1) d'une part, et d'autre part des sujets allemands de sang allemand ou de sang, par son espèce, apparenté au sang allemand (*deutschen oder artverwandten Blutes*) et dispose que les mariages contractés en fraude de la loi dans des pays étrangers sont nuls (2).

Dans la mesure où elle s'applique aux mariages conclus en dehors de l'Allemagne, la loi prête à des doutes qu'il convient d'examiner à la lumière du droit international privé.

La question qui se pose n'est pas celle de savoir si les mariages contractés en fraude de la loi allemande en dehors des territoires soumis à la souveraineté allemande sont nuls en Allemagne (3). Mais il faut se demander si ces mariages peuvent être célébrés en dehors de la communauté juridique allemande.

---

(1) La définition de ce qu'il faut entendre par « juif » est donnée dans le paragraphe 5 de la Première Ordonnance du 14 novembre 1935 portant exécution de la loi sur la citoyenneté dans le Reich (*Reichsgesetzblatt,* 1935, I, p. 1.333). Sur les bâtards juifs, cf. le paragraphe 2, al. 2, de la même Ordonnance.

(2) En vertu du paragraphe 15 de la Première Ordonnance du 14 novembre 1935 portant exécution de la loi sur la protection du sang et de l'honneur allemands (*Reichsgesetzblatt,* 1935, I, p. 1.334), les dispositions de cette loi relatives aux ressortissants allemands s'appliquent aussi aux apatrides qui sont domiciliés en Allemagne ou y séjournent normalement. Les apatrides domiciliés ou séjournant normalement à l'étranger ne tombent sous le coup de ces dispositions que dans le cas où ils ont autrefois possédé la nationalité allemande.

(3) Cf. art. 30 de loi d'introduction du Code civil allemand du 18 août 1896 et paragraphe 328 du Code de procédure civile allemand.

Pour les pays qui n'appliquent pas à la détermination des empêchements du mariage la loi du pays d'origine des contractants (4), le problème ne se pose pas, puisque seul leur propre droit entre alors en jeu. Mais, si le droit du pays étranger prescrit l'application de la *lex patriae,* soit en vertu de son Code civil, soit en vertu de coutumes conventionnelles, soit enfin en vertu de conventions internationales (5), alors la réponse à

---

(4) Cf. Makarov, *Die Quellen des internationalen Privatrechts,* Berlin, 1929. (*a*) Le Code civil de l'*Argentine* du 9 septembre 1892 (rédaction du 9 septembre 1892) (cf. *Codigos de la Republica Argentina,* Buenos-Ayres, 1926) dispose dans son article 159 qu'aux mariages conclus en Argentine s'applique le droit du lieu où le mariage est célébré. (*b*)L'article 7 du Code civil de *Costa-Rica* du 20 septembre 1887 prévoit qu'aux mariages s'applique le droit du lieu où les époux ont pris résidence. (*c*) Une disposition analogue se trouve à l'article 28 du droit privé de la *Livonie,* de l'*Esthonie* et de la *Courlande* (pays qui formaient l'ancien gouvernement Esthonie) qui prévoit que la capacité juridique et la capacité d'agir d'une personne dépendent du droit en vigueur à son domicile pour les personnes de sa condition. (*d*) L'article 12 du Code civil de la République de *Guatémala* du 20 juin 1926 dit qu'à l'état civil et à la capacité juridique (*el estado y capacidad*) d'une personne s'appliquent les lois en vigueur à son domicile. L'article 58 de la loi du 21 février 1894 sur les droits des étrangers spécifie que l'absence de capacité juridique, quand elle est due à une proscription politique ou une condamnation pénale intervenue dans le pays étranger, n'est pas considérée comme empêchement du mariage. (*e*)L'article 822 du *Svod Zakonov,* tome IX, en vigueur en toute la *Lithuanie* à l'exception du territoire de Memel, soumet les étrangers au droit de leur pays d'origine tant en ce qui concerne leur statut personnel qu'en ce qui concerne leur patrimoine. (*f*) L'article VI, n° 6, du Code civil de la République de *Nicaragua* dispose que la validité du mariage sera appréciée d'après les lois en vigueur au lieu où il a été célébré. (*g*) La *loi norvégienne* du 26 juin 1925 sur la célébration de mariages par les missionnaires (*Norsk Lovtinde,* IIe Partie, 1925, p. 197) confère au roi le droit d'autoriser les missionnaires envoyés par une mission norvégienne à célébrer des mariages conformément à la loi norvégienne dans le pays attribué à leur mission. (*h*) Au *Paraguay* s'applique, en vertu de la loi du 27 juillet 1889, le Code civil argentin, dont les normes sur les conflits de lois y sont par conséquent en vigueur. Cf. Amiaud, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles,* Paris, 1908. (*i*) L'article 136 du Code de l'*U. R. S. S.* sur le mariage, la famille et la tutelle du 19 novembre 1926 dispose que les mariages célébrés entre des étrangers dans les territoires de l'U. R. S. S. sont enregistrés en application du droit commun. Il en est de même de l'*Ukraine;* cf. Article 106 du Code des lois sur la famille, la tutelle, le mariage et les actes de l'état-civil du 31 mai 1926; et dans les Républiques soviétiques de la *Russie blanche;* cf. paragraphe 15 du règlement sur les étrangers dans les Républiques soviétiques de la Russie blanche du 4 août 1922 et l'article 10 du Code des lois sur le mariage, la famille et la tutelle du 27 janvier 1927. Cf. H. Freund, *Das internationale Privatrecht der Sowjetunion* dans *Juristische Wochenschrift,* 1926, pp. 2.833 à 2.835. (*j*) L'article 133 du Code civil des *Etats-Unis du Venezuela* de 1922 dispose que les empêchements de mariage prévus par le droit du pays d'origine (d'un étranger) ne sont pas pris en considération dans le cas où ils se fondent sur des différences de race, de religion ou de condition. L'article 134 du même Code dispose en outre que le fait, par un étranger, de ne pas produire l'autorisation ou l'acte respectueux (*acto respectuoso*) prévu par la *lex patriæ* n'empêche pas la célébration du mariage au Venezuela, à la condition cependant qu'il ne s'agisse pas de l'autorisation des parents ou tuteurs. (*k*)Enfin l'article 4 du Code civil de la *Grèce* du 29 octobre 1856 dispose que les étrangers qui ont la capacité juridique selon le droit grec sont considérés comme possédant la capacité juridique alors même qu'ils ne la posséderaient pas en vertu du droit de leur pays d'origine. (*l*) Le même principe s'applique au *Japon;* cf. l'article 3 de la loi du 15 juin 1898 sur l'application des dispositions en général; Becker, *International Private Law of Japon,* Londres, 1919; cf. aussi l'article 7 de la même loi disposant que la validité et les effets d'un acte juridique seront appréciés selon le droit que les parties en cause ont voulu voir s'appliquer.

(5) Cf. l'article 1er de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 concernant la réglementation des conflits de lois en matière de mariage. Cette convention a actuellement force obligatoire dans l'Etat libre de Dantzig, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Italie,

notre question devrait être la suivante : Les mariages contraires à la loi allemande que nous envisageons ne peuvent être célébrés dans aucun des pays où s'applique le principe de la *lex patriae*.

II. L'ordre public

Au principe de la *lex patriae* s'oppose cependant la clause dite de l'*ordre public* (6). Cette clause est appliquée dans toutes les communautés

---

dans le Luxembourg, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Suède, en Suisse et en Hongrie. Elle a cessé de s'appliquer en France depuis le 1er juin 1914 et en Belgique depuis le 1er juin 1919. En dénonçant la convention en 1913, la France s'est inspirée de l'idée que l'application de la *lex patriæ* rencontre beaucoup de difficultés pratiques dans un pays où vivent beaucoup d'étrangers. Cf. Travers, *Effets de la dénonciation par la France des conventions de La Haye de* 1902 *en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps* dans *Journal du droit international,* 1914, p. 778 et ss.

(6) Dans le droit international privé actuel cette clause est communément appliquée, qu'elle soit expressément prévue ou non. Cf. Przybylowski : *Prawo Prywatne Miedzynarodow, Lwow,* 1935, p. 164 et s., et les matériaux cités, par cet auteur, du projet de loi autrichien de 1913 qui insiste sur le fait que la clause de l'ordre public, si elle n'est pas expressément prévue, doit être sous-entendue (*hinzudenken*). Cf. aussi les paragraphes 26 et 879 du Code civil autrichien et le paragraphe 81 de l'Ordonnance autrichienne d'exécution; article 3 du Code civil français (lois de police et de sûreté) et article 6 du même Code; article 86 de la convention austro-polonaise du 19 mars 1924 (*Dz. Ust. R. P.* 1926, Position 467); article 528, n° 8 du Code polonais de procédure civile; article 6, n° 5 de la convention dantzico-polonaise du 28 novembre 1925 (*Dz. Ust. R. P.* 1927, Position 490); article 12 des dispositions italiennes de 1865 concernant la publication, l'interprétation et l'application des lois qui prescrit que la loi étrangère ne peut pas trouver application si elle est contraire aux lois prohibitives italiennes (*leggi proibitive*) concernant les personnes, les fortunes ou les actes juridiques; cette réglementation comporte aussi une disposition d'après laquelle l'application d'une loi étrangère dépend de la volonté des parties qui, dès lors, sont autorisées à renoncer à la *lex patriæ*. Cf. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé,* 2e éd., Paris 1907-1913, tome III, p. 68, qui, bien qu'adhérant au principe de la *lex patriæ* à l'instar d'Esperson, Fiore, Durand, Laurent, admet l'application de la clause de l'ordre public et recommande de substituer dans certains cas à la *lex patriæ,* soit le principe *locus regit actum,* soit la volonté des parties; et Zoll, *Projekty ustaw o polskiem prawie miedzynarodowen i o prawie miedzydzielnicowen prywatnem* dans *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne,* tome XVIII, 1920, p. 85 et ss., ainsi que la bibliographie donnée par Prybylowski, *loc. cit.,* pp. 37 à 40, et Cybichowski, *Prawo Miedzynaradowe,* Varsovie, 1928, p. 370. Cf. aussi les sources suivantes : Le Code civil *argentin* du 29 septembre 1869 (rédaction du 9 septembre 1892) dispose dans son article 14 que les lois étrangères ne peuvent pas être appliquées si elles sont contraires, soit au droit public ou au droit pénal de la République, soit à la religion d'Etat, soit à la liberté des cultes, soit enfin à la morale ou aux bonnes mœurs, si leur application est incompatible avec l'esprit du Code civil argentin et si, au cas de conflits de ce Code avec des lois étrangères, les dispositions du Code argentin sont plus favorables au point de vue de la validité de l'acte juridique. En vertu de la loi sur le gouvernement du *Congo belge* du 18 octobre 1908 (article 4), c'est la loi du pays d'origine qui s'applique au statut personnel, à condition qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public. D'une façon analogue, l'article 15 de la même loi dispose que, en aucun cas, les lois et décisions judiciaires de pays étrangers, les traités et les conventions privées ne peuvent avoir d'effet juridique dans l'Etat autonome du Congo s'ils sont contraires, soit au droit public de cet Etat, soit à celles de ses lois qui ont été établies en vue de la protection d'intérêts sociaux et des bonnes mœurs. L'article 17 du Code civil des *Etats-Unis du Brésil* du 1er janvier 1916 dispose que les lois, les actes juridiques et les décisions judiciaires de pays étrangers, ainsi que les dispositions et conventions privées sont sans effet juridique s'ils sont contraires à la souveraineté nationale, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'article 1er de la *loi chinoise* du 5 août 1918 sur l'application des lois

juridiques dont le droit renvoie à la loi du pays d'origine ; elle est nécessaire pour protéger le propre droit du pays qui pourrait être contrarié par l'application sans critique (7) du droit étranger, né évidemment de cultures étrangères (8).

Là où cette clause de l'ordre public n'a pas d'application, ne s'applique pas non plus le principe de la *lex patriae*. Mais là où ce droit est pris en considération, il est nécessairement soumis aux restrictions qui résultent de cette clause (9).

Dans la mesure où cette clause entre en jeu, l'ordre public prime, d'après Niboyet, le droit étranger s'il n'existe pas un « minimum d'équivalence » entre ces deux droits (10).

Il ne peut pas être douteux que la détermination de ce « minimum » est en étroite fonction de la constitution sociale et du système juridique (11) du pays appelé à appliquer le droit étranger. Chaque pays a son propre sentiment juridique, conforme à la culture du peuple et, partant, décisif pour l'évaluation du « minimum d'équivalence ».

Chaque peuple est en cette matière son propre juge dont la sentence découle des conceptions que ses lois se font de la justice. C'est pourquoi les conceptions de la justice varient d'un pays à l'autre ; au même moment où certaines règles de droit son glorifiées dans un pays, un autre les

---

étrangères exprime également l'idée que la loi étrangère ne peut s'appliquer en Chine qu'à la condition de n'être contraire, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs de la Chine. L'article 30 de la *loi japonaise* du 15 juin 1898 sur l'application des normes juridiques en général prescrit que le droit étranger ne reçoit pas application s'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'article 8 de la loi du *Liechtenstein* du 20 janvier 1926 sur le statut personnel et le droit des sociétés dispose que, dans tous les cas où l'application de la loi étrangère conduirait à des résultats contraires à l'ordre public ou à la moralité, le droit au Liechtenstein doit s'appliquer à l'exclusion de tout autre droit. L'article VII du Code civil de la République du *Nicaragua* de 1903 dispose que le droit étranger ne peut être appliqué s'il est contraire, soit aux droits public ou pénal de la République, soit à la liberté de la culture, soit aux bonnes mœurs, et si son application est incompatible avec l'esprit dudit Code. La *loi polonaise* du 2 août 1926 (Trad. allemande chez Ackerberg, *Rechte und Pflichten der Ausländer in Polen*, Berlin, 1933, pp. 157 à 165; décisions judiciaires, *loc. cit.*, p. 166 et ss.) prescrit dans son article 38 que les dispositions du droit étranger n'ont pas de force obligatoire en Pologne si elles sont en opposition avec les principes fondamentaux de l'ordre public en vigueur en Pologne ou avec les bonnes mœurs. L'article 1er du Code de droit international privé de l'*Union panaméricaine* comporte également la clause de l'ordre public. Cf. Makarov, *Die Quellen des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1929.

(7) La clause de l'ordre public reçoit une large application dans le commerce juridique international privé en ce qui concerne les lois sur le statut personnel et les lois patrimoniales de l'U. R. S. S.

(8) Voir, ci-après, note 12.

(9) Que le principe du traitement sur le pied d'égalité du droit interne et du droit étranger nécessite un contrepoids, c'est ce qu'a déjà exprimé Savigny en parlant des « exceptions » par rapport aux « lois de strict droit positif de nature contraignante ». C'est ce qu'a également enseigné l'Ecole italienne du XIXe siècle.

(10) Cf. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 1928, p. 532. Cf. aussi Savigny, *System*, tome VIII, 1849, p. 34.

(11) Sur la notion de système ou d'ordre juridique cf. Sohm, *Weltliches und geistliches Recht*, Munich, 1914, p. 16, qui dit : « La fixation arbitraire du contenu du système juridique est impossible. Ce n'est pas dans la contrainte extérieure, mais dans la réalisation de l'idéal de justice que consiste la force de vie la plus profonde du droit; car la mesure de justice détermine la mesure de l'efficacité de la force morale d'application de l'ordre juridique; les royaumes reposent sur la justice ».

combat. C'est ce qui se produit tout particulièrement entre peuples appartenant à des communautés religieuses différentes. Le même résultat découle aussi de l'existence de vues politiques opposées entre les Etats, ce qui ressort avec une particulière clarté quand on compare la législation de l'Union soviétique à celle du Troisième Reich.

Le sentiment juridique individuel est soumis à l'influence d'éléments divers tels que la situation géographique, le climat et, en rapport avec ces deux éléments, le tempérament, la psychologie du peuple, la langue, la situation politique et économique, la religion et spécialement la morale qui se dégage d'ordinaire de ces facteurs positifs et négatifs et qui est le fondement du principe de justice (12). La morale sert à l'individu, aussi bien qu'au peuple et à l'Etat. Elle naît de la conscience intime et des besoins vitaux et ne peut être transplantée à d'autres hommes et d'autres peuples qu'en même temps que cette conscience. Quand sa transplantation se produit en dehors de celle de cette conscience, il y a non pas une réception, mais une imposition de la morale qui, dans ce cas, n'a pas de droit à l'existence et ne saurait donc être appliquée.

La morale d'un peuple est la nappe profonde de son esprit. C'est ainsi qu'on parle d'un *esprit du peuple* (*Volksgeist*). L'esprit du peuple forme les concepts de justice (13), c'est-à-dire le point d'appui du droit positif qui n'est pas nécessairement juste. « Très souvent, dit Exner, certaines normes juridiques se développent en dehors de toute accentuation éthique. Un besoin des considérations d'ordre politique ou autres provoque une loi ; l'application démontre que la loi a été « opportune » (*zweckmässig*) ; c'est pourquoi elle acquiert le halo de la justice. Et non moins souvent le droit adopte avec un succès égal quelque chose dont l'opportunité a fait ses preuves en dehors du droit. C'est pour cela que la maxime « est juste ce qui a été opportun hier » se fonde sur une observation exacte. De cette façon, certaines communautés juridiques sont arrivées à ne plus distinguer entre le substitut de justice offert par la jurisprudence et la justice elle-même » (14).

L'esprit du peuple est particulariste et adapté uniquement au peuple qu'il régit .Il est un tout autonome et ne saurait être scindé en parties. Il ne peut non plus être transplanté. Là où il naît, il renaît d'une manière autonome.

C'est pour cette raison que le droit étranger ne peut pas être appliqué, non seulement dans le cas où il s'oppose à la morale du propre droit du pays, mais encore dans le cas où il n'est *pas conforme* à elle.

Pour pouvoir décider si un droit étranger est, oui ou non, conforme

---

(12) Cf. M. E. Meyer, *Rechtsphilosophie* dans *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlin, 1922, qui dit p. 25 : « A l'essence de la nation est indissolublement liée la capacité de créer une culture caractéristique; car les événements historiques qui forment la nation développent aussi sa culture. La culture allemande se distingue de la culture anglaise parce que l'Allemagne a vécu pendant des siècles une autre histoire que les îles britanniques, une autre histoire des mœurs et de l'économie, une autre histoire de l'art et de la littérature, une autre histoire constitutionnelle et juridique ».

(13) Cf. M. E. Meyer, *loc. cit.*, p. 80.

(14) Cf. Exner, *Ueber die Gerechtigkeit im Strafmass* dans *Festnummer der Oesterreichischen Zeitschrift für Strafrecht*, 1920, p. 300.

à la morale du droit du *propre* pays, il faut analyser les normes juridiques étrangères, mais avant elles, la philosophie du droit de l'*autre* pays. Pour connaître la philosophie de droit d'un pays, il convient d'examiner deux choses : d'une part le niveau de la philosophie générale qui règne à cette époque dans le pays, et de l'autre la philosophie de droit qui a été propre à l'époque immédiatement précédente (15).

Il faudrait aussi tenir compte de ce que la notion de droit est en rapport avec la notion, plus générale, de la connaissance sociale et qu'elle doit être traitée en conséquence.

Afin de pouvoir exactement établir le parallèle entre les deux droits, propre et étranger, il est nécessaire d'étudier l'ensemble de la vie sociale du pays étranger pour en dégager, au point de vue formel aussi bien qu'au point de vue de son contenu, la notion et la légitimité du droit étranger par rapport à son propre droit.

Quand on néglige ces principes, on viole inévitablement l'idée du propre droit qui, cependant, s'incorpore l'idée de l'harmonie complète de tous les contenus juridiques.

III. Thèse

Le droit du cabinet Hitler sur le mariage est la conséquence logique de la théorie des races, caractéristique de la vie sociale du Troisième Reich. Ce droit du mariage n'a pas de vie autonome et ne saurait subsister que là où il est caserné dans la théorie des races. Puisque, au surplus, il est contraire aux instincts naturels de l'homme — qui ne connaît pas des distinctions de races au point de vue de la fécondation —, il doit être qualifié de loi extraordinaire et ne peut s'appliquer que dans les pays où la théorie des races règne sur l'esprit du peuple.

Il en résulte la décision suivante : *la clause de l'ordre public prime dans notre cas le principe de la lex patriae et rend la loi hitlérienne sur le mariage inapplicable en dehors de l'Allemagne, avec cette conséquence que les mariages susvisés peuvent être célébrés en dehors des frontières allemandes* (16).

Cela vaut également pour les pays qui ont expressément reconnu la législation du Troisième Reich en matière de mariage. Tant que, dans ces pays, la théorie hitlérienne des races ne gouverne pas l'esprit du peuple, la reconnaissance de sa législation a seulement une signification symbolique et de courtoisie, mais ne saurait engendrer aucune obligation d'appliquer la loi hitlérienne.

Une reconnaissance de ce genre est du même ordre que la masse de normes que nous rencontrons dans les préceptes de bonne conduite et de bons usages, dans les exigences de l'étiquette et dans les « formes » de la vie sociale, dans la mode et dans les « conventions » de la vie quoti-

---

(15) Cf. Pétrone, *La Fasa Regentissima della Filosofia del Diritto in Germania*, Pise, 1895.

(16) Il est inutile d'insister sur le fait que le droit hitlérien du mariage n'existe que dans l'Allemagne actuelle.

dienne — tel le code de l'honneur, — et que Rudolf Stammler (17) a appelées règles conventionnelles (*Konventionalregeln*), par opposition aux règles juridiques (*rechtliche Satzungen*).

IV. Conventions créant une obligation d'appliquer le droit étranger

Autre est cependant le cas où la reconnaissance est en liaison avec un contrat au sujet de l'application du droit. Tout contrat crée des devoirs et des droits. L'une des parties doit une prestation, l'autre peut l'exiger. Le contrat forme le rapport juridique des parties contractantes et figure, dès lors, parmi les règles juridiques sanctionnées; en d'autres termes, l'exécution du contrat ne dépend pas du bon plaisir du débiteur.

D'autre part, l'obligation d'appliquer le droit ne peut viser que le droit étranger, et non pas le propre droit. Sinon, le droit étranger devrait être inséré comme norme autonome dans le droit propre du pays en cause. Mais, dans ce cas, ce serait encore son propre droit qu'il serait obligé d'appliquer. Alors notre problème disparaîtrait.

Il résulte de ces réflexions que la convention concernant l'application du droit ne crée à la charge de l'Etat-débiteur que l'obligation de ne pas faire célébrer sur son territoire des mariages qui, contractés en Allemagne, seraient qualifiés nuls par le Troisième Reich. Mais autre est le cas où des mariages de ce genre sont célébrés dans un Etat non adhérent à cette convention. Bien entendu, ces mariages ne produiront pas d'effet juridique en Allemagne, mais *ils conserveront leur potentiel de validité dans tous les pays où la théorie des races ne représente pas l'esprit du peuple en ce qu'il y a de décisif sur la législation — donc aussi dans les pays intervenus à la conclusion de la convention d'application.*

V. Droit religieux

Si le problème qui nous préoccupe a besoin d'être examiné au point de vue de droit civil, il est cependant hors de discussion que la loi hitlérienne précitée n'a pas, et ne peut pas avoir, d'influence sur le droit religieux du mariage, puisque les Eglises appliquent leurs propres lois, qui sont uniformes à travers le monde entier.

Les églises de toutes les religions considèrent le mariage comme ayant été établi par Dieu lui-même lors de la Création et comme une institution ordonnée par lui à ce moment quant à ses principes fondamentaux. Un de ces principes fondamentaux est celui qui dit que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, *de quelle que race qu'ils soient*, qui vise la propagation du genre humain. L'Eglise catholique est allée jusqu'à élever le mariage au rang d'un sacrement, c'est-à-dire au rang des institutions par lesquelles la grâce divine se communique à l'homme comme signe de

---

(17) *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, éd. Heise, 1925, tome I, p. 87.

son étroite liaison avec l'Eglise : liaison en conséquence de laquelle le mariage ne peut être dissous que par la mort d'une des parties (18).

Puisqu'aucune des religions à prendre en considération ne contient de normes semblables à celles de la loi hitlérienne et qu'au surplus elles condamnent toutes la théorie des races comme contraire à leurs dogmes, les mariages dont nous parlons sont nécessairement valables au point de vue du droit religieux, à la condition d'avoir été conclus conformément à la réglementation religieuse. La célébration religieuse du mariage interdit la célébration d'un nouveau mariage tant que l'ancien subsiste.

Si l'on voulait conclure à la nullité du genre de mariages que nous étudions, il en découlerait ce résultat paradoxal que ces mariages seraient nuls civilement et que, dès lors, rien ne s'opposerait à la conclusion d'un nouveau mariage, mais que, d'autre part, ces mariages seraient valables religieusement et ne pourraient même pas être dissous, puisqu'aucune (19) des Eglises n'admet que la différence des races provoque la nullité du mariage et, par conséquent, elles considèreront toutes le nouveau mariage comme bigamie (20) (21).

Ces considérations conduisent à établir la thèse que les mariages, déclarés nuls en Allemagne en vertu de la loi précitée, subsistent au point de vue religieux et notamment en dehors des frontières allemandes, et plus particulièrement dans tous les Etats où le droit séculier a fait de la réglementation religieuse du mariage l'une des branches du droit positif.

VI. Déclaration de nullité

La question se pose de savoir qui serait compétent pour intenter une action en nullité contre des mariages conclus en dehors de l'Allemagne, en fraude de la loi hitlérienne, dans le cas où cette action serait admissible.

Pour pouvoir répondre à cette question, il faut revenir à la loi même. D'après le paragraphe 1er, alinéa 2, de la loi du 15 septembre 1935, l'action en nullité peut être introduite seulement par le procureur (*Staatsanwalt*). Le mot « seulement » exclut évidemment tout tiers. Du texte de cette

---

(18) Quant au mariage catholique cf. Gross, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, Vienne (Autriche), 1894, p. 269 et p. 298. Quant au mariage juif cf. Akerberg, *Talmud, Bolszewizm i polski projekt praxa malzenskiego*, Varsovie, 1932.

(19) A l'exception, évidemment, de l'Eglise du Veda indienne dont le culte est étroitement lié avec l'idolâtrie; cf. Muir, *Original Sanskrit text*, Londres, 1873 et 1884, t. 4 et 5.

(20) Le fait du Code civil allemand de parler, dans son paragraphe 1588, non pas du droit religieux, mais « des obligations envers les Eglises » (*kirchliche Verpflichtungen*) ne change en rien l'exactitude de notre énoncé.

(21) A ce propos il convient de signaler la disposition intéressante de l'article 115 du Code civil de la République de l'*Equateur* qui prescrit que, dans le cas où une autorité ecclésiastique déclare nul ou annulable un mariage contracté à l'étranger, les effets doivent néanmoins en être maintenus. Cf. aussi l'article 120 du Code civil du *Chili* du 14 décembre 1865 où il est dit que le divorce, prononcé à l'étranger conformément aux lois du pays étranger, mais qui n'aurait pas pu être prononcé par application des dispositions du droit chilien, ne donne à aucun des époux le droit de se remarier au Chili pendant que l'autre époux est vivant. L'article 116 du Code civil de l'*Equateur* prévoit la même réglementation.

disposition, il résulte clairement que cette prescription vise tous les mariages contraires à la loi hitlérienne qu'ils aient été célébrés en Allemagne ou à l'étranger. Dans les autres cas de nullité de mariage, les mariés eux-mêmes — ou au moins l'un d'eux — ont la possibilité d'intenter l'action en nullité. Dès lors, la disposition de l'alinéa 2 doit être qualifiée d'exceptionnelle et traitée en conséquence. Il en résulte cette autre question : si la loi précitée doit être appliquée en dehors de l'Allemagne afin de provoquer la nullité du mariage, quel est le droit formel qui doit être appliqué ? Est-ce le droit du pays étranger ou le droit allemand ?

Le principe appliqué, par le droit international privé, dans l'intérêt même du commerce, est celui de la *lex fori* (22). Dès lors, l'alinéa 2 du paragraphe Ier précité n'a pas de force obligatoire en dehors de l'Allemagne.

D'autre part, la *lex fori* ne peut pas s'appliquer, puisque cela serait contraire à la disposition exceptionnelle dudit alinéa 2 et qu'il résulterait de son application que l'on accorderait à un droit étranger un champ d'action plus vaste qu'il n'a dans son pays natal.

Nous concluons donc : *L'action en nullité ne peut être introduite qu'en Allemagne, à l'exclusion de tout pays actuel.*

---

(22) Cf. article 11 de la loi *chinoise* du 5 août 1918 sur l'application des lois étrangères. Cf. Padoux, *La loi chinoise du 5 août 1918 sur l'application des lois étrangères en Chine*, Pékin, 1922. Il résulte de ce texte que les causes du divorce doivent être appréciées non seulement d'après la *lex patriæ*, mais aussi d'après la loi chinoise. Cf. aussi le paragraphe 34 de la loi de l'*Esthonie* du 27 octobre 1922 sur le mariage (*Riigi Teataja*, 1922, n° 138) : « Les déclarations de nullité et le divorce de mariages de ressortissants étrangers, prononcés à l'étranger, ne sont valables en Esthonie qu'à la condition d'avoir été prononcés en vertu d'une des causes de nullité ou de divorce prévues dans la présente loi ». Le même principe s'applique en *Nicaragua* dont le Code civil de 1903 dispose dans son article 108 qu'un mariage qui, d'après les lois du pays où il a été contracté, pourrait être dissous, ne peut cependant l'être au Nicaragua que conformément aux lois de ce pays. Il en est de même en *Uruguay*. L'article 104 du Code civil de 1868 (rédaction de 1914) de ce pays pose le principe qu'un mariage qui pourrait être dissous d'après les lois du pays où il a été célébré, ne peut être dissous dans la République d'Uruguay que conformément aux lois de la République. L'article 54 du Code du Droit international privé de l'*Union panaméricaine* dispose que les causes de divorce et de séparation de corps sont régies par la loi du lieu où l'action est introduite, à la condition que les époux y soient domiciliés.

TITRE IV

LES ORIENTATIONS PARTICULIERES DU DROIT DE LA RUSSIE SOVIETIQUE

CHARLIER, *La nouvelle constitution « stalinienne » de l'Union soviétique.*
DE SIGALAS, *Plan et « Bases commerciales » en U. R. S. S.*
FREUND, *L'avenir du droit civil dans l'Union soviétique.*

Il convient de rapprocher de ces articles :

a) en ce qui concerne la RESPONSABILITÉ INTERNE DE L'ÉTAT RUSSE, l'article de M. TROTABAS, LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN DROIT INTERNE ET LE RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE, publié ci-dessus dans le Titre II, Chapitre II, § 137;

b) en ce qui concerne le STATUT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN RUSSIE l'étude de M. GOLAB, LE DROIT CIVIL ANTILIBÉRAL, publiée ci-dessus dans le Titre II, Chapitre IV, § 143.

LA NOUVELLE CONSTITUTION « STALINIENNE », DE L'UNION SOVIETIQUE

Par Robert-Edouard CHARLIER,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université d'Alger.

Le VIII[e] (et dernier) Congrès des Soviets de l'U. R. S. S. a adopté, le 5 décembre 1936, une nouvelle constitution fédérale, remplaçant celle qui avait été en vigueur depuis les débuts de l'Union (du 31 janvier 1924, avec des modifications de détail du 26 avril 1927 et du 17 mars 1931). La révision a été opérée conformément aux dispositions mêmes du texte remplacé, donc sans rupture de la continuité juridique et étatique. Elle est due, naturellement, à l'initiative du Comité central du Parti communiste de l'Union Soviétique, et, dans ce Comité, bien entendu, de Staline, secrétaire du Comité et, en fait, « chef » du Parti et du pays. Elle était destinée, d'après la résolution du 6 février 1935, par laquelle le Congrès des Soviets décidait d'y procéder, à « préciser la base sociale et économique de la Constitution en vue de l'adapter au rapport actuel des forces de classe en U. R. S. S. (la création d'une nouvelle industrie socialiste, l'écrasement des koulaks, la victoire de la collectivisation, l'institution de la propriété socialiste, base de la société soviétique, etc.) », et à démocratiser le système électoral pour tenir compte des changements survenus dans l'état matériel et culturel de l'Union et qui permettent ces progrès vers la liberté et l'égalité politiques. Le projet (du 11 juin 1936), qui, conformément à cette résolution, avait été établi par le Comité exécutif central de l'Union d'après les travaux d'une Commission élue par lui à cet effet, et dirigée par Staline, fut, au cours de l'été de 1936, soumis à une très vaste publicité, en U. R. S. S. et à l'étranger, à la fois dans un but de propagande pour le régime, et pour organiser une large discussion populaire de ses dispositions. Le Congrès de novembre-décembre 1936 se trouva ainsi saisi d'un certain nombre d'amendements ; certains — d'ailleurs, de peu d'importance au regard de l'ensemble — furent retenus, et la rédaction fut donc légèrement remaniée, sous la présidence de Staline, par une commission du Congrès. Le texte ainsi préparé fut enfin voté dans l'enthousiasme par le Congrès unanime. (On en trouvera la traduction française dans *Le Journal de Moscou,* hebdomadaire, Moscou, n° du 8 déc. 1936).

Cette Constitution mérite l'épithète de « stalinienne », puisqu'elle est le produit, l'expression, et le mode d'évolution ultérieure de la situation actuelle de l'U. R. S. S., — avec toutes ses difficultés, toutes ses virtualités

complexes, — situation dans laquelle la personne de Staline ne joue d'ailleurs qu'un rôle limité, mais à laquelle il donne son nom ; « dans les événements historiques, les hommes qualifiés de grands sont des étiquettes qui donnent un titre à un événement » (Tolstoï). Sans décrire en détail cette situation, ni rechercher ses causes, ni ses perspectives d'avenir, examinons les caractères dominants de la nouvelle loi fondamentale.

⁂

Déjà dans son allure extérieure, ce document diffère de la précédente Constitution fédérale. Celle-ci, assez singulièrement, était faite de la mise bout à bout d'une *Déclaration,* — proclamant les raisons de la création de l'Union, — et d'un *traité,* celui par lequel l'Union avait été fondée, en décembre 1922, entre les Républiques socialistes soviétiques désormais absorbées dans l'Etat fédéral ; et les dispositions de ce traité ne réglaient guère que les rapports entre ces Républiques, laissant aux Constitutions respectives de celles-ci (celle de la République de Russie, — R.S.F.S.R., — et les autres copiées sur elle) le soin de poser les principes du Droit public soviétique socialiste concernant les rapports entre les citoyens et l'Etat.

Le texte nouveau n'offre plus cette physionomie contractuelle ; la brève période de rencontre des consentements souverains des collectivités composantes, que l'on trouve souvent à l'origine des Etats fédéraux, s'est trouvée d'autant plus vite achevée pour l'Union soviétique, qu'à tout prendre il ne s'agissait que de consacrer, par le rassemblement en un même Etat, des liens déjà très forts résultant pour les jeunes Républiques ainsi fédérées de la séculaire, et encore toute récente, appartenance commune de leurs territoires et populations à l'Empire unitaire des tzars, et de la communauté des régimes intérieurs qu'elles venaient de se donner ; la cohésion de toutes les parties de l'Etat soviétique n'est donc plus en cause. D'autre part, le texte est beaucoup plus long qu'auparavant, car il contient maintenant toutes les règles essentielles du Droit public soviétique socialiste, et forme ainsi une véritable Constitution complète, les Républiques composantes n'ayant plus qu'à élaborer ou réviser leurs Constitutions pour tenir compte des principes et changements qui leur sont ainsi imposés (ainsi la R.S.F.S.R. a, en janvier 1937, dû refaire sa Constitution en y reproduisant les traits essentiels de la nouvelle Constitution fédérale).

Quant à la *Déclaration* d'union qui précédait les articles de la Constitution fédérale de 1924 (et qui complétait et rappelait implicitement la *Déclaration des droits des peuples de Russie,* du 15 novembre 1917), elle a disparu, de même qu'a disparu la *Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité,* du 17 janvier 1918 qui s'étalait jadis en tête de la Constitution de la R.S.F.S.R. C'est d'abord parce que les idées générales de ces *Déclarations fondamentales* ont pénétré dans les esprits et dans les faits, dans une mesure suffisante pour qu'il ne soit plus nécessaire de les proclamer solennellement ; les livres, les journaux, les discours du régime sont constamment remplis de ces maximes officielles ; il n'est donc plus besoin, pour les soutenir et les véhiculer, d'en alourdir la Constitution ; le rôle propre de celle-ci n'est pas de les prêcher, mais de les mettre en pratique, politiquement et techniquement. Et pour cela elle n'a pas à dire ce qui devra être fait, mais seulement à agencer les moyens de le faire. Les anciennes Constitutions soviétiques s'assignaient des buts dans les *Déclarations* préci-

tées, et dans leurs articles mêmes : « la présente Constitution... a pour tâche d'assurer la dictature du prolétariat, afin d'écraser la bourgeoisie, de détruire l'exploitation de l'homme par l'homme, et de réaliser le communisme, sous le régime duquel il n'y aura ni division en classes, ni pouvoir d Etat » (Const. de la R.S.F.S.R. de 1925, art. 1). Et peut-être ne pouvait-il pas en être autrement à l'époque où tout était à faire, où tout ce qui constituait la substance idéologique du Droit public nouveau ne se présentait encore que sous forme de buts à réaliser et de thèses à propager. A l'heure actuelle, au contraire, des résultats ont été acquis ; il est possible de les enregistrer ; et cela est utile ; certes, une Constitution n'est pas un livre d'histoire ; elle n'a pas à retracer le passé ; mais il est bon qu'elle décrive le présent, et soit un peu un communiqué de victoires ; on favorise la progression ultérieure en précisant le plus exactement possible la ligne déjà atteinte et qui sera la base de départ pour les prochains bonds ; on rend courage aux combattants en leur montrant que leurs peines ont servi à quelque chose ; et, à l'inverse, on les décevrait si on persistait à ne leur parler que de l'objectif ultime, si lointain qu'aucun d'eux, individuellement, ne peut avoir l'espoir d'y atteindre et qu'il faut donc beaucoup d'enthousiasme désintéressé pour que la seule considération de ce but les décide à prendre leur part de l'effort nécessaire pour que la société s'en rapproche ; dans l'exaltation du début des révolutions, on se rend moins bien compte à quel point l'objectif final est éloigné ; et à ce moment-là, d'ailleurs, on peut tabler sur l'enthousiasme désintéressé ; mais ensuite cette exaltation généreuse tombe ; on peut la renouveler par moments, mais non faire fond sur elle durablement ; il faut donc savoir désormais utiliser et flatter les sentiments les plus ordinaires chez l'homme, c'est-à-dire, un idéalisme certain, mais limité et le besoin d'espérer pour entreprendre et de réussir pour persévérer ; il faut n'assigner au citoyen que des fins très proches, modestes, et au surplus lui montrer que sa condition actuelle est déjà satisfaisante et porte déjà en elle-même sa signification et sa valeur. Pour pouvoir poursuivre une transformation sociale, en dehors des périodes de feu, et de façon constante et normale, il faut savoir consentir des répits relatifs et des humanisations. Tel est l'esprit de la Constitution actuelle. Elle se propose d'être un bilan ; elle consacre une détente et un ralentissement du rythme des créations. Comme, d'autre part, pour assurer la marche de la vie publique et les progrès ultérieurs, il faut, — c'est, techniquement, la mission propre de la Constitution, — instituer des organes gouvernementaux et administratifs et des règles de leur fonctionnement, la Constitution doit, à cet égard encore, être un fidèle tableau du présent, car le recrutement, la structure et l'activité de ces organes doivent être ajustés aux exigences et aux possibilités de l'état présent de la société. Voilà pourquoi « la Commission de la Constitution est partie du principe qu'une Constitution ne doit pas être confondue avec un programme... Alors qu'un programme parle de ce qui n'est pas encore et de ce qui doit être encore obtenu et conquis dans l'avenir, une Constitution, au contraire, doit parler de ce qui est déjà, de ce qui a déjà été obtenu et conquis maintenant, dans le présent. Le programme concerne principalement l'avenir, la Constitution, le présent » (Staline, *rapport du* 25 *nov.* 1936, *sur le projet de Constitution*). Voilà pourquoi Molotov, président du Conseil des Commissaires du peuple de l'Union, dans son rapport du 6 février 1935, au VII[e] Congrès des Soviets de

l'Union, sur l'opportunité de réviser la Constitution (publié en trad. française sous le titre : *La Démocratie soviétique*, Bureau d'éditions, Paris, 1935), et Staline, dans son rapport du 25 novembre 1936 (publié en trad. française dans *Le Journal de Moscou*, n° du 1er décembre 1936), ont rattaché les réformes envisagées à l'esquisse des changements survenus depuis 1924.

En ce qui concerne les relations entre les peuples, entre les collectivités nationales, le texte nouveau ne semble pas refléter ni apporter de grandes modifications. Staline rappelle que l'Union soviétique « comprend environ 60 nations, groupes nationaux et nationalités » ; il observe qu'en 1924 « les relations entre ces peuples n'étaient pas encore dûment organisées, les survivances de la défiance à l'égard des Grands-Russes n'avaient pas encore disparu, les forces centrifuges continuaient à agir » ; néanmoins le pouvoir soviétique fit l'expérience du rassemblement de ces peuples en un seul Etat fédéral multinational sur la base de leur libre collaboration fraternelle dans le champ du socialisme ; et puisqu'aujourd'hui l'expérience a réussi, et que ces peuples sont solidement unis, le mieux est de conserver la même structure, qui leur a permis ainsi de combiner la solidarité nécessaire avec une certaine autonomie.

L'Etat fédéral soviétique conserve donc ses principaux aspects ; par les uns, il semble décentralisé politiquement jusqu'à se rapprocher d'une simple confédération d'Etats ; par les autres, il se révèle assez étroitement et fortement regroupé pour s'apparenter à un Etat unitaire. Etat fédéral, où les compétences sont réparties par la Constitution entre les organes centraux et ceux des Républiques fédérées, et où le Parlement central (aujourd'hui appelé le *Conseil suprême* et remplaçant à la fois le Congrès des Soviets de l'Union et le Comité exécutif central, désormais disparus) comporte, à côté d'une Chambre où le pays est représenté dans son unité intégrale (Conseil de l'Union), une autre Chambre (Conseil des nationalités) où les collectivités composantes sont représentées en tant que telles et sans égard à leur population plus ou moins nombreuse. Fédéralisme à plusieurs degrés puisque les Républiques fédérées dans l'Union comportent elles-mêmes, souvent, des subdivisions dotées d'un certain *self-government* sous le nom de Républiques autonomes et de Régions autonomes. Fédération en apparence assez distendue, le pouvoir central n'ayant d'attributions que celles qui lui sont expressément conférées par le texte, et la souveraineté des Républiques fédérées demeurant la règle ; le territoire des Républiques fédérées ne pouvant être modifié sans leur consentement ; et chacune d'elles conservant le droit de sortir librement de l'Union (Staline a eu l'occasion de faire repousser un amendement qui visait à la suppression de ce droit de sortie ; il a, par ailleurs, expliqué que la liberté reconnue aux Républiques fédérées de quitter l'Union exigeait qu'on n'élevât au rang de Républiques fédérées que des portions de territoire susceptibles d'exercer pratiquement ce droit, et, pour cela, périphériques, non entourées de toutes parts par le territoire de l'U. R. S. S.). Lien fédéral en réalité très resserré, car la liste des compétences conférées aux organes centraux est très considérable et réduit à bien peu de chose la souveraineté de principe gardée par les Républiques fédérées ; la nouvelle Constitution, ajoute, pour plus de sûreté et de clarté, ce qu'impliquait déjà le régime antérieur : « En cas de divergence entre la loi d'une République fédérée et la loi fédérale, c'est la loi fédérale

qui prime » ; dans ces conditions, l'influence exercée en fait par les organes centraux sur les Républiques fédérées augmente sans cesse, et rend de plus en plus illusoire leur droit de sortir de l'Union ou de résister éventuellement à une modification de leur territoire décidée par la Fédération ; selon un phénomène assez général dans les Etats fédéraux, l'Etat soviétique évolue vers un unitarisme croissant. En vérité, le fédéralisme soviétique a surtout pour signification utile une décentralisation administrative plus ou moins accentuée et un droit à une représentation propre dans le Parlement fédéral accordés aux parties du territoire de l'Union érigées en Républiques fédérées, Républiques autonomes, Régions autonomes, districts nationaux, de façon à respecter le plus possible le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et les particularités nationales, sans que cela nuise à l'œuvre d'unification politique et économique et de civilisation, et en la servant au contraire, par l'éveil dans les plus éloignés et les plus arriérés de ces peuples d'une culture « nationale par la forme, socialiste par le contenu », selon la formule léninienne.

Ces règles sur les rapports entre les peuples de l'U. R. S. S. se complètent par l'article 123 de la nouvelle Constitution : « L'égalité en droits des citoyens de l'U. R. S. S., sans distinction de nationalité et de race, dans tous les domaines de la vie économique, publique, culturelle, sociale et politique, est une loi immuable. Toute restriction directe ou indirecte aux droits, ou, inversement, l'établissement de privilèges directs ou indirects pour les citoyens selon la race ou la nationalité à laquelle ils appartiennent, de même que toute propagande d'exclusivisme ou de haine et de dédain racial ou national, sont punis par la loi. »

Si, à ces divers points de vue, le texte de 1936 ne présente par rapport à l'ancien que de faibles modifications (portant, par exemple, de 7 à 11 le nombre des Républiques fédérées), un grand changement, que la lettre de la Constitution n'indique pas, est pourtant survenu dans son esprit. La victoire remportée, depuis 1924, dans les théories dirigeantes de l'U.R.S.S., par la thèse de la possibilité de la Constitution de socialisme dans un seul pays sur la thèse de la révolution mondiale permanente, entraîne un changement dans la signification du fédéralisme soviétique. En 1926, M. Edouard Lambert (dans sa préface à Stefan Yaneff, *La Constitution de l'U. R. S. S.*, Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon) pouvait tracer un parallèle entre la Société des Nations qu'ont instituée à Genève les premiers articles du traité de Versailles et celle qu'organisait à Moscou la Constitution soviétique du 31 janv. 1924, et montrer que cette comparaison avait été sans cesse présente à l'esprit des auteurs de cette Constitution. Il y a pourtant bien de la différence entre l'aménagement intérieur d'un Etat fédéral, et un Pacte entre Etats demeurant aussi indépendants les uns des autres que les membres de l'organisme de Genève. Mais tant que demeuraient immédiatement actuels les espoirs et les essais d'une révolution communiste mondiale à brève échéance, cette différence n'était pas très importante ; tous les peuples, soumis aux Gouvernements bourgeois qui les séparaient et les opposaient artificiellement les uns aux autres, étaient attendus d'un moment à l'autre dans l'Union soviétique et conviés à la libre collaboration fraternelle sous le signe de l'affranchissement et de la solidarité socialistes ; l'U. R. S. S. se posait ainsi en formule internationale, universelle, en même temps qu'en formule constitutionnelle, et se dressait en

rivale contre la Société des Nations. Aujourd'hui, ces espoirs subsistent, mais reportés à une échéance beaucoup plus éloignée ; l'admission de nouvelles Républiques dans l'Union reste possible, les chefs du régime continuent de dénoncer les dangers de l'encerclement capitaliste de l'U. R. S. S., mais la révolution communiste mondiale est manifestement différée ; il a fallu se résigner, en l'attendant, à la construction — et à la défense — du socialisme dans un seul pays, c'est-à-dire aussi à l'aménagement dans un seul pays des rapports socialistes entre les peuples. Il est tout à fait caractéristique que Litvinov, dans son discours du 28 nov. 1936, ait pu chercher et réussir à faire rire le VIII[e] Congrès en disant, à propos de l'intérêt éprouvé par l'U. R. S. S. envers les événements d'Espagne : « Nos ennemis affirment que nous nous efforcerions de créer dans la péninsule ibérique un Etat communiste soviétique, et que nous aurions même l'intention de l'inclure dans l'Union soviétique (*rires*)... stupides affirmations... »

Le fédéralisme soviétique n'est donc plus, — pour l'instant — qu'une formule de Droit public interne. Quand il aspirait à refondre ou supplanter le Droit des gens classique et bourgeois, l'Union soviétique s'efforçait d'entretenir le moins possible de relations avec les Etats capitalistes : sa conception du *Droit international de l'époque transitoire* (Korovine), c'est-à-dre de l'époque où les autres Etats n'étaient pas encore socialistes et ne présentaient donc que peu d'affinités avec elle, la conduisait à minimiser les obligations internationales qu'elle acceptait ; d'où son hostilité aux traités-unions à caractère général, à l'arbitrage, à la S. d. N., etc. Aujourd'hui l'Union soviétique, voyant cette période « transitoire » se prolonger, et sentant tout ce qu'elle perdrait en avantages techniques, économiques, culturels, et en sécurité à continuer à se tenir à l'écart, accepte de participer très largement aux relations internationales. Entrée dans la S. d. N., elle en est maintenant un des plus fermes soutiens ; et pour bien marquer ses intentions de participation à la coopération internationale, elle prévoit, dans sa Constitution nouvelle, son entrée en guerre pour l'exécution éventuelle de ses engagements internationaux de défense mutuelle contre l'agression (art. 49).

Tout en ayant dû s'accommoder de l'isolement présent de l'U. R. S. S. le communisme n'abandonne d'ailleurs pas la préparation de la révolution mondiale. Il appartient à la III[e] Internationale ou Internationale communiste (Komintern), de travailler au développement du socialisme soviétique dans tous les pays par les moyens de la politique intérieure de chacun de ces pays. Et il est bien certain qu'il existe une étroite solidarité de tendances d'activité et de personnel entre la Komintern et le gouvernement de l'U. R. S. S. Mais juridiquement ils sont distincts. C'est là le résultat d'une division du travail, des compétences et des responsabilités entre deux organes du marxisme-léninisme, l'un chargé de la conduite d'un pays déjà gagné à cette doctrine, et revêtant donc la forme constitutionnelle et internationale d'un gouvernement régulier, l'autre chargé principalement de livrer l'assaut marxiste-léniniste au pouvoir dans les pays où elle ne l'occupe pas encore et revêtant donc l'aspect d'une association ou d'un parti politique. En Droit, par conséquent, il n'y a pas de confusion entre l'U. R. S. S. et la Komintern, et celle-là ne peut être rendue internationalement responsable des agissements de celle-ci que selon le Droit commun de la responsabilité d'un Etat quelconque pour les agissements d'une organi-

sation privée ayant son siège sur le territoire de cet Etat ou y exerçant son activité, responsabilité variable selon divers éléments de l'attitude de cet Etat et de l'activité de l'organisation, mais qui, en tout cas, ne peut jamais aller jusqu'à l'identification absolue de l'Etat et de l'organisation et à l'imputation générale et automatique, à cet Etat, de tous les agissements de cette oganisation. Pourtant, à raison de l'étroite solidarité de fait, il semble parfois aux yeux de certains critiques, y avoir quelque duplicité dans la politique de paix par laquelle l'U. R. S. S. cherche à améliorer ses relations avec tous les Etats, dans le même temps que la Komintern cherche à abattre les gouvernements de ces mêmes Etats. Cette contradiction n'est qu'apparente. L'U. R. S. S. veut sincèrement et énergiquement la paix et la collaboration avec tous les peuples, avec toutes les nations; et la Komintern veut aussi la paix et la coopération entre les peuples. Mais elles ne confondent pas avec les peuples les gouvernements (capitalistes, dictatoriaux, etc.) qui sont actuellement à leur tête. Elles considèrent que ces gouvernements oppriment les peuples et les cachent les uns aux autres. Aussi attendent-elles de leur chute, et de leur remplacement par les gouvernements des travailleurs, une consolidation de la paix et un accroissement de la coopération internationale. Mais tant que cette chute ne s'est pas produite, l'U. R. S. S. est bien obligée, pour resserrer ses liens de paix et de collaboration avec les peuples, de passer juridiquement par l'intermédiaire de leurs gouvernements actuels.

La construction du socialisme dans un seul pays est ainsi la thèse générale impliquée par toutes les dispositions du texte nouveau et par ses silences mêmes. Elle a été imposée par les faits comme nécessaire pour une période, passagère certes, mais peut-être de longue durée; le raisonnement démontre, et l'expérience vérifie (et, sans doute, continuera à vérifier tant que besoin en sera) sa possibilité. Mais cette même expérience a aussi mis en pleine lumière les dangers et les difficultés de cette réalisation en vase clos. Dans cette Russie surtout, dont l'équipement était presque en entier à monter, et où dominait une population paysanne et encore inéduquée politiquement, les difficultés ont été beaucoup plus considérables que si les révolutions des pays plus industrialisés et plus avancés intellectuellement avaient pu prêter à l'U. R. S. S. le secours de leur économie et appuyer et stimuler son développement révolutionnaire. Du même coup le danger des privilèges et de l'inertie bureaucratiques s'est trouvé considérablement accru. L'U. R. S. S. a dû fournir — et, si elle ne veut pas périr, ou retourner au capitalisme, ou dégénérer en une dictature des fonctionnaires et des militants du Parti, elle doit encore fournir — de très gros efforts de production et de lutte contre l'embourbement bureaucratique et la stratification sociale.

Staline définit ainsi la situation économique actuelle de l'U. R. S. S. : « Nous sommes maintenant dans la dernière période de la N. E. P., à la fin de la N. E. P., en période de liquidation complète du capitalisme dans toutes les sphères de l'économie nationale... Notre industrie s'est développée en force gigantesque; elle est basée maintenant sur une technique nouvelle, riche et moderne, avec une industrie lourde fortement développée et des constructions mécaniques encore plus développées, le capitalisme a été complètement chassé de la sphère de notre industrie, et la forme socialiste de production est maintenant le système domi-

nant sans partage dans notre industrie... Dans le domaine de l'agriculture, au lieu d'un océan de petites exploitations paysannes individuelles, avec leur faible technique et l'emprise des koulaks, nous avons maintenant la plus grande production mécanisée du monde et armée de la technique nouvelle sous forme d'un système généralisé de kolkhoz et de sovkhoz; la classe des koulaks a été liquidée dans l'agriculture, et le secteur des petites exploitations paysannes individuelles, avec sa technique arriérée, médiévale, occupe maintenant une place insignifiante; au surplus, sa part dans l'agriculture, quant à l'étendue des surfaces ensemencées ne représente pas plus de 2 à 3 %... Toute la circulation des marchandises se trouve maintenant entre les mains de l'Etat, des coopératives et des kolkhoz. Un nouveau commerce est né et s'est développé, le commerce soviétique : commerce sans spéculateurs, commerce sans capitalistes... Nous avons aujourd'hui une nouvelle économie, l'économie socialiste, qui ignore les crises et le chômage, qui ignore la misère et la ruine, et donne aux citoyens toutes possibilités pour une vie aisée et cultivée ».

Quant à la situation sociale, Staline dit que, outre les grands propriétaires fonciers qui avaient disparu dès la fin de la guerre civile, les différentes autres classes exploiteuses se trouvent aujourd'hui liquidées; il ne reste que des travailleurs : classe des ouvriers, classe des paysans et travailleurs intellectuels qui ne sont pas une classe, mais une couche sociale recrutant ses membres parmi toutes les classes de la société. La classe ouvrière, en U. R. S. S., ne doit plus s'appeler prolétariat, car ce mot signifie une classe privée des instruments et moyens de production et exploitée par les capitalistes, tandis qu'en U. R. S. S. la classe ouvrière est la force dirigeante de l'Etat, détient les instruments et moyens de production, n'est donc plus soumise au régime capitaliste et n'est donc plus exploitée. Enfin « la paysannerie soviétique actuelle est une paysannerie absolument nouvelle »; elle n'est plus exploitée par les grands propriétaires fonciers, koulaks, marchands et usuriers; son économie, son travail et son avoir sont basés sur la propriété collective, le travail collectif et la technique moderne. Aussi n'y a-t-il plus d'antagonisme de classes, car si « la direction étatique de la société (dictature) appartient à la classe ouvrière, en tant que classe avancée de la société », la paysannerie et la classe ouvrière sont « deux classes amies ». Ainsi, « les démarcations entre la classe ouvrière et la paysannerie, de même qu'entre ces classes et les intellectuels, s'effacent; et disparaît le vieil exclusivisme de classe; la distance entre ces groupes sociaux diminue de plus en plus...; les contradictions économiques entre ces groupes sociaux tombent, s'effacent...; tombent et s'effacent également entre eux les contradictions politiques ».

Tout cela se traduit dans le chapitre I^er^ (articles 1 à 12) de la Constitution, consacré à l'organisation sociale. Après avoir affirmé que l'Union soviétique est l'Etat socialiste des ouvriers et des paysans, et que le pouvoir leur y appartient en la personne des soviets de députés des travailleurs, ce chapitre expose la *base économique* du pays. Elle est constituée par le système socialiste de l'économie. L'exploitation de l'homme par l'homme a été supprimée, le capitalisme a été liquidé, le travail, en U. R. S. S., est, pour chaque citoyen qui y est apte, un devoir et une question d'honneur, selon le principe : *Qui ne travaille pas, ne mange pas.* Et la formule : *A chacun selon ses capacités, à chacun selon son travail,* est réali-

sée. L'activité du pays est dirigée par le plan d'Etat de l'économie nationale en vue d'augmenter la richesse sociale, d'élever d'une manière continue le niveau matériel et culturel des travailleurs, d'affermir l'indépendance de l'U. R. S. S. et de renforcer sa capacité de défense. La loi protège le droit à la propriété personnelle des citoyens sur les revenus et épargnes provenant de leur travail, sur leur maison d'habitation et l'économie domestique auxiliaire, sur les objets de ménage et d'usage quotidien, sur les objets d'usage et de commodité personnels. Elle protège même le droit d'héritage de cette propriété personnelle des citoyens. D'autre part, la loi admet qu'il subsiste de petites économies privées de paysans individuels et d'artisans, fondées sur le travail personnel et excluant l'exploitation du travail d'autrui; elles n'occupent d'ailleurs qu'une place très réduite dans l'économie de l'Union. La loi consacre également, au sein même des kolkhoz, l'attribution, en jouissance personnelle, à chaque foyer de paysan kolkhozien d'un petit terrain attenant à la maison d'habitation, et, sur ce terrain, l'existence d'une petite économie privée du paysan, avec bétail productif, volaille, et menu matériel agricole. Mais ce ne sont là que des vestiges, sans grande importance, de l'économie privée; le système dominant, c'est la propriété socialiste des moyens de production sous ses diverses formes : propriété de l'Etat (à qui appartiennent la terre, le sous-sol. les eaux, les forêts, les usines, les fabriques, les mines de charbon et de minerai, les chemins de fer, les transports par eau et par air, les banques, les P. T. T., de grandes entreprises agricoles telles que sovkhoz et stations de machines et de tracteurs, les entreprises municipales, la masse fondamentale des habitations dans les villes et les agglomérations industrielles), et propriété des kolkhoz, — qui ont de plus la jouissance gratuite à perpétuité de la terre qu'ils occupent, — et des organisations coopératives (bâtiments, matériel, etc.).

Ce règne du socialisme affermit la dictature de la classe ouvrière, en ce sens qu'il est l'application de la doctrine naturelle de cette classe selon le marxisme-léninisme, et qu'il étend son influence à toutes les parties du corps social et de la machine politique. Mais par là même il permet, *dans une mesure correspondante,* de rejeter les institutions de dictature constitutionnelle, administrative, juridique, qui ne se justifiaient que comme tenant provisoirement lieu et permettant de préparer la consolidation et l'extension de cette direction ouvrière, — économique et morale, — de la société. Par exemple, il permet d'abolir ces singulières répartitions inégalitaires des sièges et ces systèmes de double vote qui assuraient artificiellement la prépondérance électorale des ouvriers dans ce pays où ils sont beaucoup moins nombreux que les paysans : ces anomalies étaient nécessaires tant qu'étaient à craindre les tendances capitalistes et réactionnaires des paysans, elles peuvent être écartées aujourd'hui.

Et du moment qu'on le peut, on doit se défaire d'elles, puisque le régime socialiste soviétique n'a d'autres buts que la liberté et l'égalité, et ne diffère de la démocratie bourgeoise qu'en ce qu'il entend réaliser ce double idéal, non pas seulement en paroles et en théorie juridique, mais concrètement sur le plan économique du travail et de la consommation, ce qui suppose le communisme (« De chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins »), ou tout au moins, en attendant cette *phase supé-*

rieure, et pour y parvenir, le socialisme (« De chacun selon ses capacités, à chacun selon son travail »).

Dès que les nécessités de l'instauration du socialisme et de la lutte contre les obstacles et les ennemis ne s'y opposent plus, il faut donc revenir aux institutions les plus démocratiques et les plus libérales.

Au surplus, puisqu'il existe indéniablement, dans les débuts de toute révolution socialiste, et surtout de la construction du socialisme dans un pays isolé et où la richesse collective n'est pas encore suffisamment développée et où la population est encore peu éduquée politiquement, un danger d'inégalité excessive des conditions, et de tyrannie et d'assoupissement bureaucratiques, il est indispensable, pour combattre ce danger, de soumettre tous les dirigeants, supérieurs et subalternes, à une sélection par le peuple et à un contrôle populaire, sanctionné par des responsabilités. Sans quoi, il n'y aurait ni dictature de la classe ouvrière, ni démocratie ou libertés, mais bien pouvoir oligarchique des titulaires des différents postes dirigeants, ce qui ne vaudrait pas mieux que le gouvernement des capitalistes, ou d'un monarque, ou de la noblesse; et il n'y aurait ni socialisme ni communisme, mais exploitation des travailleurs par les titulaires des postes, renforçant et accroissant leurs avantages au détriment de la masse des ouvriers et des paysans, ce qui ne vaudrait pas mieux que l'exploitation par les seigneurs ou par les patrons capitalistes; et il n'y aurait plus avance, mais stagnation ou retour en arrière, à cause de l'indifférence, de la paresse, de l'incapacité, ou des intérêts des titulaires des postes, soustraits à l'aiguillon et à l'épreuve du contrôle par la masse. Ce contrôle et ces responsabilités permettront aux meilleurs éléments des masses de supprimer les éléments défectueux de l'appareil dirigeant; et, en sens inverse, ils obligeront les meilleures parties de l'appareil dirigeant à de nouveaux efforts de persuasion et d'éducation politique parmi les masses de façon à en arracher les éléments défectueux — ignorance, tendances au profit personnel et à l'économie privée, etc. — qui sans cela vicieraient et rendraient néfaste l'action que les masses sont appelées à exercer par ce contrôle. Par exemple, jusqu'ici les élections avaient lieu au suffrage public, c'est-à-dire d'une façon très peu libre pour les votants et qui procurait sans peine aux dirigeants les résultats électoraux voulus par eux; le passage au vote secret « sera un coup rude pour les éléments bureaucratiques et produira sur eux un effet utile...; il posera la question de la consolidation des relations directes entre les organes du pouvoir soviétique et les masses des travailleurs, et, par cela même, favorisera l'animation de tout le travail des soviets », et il « souligne... l'aspiration du pouvoir soviétique de mettre le travail de ses organes sous le contrôle renforcé des ouvriers et des paysans » (Molotov).

Cela est tellement vrai que le Parti communiste de l'U. R. S. S., auquel le fonctionnement de la nouvelle Constitution va imposer des tâches encore beaucoup plus lourdes qu'auparavant pour la conduite du pays et de l'Etat, a décidé, pour se fortifier, extirper les abus et triompher des faiblesses qui avaient été constatées, de se plier lui-même, avec une rigueur accrue, dans sa vie intérieure, à ce contrôle des effectifs sur les chefs, dont la combinaison avec la discipline de fer régnant dans le Parti forme ce « centralisme démocratique » qui le caractérise. Par une résolution du 27 février 1937 (*Le Journal de Moscou*, numéro du 9 mars 1937), le Comité central du Parti

a condamné les cooptations qui étaient parfois pratiquées dans les organes dirigeants du Parti, ordonné que tous ces organes fussent élus, exigé que fussent appliquées les dispositions des statuts fixant à de fréquents intervalles le renouvellement de ces élections (tous les ans pour les postes inférieurs, tous les dix-huit mois pour les postes supérieurs), et édicté que les candidatures seraient présentées individuellement, et non par listes, que tous les membres du parti auraient le droit illimité de critiquer les candidatures, et qu'enfin l'élection aurait lieu au scrutin secret. Il est clair qu'en agissant ainsi le Parti se renforce, puisqu'il soumet ses chefs à une surveillance et qu'il utilise toutes les forces de ses troupes. Et cela n'empêche pas un très vigoureux *centralisme* dans le Parti par une lutte énergique, à chaque moment, contre les tendances autres que celle prévalant à ce moment-là chez les dirigeants, considérées comme des déviations de la *ligne* ou comme des trahisons : telle la guerre faite actuellement par la direction du Parti aux éléments « trotskistes ». Ainsi, il y a liberté de discuter quand il s'agit de déterminer la *ligne* du Parti, mais obligation de se conformer à la *ligne* une fois arrêtée, sous des sanctions disciplinaires; — la difficulté étant de savoir quand une opinion dissidente est une discussion pour la fixation d'une nouvelle *ligne*, et quand elle est un manquement à la *ligne* en vigueur, une trahison ou un sabotage. Ce problème du conformisme existe d'ailleurs, à des degrés divers, dans tous les partis politiques de tous les pays. Aucun parti ne peut mener son action sans un minimum de conformisme intérieur. La chose est sans gravité dans les pays où toutes les opinions, et communications et manifestations des opinions, notamment par la formation de partis différents, sont libres. Mais dans un pays comme l'U. R. S. S., il en va différemment.

La Constitution de 1936 reste à ce point de vue extrêmement dictatoriale.

Le Parti communiste continue à être le seul légal. Staline l'explique par le raisonnement (évidemment erroné) que voici : « Un parti est une portion d'une classe, sa portion d'avant-garde. Plusieurs partis et, par conséquent, la liberté des partis, ne peuvent exister que dans une société où existent des classes antagonistes, dont les intérêts sont hostiles et inconciliables; où il y a, par exemple, capitalistes et ouvriers, grands propriétaires fonciers et paysans, koulaks et paysans pauvres, etc. Mais, en U. R. S. S., il n'y a plus de classes telles que les capitalistes, les grands propriétaires fonciers, les koulaks, etc. Il n'existe en U. R. S. S. que deux classes, les ouvriers et les paysans, dont les intérêts, loin d'être hostiles, sont au contraire amicaux. Par conséquent, il n'existe pas en U. R. S. S. de terrain pour plusieurs partis, ni donc pour la liberté de ces partis...; il ne peut exister qu'un seul parti, le Parti communiste, qui défend hardiment et jusqu'au bout les intérêts des ouvriers et des paysans ». Et c'est ce Parti qui est appelé, par la Constitution elle-même, à diriger toute la vie publique de l'Etat : « ...les citoyens les plus actifs et les plus conscients de la classe ouvrière et des autres couches de travailleurs s'unissent dans le Parti communiste de l'U. R. S. S., qui est l'avant-garde des travailleurs dans leur lutte pour l'affermissement et le développement du régime socialiste, et qui représente le *noyau dirigeant* de toutes les organisations de travailleurs tant sociales que *d'Etat* » (art. 126). Il est vrai que cette même Constitution *garantit aux citoyens de l'U. R. S. S.* (dans ses art. 125 et

126) la liberté de parole, la liberté de la presse, la liberté des réunions et des meetings, la liberté des cortèges et démonstrations de rues, et, afin de développer l'initiative des masses populaires en matière d'organisation, ainsi que leur activité politique, le droit de se grouper dans des organisations sociales, c'est-à-dire des associations : syndicats professionnels, unions coopératives, organisations de la jeunesse, organisations sportives et de défense, sociétés culturelles, techniques et scientifiques. Et même elle se flatte de mieux assumer ces libertés que ne le font les Constitutions bourgeoises. Car elle en assume l'exercice pratique à l'aide des moyens matériels nécessaires : « mise à la disposition des travailleurs et de leurs organisations, des imprimeries, des stocks de papier, des édifices publics, des rues, des services des P. T. T. », etc. Seulement ces libertés ne sont octroyées, et par conséquent ne peuvent être exercées, que *conformément aux intérêts des travailleurs et afin d'affermir le régime socialiste*, d'où refus de ces libertés à tous ceux qui en useraient dans des sens et pour des buts jugés par le pouvoir contraires à ces intérêts et aux exigences de ce régime; et, nous le savons, le Parti est le noyau dirigeant de toutes les associations en même temps que du pouvoir étatique. Ainsi, les libertés sont à sa merci, donc ne sont que très conditionnelles, — illusoires en somme.

Il y a d'ailleurs dans tout cela un excès inutile et dangereux. La dictature socialiste et ouvrière serait beaucoup plus forte si elle n'essayait pas ainsi d'asservir *l'esprit*, et rétablissait la liberté de recherche de la vérité et de critique; il suffit pour qu'elle reste elle-même, qu'elle gouverne, sans défaillance ni concession, *les actes*.

Sont au contraire effectivement garanties les libertés qui ne sont pas regardées comme dangereuses pour le régime, (telle, la liberté de conscience dans le domaine confessionnel, enterdu comme signifiant la « liberté de pratiquer les cultes religieux », mais également la « liberté de propagande antireligieuse », et la laïcité de l'enseignement et de l'Etat, art. 124), ou même constituent des applications des idées nouvelles dans ce qu'elles peuvent apporter déjà d'émancipation à l'humanité (telle, l'absolue égalité de droits entre la femme et l'homme, dans tous les domaines de la vie économique, publique, culturelle, sociale et politique, art. 122).

De même et surtout, à ces libertés, la Constitution soviétique — se targuant, là encore, d'une supériorité sur les Constitutions classiques de la bourgeoisie, aux « libertés » purement abstraites et creuses — ajoute des droits substantiels : le droit à la santé, au travail, au repos, à l'assurance pour la vieillesse, la maladie et l'invalidité, à l'instruction, — qui ne se traduisent par par des prérogatives individuellement et juridiquement opposables et invocables par les citoyens contre l'Etat, mais leur sont collectivement et concrètement assurés par lui du fait de l'instauration du socialisme, de l'organisation du secours médical gratuit, de la multiplication des écoles, etc. (Art. 118 à 121.)

La nouvelle Constitution garantit également (art. 127 et 128) l'inviolabilité de la personne, celle du domicile des citoyens et le secret de la correspondance, — ce qui veut dire qu'il pourra bien y avoir des arrestations, des emprisonnements, des perquisitions et des saisies, mais seulement comme dans les pays les plus libres, pour le fonctionnement et sur l'ordre de la justice répressive. Cela constitue un progrès libéral du système, puisque

jusqu'ici la Police politique, puis le Commissariat du peuple à l'Intérieur, dans lequel elle s'est récemment incorporée, avaient le pouvoir de décider et opérer administrativement des arrestations et des condamnations pour certaines infractions.

De même, « les tribunaux sont indépendants et ne relèvent que de la loi » (art. 112). C'est la consécration par la loi fondamentale d'un progrès réalisé depuis plusieurs années déjà dans le Droit public du régime: l'abandon des théories primitives de la dictature sur la justice considérée comme une simple branche de l'administration prolétarienne, soumise à la direction du pouvoir politique, et d'ailleurs organe politique elle-même de la dictature, foulant aux pieds en cas de besoin les droits des non-travailleurs et appliquant aux procès les solutions qui paraissaient aux juges les plus opportunes et les plus conformes aux buts révolutionnaires, de préférence à ceux résultant des textes légaux, latitude que ces deux théories primitives prêchaient aussi aux administrateurs pour la solution des affaires leur incombant. La victoire du principe de la légalité, c'est-à-dire du respect des textes de loi, sur ces théories primitives, ne signifie pas l'abandon de la *dictature,* mais le rejet de l'arbitraire des juges et des tyranneaux bureaucratiques. Elle ne fait que restituer aux particuliers et justiciables la sécurité juridique et l'égalité devant le Droit, — bien plus précieux peut-être encore que tel ou tel contenu libéral de ce Droit, et dont ce système les privait inutilement. Et elle rend à la *dictature* sa meilleure arme, l'autorité absolue du Droit, — instrument du pouvoir politique central, qui fait la loi, — alors que ce système l'émoussait et l'anéantissait. Concentrée dans l'application constante et fidèle, par tous les organes d'exécution et de juridiction, de la volonté durable et claire d'un législateur « révolutionnaire », « prolétarien », la *dictature par le Droit* sera plus forte que n'importe quelle dictature par l'arbitraire et par les improvisations discordantes et dispersées. Cette conception actuelle de la dictature se reflète dans les dispositions de la Constitution qui l'agence et dans ces paroles de Staline : « ...Il nous faut une atmosphère de certitude, il nous faut de la stabilité, de la clarté... », et, notamment, « ...la stabilité des lois nous est nécessaire maintenant plus que jamais ».

C'est également pourquoi le Droit public soviétique, dans la nouvelle Constitution, revient à la distinction, qu'il méprisait autrefois, entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, et réserve le pouvoir législatif à un organe déterminé et suprême, alors qu'autrefois de nombreux organes avaient le pouvoir d'édicter des règles de Droit dans divers domaines, sous la seule réserve de différences dans la *dimension du pouvoir* qui limitaient la compétence respective de ces organes, et, les subordonnant les uns aux autres, empêchaient les plus bas situés de modifier, abroger ou enfreindre dans leurs actes les règles posées par les organes supérieurs. « Il faut enfin mettre un terme à cette situation dans laquelle ce n'est pas un organisme unique qui légifère, mais toute une série d'organismes. Une pareille situation est contraire au principe de la stabilité des lois ». (Staline). Donc, à présent, « le pouvoir législatif de l'U. R. S. S. est exercé exclusivement par le *Conseil suprême de l'U. R. S. S.* » (art. 32). Naturellement cela ne signifie pas que ce *Conseil suprême* ainsi institué ait seul le pouvoir d'édicter des normes, ni même des normes disposant par voie générale. Un pouvoir réglementaire est donné par la Constitution elle-

même à d'autres organes, subordonnés d'ailleurs au *Conseil suprême : présidium* du Conseil suprême, qui « édicte des ordonnances » (art. 49); Conseil des commissaires du peuple, qui « édicte des arrêtés et décisions » (art. 66). Comment sera faite, alors, la démarcation entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire ? Bien entendu le règlement ne devra jamais contredire la loi. Mais une telle hiérarchie des normes résultait déjà de la conception des différentes *dimensions du pouvoir*. Sur quelles matières le règlement pourra-t-il statuer ? La Constitution nous dit que les « arrêtés et décisions » du Conseil des commissaires du peuple ne peuvent statuer que « sur la base et en exécution des lois en vigueur », œuvres du Conseil suprême (art. 66); le pouvoir, pour le *présidium*, de faire des ordonnances, est mentionné en même temps que son pouvoir de « donner l'interprétation des lois de l'U. R. S. S. en vigueur », et paraît ainsi viser seulement les ordonnances nécessaires pour la mise en œuvre des lois (et cela paraît confirmé par les autres dispositions de la Constitution qui ne mentionnent pas ces ordonnances comme une source distincte de Droit à laquelle les organes d'exécution aient à se conformer). Il semble donc, quelle que soit l'imprécision de ces textes, que le règlement ne puisse intervenir que dans les domaines où il pourra s'appuyer sur une loi et se présenter comme l'application de celle-ci. Il sera toujours facile, évidemment, de rattacher plus ou moins lointainement un règlement en une matière quelconque à un texte de loi vague et général. Néanmoins, la tendance à éliminer le « règlement autonome », sensible dans ces dispositions, nous montre jusqu'où va le souci de *stabilisation législative* du Droit actuel de l'U. R. S. S. Staline a, dans le même esprit, fait rejeter un amendement qui conférait au *présidium* le droit d'édicter des « actes législatifs provisoires », c'est-à-dire des « ordonnances de nécessité ». Enfin, à ce même souci de stabilisation, correspond la super-légalité et la rigidité désormais attachées à la loi constitutionnelle, pour la révision de laquelle une procédure spéciale est exigée par l'art. 146 (vote, à une majorité renforcée, par les organes législatifs, — les Chambres du *Conseil suprême*, — qui adoptent les lois ordinaires à la majorité simple), alors que, dans les débuts du régime soviétique, la Constitution était surtout considérée comme un enseignement, et en tout cas, en valeur juridique, ne dépassait pas les lois ordinaires, alors œuvres du Congrès des Soviets.

Mais il est certain que tout cela ne fait que modifier les *formes* selon lesquelles le pouvoir règnera et, quant au fond, continuera d'imposer ses volontés à tous les opposants. La Constitution nouvelle, reproduisant ou consacrant ce qui existait déjà, consolide, tout en les aménageant juridiquement, l'autorité du Parti et les limitations des libertés individuelles, et, par là, le centralisme de la pensée et de l'action politique dans le pays. Et même « l'*élargissement de la base* de la dictature ouvrière et la *transformation* de la dictature *en un système plus souple*, et partant en un système plus puissant, de direction étatique de la société », que le texte nouveau apporte en ce qui touche le recrutement et la structure des organes de l'Etat, doivent être considérés comme un *renforcement de la dictature ouvrière*, déclare Staline.

L'*élargissement* et l'*assouplissement* consistent en ce que le pouvoir étatique va appartenir, plus complètement qu'auparavant, à l'ensemble du peuple. On ne retrouve donc plus, dans la nouvelle Constitution, les filtrages, les restrictions, les inégalités qui marquaient l'ancienne.

Le suffrage est désormais universel (art. 134, 135, 137, 138). Tous les citoyens de l'U. R. S. S. ayant atteint l'âge de 18 ans, y compris les femmes et les militaires, sont électeurs et éligibles, indépendamment de la race ou de la nationalité à laquelle ils appartiennent, de leur religion, du degré de leur instruction, de leur résidence, de leur origine sociale, de leur situation matérielle et de leur activité passée; sont exclus seulement les aliénés et les personnes condamnées par le tribunal à une peine portant privation des droits électoraux. Ainsi, voilà rejetées les conditions d'appartenance à la classe des travailleurs et de garanties de loyalisme politique, (exclusion des koulaks, des popes, etc.), qui caractérisaient précédemment le Droit électoral soviétique ; d'ailleurs ces conditions n'excluaient guère du vote que 2,5 % de la population adulte du pays, soit environ 2 millions de personnes, et une tendance à les rétablir dans leurs droits électoraux existait déjà depuis plusieurs années, des commissions électorales locales s'occupaient de les y réintégrer.

Le suffrage est dorénavant *égal* (art. 136). Chaque citoyen a une voix, et toutes les voix ont le même poids.

Le vote est *secret* (art. 140), donc libre formellement.

Quel est le rôle du corps de suffrage ainsi défini ? Parfois il peut être appelé à approuver ou rejeter lui-même une loi; un tel *referendum* peut en effet être décidé par le *présidium* du Conseil suprême, spontanément ou sur la demande d'une des Républiques fédérées (art. 49). Mais cela sera évidemment rare assez longtemps encore. Le rôle normal du corps de suffrage reste d'élire. Seulement, la nouvelle Constitution conserve ici les institutions de *mandat impératif* qui existaient déjà dans l'ancienne et qui renforcent la signification démocratique de la représentation élective jusqu'à la rapprocher de la démocratie semi-directe : chaque député est tenu de rendre compte aux électeurs de son travail et du travail de l'assemblée à laquelle il appartient, et peut être rappelé à tout moment sur décision de la majorité des électeurs (art. 142). D'autre part, pour accroître la liberté du choix électoral, les candidatures sont désormais présentées non par listes, mais séparément dans les diverses circonscriptions électorales. Elles peuvent émaner des sans-parti aussi bien que du Parti communiste (art. 141). Enfin, pour que l'opération électorale ait toute sa vertu, le corps de suffrage élit maintenant (art. 139) *directement* ses députés à toutes les assemblées — Soviets — qui, à toutes les hauteurs de l'échelle constitutionnelle et administrative, sont les organes délibérant et dirigeants de l'*appareil* étatique soviétique : les deux Chambres du *Conseil suprême* de l'Union, le *Conseil suprême* de la République fédérée, le *Soviet* de la région, du district et enfin de la ville ou du village. Ces organes prennent les décisions les plus importantes du gouvernement et de l'administration de leurs ressorts respectifs, et pour le surplus désignent les organes exécutifs, — eux-mêmes assistés de fonctionnaires, — qui, à la fois sous le contrôle des assemblées dont ils émanent et devant lesquelles ils sont responsables, et sous l'autorité des organes exécutifs des échelons supérieurs, expédieront le travail politique et administratif quotidien.

Les organes locaux du pouvoir, — Soviets élus pour deux ans et comités exécutifs issus d'eux — sont donc chargés à la fois de la marche des services généraux dans leurs ressorts et de la gestion des intérêts locaux.

sous la conduite des organes supérieurs (art. 94 à 101). Kalinine, président du Comité exécutif central de la R. S. F. S. R., dit qu'ils ont une double importance en tant que représentants locaux du pouvoir d'Etat supérieur et en tant que représentants élus de la population locale, et que leur tâche principale consiste à *coordonner* les intérêts locaux et les intérêts de l'ensemble de l'Etat (cf. *Le Journal de Moscou,* n° du 19 janv. 1937). Ainsi se trouve opérée la synthèse nécessaire entre centralisation et décentralisation, problème classique du marxisme-léninisme (et d'ailleurs de toute révolution poursuivant à la fois des réformes et l'accroissement de la liberté).

A la tête de l'Union se trouve le *Conseil suprême* (art. 30 et suiv.), véritable Parlement, élu pour 4 ans, votant les lois par l'accord de ses deux Chambres égales en droits, et pouvant d'ailleurs être dissous et soumis à réélection si un désaccord persistant de ses Chambres paralyse son activité (art. 47). Il désigne, et contrôle (par interpellations et enquêtes) les commissaires du peuple, véritables ministres, qui gouvernent, — collectivement en Conseil, et individuellement à la tête de leurs commissariats respectifs — et sont responsables devant le *Conseil suprême* (art. 65). Et il désigne également le *présidium* du Conseil suprême (37 membres), qui dirige son fonctionnement, le remplace en son absence pour certaines de ses attributions (contrôle de l'Exécutif), joue de plus le rôle d'une sorte de chef d'Etat collectif, et rend compte de son activité au Conseil suprême (art. 48).

Il ne faut pas sous-estimer toutes ces institutions, semblables ou supérieures sur maint point, à celles des pays les plus démocratiques. Dans l'U. R. S. S. d'aujourd'hui, elles organisent une sorte de *démocratie dirigée*. Mais elles sont déjà un progrès très considérable sur la complète dictature politique d'auparavant. Et elles ouvrent la possibilité de progrès nouveaux vers la liberté, dont, par ailleurs, le reste de la nouvelle Constitution montre la nécessité !

En effet, si, au cours des années à venir, l'U. R. S. S. continue à suivre la voie de la révolution communiste, elle devra pour cela, dans l'ordre économique, accroître et renforcer le socialisme (nouvelles diminutions de secteur des économies privées paysannes, suppression de l'héritage), et, dans l'ordre politique et spirituel, rétablir la liberté intégrale de discussion, — et cela, le plus tôt possible, dans son propre intérêt. La dictature ouvrière et socialiste doit, d'après ses principes, être une dictature sur le comportement, sur l'économie, et non une dictature sur les jugements. Très vite donc, elle doit relâcher son emprise sur les cerveaux, et à l'inverse augmenter encore son pouvoir sur le travail et la répartition. C'est seulement ainsi que « *le gouvernement des personnes fera place à l'administration des choses et à la direction de la production* » (Engels).

§ 159

PLAN ET " BASES COMMERCIALES " EN U. R. S. S.

Par Alex de SIGALAS, Paris

L'économie soviétique repose sur le dogme de la propriété en faveur de l'Etat des moyens de production, dogme qui prend sa source dans la dictature du prolétariat réalisée en octobre 1917, dans le but, conformément aux principes proclamés par Lénine, d'édifier un système économique dont le fonctionnement obéisse au Plan.

Cette méthode supposant la prévision tant de la production que de la répartition des marchandises, il s'agissait d'envisager l'économie russe comme un tout et, de ce fait, de transformer la République Soviétique en une fabrique unique dont les citoyens seraient les ouvriers et les employés.

Comment ces visées, basées sur la nationalisation des moyens de production, se sont-elles réalisées ? Cela revient à se demander par quelles méthodes l'économie de l'U. R. S. S. a été organisée depuis l'instauration des Soviets (1).

Ces méthodes, nous l'expliquerons, ont été au nombre de *trois* ; la *première* correspond à la centralisation, les organes édictant les directives ne se distinguant pas de ceux qui sont chargés de leur accomplissement.

La *seconde*, à la décentralisation sous l'aspect d'organes économiques jouissant d'indépendance (dans les limites que nous décrirons) en vue de l'obtention de bénéfices.

La *troisième*, enfin, distingue les organes chargés de l'élaboration des directives, ou régulateurs, de ceux qui doivent les réaliser, ou opératifs, et peut se traduire ainsi qu'il suit : les organes économiques ne jouissent d'indépendance que dans la limite des données du Plan.

A chacune de ces méthodes correspondent respectivement les trois étapes principales de l'histoire économique soviétique : le Communisme Militaire jusqu'en 1921, la Nouvelle Economie Politique, ou NEP, de 1921 à 1927, et à partir de cette dernière date, la phase dite socialiste.

C'est donc en fonction de ces époques que nous diviserons l'exposé que nous nous proposons de faire sur les méthodes de direction de l'économie employées en U.R.S.S.

---

(1) Ginzburg et Pachoukanis, Cours de Droit Soviétique Economique Communiste, 1935, t. I, p. 205.

Communisme militaire

Le Communisme Militaire, qui connut le contrôle ouvrier sous la forme de Conseils d'usines soumis au Soviet Panrusse du Contrôle Ouvrier, puis la nationalisation entière de l'économie, avait eu pour caractéristique de transformer la République Soviétique en une vaste entreprise. Le fonctionnement de celle-ci était assuré par le Conseil Suprême de l'Economie Nationale, englobant les organisations du Contrôle Ouvrier : les usines et entreprises étaient transformées en ses organes, et il était chargé de diriger la vie économique dans son entier, c'est-à-dire non seulement l'industrie, mais le commerce, le transport, les finances, etc.

Lénine disait à ce propos, au Congrès des Soviets de l'Economie Nationale, qu'il « leur appartenait, à eux seuls parmi toutes les institu- « tions d'Etat, de conserver à leur avantage une place définitive, place « d'autant plus assurée que l'établissement d'un ordre socialiste sera « plus proche... ». « L'appareil de direction dans le sens particulier, étroit, « mot à mot de l'expression, l'appareil du type étatique ancien devait, « disait-il, disparaître ; quant à l'appareil de type « Conseil Suprême de « l'Economie Nationale », il devait grandir, se développer, s'affermir, « assurant de cette façon l'activité d'une société organisée ».

Le Conseil Suprême de l'Economie Nationale, représenté dans les différents Gouvernements de la République Soviétique par les Conseils correspondants de l'Economie Nationale et bureaux industriels, se composait de trois principaux groupes de sections formés de directions principales correspondantes ou « Glavks », reproduits dans les Conseils locaux de l'Economie Nationale.

Le *premier groupe* comprenait six subdivisions, à l'aide desquelles était fixé le plan économique de l'année, et assurée la direction de l'industrie (production, finances et questions économiques, approvisionnement et distribution, statistique, relations avec les Conseils locaux de l'Economie Nationale).

Le *deuxième groupe* en comprenait quinze, chargées de la réalisation des données imparties, distribuant les matières premières, dressant les comptes de la production, veillant au financement des entreprises dont elles nommaient les directions.

Le *troisième groupe* se divisait en sections dont l'activité devait collaborer à celle des subdivisions ci-dessus (juridique, économique, de rédaction, etc.).

Quant aux entreprises, organes du Conseil Suprême de l'Economie Nationale, elles étaient divisées en trois catégories suivant leur importance.

Les entreprises du *premier groupe* étaient sous la subordination directe des directions principales, ou Glavks, qui les finançaient et leur fournissaient les matières premières. Les Conseils locaux de l'Economie Nationale ne possédaient sur ces entreprises aucun droit.

Les entreprises du *deuxième groupe* étaient sous la subordination

des Conseils locaux quant au plan de leur activité, mais leur production, par contre, allait aux directions principales, qui en rétrocédaient une partie aux Conseils locaux.

Les entreprises du *troisième groupe*, enfin, étaient soumises aux Conseils locaux, auxquels leur production passait entièrement.

Au fur et à mesure de l'avancement de l'époque du Communisme Militaire, cette centralisation fut atténuée ; une série d'entreprises passa sous la subordination directe des Conseils locaux de l'Economie Nationale. C'est ainsi que, en 1920, sur un nombre d'entreprises nationalisées de 37.000, 6 à 7 % faisaient partie du premier groupe, 9 à 10 % du deuxième et 83 à 85 % du troisième. Les directions principales ou Glavks ne conservaient plus dans la majorité des cas que des fonctions de régulation et de contrôle ; seules faisaient exception les entreprises les plus importantes, vis-à-vis desquelles les Glavks conservaient leurs prérogatives premières.

Ces mesures correspondaient aux directives du IX[e] Congrès du Parti Communiste, dont il découlait que la subordination aux pouvoirs centraux devrait s'effacer au profit des autorités locales lorsque l'entreprise trouverait sur place les éléments nécessaires à son activité.

En même temps, la direction collégiale s'acheminait progressivement vers la direction unique. Les Résolutions du II[e] Congrès des Soviets de l'Economie Nationale, en date du 26 décembre 1918, déclaraient à ce propos « la nécessité d'obtenir que chaque membre de l'institution « responsable prenne l'affaire en mains et en réponde dans son entier ».

Néanmoins, il ne s'était agi jusqu'à présent que d'une tendance à la décentralisation. L'Etat entreprise unique subsistait en tant que principe. Selon Molotov, à la première Conférence Panrusse des ouvriers de l'industrie socialiste, en 1931 : « Alors, la tâche principale... était la répar-
« tition centralisée... de la production industrielle et des matières pre-
« mières en vue de la garantie avant tout des nécessités de la défense...
« Ces entreprises recevaient les matières premières et les machines des
« organes économiques supérieurs (hiérarchiquement) et livraient leur
« production selon les indications reçues... Il n'était guère question de
« profits, de pertes et, en conséquence, de prix de revient. C'était alors
« une nécessité... dans les conditions pénibles de la guerre civile ».

D'autre part, un décret du 15 juillet 1920 imposait que les relations entre les institutions soviétiques fussent consignées comptablement. En fin de 1920, début de 1921, les produits de consommation, l'usage des poste et télégraphe, le chauffage, les services communaux et l'habitation devinrent gratuits.

Le Plan s'appliquait de cette façon à la production, à la distribution des marchandises. Quant à la consommation, les citoyens, devenus fonctionnaires et employés, étaient divisés en un certain nombre de catégories, à chacune desquelles correspondait une ration déterminée. Cet état de choses, quoique tempéré en réalité par l'existence occulte d'un marché privé auquel les organes de l'Etat s'adressaient, allait même atteindre les méthodes de culture à la veille de se voir contraintes à un plan d'ensemencement, lorsque l'apparition des signes de la famine, au début de 1921,

coïncidant par ailleurs avec la cessation des hostilités à l'extérieur notamment, orientèrent les dirigeants soviétiques vers une méthode de direction de l'économie basée sur la décentralisation : le Communisme Militaire faisait ainsi place à la Nouvelle Economie Politique ou NEP.

Nouvelle Economie Politique ou NEP

Il s'agissait à cette époque d'effectuer un rapprochement entre l'économie agricole et industrielle. La restauration de l'industrie lourde, notamment, fondamentale aux yeux des dirigeants soviétiques dans la construction d'une société socialiste, ne pouvait, en effet, avoir lieu sans matières premières et produits de consommation nécessaires, détenus par l'économie agricole. C'est donc pour ranimer celle-ci que fut introduit l'impôt en nature, laissant, après règlement de ce dernier, la récolte restante à la disposition des paysans.

Afin de mettre cette liberté en pratique, force était de recourir à la reconnaissance du marché. Quant à l'industrie elle-même, il ne pouvait etre question pour l'Etat de conserver la totalité des entreprises qui avaient été nationalisées et dont le relèvement, ainsi que l'entretien, était à cette époque au dessus de ses forces. La petite et la moyenne industrie privée étaient dans ce but rétablies, le commerce intérieur cessant par là même de constituer un monopole de l'Etat et du système coopératif, devenu libre. Les entreprises d'Etat étaient par ailleurs susceptibles de location, et le capital étranger était sollicité sous la forme de concession de ces entreprises.

Cette organisation fut consacrée par la rédaction, en 1922, d'un Code Civil, entré en vigueur au début de 1923, et fixant de façon officielle les caractéristiques de la Nouvelle Economie Politique.

Néanmoins, s'il y avait reconnaissance du marché, il ne fallait pas perdre de vue l'esprit dans lequel cette reconnaissance s'était effectuée : le Gouvernement Soviétique effectuait, sous la pression des circonstances économiques, une manœuvre stratégique dont l'objet était de vaincre le capital privé après l'avoir reconnu et retiré de lui les éléments de vivification nécessaires à la restauration de l'économie de l'Etat. Dans ce but, celui-ci garda dans son domaine un certain nombre de branches économiques dites « hauteurs stratégiques » et notamment : l'industrie lourde, le commerce extérieur, les transports, les banques.

D'autre part, le Code civil déclara : que les droits accordés par l'Etat en vue du développement des forces productrices (art. 4) ne sont protégés qu'à la condition de n'être pas exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale (art. 1), tout acte juridique tendant à tourner la loi ou à léser l'Etat étant nul (art. 30). De cette façon, le procédé de droit public prédominait en U.R.S.S., caractère qui fut imprimé aux organes étatiques ainsi livrés au contact avec le marché, sur lequel ils constituaient le secteur socialisé en opposition avec le secteur dit privé.

Ces organes étatiques (dits économiques, par opposition aux organes

dits administratifs, politiques et se rapportant aux domaines correspondants de l'activité de l'Etat) devaient, selon les conceptions des dirigeants soviétiques, retirer de ce contact un esprit commercial destiné à restaurer le secteur socialisé et à lui permettre de cette façon de triompher du secteur privé. La méthode nécessaire à l'obtention des résultats recherchés fut d'accorder aux organes étatiques l'indépendance au moyen de l'attribution d'un capital séparé de celui de l'Etat dont le financement devait, par ailleurs, logiquement, prendre fin.

Cette indépendance tendant à la poursuite de bénéfices, accordant à la méthode de Plan un rôle secondaire et rapprochant ainsi l'organisme économique de l'Etat de la notion d'entreprise au sens de l'Office Industriel et Commercial pratiqué dans la période d'après-guerre, fut réalisée d'après la méthode du « Calcul économique précis » (Résolutions de la Conférence sur l'Industrie Lourde et le Transport, décembre 1921, et Instruction du Conseil des Commissaires du Peuple du 9 août 1921) sous la forme « bases commerciales » (principes fondamentaux relatifs aux mesures de reconstitution de l'industrie lourde, du relèvement et du développement de l'industrie. du 12 août 1921), octroyant aux organes économiques la personnalité juridique et comme corollaires de celle-ci la capacité contractuelle et la responsabilité dans la limite des biens attribués.

Pour prépondérantes qu'elles aient été, les « bases commerciales » furent soumises néanmoins à des restrictions frappant la capacité de jouissance de l'organe étatique économique et lui rappelant sa nature étatique (2) :

— la forme notariée était exigée pour tous contrats conclus (art. 137 du Code Civil), disposition ayant manifestement pour but de faciliter le contrôle de leur activité économique ;

— l'adjudication de fournitures et entreprises représentant une somme supérieure à 100.000 roubles devait avoir lieu sous peine de nullité par voie d'enchères publiques (annexe 2 à l'art. 235 du Code Civil) ;

— le droit d'user des services des intermédiaires privés était interdit (annexe 3 à l'art. 16 du Code Civil) ;

— les fonds des organes économiques de l'Etat devaient être remis en compte-courant dans les établissements de crédit gouvernementaux indiqués par le Commissariat des Finances ;

— les unités de production, leur équipement, leurs constructions ne pouvaient être vendus (art. 1er du Règlement du Comité Exécutif Central et du Conseil des Commissaires du Peuple du 11 juin 1926).

---

(2) D'après le jurisconsulte soviétique Karass, les entreprises soviétiques à base de calcul économique précis possèdent les particularités suivantes : « se présentant dans le « commerce, sur le marché, comme des personnes morales indépendantes, non liées avec « le Fisc, les trusts (organe économique type), restent néanmoins des entreprises de « l'Etat, restent des organes économiques de l'Etat Prolétarien ».

« L'isolement économique et financier de l'Etat dans le domaine du commerce n'est « qu'une méthode particulière de l'organisation de notre industrie étatique soviétique. « C'est de l'Etat que les trusts reçoivent leur patrimoine, c'est à l'Etat qu'ils versent « leurs bénéfices, les résultats financiers de leur activité ».

D'autre part, l'autorisation de l'Etat était nécessaire pour les opérations suivantes, restrictions frappant la capacité d'exercice de l'organe économique de l'Etat placé sur les « bases commerciales » :

— vente, octroi en gage, location, agrandissement, achat de bâtiments (avec processus d'amortissement des dépenses occasionnées pour ces deux dernières opérations), prise en location tant d'entreprises que d'unités de production faisant partie d'autres organes économiques (art. 28, par. a, du Règlement du 10 avril 1923, S. Ouz. 1923, n° 29, art. 336) ;

— dépense du capital de réserve (art. 28, par. h, du même Règlement) ;

— participation à des syndicats et organisations industrielles et commerciales (art. 28, par. i, du même Règlement) ;

— conclusion d'emprunts à long terme (art. 22 du même Règlement) (3).

L'organisation ainsi élaborée comprenant ces différentes restrictions, visant à limiter autant que possible la tendance des organes économiques de l'Etat de se libérer de leur dépendance vis-à-vis de ce dernier (4), avait eu pour résultat à la fin de l'époque de la N. E. P. la reconstitution des capitaux du secteur socialisé et la prépondérance de celui-ci sur le secteur privé. Les méthodes de la Nouvelle Economie Politique devaient alors être modifiées dans le sens de l'exploitation de la victoire ainsi réalisée, exploitation qui fut poursuivie à partir de 1927, inaugurant l'époque dite socialiste et des plans quinquennaux.

Epoque dite socialiste

A partir de l'année 1927, l'Etat ayant ressaisi l'économie soviétique, les « bases commerciales » furent dirigées vers l'accomplissement des données du Plan, notion qui s'ajoute à celle des « bases commerciales » et lui assigne un domaine strictement limité : celui de l'application des données imposées par les organes de l'Etat non économiques, en l'occurrence les directions spécialisées des Commissariats correspondants de glavks.

De cette façon, les fonctions des organes de l'Etat autres qu'économiques devenaient *régulatrices,* et celles des organes de l'Etat économiques, *opératives,* organisation qui menait à la formule suivante de direction de l'économie : centralisation des directives liée à une décentralisation de direction.

---

(3) Le règlement de 1927 (29-6-27, S. Z. 1927, n° 39, art. 392) qui a remplacé le règlement de 1923 sur les trusts, a ajouté les deux dispositions ci-après, constituant autant de restrictions à l'indépendance de l'organe économique étatique : aliénation de bâtiments, constructions, équipement, inutilisables pour la production, ou leur affectation en garantie (art. 15, par. E du règlement du 29-6-27, S. Z. 1927, n° 39, art. 392) ; aliénation à titre onéreux et gratuit du capital à d'autres organes du secteur socialisé (art. 3, par. 1 et 2 du règlement du Comité Exécutif Central et du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U.R.S.S. du 21-12-27, S. Z. 1928, art. 13).

(4) La centralisation, qui avait ainsi mené le secteur socialisé à l'anarchie, du dire des dirigeants soviétiques, fut combattue tant à l'aide des mesures prévues par le règlement de 1927 (cf. note précédente), qu'au moyen d'une théorie dite d'interdiction des actes extrastatutaires. Cette théorie, quoique réfutée en raison d'une part de l'impossibilité d'énumérer à l'avance les actes considérés comme conformes aux statuts, et d'autre part du fait que l'étendue de la capacité juridique ne dépend nullement, en Droit Positif Soviétique, de l'objet statutaire, a été néanmoins approuvée par un Arrêt du Collège de Cassation Civile (1926, n° 31.043, cité E. S. J., 1927, n° 5, p. 118).

En même temps, les « bases commerciales » étaient appliquées dans un nombre toujours plus grand d'entreprises étatiques et même coopératives, formations qui, tout en étant devenues libres durant la N. E. P., ne s'en trouvaient pas moins sous la dépendance de l'Etat, distributeur des marchandises et des crédits.

Ainsi, pour exprimer une vue d'ensemble sur l'état de l'économie soviétique à cette époque, qui se situe vers la fin de la décade 1929-1930, le marché est composé d'organes économiques en majorité étatiques et coopératifs, placés sur les « bases commerciales » en vue de l'exécution du Plan. Quant au capital privé, il est représenté par les consommateurs employant le produit de leur travail à l'achat de denrées nécessaires (5).

La notion de service public qui jusqu'à présent avait été atténuée en théorie et en pratique au profit de celle d'entreprise, revenait ainsi au premier rang, la conciliation de ces deux notions étant obtenue conformément au principe de contre-poids qui, durant l'époque de la N. E. P. et notamment à la fin de cette époque, avait consisté, nous l'avons indiqué, à limiter l'indépendance de l'organe économique placé sur les « bases commerciales » (6).

En effet, si après 1927, la prépondérance de la méthode de Plan pouvait mener à l'assimilation de l'organe économique de l'Etat, à la notion de service public, celle-ci n'a pas été complète, car il s'agissait de conserver aux organes économiques et d'y développer l'esprit d'entreprise. Dans ce but, il fallait :

— obtenir un système de direction unique et responsable ;

— accorder à l'organe économique le maximum d'indépendance dans l'accomplissement des données du Plan ;

— concentrer chez l'organe économique les tâches de direction technique.

Voici l'explication donnée à cette nouvelle structure économique par le législateur soviétique, et que nous extrayons d'un ouvrage paru en U. R. S. S. (7) :

« Les « bases commerciales » exigent une comptabilisation serrée des « pertes et résultats de sa « propre » économie. Mais le terme « sa propre » « n'équivaut pas à celui de propriété privée. Les entreprises sur les « bases « commerciales » sont ou bien les chaînons d'une économie socialiste « unique, ou elles ne sont pas des entreprises sur les « bases commer- « ciales ». Le transfert de l'entreprise sur les « bases commerciales » ne « correspond pas à livrer celles-ci aux forces du marché. Les « bases com-

---

(5) Nous ne mentionnons pas les entrepreneurs privés — en voie de disparition actuellement en U.R.S.S. et se manifestant notamment dans l'économie agricole — contre lesquels l'Etat soviétique a déclaré la lutte à partir du 1er Plan quinquennal, en faveur de la collectivisation, lutte qui comprend jusqu'à des mesures de confiscation. Cf. Règlement du Comité Exécutif Central et du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U.R.S.S. du 1-2-30. S. Z. 1930, n° 9, art. 105.

(6) Le Code Civil de 1923 ne correspond plus ainsi aux exigences actuelles, ses dispositions n'étant plus d'ailleurs appliquées que dans la mesure où des règlements parus postérieurement n'y contreviennent pas. Ainsi, d'après le Règlement du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U. R. S. S. du 14-11-34, la propriété ne se transmet plus entre organes économiques qu'après paiement du prix et non plus à la conclusion du contrat.

(7) Cours de Droit soviétique économique, t. I, p. 230.

« merciales » n'équivalent pas à la « dénationalisation ». L'entreprise « d'Etat sur les « bases commerciales » n'est pas moins gouvernementale « qu'avant d'avoir été mise sur « les bases commerciales ». Son caractère « étatique se traduit principalement dans la nécessité pour elle de l'ac- « complissement des données du Plan, indiquées par les organes corres- « pondants... »

D'un autre côté, continue l'ouvrage précité : « L'augmentation des « éléments de planification socialiste ne signifie pas diminution de la « notion des « bases commerciales ». Ainsi que le disait Molotov à la Conférence des Travailleurs de l'Industrie socialiste en 1931, « l'augmen- « tation de la planification dans notre économie n'ôte pas de l'ordre du « jour le principe des « bases commerciales ». Au contraire, la lutte « effective avec le bureaucratisme dans l'appareil économique ne peut « actuellement se mener sans l'aide du principe des « bases commer- « ciales » dans la direction de l'industrie, en s'accompagnant en même « temps d'un développement toujours plus grand de la planification, tant « dans l'industrie que dans l'économie nationale dans son ensemble. »

De cette façon, le législateur soviétique déclare que les « bases commerciales » à l'époque socialiste consistent pour l'organe économique dans l'attribution d'une tâche de plan indépendante et son accomplissement, ce dont il résulte que loin de s'opposer, les notions de Plan et de « bases commerciales » ne font que se compléter. C'est à la démonstration de la liaison entre les deux notions que nous consacrerons nos développements ultérieurs, divisés dans ce but en deux parties distinctes dont la première concernera le Plan et la seconde les « bases commerciales », etc.

A. — Le Plan

Le Plan est la loi du Gouvernement Prolétarien qui organise l'économie, dirige le processus de production et de distribution.

« Nos plans — déclarait Staline au XV[e] Congrès du Parti Commu- « niste — ne sont pas des plans projets, des plans conjectures, mais des « plans directives obligatoires pour les organes directeurs et qui définis- « sent la direction de notre développement économique dans le futur et « sur l'échelle de toute la nation. »

Il ressort de ces paroles que la discipline de Plan est d'Etat et légale. Ainsi, le Règlement du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U. R. S. S. et du Comité Central du Parti Communiste du 9 mars 1934 sur le travail dans les chemins de fer du Donetz (S. Z. 1934, n° 4, art. 98), considère l'inobservation des plans d'Etat du Transport comme un acte d'insubordination au Gouvernement. Il est prévu dans ce règlement que pareil acte entraîne pour les dirigeants de la voie la radiation de leur emploi, avec désignation à un emploi inférieur et, dans le cas de récidive, doivent être appliquées aux intéressées les sanctions prévues par le Code Pénal. (Cette disposition a été étendue par le Règlement du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U. R. S. S. et du Comité Central du Parti Communiste du 23 mars 1934, à tous les transports par chemins de fer de l'Union).

L'unité, caractéristique fondamentale du Plan, se manifeste dans les principes suivants, dont nous aurons à décrire la signification :

— la planification socialiste est réalisée de façon concordante sous l'aspect de l'unité d'activité des organes faisant partie du corps de planification ;

— chaque acte de planification constitue par son contenu une partie du Plan économique entier dont les parties composantes sont harmonieusement unies.

Quant aux organes de planification, la hiérarchie est la suivante :

Au sommet, la Commission de Plan d'U. R. S. S. ou Gosplan, auprès du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U. R. S. S., à laquelle sont soumises les Commissions de Plan des Républiques fédérées subordonnées aux Conseils des Commissaires du Peuple correspondants, puis, les Commissions de Plan du Gouvernement, Région et District, subordonnées aux Comités Exécutifs correspondants.

Ces diverses Commissions de Plan locales sont subordonnées quant à leur activité et selon l'échelle hiérarchique, à la Commission de Plan d'U. R. S. S., dont les directives sont obligatoires, de même pour les Conseils des Commissaires du Peuple et Comités Exécutifs correspondants.

D'autre part, sont placés tant auprès des Commissions de Plan d'U. R. S. S. que locales, et jouissent de l'indépendance financière et administrative, les organes de la Direction Centrale de comptabilité économique (Tsounkhou).

Enfin, conformément au Règlement du Conseil des Commissaires du Peuple du 14 juin 1928 (S. Z. 1928, n° 37, art. 342), se trouvent auprès de chaque Commissariat, ainsi que de ses sections locales, et lui sont soumis, des organes de planification ayant pour rôle de préparer sur la base des données des Commissions de Plan, les limites d'activité ou « chiffres de contrôle » et, en découlant, le Plan annuel de l'activité des branches correspondantes de l'économie, coordonnant ainsi le travail de planification des directions principales ou Glavks.

Quant à chaque acte de planification, il doit être lié au plan d'ensemble de l'activité économique de l'U. R. S. S. Celui-ci comporte en qualité de parties composantes, les plans des diverses branches de l'économie socialiste : industriel, commercial, de transports, liaison postale, etc.

D'autre part, suivant la durée pour laquelle les plans sont établis, ceux-ci doivent être divisés en plans : quinquennaux (dits de perspective), annuels, trimestriels, mensuels.

Dans ce but, déclarent les auteurs soviétiques, l'élaboration du Plan est elle-même « planifiée ». C'est ainsi que l'établissement du deuxième Plan quinquennal a été prévu par le Règlement du Conseil des Commissaires du Peuple de l'U. R. S. S. en date du 25 mars 1932 (S. Z. 1932, n° 22, art. 148), qui a désigné les organes prenant part à ce travail, indiqué les délais dans lesquels les fractions des plans devraient leur être présentées à examen et approbation, ainsi que les méthodes de travail à adopter.

Voici, d'autre part, le processus de planification annuelle : tout d'abord s'établissent des « chiffres de contrôle », ou limites d'activité, qui, une fois

approuvés par le Gouvernement, deviennent obligatoires pour les Commissariats correspondants, qui édifient sur cette base des « chiffres de contrôle », ou limites d'activité, définitifs, servant pour les organes économiques à l'élaboration de leur plan d'activité particulier.

Toute dérogation aux plans ainsi constitués ne peut être effectuée que sur autorisation de la direction spécialisée correspondante à laquelle l'organe économique est subordonné, et, pour celle-ci, dans les limites qui lui sont à son tour imposées.

(Lorsque les différents plans particuliers se contredisent, doit l'emporter celui dont les données sont censées constituer l'interprétation la plus directe du Plan Général, et, en conséquence, des instructions des organes de l'Etat hiérarchiquement supérieur) (8).

Cette centralisation tant des organes de planification que du contrôle de leurs actes est tempérée, par ailleurs, au moyen de l'application du principe dit de « centralisme démocratique » qui consiste, d'une part, à aborder de façon différente la planification de l'activité des diverses branches de l'économie et, d'autre part, à faire participer aux travaux de planification les diverses fractions des organes économiques par l'intermédiaire des travailleurs qui y sont employés.

Donc, d'une part, les *méthodes de planification* sont variées. Il en existe trois principales :

La planification directe : quant aux plans de transport, du commerce, de répartition des produits, des travaux d'ensemencement ;

Puis, *la planification indirecte :* sont élaborées des limites, conditions à l'exercice de l'activité qui n'est pas prévue par le Plan. Il en est ainsi quant aux prix, augmentations de prix, à la standardisation, aux prévisions relatives aux travaux de construction, etc. ;

Enfin, *la régulation économique :* l'Etat, du fait de sa situation prépondérante, fait pression sur l'économie soviétique. Un exemple typique se manifeste dans l'existence d'organisations d'achat des produits des exploitations agricoles. Ces organisations doivent acheter la production à des prix déterminés, ce qui permet à l'Etat soviétique d'exercer une action effective sur l'offre des kolkhoses, des membres de ceux-ci et des exploitations indépendantes, après livraison à l'Etat des quantités exigées (9).

D'autre part, et afin d'obtenir une adaptation aussi complète que possible des données du Plan aux réalités économiques, les « masses les plus étendues des travailleurs » (10) prennent part à son édification par l'inter-

---

(8) Ce cas intervient fréquemment à l'occasion de productions mentionnées dans les programmes de deux organes économiques dont l'un est producteur d'une marchandise donnée et l'autre son consommateur. Suivant le principe posé, doit l'emporter le plan de l'organe économique consommateur et non celui de l'organe économique producteur, dont la direction est présumée avoir interprété à tort les instructions du Plan Général.

(9) Les bureaux dits « de convention » par lesquels se réalise cette politique se trouvent dans toutes les divisions administratives et sont subordonnés, à travers l'échelle hiérarchique de celles-ci, au Bureau de Convention Central situé auprès du Comité d'Approvisionnement en produits agricoles près le Conseil des Commissaires du Peuple de l'U.R.S.S.

(10) Cours de Droit Soviétique Economique, t. I, p. 226.

médiaire de formations telles que les Comités de Production ; leur but est en ce qui concerne les entreprises d'Etat industrielles et en dehors de l'élaboration des mesures destinées à l'observation des données d'activité imparties, la participation auprès des divers organes de production à l'établissement du Plan, afin qu'il soit fait état dans ce dernier, des propositions ouvrières (Section II, art. 4, p. 6 du Règlement sur les Comités de Production, approuvé par le Présidium du Comité Central des Syndicats Professionnels ; Journal *Troud* du 1er janvier 1930, n° 148).

Le Plan une fois élaboré dans les conditions que nous avons essayé de décrire, et ses fractions distribuées à chacun des organes économiques intéressés, ainsi qu'aux exploitations individuelles (agricoles, notamment) restantes, comment va-t-il se réaliser ? Si au moment du Communisme Militaire, ses formes d'accomplissement étaient purement administratives, le recours des dirigeants soviétiques durant la N. E. P. à l'organisation des « bases commerciales » avait eu pour résultat la division de l'économie en divers organes économiques indépendants juridiquement, et dont l'activité était animée de l'initiative qui seule peut donner la conscience de la responsabilité avec ses profits, mais aussi avec ses risques : profits par la stimulation en vue de résultats meilleurs que ceux prévus par le Plan, risques comme conséquence d'une gestion défectueuse, amenant l'organe économique à disparaître, et ses employés à être exposés soit à perdre leur situation, soit même à subir des sanctions pénales.

B. — Les « bases commerciales »

Les « *bases commerciales* » devaient donc permettre à l'organe économique de diriger le processus d'accomplissement du Plan, processus dont il apparaît « le maître », suivant sa position dans l'échelle économique hiérarchique.

Ainsi, dans l'industrie, l'atelier jouit d'une indépendance moindre que celle de l'entreprise, l'entreprise — que celle du trust, le trust que celle de l'union, et ainsi de suite. Ces droits et obligations, formant les limites de l'indépendance « opérative » de l'organe économique, sont fixés par la loi, puis, au moyen d'instructions, de règlements, des statuts et des pouvoirs.

Cette indépendance, pour être réalisée, entraîne l'attribution d'un patrimoine séparé de celui de l'Etat, cela conformément aux paroles suivantes des dirigeants soviétiques : « Dans les conditions de la société socialiste, « chaque organe économique, toute entreprise de type socialiste entre en « rapports avec une « personnalité possédante ». Le fonds unique de pro- « priété socialiste est divisé et consolidé en faveur des organisations sépa- « rées sur des « bases commerciales ».

L'attribution d'un « patrimoine séparé » entraîne à son tour des relations contractuelles et, de ce fait, l'échange de services avec usage de la monnaie, l'exclusion de la gratuité des services, des dotations budgétaires (principe dont l'application *tend* seulement à s'effectuer, aux dires des journaux soviétiques eux-mêmes). De cette façon, l'organe économique

doit, dans l'accomplissement du Plan, s'efforcer à l'économie, et de ce fait, à la rentabilité. L'équivalence des échanges suppose à son tour contrat, responsabilité sur la base des biens attribués (sauf sur ceux de ces biens retirés de la circulation, tels que les terres, eaux, forêts, entreprises, installations de ces entreprises, etc.). La conclusion de ces contrats, passés en fonction des données du Plan, est obligatoire, soumise à une réglementation minutieuse, et leur accomplissement stimulé par la prévision de dommages-intérêts et amendes.

La politique du crédit bancaire, venu remplacer le crédit réciproque, ou commercial (11), consolide d'autre part ce système en forçant chaque organe économique à ne profiter des ressources possédées à la Banque d'Etat que sous la surveillance par cette dernière de l'accomplissement des données du Plan (12). Les droits de cette dernière, par ailleurs, sont sauvegardés par la possibilité de vendre les marchandises possédées par cet organe et d'arrêter le fonctionnement de son compte.

L'observation de cette discipline par les organes économiques et leur éducation sont enfin assurées par des organismes d'arbitrage tant gouvernementaux que de section administrative correspondants (du Commissariat intéressé), qui font part aux organes administratifs compétents des manquements qu'ils ont constatés dans l'application des « bases commerciales ».

Enfin, intervient, en vue d'encourager à l'exécution des données du Plan, l'attribution de primes diverses calculées sur la base d'un pourcentage déterminé, laissé à la direction de l'organe économique, sur le bénéfice obtenu du fait de l'abaissement du prix de revient par rapport à celui du marché. Ces primes sont utilisées à des constructions ouvrières et à la satisfaction des besoins des travailleurs, de même que, en faveur des ouvriers et employés dits « de choc » (oudarniki), à l'octroi de rémunérations en espèces, de congés supplémentaires, de postes à exercer en U.R.S.S. ou à l'étranger, de places gratuites dans les sanatoriums, maisons de repos. Ces avantages ne constituent d'ailleurs qu'un aspect des efforts déployés par les dirigeants soviétiques en vue d'obtenir l'esprit d'émulation, d'animer le travail et d'en retirer la quintescence. (Sont ainsi organisés des concours entre les diverses unités de production et les ouvriers ; les résultats obtenus sont pris en compte, les noms des unités et ouvriers intéressés propagés par la presse, le télégraphe, etc.).

Les « bases commerciales » servant de mesure à l'activité de chaque organe économique et des travailleurs qui y sont employés, ont trouvé leur dernière expression, accessoirement à la création de décorations diverses, dans le mouvement dit de « stakhanovisme », s'étendant à une pléiade d'ouvriers et employés (s'inspirant des méthodes d'un ouvrier mineur

---

(11) De ce fait, la traite admise dans les relations du marché a disparu de l'économie soviétique. Cours de Droit Soviétique Economique, t. II. p. 154.

(12) Le rôle de la Banque d'Etat, à l'époque dite socialiste, se résume dans les traits suivants : « comptabiliser » la production et la répartition des produits ; assurer l'affermissement des « bases commerciales » des entreprises et unions économiques d'entreprises, en tant que condition fondamentale d'accomplissement des données du Plan. (Cf. *op. cit.*, p. 188).

Stakhanov, arrivé à abattre par journée de travail un nombre de mètres cubes de houille supérieur aux quantités jusque-là obtenues), qui font rendre à leur travail, et de ce fait à l'activité de l'entreprise qui les emploie, une productivité maxima.

Ainsi, la marche de l'organe économique étant actuellement assurée tant par la direction que par les ouvriers et employés dont les résultats concrétisés sont de cette façon susceptibles de stimulation, les « bases commerciales » obéissent de même que le Plan et dans les limites des données de celui-ci, au principe du « centralisme démocratique » tenant compte de la variété des contingences économiques, et laissant à l'initiative personnelle le choix des méthodes aptes à obtenir les résultats les meilleurs.

*
**

En guise de résumé à notre étude, on peut, semble-t-il, déclarer que le problème posé à la Révolution d'Octobre, de transformer la République Soviétique en une fabrique unique dont les citoyens seraient les ouvriers et les employés, n'a été résolu à l'étape actuelle de l'évolution économique de l'U. R. S. S., qu'en mettant au service du principe socialiste de concentration des moyens de production entre les mains de l'Etat, des méthodes de direction et de stimulation conformes à celles qui ont cours dans les pays dits capitalistes.

Ce système tient compte ainsi des inconvénients entraînés par le recours pour ainsi dire exclusif tant à la centralisation durant le Communisme Militaire, qu'à la décentralisation à l'époque de la N. E. P., et suppose un équilibre strict entre les diverses fonctions économiques.

*
**

Si l'organisation élaborée en vue d'obtenir cet équilibre, et que nous avons essayé de décrire, semble théoriquement pouvoir se suffire à elle-même, nous croyons devoir affirmer néanmoins que pratiquement il n'en est pas ainsi : il était en effet nécessaire d'insuffler en quelque sorte la vie à cette gigantesque entreprise que constitue un pays de l'importance de l'U. R. S. S. Ce rôle a été confié à un élément ne faisant pas partie organiquement de l'économie soviétique (et qui pour cette raison sort du cadre de notre exposé), mais, contribuant puissamment à son fonctionnement en « luttant contre » toute tendance antigouvernementale et l'inobservation tant ouverte que sournoise des lois de la Dictature Prolétarienne : « le Parti Communiste, auteur de cette Dictature et dont les membres, inclus dans les différentes organisations de l'U. R. S. S., collaborent au maintien de la ligne économique, en appliquant dans l'exercice de leurs fonctions, les instructions qui leur ont été communiquées, instructions constituant d'après les auteurs soviétiques « la source du droit économique sinon la plus volumineuse, du moins la plus importante. »

§ 160

L'AVENIR DU DROIT CIVIL DANS L'UNION SOVIETIQUE

Par HEINRICH FREUND
Avocat à Berlin

Traduit par Paul ROUBIER
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon
et H. MANKIEWICZ
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

I

La nouvelle Constitution du 5 décembre 1936 désigne l'Union soviétique comme Etat socialiste. Voici, en effet, les résultats auxquels a abouti la lutte que le régime soviétique a menée contre la propriété privée pendant presque vingt ans :

Le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, bref, la nature entière, dans la mesure où elle se prête à l'exploitation économique, appartiennent à l'Etat. Il en est de même des entreprises industrielles : toutes les usines et exploitations, les mines, le trafic terrestre, fluvial, maritime et aérien, les moyens et les entreprises d'information, sont la propriété de l'Etat. Sont étatiques encore les banques, les assurances, le commerce extérieur et une partie du commerce intérieur. Les entreprises communales font, elles aussi, partie du domaine de l'Etat, ainsi que d'ailleurs les habitations urbaines et celles situées dans les agglomérations industrielles. Dans le secteur agraire, enfin, les propriétés foncières exploitées sous forme de grandes entreprises — les *sovkhosy* — et les fermes de bestiaux, ainsi que le réseau des stations de machines et tracteurs qui, s'étendant sur tout le pays, constituent la colonne vertébrale des exploitations agricoles autres que les *sovkhosy* — tout cela appartient à l'Etat.

Les branches non étatisées de l'industrie sont organisées sous forme de coopératives. Il en est ainsi notamment de la distribution des objets de consommation, dans la mesure où elle ne tombe pas sous le monopole de l'Etat. La majeure partie de l'agriculture paysanne est également organisée sous la forme de coopératives. Les exploitations agricoles individuelles sont presque entièrement remplacées par des exploitations collectives d'allure socialiste, désignées par le nom de *kolkhos*. Dans un *kolkhos* — sorte de

coopérative — le sol est exploité en commun; le paysan n'est propriétaire que de sa maison, d'un jardin potager et d'un peu de petit bétail.

La propriété de l'Etat, la propriété des coopératives et la propriété des *kolkhos* sont les trois éléments de ce qu'on appelle la propriété socialiste. Celle-ci s'est complètement substituée à la propriété privée des moyens de production (à l'exception, évidemment, des rares résidus de propriété privée du paysan ci-dessus rappelés). Seule la sphère personnelle de l'homme n'est pas soumise au système socialiste. Pour la désigner, la doctrine économique a forgé un nouveau concept juridique. Elle parle, en effet, de la *propriété personnelle* des biens de consommation et des économies destinés à être employés, non pas pour la production, mais pour la satisfaction de besoins personnels.

II

L'évolution juridique de ce nouvel être étatique reflète les temps mouvementés qui ont précédé sa naissance. Pendant longtemps il n'existait pas de système juridique clair et harmonieux. Cela s'explique par le fait que, lors de leur arrivée au pouvoir en 1917, les bolcheviks n'avaient pas encore un programme économique constructif s'étendant à l'ensemble de l'industrie et de l'agriculture. Leur programme ne comportait de solutions que pour un nombre restreint de problèmes. Ainsi il revendiquait l'expropriation des moyens de production, sans cependant établir de directives précises quant à leur administration, une fois leur propriété transférée à l'Etat soviétique. On s'aperçut bientôt que le contrôle, par les ouvriers, des entreprises nationalisées ne donnait pas de résultats fructueux. On dut ainsi passer au système de la régie de l'Etat. Dans le secteur agricole, bien qu'on eût socialisé le sol, les fermes d'exploitation individuelle survivaient: ce n'étaient que la répartition de la terre, et plus tard la récolte des produits agraires qui avaient subi des transformations de principe. L'idée de base de la construction économique à entreprendre devint le principe de plans, alors tout à fait rudimentaires et non encore expérimentés.

A défaut de tout programme digne de ce nom, et aux prises avec des difficultés intérieures et extérieures, le communisme de guerre de la première époque recourut aux improvisations. Ses essais d'établir une organisation économique nouvelle sont, en effet, caractérisés par une suite ininterrompue de constructions, de démolitions et de nouvelles constructions. Toute son énergie était concentrée sur la défense du régime contre l'ennemi intérieur et extérieur, sur la réalisation de l'expropriation, sur l'attribution des moyens de production et la distribution des biens de consommation, notamment des denrées alimentaires. Dans ce désordre, aucune construction organique de l'économie n'était possible. Le trafic mourut, la distribution régressa, et, finalement, la production elle-même s'effondra.

Pour prévenir la ruine complète de l'économie, Lénine, faisant appel à l'initiative privée, inaugurait la nouvelle politique économique, dite politique de la NEP. La NEP, suffisamment analysée par d'autres auteurs, frayait le chemin à l'initiative privée, rétablissait la concurrence libre et donnait naissance à des mesures de protection de la propriété privée. Parmi ces dernières figurait, à côté d'autres codes, le Code civil du 31 octobre 1922.

III

A cette époque, l'appellation de ce code comme code civil faisait à elle seule sensation. Quoi qu'on ait pu dire pour caractériser le nouveau droit civil soviétique d'alors — en le considérant rétrospectivement, le Code civil, édicté après trois années de communisme de guerre, apparaît comme un retour à peine voilé aux méthodes capitalistes. Bien entendu, on maintenait, en règle générale, les expropriations réalisées au cours des premières années, et on ne revenait ni sur la socialisation du sol, ni sur la nationalisation des entreprises. Mais néanmoins, le Code civil était un code de libéralisme économique et non pas une code d'économie socialiste. Il avait été édicté en vertu d'un décret du 22 mai 1922 sur les droits patrimoniaux fondamentaux. Ce décret — qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt de curiosité — était la *magna charta* des droits privés; car il entendait créer des garanties juridiques des droits individuels privés. C'est ainsi qu'il proclamait les principes de la liberté de l'industrie, de la propriété privée des entreprises commerciales et industrielles, des instruments et des moyens de production de tout genre. Il constituait la base du Code civil qui, quoiqu'encore en vigueur, est devenu lettre morte — sort qu'il partage avec d'autres codes du temps de la NEP, notamment avec le code de l'agriculture.

Le Code civil, né dans l'air chaud des serres de la première période de la Nep, avait été élaboré, en quelques mois, par *A. Hoichbarg*. Quoiqu'il s'inspire de certaines dispositions des codes européens, il est, parmi les codes civils modernes, celui qui présente le plus d'imperfections techniques. Et ces tares n'ont pas disparu, malgré les nombreuses Novelles qui sont venues le compléter. Aussi le problème de la réforme du Code civil est-il resté inscrit à l'ordre du jour.

Lors de la promulgation même du code, on avait ordonné qu'il devrait être révisé dans les deux ans. Si cette révision n'est pas encore chose faite, c'est moins à cause des difficultés techniques qu'elle rencontre, que plutôt à raison du fait que sa valeur réelle devient de plus en plus discutable. Car la suppression successive de la NEP — suppression pratiquement réalisée depuis 1927 — a posé le problème de la valeur, et du droit à l'existence, du droit civil. Le droit civil avait fait sa rentrée sous le régime de la NEP, après avoir complètement disparu sous le communisme de guerre. La liquidation de la NEP et l'abolition du principe de la libre concurrence devraient donc, à leur tour, entraîner la disparition du droit civil.

IV

Quand, en décembre 1927, au XV[e] Congrès du Parti, Staline l'eût visiblement emporté sur les diadoques qui se disputaient la succession de Lénine, la révolution russe entrait dans une phase nouvelle, caractérisée par deux tâches importantes : 1° porter la révolution dans les villages, et substituer, après l'anéantissement des grands paysans (*kulaki*), à la culture individuelle du sol, l'économie agraire coopérative (*kolkhosy*); 2° industrialiser largement le pays, jusqu'ici en retard sur l'industrialisation du

reste de l'Europe. Passés étaient les temps où Lénine, pour faire démarrer la production, avait fait appel à l'initiative privée. Passée aussi la politique des concessions octroyées aux étrangers pour exploiter les immenses richesses naturelles de la Russie. La volonté énergique qui mit sur pied le premier plan quinquennal a abouti à la réglementation de toutes les activités économiques, et à la suppression de l'initiative privée dans le secteur du commerce intérieur. Les hommes de la NEP — ces commerçants nouveaux qui, dans l'aire fraîche de la liberté du commerce, avaient vite acquis une certaine aisance — furent appelés à disparaître de la scène de l'activité commerciale. On supprimait, sans mot dire, les garanties juridiques créées dans la période de la NEP. Le décret sur les droits fondamentaux privés tombait en oubli. L'importance du code civil s'amoindrit. Les garanties qu'il avait établies cessèrent d'être en vigueur — bien que sur le papier elles subsistent jusqu'à l'heure actuelle. C'est ce que les juristes soviétiques appellent la « conception dialectique » des normes juridiques, ce qui, en d'autres termes, signifie : jamais dans l'histoire de l'humanité les garanties juridiques n'ont eu de valeur absolue.

Maintenant l'idée dominante dans le secteur économique socialiste est le principe du plan, qui s'oppose à la loi de l'offre et de la demande. L'année 1928 a assisté à la naissance du plan quinquennal pour l'industrialisation du pays, qui détermine le rythme et l'étendue de l'industrialisation et de la collectivisation agricole, dirigées par l'Etat. Un deuxième plan quinquennal a fait suite au premier. Un troisième est actuellement à l'étude. L'économiste ne pense plus qu'en « chiffres de plan ». On ne fabrique pas 100 automobiles par jour, mais on remplit le plan dans telle ou telle mesure. Un nouveau système de contrats réglemente le mouvement des biens dans le secteur socialiste. Ce sont ce qu'on appelle les « contrats économiques de plan ». Voici leur raison d'être et leur mécanisme : Le plan détermine la quantité des matières premières que l'industrie étatique doit transformer en marchandises. Il réglemente aussi la distribution, pour les besoins de l'Etat et des coopératives, des produits manufacturés, et la part qui en revient aux particuliers par l'intermédiaire de l'appareil de distribution représenté et géré par les coopératives. Mais l'exécution du plan se fait, non pas en vertu d'instructions administratives, mais sur la base de « contrats économiques ». Chaque année l'on édicte une loi obligeant les organisations étatiques et coopératives, intervenant dans le circuit économique, à conclure entre elles, dans des délais prescrits, des contrats concernant le programme de la production de l'année à venir. Ce sont les organismes centraux — en règle générale les commissariats du peuple pour l'économie et les grandes fédérations des coopératives — qui prennent l'initiative de ces contrats. Ils concluent, entre eux, des « contrats généraux » dont l'exécution est garantie par des « contrats locaux », conclus entre les organes économiques subordonnés, et en vertu desquels ces instances de degré inférieur s'obligent à effectuer les prestations et payements nécessaires pour la réalisation du plan. C'est ce qu'on appelle « la campagne de contrats » qui se répète d'année en année. Par ce moyen, on entend intéresser les divers organismes de l'économie à la réalisation du plan, et les amener à exploiter d'une façon intensive les forces dont ils disposent.

Les contrats ainsi conclus se distinguent essentiellement des contrats du droit civil. Ils sont des contrats « dictés » au sens le plus

strict. Ce qui d'ailleurs résulte de leur genèse : Une usine doit, en vertu du plan et dans des délais fixés par lui, fournir une certaine quantité de marchandises. Or, il se peut que le directeur de l'usine estime que, soit la quantité, soit la qualité, soit le délai de livraison des marchandises dépasse la capacité productrice de son établissement; ou, encore, il juge le prix insuffisant. Alors naissent ce qu'on désigne par le terme de « conflits relatifs aux contrats préliminaires », qui sont l'une des caractéristiques de la vie économique soviétique. Ces conflits sont « arbitrés » par des organes de l'Etat — ce qui est encore un phénomène particulier à l'économie nouvelle.

Ce n'est là qu'un exemple pris dans la multitude des problèmes posés par le nouveau droit du secteur socialiste. D'autres problèmes sont ceux du financement et des actes juridiques rentrant dans le concept de « réforme du crédit », puis le problème du calcul du rendement économique (khosrastchot) et de la structure et de l'interdépendance des entreprises étatiques.

Le droit relatif à toutes ces questions forme ce qu'on appelle le « droit économique » — terme emprunté au droit allemand d'après-guerre et, ainsi qu'en Allemagne (1), différemment interprété par les divers juristes russes. Ceux-ci ont une véritable prédilection pour ce mot nouveau par lequel les uns désignent l'ensemble du droit patrimonial, les autres seulement le droit commercial. Le sens, que nous venons de lui attribuer en désignant par droit économique le droit propre au secteur socialiste, est celui que lui donnent actuellement les juristes soviétiques les plus en vue, par exemple Amfiteatrov. Celui-ci, toutefois, se fait une conception un peu plus étroite du contenu du droit économique. Car il en exempte l'organisation de l'économie socialiste, qui, à son avis, fait partie de ce qu'il appelle le « droit économique administratif ». Selon Amfiteatrov, le droit économique au sens étroit est « le système des droits et obligations d'ordre patrimonial qui caractérisent les relations juridiques entre les entreprises et organisations socialistes dans le cadre de la production et du commerce soviétiques »; cf. son article publié dans la revue *Sevetskoie Gosoudarstvo,* 1936, n° 4, p. 86. D'après lui, le droit civil proprement dit est donc le droit qui règle les créances et obligations patrimoniales des travailleurs, c'est-à-dire — par opposition au droit, presque complètement disparu, de la *propriété privée* des moyens de production — le droit des relations juridiques à base de *propriété dite personnelle,* des biens de consommation et des économies.

Cependant, la limitation du droit civil, qui résulte de cette définition, me paraît exagérée. En effet, dès qu'on étudie de près l'analyse détaillée des « contrats économiques nés du plan », donnée par Amfiteatrov dans son Encyclopédie du droit économique soviétique (*Course sovietskavo khosiaistvennova prava,* 1935, tome II, p. 32 et ss.), on s'aperçoit qu'il est impossible de comprendre ces contrats économiques sans faire appel aux catégories du droit civil. Ce qui s'explique d'ailleurs aisément par le

---

(1) En ce qui concerne les définitions allemandes du droit économique, voir leur énumération chez E.-R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1932, p. 2, et la définition donnée par Huber lui-même qui dit que, par le nom de droit économique, sont caractérisées les normes juridiques s'appliquant à l'entreprise économique dans la mesure où elle est soumise à l'intervention régularisatrice de l'Etat.

fait que certains concepts de droit civil contiennent, en eux-mêmes, des principes généraux du droit. Tel est, par exemple, le cas non seulement des concepts du droit des obligations, mais aussi de ceux du droit de la propriété, qui, à certains égards, dépassent le cercle restreint du droit civil et sont valables pour presque toutes les branches du droit.

V

Les juristes soviétiques préparent actuellement un nouveau Code civil. Selon la Constitution de 1936, en effet, la confection d'un Code civil est de la compétence de l'Union soviétique, tandis qu'elle rentrait, jusqu'ici, dans la compétence des Républiques fédérées formant l'Union soviétique. Il y a donc à l'heure actuelle autant de Codes civils que de Républiques fédérées. Mais ces codes, il est vrai, se ressemblent beaucoup, puisqu'ils sont tous calqués sur le modèle du Code civil de la plus importante des Républiques qu'est la R. S. F. S. R. Bien qu'en vertu de l'ancienne Constitution, l'Union soviétique eût le droit d'établir des « principes du droit civil », il n'existe en cette matière qu'un simple projet, publié en 1931 par Stutschka.

C'est évidemment une simplification de la législation que de remplacer la multitude des Codes civils des Républiques fédérées par un seul Code de l'Union. Il va de soi que ce nouveau Code sera autre chose qu'une simple réédition des codes jusqu'ici en vigueur. Car, ainsi que nous l'avons dit précédemment, l'ancien Code civil ne cadre plus avec la réalité soviétique de nos jours.

Le moment pour procéder à la nouvelle codification paraît bien choisi. Car, selon toute apparence, les luttes qui s'étaient engagées sur la question du droit à l'existence du droit civil semblent toucher à leur fin. Nous ne mentionnerons de ces luttes que deux phases particulièrement significatives.

Stutschka, Président de la Cour suprême de la R. S. F. S. R., vice-commissaire du peuple à la Justice et directeur de l'Institut de Droit soviétique de l'Académie communiste, un des juristes les plus en vue, menait ses luttes les plus ardentes juste au moment où Staline emportait sa victoire décisive au XV[e] Congrès du Parti, mais où l'idée de la consolidation du régime soviétique, due à l'élimination de Trotzki, n'avait pas encore conquis l'adhésion des juristes. Prise entre le conservatisme, propre à la pensée juridique, et la lutte contre ce conservatisme, la doctrine juridique russe se trouvait alors complètement déchirée, bien que les « anciens » juristes eussent été complètement éliminés et que leur revue « Droit et Vie » eût cessé de paraître dès 1928.

La lutte qui s'était engagée se déroulait entre les milieux des marxistes et des partisans marxistes. Des résolutions du Premier Congrès des professeurs de droit public marxistes de 1931, il ressort, avec assez de netteté, qu'on se trouvait à ce moment en présence de trois tendances différentes : celles des défenseurs de la « ligne générale », celle des opportunistes de droite et, enfin, celle de l'opposition de gauche (trotzkistes). Le combat contre l'opposition de gauche et l'opposition de droite — que Staline avait vaincues au XV[e] Congrès du Parti — continuait donc dans les milieux de juristes. Presque tous les auteurs juridiques de ce temps, qu'ils fussent

marxistes ou partisans marxistes, furent considérés par le Congrès des professeurs de droit public marxistes comme appartenant à l'opposition, soit de droite, soit de gauche. Une exception ne fut faite que pour Stutschka et Paschukanis, dont les mérites pour la création d'une théorie marxiste du droit furent l'objet de beaucoup d'éloges. Toutefois, ces deux chefs furent, eux aussi, vivement critiqués. On leur reprochait, à l'un comme à l'autre, de s'éloigner de la ligne générale, tantôt vers la droite, tantôt vers la gauche, et il y eut même une polémique, quelquefois assez vive, entre Stutschka et Paschukanis.

Stutschka, défenseur de la ligne générale, combattait vivement les juristes qui voulaient s'émanciper de la domination de la loi et supprimer carrément le droit civil tout entier. Le but que ceux-ci poursuivaient était la garantie de la primauté de l'économie et l'élimination de l'initiative privée, but qu'ils entendaient réaliser non pas par des contrats, fût-ce même de réglements administratifs (devant se substituer à ces contrats). Ils entendaient abolir la monnaie ainsi que la concurrence, et revenir aux méthodes du communisme de guerre. Enfin, ils voulaient compléter la lutte de Staline contre les *kulakis* paysans, par la destruction de la bourgeoisie urbaine — objectifs que Stutschka et ses adhérents qualifiaient d'interprétations arronées de la ligne générale et de contrebande trotzkiste.

Stutschka était donc le leader de ceux qui voulaient sauvegarder le droit civil. En effet, quand on relit aujourd'hui son projet, publié en 1931, d'une nouvelle rédaction du Code civil de 1922, et son projet, datant de la même époque, de principes de droit civil — projets qui d'ailleurs ne sont jamais devenus des lois —, on est frappé par le conservatisme dont ils font preuve. Stutschka entendait séparer le droit civil du droit économique qu'il appelait droit économique administratif, et qui devait s'appliquer à l'ensemble du secteur économique socialiste. Le droit civil, par contre, devait se limiter au droit patrimonial des particuliers, ce qui amenait d'ailleurs Stutschka à propager l'idée d'un « petit » code civil. Mais d'autres entendaient établir un code économique « général », devant englober l'ensemble du droit patrimonial, y compris le droit civil proprement dit.

Stutschka n'eut pas de succès avec ses idées. Avec sa mort, survenue le 25 janvier 1932, s'éteignit aussi l'idée d'un « petit » code civil. Un homme nouveau, Ginzburg, survint alors, qui propagea l'idée de faire absorber le droit civil par le droit économique. Au dualisme de Stutschka, il opposa la formule saisissante — et actuellement victorieuse — de l'unité du droit économique soviétique.

Ginzburg établit le schéma d'un nouveau code économique (1933), que voici : *Première partie : Dispositions générales,* comprenant : 1° la propriété; 2° la planification et le calcul économique socialistes. *Deuxième partie : Organisation de l'économie,* contenant : 1° des dispositions générales sur les personnes; 2° les organisations économiques étatiques; 3° les coopératives; 4° les personnes privées; ce dernier chapitre se décompose en quatre sections traitant respectivement de la capacité juridique, du droit des successions, de l'atteinte à la vie et à la santé, et des rentes alimentaires. *Troisième partie : Organisation des relations économiques* (droit des contrats).

Il n'est pas douteux qu'un pareil code aurait le grand mérite d'établir pour la première fois un système de droit économique proprement dit, et

d'éclairer de nombreuses questions litigieuses. En effet, la codification actuelle, caractérisée par un manque de clarté et d'ordonnancement et par la difficulté de fournir des renseignements sur des matières d'une étendue énorme, constitue un état de choses peu satisfaisant, alors même qu'il existe des compilations assez bonnes. Mais l'inconvénient du plan de Ginzburg c'est que le droit civil s'y perd complètement dans la masse énorme des dispositions. Il faudra dénicher le droit civil dans les cachettes les plus diverses, sans toutefois réussir à avoir une vue d'ensemble suffisamment claire. La prescription, par exemple, qui est un des principes généraux du droit, sera traitée dans le chapitre consacré au droit des contrats, sous la rubrique des causes d'extinction des contrats. Ce ne serait qu'à la condition d'adopter le système — rejeté par Ginzburg — du dualisme de Stutschka que ce projet pourrait constituer la base d'un code, qui, cependant, aurait, lui aussi, besoin d'être complété par un code civil proprement dit.

Mais le projet de Ginzburg peut être aujourd'hui considéré comme périmé. Amfiteatrov a exposé à son tour les lignes du nouveau droit civil de l'Union soviétique.

On maintiendra dans le nouveau code le système des digestes, et on essayera de créer un équilibre entre, d'une part, les relations juridiques relevant du secteur socialiste et, d'autre part, les relations juridiques personnelles des citoyens. « Le Code civil de l'U.R.S.S. devra être le code de l'époque socialiste, et régler, outre les relations juridiques relevant du secteur socialiste et résultant des fondements économiques de l'U.R.S.S. — à savoir la propriété socialiste des instruments et des moyens de production — les relations juridiques qui reposent sur la propriété personnelle des travailleurs »; cf. Borisov, *Isvjestia* du 17 juin 1936.

L'organisation économique, dans la mesure où elle relève du droit économique administratif, restera en dehors du code. Ce ne seront que les formes générales des organismes économiques socialistes qui seront réglées dans le code même. Le Code civil ne contiendra pas non plus une réglementation des droits de la famille et du travail, ces matières étant considérées par la doctrine soviétique comme revêtant un caractère de droit public. A part ces exceptions, on maintiendra cependant la notion traditionnelle du droit civil.

Selon les juristes soviétiques, dès la réalisation de ce plan — dont nous trouvons les lignes générales exposées dans un article d'Amfiteatrov — le droit civil prendra un nouvel essor. Car la lutte des classes étant déclarée terminée, il sera possible de restaurer un certain libéralisme dans le domaine de la propriété dite personnelle. Dans la période de la NEP, la limitation de la propriété privée des moyens de production était devenue nécessaire pour éviter la naissance de nouveaux capitalistes. Mais, à l'heure actuelle, il sera possible d'élargir, dans une certaine mesure, le contenu de la propriété dite personnelle des moyens de consommation, puisque la sphère personnelle est suffisamment délimitée, et qu'on ne risque plus de voir surgir de nouveaux capitalistes. Comme Staline l'a dit récemment au cours d'un meeting : « l'Etat ne s'intéresse pas à ce que le particulier fait de sa propriété personnelle ». A la suite de cette phrase, souvent citée, on parle déjà de l'abaissement de l'impôt sur les successions, et de l'élargissement du droit des successions qui, actuellement, n'a qu'un champ d'application personnel restreint. On va même jusqu'à proclamer des garan-

ties juridiques nouvelles, dont la Constitution de 1936 contient d'ailleurs un nombre assez élevé. On fait enfin remarquer que, à la suite de la prospérité croissante (tout, en effet, est relatif), la sphère personnelle et, dès lors, le champ d'application du droit civil seront plus étendus.

Cette réforme du droit civil d'un Etat socialiste s'effectuera probablement selon le principe formulé récemment par Antonov-Saratovski, dans un article polémique publié dans les *Isvjestia* du 8 mai 1937, à l'occasion de la chute du théoricien marxiste Paschukanis. Antonov-Saratovski proclamait alors : « Nous ne nous refusons nullement à recourir à des formes juridiques qui se sont développées au cours de l'histoire. Mais, tout en utilisant les résultats de leur évolution, nous leur donnerons une forme et un contenu socialistes ».

TITRE V

LES POINTS DE CONTACT DU DROIT COMPARE ET DE L'ECONOMIE POLITIQUE

ANTONELLI, *Du Droit Comparé à l'Economie comparée. La notion de système économique.*

COMMONS, *La valeur raisonnable dans l'économie politique américaine.*

RAPPARD, *Qu'est-ce que le nationalisme économique ?*

NEUMARK, *L'importance du droit comparé pour la science des finances.* (Cette dernière contribution publiée Tome I, Première Partie, Titre III, Chapitre II : « La Méthode et les Fonctions du Droit Comparé », § 28.)

DU DROIT COMPARE A L'ECONOMIE COMPAREE

La notion de "Système économique"

Par Etienne ANTONELLI

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier
Professeur honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

J'ai eu la bonne fortune de collaborer, pendant plusieurs années, comme directeur de la Salle de Travail d'économie politique de l'Institut de droit comparé de Lyon avec le maître que nous honorons ici.

De cette collaboration j'ai tiré un immense profit. Bien des idées se sont précisées, éclaircies en moi ; des horizons se sont ouverts qui me seraient restés probablement toujours fermés derrière le brouillard des « lointains économiques » si le juriste, l'historien des institutions, le comparatiste pénétrant et si largement compréhensif qu'était Edouard Lambert n'y avait projeté sa lumière.

J'en donnerai seulement, ici, un exemple pris, presque au hasard, parmi beaucoup d'autres.

***

La notion de « système économique » se trouve déjà chez Sismondi, mais sous une forme très vague.

L'économiste genevois proteste contre l'universalisme de l'école orthodoxe et surtout contre les abstractions de Ricardo. Il écrit, par exemple : « Adam Smith, auteur du troisième système d'Economie politique, au lieu de chercher comme ses prédécesseurs à inventer *a priori* une théorie à laquelle il s'efforcerait ensuite de rattacher tous les faits, reconnut que la science du gouvernement était expérimentale ; *qu'elle ne pouvait* se fonder que sur l'histoire des peuples divers » (1).

Et un peu plus loin :

« Adam Smith considérait l'économie politique comme une science d'expérience ; *il s'efforçait d'examiner chaque fait dans sa position sociale* et de ne jamais perdre de vue les circonstances diverses auxquelles il était lié... Ses nouveaux disciples, en Angleterre, se sont au contraire jetés dans

---

(1) Nouv. Princ. éd. de 1819, t. I, p. 49.

des abstractions qui nous font absolument perdre la terre de vue. La science entre leurs mains est tellement spéculative qu'elle semble se détacher de toute pratique... » (2).

Après Sismondi, chez List, Roscher, Kries, Hildebrandt, la notion de système économique apparaît, à travers le concept d'économie nationale comme chez Sismondi, mais d'une façon beaucoup plus précise.

Quand List définit « l'économie politique ou nationale (comme) celle qui, prenant l'idée de nationalité pour point de départ, enseigne comment une nation donnée, dans la situation actuelle du monde et eu égard aux circonstances qui lui sont particulières, peut conserver et améliorer son état économique... » (3).

Quand Roscher écrit : « Notre but est la description de ce que les peuples ont voulu et senti en économie politique, des buts qu'ils ont poursuivis et atteints, des raisons pour lesquelles ils les ont poursuivis et atteints... » (4).

Quand Hildebrandt affirme que son but est « de transformer cette science (l'économie politique) en *une doctrine des lois du développement économique des nations*... » (5), quand ils se placent ainsi, au point de vue de l'histoire politique des peuples ou plus exactement des Etats, ils opposent, en somme, le relativisme étatique des caméralistes des petites cours allemandes à l'universalisme de l'école anglaise.

Cette conception nationale du « système économique » s'épanouit, si j'ose dire, chez Gustav Schmoller quand il écrit : « Ce n'est que là où des hommes de même race, de même langue, liés par les mêmes sentiments et les mêmes idées, par les mœurs et le droit, ont en même temps des institutions économiques nationales uniques et sont attachés l'un à l'autre par un système uni de vivantes relations d'échange, ce n'est que là que nous parlons d'une économie nationale... » (6).

Avec plus de nuances que Schmoller, Cauwès est certainement l'économiste qui a poussé le plus loin, dans le sens de l'économie nationale, l'analyse du concept de système économique.

Il pose très nettement le problème :

« ...Les faits économiques sont donc susceptibles d'une généralisation... Reste à voir dans quelle mesure cette généralisation est admissible ; peut-elle se faire pour une nation ou un groupe de nations à un moment donné seulement ou même pour tous les âges de la civilisation et pour l'humanité entière ? Suivant que l'on fait l'une ou l'autre réponse, le caractère des études économiques change tout à fait... » (7).

Il indique non moins nettement l'existence des deux tendances scientifiques opposées :

« La notion d'un type uniforme de la société, d'après un idéal convenu et de règles abstraites sans adaptation au milieu social particulier, est

---

(2) Loc. cit., t. I, p. 57 et 58.
(3) Syst. Nat. trad. Richelot, p. 227.
(4) Grundriss, éd. 1843, préface.
(5) Die Nationalökonomie der Gegenwart und Zukunft, 1848, intr. p. V.
(6) Principes, trad. Platon, t. I, p. 17.
(7) Cours, 3e éd., t. I, p. 21.

celle de l'ancienne économie politique classique.. En sens inverse un assez grand nombre d'économistes contemporains suivent la tradition de List... et repoussent l'idée rationaliste d'une économie politique universelle : ils se sont engagés dans l'étude historique ou descriptive des phénomènes particuliers à une époque, à un peuple, à un âge spécial de la civilisation... » (8).

Il adopte pour sa part une solution éclectique qui nous apparaît aujourd'hui bien timide :

« Les généralisations de la science économique pure sont fausses lorsqu'elles se trouvent en discordance avec les conditions de la vie sociale dans un milieu déterminé (p. 23)... Est-ce à dire que l'activité économique de toutes les sociétés soit la même ; que si elle est formée de quelques éléments simples et irréductibles, on doive y reconnaître les mêmes règles d'action, les mêmes tendances, les mêmes institutions économiques ? Evidemment non (p. 24)... La conception d'un type uniforme de la société d'après un idéal convenu et de règles abstraites non appropriées au milieu social doit être écartée. Si l'on fait abstraction de quelques principes primordiaux, il existe, en réalité, plusieurs économies spéciales correspondant aux différents âges de la civilisation, à la nature du climat et du sol, à l'étendue et à l'énergie des forces productives... » (p. 27).

La notion de système économique reste encore enfermée, même chez Cauwès, dans le cadre du groupe politique de la nation.

Chez Marx et chez Sombart nous la voyons se dégager, non du concept de nation politique, mais du mécanisme même de la vie économique, toujours, il est vrai, sur le plan historique.

Toute la thèse célèbre du matérialisme historique, chez Marx, postule l'existence de « systèmes économiques ».

Le chapitre « Bourgeois et Prolétaires » du « manifeste communiste » oppose le système économique de la bourgeoisie à celui de la féodalité et à celui du communisme de demain.

Tout le « Capital », par ailleurs, est-il autre chose que l'analyse, dans ses éléments fondamentaux, d'un système économique ? On peut donc dire que, chez Marx, la notion de « système économique », nulle part affirmée explicitement, est sous-jacente partout.

Chez Werner Sombart, chez qui les influences marxistes sont évidentes et loyalement avouées, on trouve, dans certains passages du « Moderne Kapitalismus », une notion très compréhensible du « système économique ».

Il définira, par exemple, le capitalisme en ces termes : « Nous voulions avant tout décrire ce concours unique de circonstances auquel le *système économique* capitaliste est redevable de son magnifique développement tant extensif qu'intensif ; et nous avons essayé de dégager tout l'ensemble des facteurs, mobiles nouveaux, formations politiques nouvelles, connaissances techniques nouvelles, grâce auxquels une masse formidable d'hommes et de choses, masse comme on n'en a jamais vu de pareille et

(8) Loc. cit., p. 22.

qu'on aurait dit avoir brusquement surgi du sol, a pu être coordonnée et constituée en un système gigantesque » (9).

Mais plus généralement Sombart ne voit, comme Marx, dans le « système économique », qu'une catégorie historique.

Et cela l'entraîne à des confusions entre différentes conceptions du système économique considéré tantôt du point de vue organique et tantôt du point de vue historique.

C'est ainsi que de la définition du capitalisme qu'on tire du passage cité ci-dessus on peut rapprocher celle qu'on trouve quelques pages plus loin :

« Se trompent d'abord tous ceux qui prédisent pour l'avenir la domination exclusive d'un seul système économique... Il est plus que probable que tous ces systèmes subsisteront dans la vie économique de l'avenir. Enumérons-les une fois de plus : le capitalisme, l'économie coopérative, l'économie publique, l'économie individuelle, l'artisanat, l'économie paysanne » (10).

Il est vrai que Sombart, dans une étude récente (11), a précisé sa conception :

« Un « système économique » se reconnaîtrait d'après lui à l'esprit du système (Wirtschaftsgesinnung), c'est-à-dire à l'ordre spirituel de la vie des individus, à la forme du système, c'est-à-dire à l'ordre objectif de la vie économique, à la substance du système, c'est-à-dire à sa technique ». Mais je pense que cette conception purement intellectualiste du système économique n'apporte aucun éclaircissement aux confusions et obscurités que nous trouvons dans l'œuvre de Sombart sur ce sujet.

Enfin les sociologues de l'école de Durkheim, et notamment François Simiand dans les leçons (7e à 11e) de son « Cours » où il étudie la formation du capitalisme contre le type « d'économie d'échange complexe » et dans ses comptes rendus de l' « Année sociologique » (12), avaient analysé la notion de « système économique » en se plaçant surtout à un point de vue social.

*
**

Mais cette notion, confuse et multiforme, nationale avec List et ses successeurs, historique avec Marx et Sombart, sociale avec Simiand, restait en quelque sorte extérieure à la science économique dominée, comme le faisait déjà remarquer Cauwès, par l'axiome alors indiscuté : « Il n'y a de science que du général ».

Et cependant si nous voulions donner à la science économique une assise expérimentale solide, ne devions-nous pas la faire reposer sur cette première réalité sociale, la seule qui soit directement offerte à notre observation, dans les faits externes ?

Je m'étais posé la question dès mes premières études d'économie pure.

---

(9) L'Apogée du Capitalisme, t. II, p. 460.
(10) L'Apogée du Capitalisme, t. II, p. 519.
(11) Economic history and economic theory in « Economic history Review », juin 1929.
(12) Année sociologique, t. IV, p. 503, t. V, p. 480 ; t. VI, p. 476.

La préoccupation de rattacher mes analyses et mes déductions à un système économique bien déterminé se trahissait déjà dans le titre de mon ouvrage, intitulé « Principes d'Economie pure : la théorie de l'échange sous le régime de la libre concurrence ».

Je ne faisais, au reste, que suivre mon maître Léon Walras qui a toujours considéré son économie pure seulement comme celle du système économique présent (13).

Mais, bien que convaincu de la relativité des observations que nous pouvons faire sur le monde économique présent, la notion de « système économique » restait encore très vague dans mon esprit.

*
**

C'est le comparatiste du droit qui devait me mettre sur la voie de la synthèse nécessaire.

Dans sa leçon d'inauguration de l'Institut de droit comparé de Lyon, le Professeur Edouard Lambert disait :

« Société des peuples : je prends ce mot dans le sens où on l'emploie quand on parle de la société lyonnaise. Il existe aussi une société des peuples, société quelque peu fermée, composée de nations qui se considèrent comme arrivées au même degré général de civilisation qu'unit la communauté d'organisation de leurs capitalismes ou l'échange quotidien de leurs productions économiques et qui, toutes, cherchent à tenir leur rang dans le monde... »

Plus loin il disait encore :

« ...A côté de cette première catégorie d'intérêts (les intérêts individuels) il en est beaucoup d'autres qui doivent entrer en compte dans la pesée judiciaire. Ce sont d'abord les intérêts des groupes en relations d'interdépendance économique avec ceux auxquels appartiennent les parties : ici les consommateurs, ailleurs les usagers. C'est surtout le puissant faisceau d'intérêts collectifs de la société que les textes judiciaires anglo-américains appellent la *public policy* en prenant ce mot dans son sens ancien de politique publique. Faisceau singulièrement complexe, parce que composé des multiples orientations que la collectivité cherche à imprimer à l'action d'ensemble de ses membres. Or ces orientations sont souvent confuses et contradictoires... »

Ces idées du juriste comparatiste, reprises, discutées entre nous, au cours d'une collaboration active et familière de plusieurs années, projetèrent, dans mon esprit, un véritable faisceau de lumière.

J'avais alors pour tâche de reprendre dans la salle de travail d'économie politique de l'Institut de droit comparé les mêmes problèmes d'actualité juridique sous leurs aspects économiques et sociaux que M. le Professeur Picard examinait dans les développements qu'ils avaient reçus dans la jurisprudence française et M. le Professeur Lambert dans la jurisprudence anglo-saxonne.

---

(13) Il écrivait un jour à son disciple Bortkiewicz : « ... Je suis entièrement d'avis que des conclusions fondées sur l'hypothèse de la libre concurrence ne valent que pour ce cas... » (Lettre inédite du 6 décembre 1887).

Rapidement, il m'apparut que dans tout conflit d'intérêts économiques — qu'il prit ou non la forme d'un conflit judiciaire — intervenait la considération d'une *public policy* à laquelle chacune des parties se référait implicitement et dont l'étude préalable s'imposait à l'économiste comme au juge.

A partir de ce moment la notion de « système économique » avait pris corps dans mon esprit.

***

Je l'ai précisée d'abord dans mon « Traité d'Economie politique », publié en 1927.

Dans cet ouvrage, après avoir défini le système économique comme *l'ensemble des relations et institutions qui caractérisent la vie économique d'une société déterminée, localisable dans le temps et dans l'espace* (pp. 25 et s.), je m'efforce de délimiter le système économique présent dans le temps et dans l'espace, par la comparaison de ses formes générales et historiques externes avec d'autres civilisations et systèmes économiques assez manifestement différents du nôtre, comme ceux des peuples primitifs, de l'extrême orient ancien, de l'antiquité gréco-latine, du moyen âge, pour conclure : « Nous sommes donc amenés à considérer le système économique présent que nous voulons étudier comme limité, dans le passé, par la grande réforme qui, à partir du XV[e] siècle, crée, dans le domaine politique, social et économique, l'Europe moderne... ».

Analysant ensuite le système économique présent dans son contenu, du point de vue historique, je note que trois grands faits ont contribué plus que tous autres à caractériser ce milieu et à le distinguer des précédents : le développement de la liberté du commerce, de l'industrie et du travail, la constitution des grands Etats modernes, l'expansion de l'utilisation de la richesse mobilière dans la vie économique.

Enfin étudiant le système dans son contenu, du point de vue de son économie pure (14), je le définis par les institutions de la propriété individuelle, de la responsabilité de l'individu et de l'échange sur la base de l'équivalence en utilité.

A aucun moment, je n'attache à un de ces éléments ou à une catégorie d'entre eux une prépondérance quelconque dans la formation du « sys-

---

(14) La notion d'économie pure est inséparable pour moi de celle de système économique. Tout système prend, à chaque moment de son évolution, pour tous ceux qui y participent, l'aspect logique d'un « système rationnel idéal » dans lequel s'expriment les tendances les plus fortes, les plus caractéristiques de la vie de ce système au moment considéré. C'est l'étude, dans ses éléments, de cette représentation idéale d'un système économique déterminé, que j'appelle l'économie pure de ce système économique.

Notons que cette conception se distingue nettement de celle qu'on trouve généralement chez les économistes, même chez Walras et Pareto et que François Perroux résume avec la plus parfaite précision en disant :

« ... On peut considérer tout système d'économie pure comme une représentation d'une réalité économique concrète simplifiée systématiquement en vue d'en faire plus exactement comprendre les caractères et le jeu... ». (Introd. à Schumpeter, p. 21).

Alors l'économie pure se présente comme une construction logique de l'auteur tandis que pour moi elle est une construction logique de la société.

Ici elle est une abstraction de l'économiste, là elle est une donnée expérimentale du milieu.

tème ». C'est leur ensemble et leur ensemble seulement qui détermine le système en lui donnant, si j'ose dire, sa tonalité propre.

Et à aucun moment je ne veux considérer le système comme fixé dans ces éléments. J'écris : « Il serait aussi antiscientifique de considérer notre système économique comme séparé, dans le temps, des systèmes antérieurs par une coupure nette, que de le considérer comme séparé, dans l'espace, des autres régimes économiques du temps présent par des barrières infranchissables. La vie économique se présente à nous, dans tous les systèmes, comme un flux sans solution de continuité, sans cloisons étanches... » (15).

J'ai repris, élargi, développé cette conception du système économique dans la nouvelle édition de mes « Principes d'Economie pure », actuellement à l'impression.

Je crois bien que je suis arrivé ainsi à une expression suffisamment complète et claire d'un concept que je considère comme fondamental pour la science économique.

*
**

Mais, parvenu là, j'ai dû me poser une nouvelle question.

Cette conception du « système économique » bien des auteurs l'ont, à tout le moins, entrevue et même dégagée sur le plan historique, national ou social. Pourquoi aucun d'eux ne l'a-t-il développée jusqu'en ses conséquences scientifiques logiques ? Ceux mêmes qui sont allés le plus loin dans cette voie, comme Cauwès, ont cru nécessaire d'envelopper leur pensée de toutes sortes de réticences, d'hésitations dans l'expression de leur pensée.

Aujourd'hui encore, quand elle n'est pas volontairement rejetée avant tout examen, elle se heurte à une résistance certaine même chez ceux qui, honnêtement, ne veulent pas l'ignorer.

Quelles sont les raisons de cette opposition instinctive, en quelque sorte, ou de ces résistances ?

J'en vois, pour ma part, deux principales.

La notion de système économique choque d'abord tous ceux qui se font de la science économique une conception métaphysique finaliste (16).

Cauwès déjà avait dénoncé (pp. 92 et s. de son Traité) — avec une prudence dont les économistes orthodoxes ne lui surent aucun gré et une hésitation qui était certainement dans son esprit — l'universalisme de ce qu'il appelait « l'économie politique spéculative ».

Aujourd'hui encore, on se heurte toujours à l'objection de ceux qui prétendent que toutes les distinctions que l'on peut faire entre « milieux »,

---

(15) Loc. cit., p. 53.

(16) J'appelle, avec Léopold Leseine (Introduction générale à l'étude de l'économie politique, p. 37 à 42, 96 à 203, 247 à 279) conception métaphysique de la science, celle où toute la science est construite sur un certain nombre d'hypothèses métaphysiques (existence de lois naturelles bonnes et inéluctables, harmonie préétablie entre l'intérêt général et un groupe d'intérêts particuliers, etc.), posées *à priori*.

La science est finaliste quand ce sont les conclusions auxquelles on *veut* aboutir qui déterminent la nature et la combinaison des éléments mis en œuvre (science optimiste, catholique, moniste).

entre « systèmes », en partant de l'observation des faits de la vie sociale sont de surface parce que la nature de l'homme est toujours la même et l'essence de l'économie immuable.

Sans nous demander si cette attitude n'est pas déjà commandée, comme je le crois, par un finalisme d'origine sociale ou métaphysique (17), nous ferons remarquer que l'objection ne peut atteindre notre conception propre du « système économique ».

Nous ne voulons pas discuter, en effet, la question de savoir si l'individu est ou n'est pas foncièrement le même dans les divers systèmes. Nous laissons les philosophes et les économistes, qui s'intéressent spécialement à ces questions d'ontologie économique trancher la question, s'ils le croient possible. Nous disons seulement que l'observation des faits de la vie sociale et plus particulièrement économique permet de distinguer des cadres de vie sociale et économique différents. Il ne viendrait à l'idée de personne, j'imagine, de soutenir que le cadre social formel d'aujourd'hui est le même que celui de la Grèce ou de la Rome antique, même si on admet que l'homme, avec ses instincts, ses sentiments, son intelligence, sa logique est resté le même (ce qui n'est, au reste, pas du tout démontré). Or ce sont ces cadres formels de vie économique que nous appelons des « systèmes économiques ».

Cette conception choque également ceux qui se font de la science économique une conception normative, c'est-à-dire dans laquelle la science a essentiellement pour but de nous fournir des règles de conduite, de commander à notre action.

Si la définition objective et purement expérimentale du « système économique » a tant de peine à se faire agréer par les jeunes économistes de la génération présente, c'est parce que ceux-ci ont une véritable répugnance pour la science non normative.

Certains, parmi les meilleurs, soutiennent avec Pigou, par exemple, que « l'analyse économique serait vaine si elle n'était employée pour assurer le progrès social ». Le jeune et brillant économiste, M. le Professeur Byé, à qui j'emprunte cette formule, en fait gloire à Pigou et à son réalisme (18).

D'autres vont plus loin et affirment ouvertement leur dédain juvénile pour toute science qui ne serait pas finaliste et normative (19).

Très justement, François Perroux, dans sa belle introduction à la traduction française de Schumpeter, écrit : « Cette distinction (entre la science et l'art économique) devrait être aujourd'hui si unanimement acceptée qu'il soit inutile de la mentionner autrement que par un rappel. Mais l'histoire de la pensée économique française est assombrie par la confusion des deux domaines... L'entraînement est si fort que des esprits

---

(17) Ce finalisme est particulièrement sensible chez certains auteurs comme M. le Professeur Charles Bodin. Cfr. notamment les *Principes de science économique* de cet auteur, p. 19 et s., p. 75, etc., et son étude publiée, en 1920, dans la Revue d'Economie politique intitulée « Esquisse d'une conception et d'une ordonnance scientifique de l'économie », fondée toute sur l'idée d'un *bien* et d'un *mal* économiques (p. 22 et s., p. 47).

(18) In article de la Rev. d'Economie politique, nov.-déc. 1929, p. 1520.

(19) Cfr. Ernest Teilhac, « Les fondements nouveaux de l'Economie », Paris, 1932.

d'une remarquable vigueur le subissent. Raison de plus pour affirmer le vrai caractère de la recherche scientifique... »

Mais ce vice n'est pas spécial à l'école française et on pourrait le retrouver, aujourd'hui encore, dissimulé chez les économistes américains, sous la mathématique savante de leur économétrie, comme chez les économistes italiens sous leur économie de « l'homo corporativus ».

Je crois que le défaut est commun à toute cette génération qui, plongée brutalement dans la plus large et brusque crise économique et sociale que l'humanité ait, peut-être, connue, ne peut concevoir qu'une science faite dans, par et pour l'action immédiate.

Raison de plus, comme dit François Perroux, pour montrer le danger à ceux qui engagent ainsi la science dans une impasse.

La question a, au reste, un autre aspect qu'on n'a pas le droit de dissimuler, au risque de blesser certaines susceptibilités. La science finaliste et normative, en mettant les savants au service des intérêts du « siècle », permet à quelques-uns d'entre eux de s'asseoir au banquet et à beaucoup d'autres de garder l'espoir et l'envie — quelle envie ! — d'y prendre place à leur tour. La science par et pour l'action devient la science par et pour le profit !

A tout le moins, les savants, même les plus désintéressés, se rendent compte que la science normative est la seule qui puisse bénéficer d'une publicité immédiate à l'attrait de laquelle les âmes mal trempées ont bien de la peine à résister.

*
**

Mais je crois que malgré toutes les résistances, la notion de système économique s'imposera à la science et que dans une étape nouvelle — annoncée déjà dans la petite étude de M. Robert Mossé intitulée « Essai de définition du capitalisme » (20) — elle servira de fondement à une science de l'économie comparée tout à fait analogue à celle du droit comparé dont la portée immense a été si utilement dégagée par mon maître et ami Edouard Lambert.

---

(20) Bulletin des Sciences économiques et sociales du Comité des travaux historiques et scientifiques, année 1935.

§ 162

LA VALEUR RAISONNABLE DANS L'ECONOMIE POLITIQUE AMERICAINE

Par John R. COMMONS

Professeur à l'Université du Wisconsin (1)

Traduit par François TREVOUX

Professeur Agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Je donnerai seulement une théorie de l'économie institutionnelle, telle qu'elle découle des arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis. C'est un essai d'économie pure, distinct des applications pratiques, lesquelles sont des cas d'espèce. J'ai tenté à d'autres moments d'établir des applications pratiques, en rédigeant des projets de lois ou en appliquant les lois d'états avec l'idée de les amener à correspondre avec la compréhension institutionnelle que la Cour donne à la valeur raisonnable.

Ces applications pratiques doivent être réalisées par la législation d'Etat ou par le Congrès ou par le pouvoir exécutif lors des mesures d'exécution d'une loi. De même, une société, une coopérative agricole, un syndicat ouvrier doit faire une application pratique en mettant en action une ligne de conduite que la Cour Suprême puisse, peut-être, ne pas déclarer inconstitutionnelle. Car je pense que la Cour décide être constitutionnel tout ce qu'elle juge être raisonnable.

La science économique n'a pas, à ma connaissance, tiré d'elle-même une théorie de la valeur raisonnable. Elle met à part, comme un addendum différent de la théorie économique, l'éthique, le bien public ou l'intérêt national. Mais une théorie de la valeur raisonnable qui devrait comprendre ces addenda est devenu obligatoire, du moins en Amérique, si on veut faire cadrer l'application pratique de la science économique avec la Constitution. Je ne considérerais pas ici ces applications si ce n'est comme des cas dont la théorie est dérivée.

Les théories économiques des cent-soixante dernières années commencèrent en l'an 1776 par la répudiation de Blackstone par Jeremy Bentham. A partir de ce moment, les économistes poursuivirent les théories du bonheur, mais les tribunaux et les juristes continuèrent d'après la théorie du droit commun d'Angleterre et d'Amérique.

---

(1) Adapté et augmenté d'après une étude présentée à la réunion de l'American Economic Association en décembre 1935, voir *American Economic Review*, supplément de mars 1936.

Une première différence entre les deux consiste en ce que le droit commun est construit sur un conflit d'intérêts entre plaignants et défendeurs, mais en présence du souverain, en la personne du juge, décidant dans chaque cas ce qui est raisonnable entre les deux, à la fois par rapport à leurs intérêts particuliers en conflit et par rapport à l'intérêt public dont le souverain est responsable.

Mais la théorie du bonheur débuta en supposant l'harmonie des intérêts. Elle ne pouvait être autre qu'individualiste et cosmopolite sans souci d'aucun intérêt public national. Seul un individu est susceptible de sentir une douleur ou un plaisir. Par suite, Bentham traita tous les individus comme le fait un recensement mondial de la population et non comme des sociétés nationales organisées où le plaisir des uns est souvent la douleur des autres. En l'exprimant en termes économiques, techniques, Bentham commença, comme on peut le déduire de ce que Mitchell appela son « calcul de félicité » (2) avec la supposition simplifiée d'un individu recherchant son propre revenu net maximum de bonheur en recherchant le revenu brut maximum de plaisir et en réduisant au minimum sa dépense brute de fatigue. La différence entre les deux était le plaisir net de bonheur pour cet individu, mais sans tenir compte évidemment, des fatigues, plaisirs ou bonheurs des autres individus.

Cette économie de bonheur fut rapidement convertie comme le fit Bentham en une économie de monnaie. L'individu recherche son revenu net maximum en monnaie et à réduire au minimum ses dépenses brutes en monnaie, sans tenir compte, par analogie avec le plaisir net, de l'effet sur les autres provenant du fait que le revenu maximum qu'il obtient de ses ventes brutes est le montant maximum de monnaie qu'il peut obtenir des autres en tant qu'acheteurs, et que le minimum de ses dépenses brutes en monnaie est la plus petite quantité de monnaie qu'il est forcé de payer aux vendeurs. La différence entre les deux constitue une économie du profit maximum ou de perte minimum, sans avoir égard aux conséquences pour les autres individus.

Je sais que cette supposition d'écarter les autres individus, en obtenant le revenu net maximum, sera démentie par les économistes comme étant comprise dans leurs théories et qu'ils placent une limite naturelle aux revenus nets par le jeu de la loi de l'offre et de la demande. Cependant, je pense qu'ils suivent parfaitement Adam Smith qui écrivait: « Je n'ai jamais vu beaucoup de bien fait par ceux qui affectent de faire du commerce pour le bien public. C'est une prétention en vérité assez peu répandue parmi les marchands et il n'y a pas besoin d'insister beaucoup pour les en dissuader ». Smith et ses disciples firent consister la question de l'intérêt public dans l'augmentation des richesses grâce à l'initiative individuelle. Mais l'histoire économique montre qu'à certain moment trop de richesses sont produites par l'initiative individuelle et qu'à d'autres moments trop peu de richesses sont produites. C'est parce que la loi de l'offre et de la demande a un double sens, le sens traditionnel de production et de consommation des produits matériels, et le sens institutionnel d'achat et de vente des

---

(2) Cf. W.-C. Mitchell, « Bentham's Felicific Calculus », *Political Science Quarterly* XXXIII, 161 (1918).

droits de propriété. Il y a ainsi deux lois de l'offre et de la demande : la loi des consommateurs et la loi des affaires. L'homme d'affaires achète pour vendre et il achète et vend les droits donnés de propriété plusieurs fois beaucoup plus ou beaucoup moins souvent qu'il n'y a de produits fabriqués et délivrés. Mais le consommateur achète seulement une fois et il achète seulement dans la mesure où il désire consommer. Il y a à la fois différence de nature et de rapidité de circulation. La première est une loi spéculative de l'offre et de la demande. Elle repose sur la tradition légale que les profits de l'homme d'affaires lui appartiennent — par suite pourquoi ne ferait-il pas ce qu'il désire de ses profits sans tenir compte des effets des cycles de sur-spéculation et de sous-spéculation sur les autres ? La seconde est une loi de l'offre et de la demande pour les producteurs et les consommateurs et qui n'est valable que pour l'économie précapitaliste ou domestique.

Enfin, quand l'individu de Bentham devient les propriétaires collectifs d'une société anonyme, agissant comme une unité, le même revenu monétaire net maximum est recherché pour les propriétaires comme un tout, sans tenir compte des effets sur les acheteurs des prix maxima payés par ces derniers pour les produits ou services, ou des effets sur les vendeurs des prix minima qui leur sont payés pour leurs matières premières ou leur travail.

Depuis que les sociétés sont traitées à tort comme des individus, j'appelle ces théories l'économie du revenu-net maximum au lieu d'économie individualiste. C'est un énoncé technique de la maxime du revenu-net : « acheter dans le marché le plus bas et vendre dans le marché le plus élevé » à laquelle, dans son hypothèse simplifiée, il faut ajouter « sans prendre en considération les méthodes employées ni les effets sur les autres ».

Je parle de l'hypothèse de l'intérêt personnel pur depuis Bentham jusqu'à celle de l'utilité marginale. C'est une économie de revenu-net maximum. Dans ces dernières années, cette théorie s'est incorporée certains facteurs institutionnels, tels que brevets, noms de fabrique, marques de fabrique, « good will » sous des noms tels que « concurrence imparfaite », « concurrence de monopole », « monopole de concurrence » (3).

Cependant, même avec ces additions complexes et tenant compte de l'évolution, la théorie continue à être une économie du revenu-net maximum sans égards aux autres. Le problème qui la caractérise est la recherche de la taille optimum d'un établissement particulier dans le but d'obtenir le revenu net maximum monétaire.

Mais l'introduction de ces nouveaux facteurs fait en plus ressortir deux points de vue, c'est-à-dire l'effet sur les autres personnes et le but public inhérent. Ces deux aspects sont combinés par la Cour dans le sens de valeur raisonnable.

Tandis qu'un brevet peut augmenter le revenu net de son propriétaire grâce au privilège de monopole qu'il lui confère, cependant durant trois cents ans en Angleterre et en Amérique on justifia cette augmentation,

---

(3) *Cf.* Edw Chamberlin, *The theory of Monopolistic Competition* (1933) ; Joan Robinson, *The Economics of Imperfect Competition* (1933) ; et les références qui y sont indiquées.

pour une période de temps limitée, comme différent des autres monopoles souverains en ce qu'elle était accordée seulement pour de nouvelles inventions ou des découvertes et que, par là, elle correspondait au besoin public d'inciter les individus à augmenter la richesse nationale tout en s'efforçant d'augmenter leurs revenus nets particuliers.

Et alors que le droit à la clientèle (« goodwill ») d'une entreprise soumise à la concurrence est peut-être son actif moderne qui a le plus de valeur pour accroître son revenu net — en ce qu'il élève le propriétaire au-dessus du niveau de la libre concurrence de l'économie traditionnelle — il diffère cependant des autres monopoles en ce qu'il n'existe qu'autant que le propriétaire remplit le besoin public de rendre aux autres ce que ceux-ci admettent volontairement être des services raisonnables à des prix raisonnables. La Cour Suprême a définitivement décidé qu'une société ayant un monopole, comme une compagnie gazière, n'était pas autorisée à donner une valeur à son goodwill pour justifier l'établissement de ses prix de monopole (4).

Le « goodwill » (clientèle et achalandage) d'une entreprise ou d'une profession, contrairement aux récentes théories de concurrence de monopole, est, en fait, la concurrence la plus parfaite connue et de la loi et de l'économique. Elle est fondée cependant sur trois conditions économiques, non de plaisir, de douleur ou de revenu-net maximum, mais de situations égales, d'égalité dans la puissance de marchandage et de besoin public. Ainsi compris, goodwill est la plus haute expression de la concurrence *loyale* et de la valeur raisonnable dans l'intérêt public, en contraste avec l'économie de *libre* concurrence et de revenu net maximum pour des intérêts particuliers, sans avoir égard aux autres ni à l'intérêt public.

« Goodwill » est, de plus, le point de rencontre de l'économie pure institutionnelle et de l'économie pure de revenu net. Elle a deux aspects. Du point de vue du revenu net, elle augmente le revenu net particulier au-delà de celui des concurrents. Du point de vue institutionnel, c'est une relation raisonnable, éthique, par rapport aux autres acheteurs et vendeurs qui sont aussi membres de la même économie nationale.

Lorsque les tribunaux ramènent leur norme de goodwill et de valeur raisonnable à sa plus simple expression, qu'ils ont extraite du droit commun, elle repose sur la maxime d'un acheteur volontaire et libre et d'un vendeur volontaire et libre.

En termes techniques ceci repose sur le fait que le revenu brut en argent acquis par un vendeur est la dépense brute identique en argent faite par un acheteur dans une seule transaction, puisque c'est simplement un transfert de propriété ; tandis que, dans l'économie de revenu net, le revenu net est la différence entre le revenu brut maximum en argent et la dépense brute minimum en argent d'une personne qui est acheteur

---

(4) *Wilcox v. Cons. Gas Co*, 212 U. S. 19, 42 (1909). Voir également autres Cours 81 Fed. 20 (1897) et 157 Fed. 849 (1907). Commentaires de Commons, *Legal Foundations of capitalism*, p. 191 (1924). On doit remarquer naturellement que le « goodwill » économique n'est pas un sentiment d'affection; c'est une quantité économique objective qui peut être vendue et achetée et dont la valeur est raisonnable. « Goodwill » est souvent employé comme un camouflage et même la Cour Suprême l'a confondu avec une dette (*Hitchman Coal Co.* v. *Mitchell*, 225 U. S. 229 (1917); Commons, *Institutionnal Economics*, p. 668 (1934).

dans une transaction et vendeur dans une autre. La question de ce qui est raisonnable ne peut être soulevée dans une économie de revenu net maximum. C'est seulement une question de puissance économique (5). Mais l'économie institutionnelle de volonté libre tient compte de l'emploi éthique de la puissance économique dans une seule transaction où le revenu brut acquis par l'un est un transfert de propriété d'une dépense brute identique, aliénée par un autre. Alors que la première peut être appelée l'économie du revenu-net maximum d'une seule personne au cours de deux transactions, l'autre est l'économie de la dépense et du revenu bruts de deux personnes au cours d'une seule transaction.

Si je place le début de l'économie de revenu-net maximum avec Jérémie Bentham en 1776, je trouve le début de l'économie de « goodwill » en 1620 quand les juges des plus hautes cours d'Angleterre établirent une distinction entre le commerce libre et une restriction du commerce entre un acheteur et un vendeur (6). Le concept de « goodwill » est littéralement le concept d'un acheteur de plein gré et d'un vendeur de plein gré. Il était arrivé à la fois à un aspect positif et à un aspect négatif. Négativement, la liberté du commerce établissait un accord entre un vendeur et un acheteur, aucun des deux ne subissant une restriction par l'Etat ou par l'autre, au point de vue du bien public. En écartant toute pression économique, toute contrainte physique et toute présentation dénaturée au point de vue psychologique dans une transaction entre deux parties, grâce aux décisions des tribunaux de droit commun, et permettant seulement une persuasion loyale, la transaction intervenant entre les deux était libre, égale, et de plein gré dans la réciprocité d'aliéner et d'acquérir les deux propriétés. D'un côté, c'était la propriété de monnaie et, de l'autre, c'était la propriété de matériaux ou de services évalués par cette somme de monnaie. Mais l'affirmation positive de ce à quoi on était ainsi négativement arrivé, était celle d'un acheteur de plein gré et d'un vendeur de plein gré. Cette formule devint ainsi durant trois siècles la supposition économique simplifiée du droit commun anglais et américain.

La formule de revenu-brut = dépense-brute s'applique à la fois aux transactions d'achat et de vente. Dans une transaction de vente, le revenu brut en argent obtenu par le vendeur pour son produit ou ses services représente identiquement la dépense brute en argent de l'acheteur, parce qu'il ne fait que transférer la propriété d'une somme identique d'argent au vendeur. Réciproquement, dans la même transaction, la valeur en argent de la production de marchandises ou de services du vendeur, dont la propriété est transférée par le vendeur, est la valeur identique en argent,

---

(5) Le revenu net maximum est le profit net maximum dans l'économie moderne. On peut en trouver les éléments statistiques dans les rapports sur l'impôt sur le revenu du Département du revenu intérieur. Sur la marge des profits, c'est-à-dire, le revenu net des profits, voir Commons, *Institutionnal Economics*, p. 526 (1934).

(6) *Jolyffe v. Brode*, Cro. Jas. 596 (1620). De même rapporté dans Nov. 98, 2 Rolle 201, W. Jones 13. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, p. 263. Ce cas était celui où le vendeur d'une boutique de menuisier convint de ne pas entrer en concurrence avec l'acheteur. La décision sanctionnait ce qui devait devenir désormais la valeur des éléments immatériels (going-concern), considérablement en excès de la valeur des éléments matériels. Sur la fusion du droit commun et de l'équité, voir Lévy-Ullman, *The English Legal Tradition* (tr. 1935).

à ce moment, de ce revenu brut de marchandises ou de services dont la propriété est acquise par l'acheteur.

Mais, dans une précédente transaction, le vendeur a été aussi un acheteur de matériaux et de travail qu'il a transformés en ses propres produits ou services qu'il a ultérieurement vendus. Par suite, la même formule de dépense-brute = revenu-brut s'applique, mais inversement, à sa transaction préliminaire d'achat.

Cette égalité à double sens pourrait habituellement être considérée comme exprimant la notion rebattue, évidente et superficielle de la monnaie comme un moyen d'échange et une mesure de valeur. Mais dans l'économie institutionnelle, certaines observations découlent de ce fait évident.

L' « échange » ainsi appelé de monnaie, matériaux ou services n'est pas un échange de produits ou de services matériels, comme le supposent les économistes classiques ou hédonistes. C'est deux transferts de deux propriétés. La délivrance matérielle intervient *après* le transfert de propriété. Par suite, le terme « transaction » est approprié au lieu d'échange. Une transaction signifie des négociations aboutissant à deux transferts de propriété. Mais la propriété et son aliénation sont seulement créées par l'institution de souveraineté.

De même, la monnaie employée comme moyen d'échange et mesure de valeur est un moyen de payement légal, création de la souveraineté. Ceci a été récemment exposé dans les décisions relatives à la clause or. Si c'est le crédit qui est employé à la place de monnaie, c'est aussi une création légale de dette. Le prix ou valeur monétaire payé par un acheteur n'est pas, comme le suppose l'économie traditionnelle, un prix payé pour des matériaux, des services ou du travail, mais un prix payé pour la propriété de matériaux, de services ou de travail. Ce prix n'est un prix valide que parce que l'Etat protège le nouveau propriétaire de la même façon qu'il protégeait le premier propriétaire. La preuve légale de validité est la détermination par le tribunal du consentement de chacun d'eux au moment de la transaction.

Le moment précis du transfert de propriété est encore d'importance dans la mesure de la valeur. Car deux dettes sont créées par la transaction à un certain instant : une dette de paiement et une dette d'exécution. Ces dettes sont équivalentes à la valeur sur laquelle on s'est mis d'accord dans la transaction. La dette de paiement est libérée par un paiement de monnaie légale. La dette d'exécution est libérée par la délivrance matérielle des matériaux, services ou travail mesurés dans les unités légales correspondantes. C'était cette délivrance matérielle des marchandises qui était devenue le sujet de la valeur d'échange traditionnelle. Mais c'est la délivrance de propriété qui est le sujet de l'économie institutionnelle. Les deux étaient confondus à cause du double sens d'une marchandise qui est une chose physique et qui est possédée.

Après le moment de la transaction, quand les deux propriétés d'argent et de marchandises ont été transférées par l'opération de la loi, de plus ou moins grands changements dans leurs valeurs peuvent survenir, tels que risques et intérêts. Mais au moment précis de la transaction la valeur de la dépense brute ou du revenu brut de matériaux, services ou travail est identique par suite d'un accord, d'un contrat ou d'une dette avec la somme d'argent payée ou reçue.

Cela est vrai quel que soit le prix en argent, élevé ou bas, exhorbitant ou onéreux, juste ou discriminatoire, résultant d'intimidation ou de pression, et quelle que soit la quantité, faible ou grande, d'argent, de matériaux, de services ou de puissance de travail dont la propriété est aliénée par l'un et acquise par l'autre.

Pour ces raisons, je ne pense pas que l'économie institutionnelle, définie comme l'action collective pour contrôler l'action individuelle, soit contraire à l'économie dite pure du passé, qui est l'action individuelle sans contrôle collectif. C'est la continuation de l'économie pure à un plus haut degré de complexité en incorporant dans l'économie (déjà en développement) du revenu net maximum de valeur d'échange, la valeur raisonnable de bon vouloir. La valeur raisonnable est placée par la Cour Suprême Américaine comme une limite plus haute ou plus basse de la valeur d'échange. L'économie de revenu net place en vérité des limites extrêmes au revenu net par la loi dite de l'offre et de la demande. Mais l'économie institutionnelle place d'autres limites extrêmes par la loi de la valeur raisonnable.

Par suite le seul critère qui puisse être employé par les tribunaux en éliminant ces restrictions et pratiques déloyales dans le double transfert de propriété est le critère d'un acheteur de plein gré et d'un vendeur de plein gré, qui, vraiment suivant les termes employés, sont libérés de toutes ces inégalités et injustices. L'approximation la plus étroite, où ce standard est presque parfaitement atteint, se trouve dans la quantité économique connue sous le nom des éléments immatériels (goodwill) d'une affaire existante. « Goodwill » est l'économie institutionnelle réalisée : acheteur et vendeur de plein gré, libres.

Cependant les éléments immatériels, quoique représentant une valeur importante d'une affaire, n'avaient pas trouvé place, sauf récemment, dans l'économie traditionnelle de revenu net. Je considère que la raison en est que l'économie pure a été basée sur les relations de l'homme avec la nature au lieu des relations de l'homme avec l'homme. Cette relation physique fournissait un fondement matérialiste pour le coût du travail de production et pour la diminution d'utilité des biens matériels de consommation. Mais « goodwill » est purement une valeur institutionnelle ; c'est ce qu'on appelle la « valeur intangible » des relations équitables d'un homme avec les autres hommes. Cette valeur peut excéder de beaucoup le coût de production ou peut tomber bien en-dessous du coût de production des choses physiques. Et sa valeur n'a pas de relation immédiate avec la satisfaction des besoins. Sa valeur provient uniquement du consentement libre des propriétaires, sans pression, contrainte ou fausse présentation, d'aliéner les uns aux autres leurs droits de propriété. Ceci constitue l'hypothèse simplifiée de l'économie institutionnelle.

Je ne néglige pas cependant les contributions importantes tant orthodoxes qu'hétérodoxes apportées à la théorie économique dans le passé. Je les mets en corrélation avec l'économie institutionnelle. Les économistes classiques et communistes employaient comme mesure de valeur l'heure de travail humain. Depuis l'introduction de la direction scientifique des affaires, c'est évidemment l'économie de l'*ingénieur* de l'efficience. Les économistes autrichiens et hédonistes, successeurs de Bentham, employaient comme mesure de valeur la diminution d'utilité des biens de consommation en équilibre à la limite « marginale ». Ceci est évidemment l'économie

domestique récemment introduite dans le programme des collèges américains.

Mais le domaine de l'économie institutionnelle est l'action de l'intérêt public sur la propriété privée, qui manifeste sa manière d'agir en achetant et en vendant, en empruntant et en prêtant, en engageant et en renvoyant quelqu'un, en louant et en prenant à bail. Les intérêts privés deviennent le domaine de droits, devoirs, libertés et expositions aux libertés des autres, intangibles et cependant quantitatifs et mesurables. Ce sont des aspects divers des droits de propriété. Nous achetons et vendons non pas des choses matérielles et des services, mais la propriété de matériaux et de services. La corrélation de l'économie de l'ingénieur, de l'économie domestique, de l'économie institutionnelle constitue l'ensemble de la science de l'économie politique.

Autant que je sache, le seul économiste de revenu-net qui prit la peine d'examiner ces facteurs institutionnels et ensuite de les rejeter consciencieusement de son économie pure des relations de l'homme avec la nature physique, fut Böhm-Bawerk en 1883. Les autres les excluaient en les regardant comme admis sans investigation, alors que lui les exclua explicitement sous le nom de « droits » et de « relations » (7). En examinant ce qu'il entendait par ces mots, je trouve qu'il veut dire toutes sortes de *propriétés,* et il limitait son économie pure au processus physique et psychologique de produire et de consommer les choses matérielles. Mais si son homme économique pur parcourait les rues ramassant des denrées, des vêtements, des chaussures suivant les diverses utilités marginales qu'ils présentent pour lui, il irait en prison. Il doit d'abord négocier avec un propriétaire auquel les gendarmes, les tribunaux et la constitution donnent le droit de lui refuser ce qu'il désire, mais il ne possède pas, jusqu'à ce que le propriétaire veuille bien consentir à lui vendre son droit de propriété. Il est ainsi *exposé* à la liberté des propriétaires et le fait d'éviter la prison est une part de ce que j'entends par économie institutionnelle.

Le droit légal de refuser est donc la base fondamentale de toute concurrence imparfaite ou à éléments de monopole qui a commencé à pénétrer dans l'économie pure de revenu net d'utilité marginale. Ceci peut être appelé la rareté institutionnelle superposée à la rareté psychologique de l'utilité décroissante.

Cette supposition simplifiée d'un acheteur et d'un vendeur de plein gré pourrait aussi bien être prise comme point de départ de la théorie économique au lieu de l'intérêt personnel. C'est l'éthique de l'économie. Car « goodwill » n'est pas seulement formé des bons rapports (goodwill) avec les consommateurs, mais encore des bons rapports avec les banquiers et avec les fournisseurs de capitaux ; ce sont les rapports avec les travailleurs et avec les vendeurs de matériaux, ce sont les rapports avec les propriétaires et avec les locataires, même les rapports avec les concurrents, pour autant que les tribunaux ne les jugent pas incompatibles avec l'intérêt public. Bref, ces variétés de « goodwill » sont, du point de vue du revenu net, des espérances précieuses que les autres classes économiques voudront bien de leur plein gré, donc sans contrainte, pression ou fausse pré-

---

(7) Eugen von Böhm-Bawerk, *Rechte und Verhältnisse* (1883).

sentation, continuer dans l'avenir à leur bénéfice mutuel les transactions de transferts de propriété.

Le droit de refuser est aussi le fondement économique de la valeur raisonnable. Il survint, dans sa forme moderne de pression économique, avec le développement de la grande industrie et la puissance de masse sur le marché de milliers d'actionnaires agissant collectivement comme une seule personne sous la forme légale de la société anonyme. Cette action collective n'est pas, en réalité, un monopole au sens historique du monopole ; c'est simplement le sens historique de la propriété privée elle-même, mais opérant sur une grande échelle collective formée de propriétaires associés n'accordant aux autres ce que ces derniers désirent qu'autant qu'ils acceptent de payer ou de travailler pour elle. Quand l'industrie atteint le stade de la législation sur les entreprises d'utilité publique, comme elle le fit il y a cinquante ans, une partie essentielle de cette législation fut de priver les propriétaires d'une portion de leur droit de refuser de rendre le service en les obligeant à rendre le service aux conditions spécifiées par la Cour Suprême comme raisonnables pour les deux parties en présence.

Dans d'autres cas où le monopole ne fut pas reconnu et où, par conséquent, la Cour Suprême n'autorisa pas l'obligation de rendre le service ou la fixation des prix, le principe d'un acheteur de plein gré et d'un vendeur de plein gré conduisit à la loi de la concurrence *loyale* à l'encontre de la *libre* concurrence de l'économie traditionnelle. Les bons rapports (goodwill) économiques sont la loi de la concurrence loyale.

Mais ce fut lorsqu'il s'agit des sociétés dites d'utilité publique que la conception moderne de valeur raisonnable commença à pénétrer dans la valeur d'échange. Le principe de base, acheteurs et vendeurs volontaires et libres, était violé par l'apparition de sociétés opérant sur une large échelle. Le législateur, soumis aux prescriptions estimées raisonnables par la Cour Suprême, tenta de fixer des limites supérieures de prix et des limites inférieures de service dans le champ de ce que la Cour pouvait juger ne pas être incompatible avec l'idéal d'un acheteur de plein gré et d'un vendeur de plein gré.

Ce principe pourrait être appelé l'idéal du droit commun, de même que le plus grand revenu net est l'idéal de l'économie individualiste. Dans les deux cas, l'un et l'autre forment la supposition la plus simplifiée de sa science pure particulière et pourraient donc être appelés les premiers principes de la science. Mais, dans l'application pratique de cette science à des cas bien spécifiés, ces hypothèses simplifiées sont nécessairement modifiées en considération de ce qui est praticable ou non dans toutes les circonstances complexes de tel cas à tel moment. Dans tel cas particulier, le but ou premier principe, visé par l'homme pratique, — que ce soit celui du revenu net maximum par l'individualiste ou celui du vendeur et de l'acheteur libres par le tribunal, — devint l'application susceptible d'être réalisée ou pratiquée d'une science abstraite à la grande complexité de circonstances favorables ou défavorables dans ce cas donné. Dans les décisions d'un tribunal, ceci est la signification de valeur raisonnable. C'est raisonnable, car c'est l'approximation la plus approchée et susceptible d'être réalisée que le tribunal, dans le cas qui lui est présenté, estime pouvoir faire vers cette supposition idéale d'un acheteur libre et d'un vendeur libre.

La valeur raisonnable, telle que je la définis en suivant la Cour Suprême, n'est pas l'opinion de n'importe quel individu au regard de ce qui est raisonnable. Ceci est l'habituelle objection soulevée contre une théorie de la valeur raisonnable. Il y a autant d'opinions individuelles de ce qui est raisonnable qu'il y a d'individus, tout comme il y a autant d'opinions diverses de ce qui est agréable ou pénible qu'il y a de personnes. La valeur raisonnable est *l'arrêt* de la Cour de ce qui est raisonnable entre le demandeur et le défendeur. Elle est objective, mesurable en argent, et obligatoire.

Il n'est pas non plus permis à un individu de dire qu'il n'a pas agi volontairement. En cas de discussion, la Cour seule, pour diverses raisons dont l'une est de prévenir l'anarchie, dit s'il a agi librement ou non. Il est obligé d'adapter sa volonté, s'il le peut, à la volonté de la Cour.

La Cour, en posant la règle pour déterminer la valeur raisonnable dans un cas particulier, déclare, en effet, que toutes les théories opposées de la valeur doivent êtres prises en considération et qu'on doit attribuer à chaque théorie « le poids qui lui est dû » ; c'est-à-dire, une valeur raisonnable doit être attribuée à chaque théorie par rapport à toutes les autres théories de la valeur, suivant les faits et suivant l'intérêt général dans ce cas. (*Smyth v. Ames*, 169 U. S. 466, 1898). Et cela parce que ces théories opposées de la valeur sont en réalité des théories partisanes avancées par des intérêts économiques opposés ; chaque intérêt cherchant à s'assurer pour lui-même le revenu net maximum aux dépens des autres intérêts et de l'intérêt public.

De même les opinions individuelles vis-à-vis de la décision de la Cour touchant ce qu'est la valeur raisonnable, et même à l'intérieur de la Cour les opinions de la majorité et de la minorité, représentent autant de différences qu'il y a d'individus. Seulement l'arrêt de la Cour doit être exécuté, par l'emploi de la force même si cela est nécessaire.

Par conséquent, ce ne sont pas des opinions ou des théories qui doivent être obéies ; ce sont des *arrêts* qui prennent la forme d'ordres obligatoires qui doivent être obéis. Des membres particuliers de la Cour peuvent exprimer leurs diverses opinions personnelles ; mais ce ne sont que des justifications ou des critiques ; ce sont des sentiments, non des actes. Elles ne sont pas même nécessaires, sauf comme concessions à l'opinion extérieure. C'est la décision qui compte, et la décision est un fiat de souveraineté. C'est une procédure constitutionnelle, la règle de la majorité de la Cour qui, dans ce pays, détermine le fiat. Sous d'autres constitutions ce peut être un dictateur qui le détermine en exerçant les fonctions judiciaires, en nommant et révoquant les juges à volonté. Sans la liberté de parole, il n'a pas besoin d'être justifié et ne peut pas être critiqué. Dans ce cas, c'est un fiat arbitraire, non un fiat raisonnable.

Mais, aux Etats-Unis, la valeur raisonnable est ce que la Cour instituée décide être raisonnable, par simple fiat, non ce que les individus pensent être raisonnable. Personnellement, je pense que certains arrêts de la Cour furent non raisonnables, même dictatoriaux et fantaisistes (8). J'attribue ces décisions à l'éducation des membres de la Cour dans l'économie

(8) Voir Robert L. Hale, « What is a confiscatory rate? », *Colonial Law Review*, XXXV, 1046, 1052 (1935) ; Edw. S. Corwin, *The twilight of the Supreme Court* (1934).

de revenu-net maximum des sociétés. Mais néanmoins, le peuple américain et moi doivent obéir à la décision tant qu'elle dure. Ce n'est pas une question d'opinion subjective ou individuelle ; c'est la structure constitutionnelle du système judiciaire américain qui décide.

L'idée du droit commun anglo-américain sur le consentement contient un principe d'évolution correspondant à l'évolution de la souveraineté depuis l'époque de Guillaume le Conquérant. Cette idée débuta aux époques féodales et guerrières quand on estimait que seulement les volontés des hommes de guerre avaient de l'importance; elle fut ensuite étendue aux marchands non guerriers dans la loi du marché ouvert, ensuite aux serfs et aux paysans ; ensuite même aux personnes les plus craintives, pour lesquelles non seulement la violence effective ou le jugement par le combat, mais même la simple appréhension subjective de leur infériorité engendrait des frayeurs qui les privaient de leur liberté de volonté. (*Galusha* v. *Sherman,* 105. Wis. 263, 1900). Ensuite, vers la fin du dix-neuvième siècle cette formule simplifiée d'une volonté libre fut étendue aux relations entre employeurs et employés, sur la supposition économique que les employeurs, étant possesseurs de propriétés, sont dans une position économique plus forte que les travailleurs sans propriété, qui par crainte de chômage sont privés de leur liberté de volonté dans la discussion. (*Holden* v. *Hardy,* 169 U. S. 366, 1898.) D'autres modifications furent partiellement autorisées lorsque des femmes et des enfants étaient jugés n'être pas sur un pied d'égalité avec des directeurs, des marchands, des juristes, ou des employeurs qui leur étaient supérieurs; de sorte que les accords qui étaient conclus au sujet du prix du travail n'étaient pas des contrats entre acheteurs libres et vendeurs libres. Beaucoup d'autres difficultés s'élevèrent avec la venue de la production sur une large échelle, l'action collective, et les cycles de prospérité et de dépression; et celles-ci sont aussi des variables dont il faut tenir compte dans l'application évolutive du principe fondamental de l'acheteur de plein gré et du vendeur de plein gré.

Un écrivain récent (O. Lange, *The Review of Economic Studies,* June 1935) soutient que la théorie économique ne possède pas en elle-même un principe d'évolution, et doit suivre la théorie du matérialisme historique de Karl Marx pour en dériver une théorie d'évolution économique. Mais je réduis Marx à une théorie d'efficience mesurée en heures de travail humain, ce qui forme une partie essentielle de la théorie économique, quoique généralement mesurée en dollars. Et je trouve l'évolution économique dans les changements dans les coutumes, dans les changements dans la citoyenneté, les changements dans la souveraineté, aussi bien que dans les changements techniques. Lange comprend, dans la signification qu'il donne au mot technique, les changements dans « l'organisation » qui, pour moi, sont des changements dans les institutions. Le principe d'évolution dans le droit commun se range dans la sélection artificielle de Darwin et non dans sa sélection naturelle. C'est la sélection artificielle par les juges.

Cette évolution du principe est possible, car l'économie légale est elle-même infiniment variable quoique fondée, dans le droit commun anglo-américain, sur l'hypothèse du vendeur et de l'acheteur libres. Non seulement elle subit les variations de la propriété matérielle, immatérielle et intangible et les variations des valeurs raisonnables et non raisonnables,

mais encore les variations révolutionnaires du communisme, du fascisme du nazisme et les décisions au sujet de la clause or.

Les Etats-Unis diffèrent des autres nations en ce que la souveraineté y est divisée en deux directions : d'un côté, les branches législatives, exécutives et judiciaires, et, de l'autre, les branches du gouvernement fédéral et des Etats. Cependant depuis 1890 (9) la Cour Suprême a soutenu que, quoique les Etats soient souverains dans beaucoup de sujets, cependant, dans la seule matière des activités et des évaluations économiques, la Cour Suprême des Etats-Unis est souveraine à la fois au-dessus des Etats et des branches exécutives et législatives du gouvernement fédéral. En matière d'évaluations de chemins de fer, par exemple, la Cour a enlevé aux Etats leur souveraineté. Mais là où la Cour affirme la souveraineté des Etats, comme dans l'arrêt sur la loi de la reconstruction industrielle nationale qui fut déclarée inconstitutionnelle, les actes économiques de souveraineté des Etats sont subordonnés à la souveraineté nationale sous l'autorisation de la Cour Suprême des Etats-Unis. Tout fonctionnaire peut être amené à se défendre devant la Cour Suprême, à la requête d'un individu ou d'une société se présentant comme plaignant, dans une discussion sur une évaluation économique ou une transaction économique. Par conséquent la souveraineté du législatif et de l'exécutif, soit fédéral, soit d'Etat, est soumise dans le domaine économique à la souveraineté judiciaire nationale. La Cour devient par là dans le domaine économique, un organe qui est supérieur à la fois aux législatures fédérales et d'Etats.

Ceci devrait être appelé une théorie nationaliste de l'économie, au lieu d'individualiste, cosmopolite ou communiste. Elle s'est développée parallèlement au mouvement vers le nationalisme dans le monde entier durant ces cinquante dernières années. Cette théorie nationaliste de la valeur sous le pouvoir de la Cour Suprême aux Etats-Unis, je la décris comme une théorie institutionnelle de l'économie. Pour la relier avec l'économie du revenu net maximum des cent soixante dernières années, j'appelle institution une action collective en vue du contrôle de l'action individuelle. Ce peut être l'action collective inorganisée, ce qui est le sens de la coutume, ou l'action collective organisée, comme celle d'une société, d'une coopérative, d'un syndicat ou de l'Etat lui-même. Si elle est organisée, elle agit nécessairement par l'intermédiaire d'organes exécutifs, législatifs et judiciaires, combinés ou séparés. Je n'ignore pas qu'il y a d'autres sens d'institution, mais je trouve que ce sens d'action collective convient bien aux réalités de ma participation aux discussions économiques américaines.

L'action collective organisée de façon suprême est le monopole de la force physique en enlevant la violence aux particuliers. C'est la souveraineté. Il y a des formes subordonnées d'action collective organisée, sanctionnées par la force matérielle de la souveraineté, mais autorisées, c'est le cas des sociétés, à employer les sanctions économiques de la rareté, ou, dans le cas d'églises ou de clubs, à employer seulement les sanctions morales de l'opinion collective. Ces formes subordonnées sont des formes déléguées, puisqu'elles sont créées, autorisées, réglementées, dissoutes ou interdites par l'institution suprême, la souveraineté.

---

(9) *C. M. et St. P. Ry. Co.* v. *Minnesota,* 134 U. S. 418 (1890).

Je fais dater la reconnaissance moderne par l'Etat de ces formes déléguées d'action collective économique de l'époque des lois sur les sociétés anonymes dans la décade de 1850, et je considère que cette période est le début du capitalisme moderne. Ces lois sur les sociétés dotaient les individus d'un nouveau droit universel, le droit d'action collective, jusque là mis hors la loi comme conspiration et jusqu'alors non pas accordé à titre général mais seulement à titre de privilège spécial de monopole par une loi spéciale. Ce nouveau droit général d'action collective était évidemment devenu nécessaire avec l'apparition de marchés étendus et les moyens de financement des sociétés. On estime qu'actuellement près de 90 % des produits manufacturés dans ce pays sont fabriqués par des sociétés (10). En agriculture, on assiste à une extension étonnante autorisée par l'Etat d'associations coopératives qui contrôlent plus ou moins certaines activités économiques des fermiers individuels. Il est bien connu que l'autorité judiciaire permet l'exercice d'un contrôle étendu par les syndicats sur les individus. Même le banquier individuel est plus ou moins sous le contrôle de l'action collective des banques membres du système de réserve fédérale, sous l'autorité de la Cour Suprême.

La survenance de ces contrôles collectifs rend l'ancienne économie individualiste surannée ou plutôt subordonnée à l'économie institutionnelle. L'individu libre de commercer d'Adam Smith et Jeremy Bentham disparaît justement devant ce qu'ils dénonçaient: c'est-à-dire, les droits de protection, les subventions de l'Etat, les sociétés, les ententes, les coopératives, le tout agissant en restreignant la liberté du commerce individuel.

On a introduit une fiction en personnifiant les sociétés comme des individus et en leur donnant non seulement les droits, les libertés et les responsabilités économiques attribués auparavant aux individus, mais aussi, en plus, les libertés et les droits souverains de l'action collective, de la responsabilité limitée et de ce qu'on appelle l'immortalité. Ce ne sont pas des individus; elles représentent une action collective organisée de contrôle des individus. Cette personnification de l'action collective aboutit à l'inégalité en traitant comme égaux des milliers ou centaines de milliers d'actionnaires et de banquiers, agissant ensemble et de concert comme une seule personne, faisant affaire avec des salariés ou des fermiers ou d'autres acheteurs et vendeurs, qui agissent isolément dans leur individualisme sans défense de Smith, Bentham, Ricardo, des économistes autrichiens et de la déclaration de l'indépendance.

On trouve l'exposé de cette fiction dans l'affaire du *Santa Clara County* v. *So. Pac. R. R. Co,* 118, U. S. 394, 396 (1886). La Cour déclara : « Les conclusions de l'avocat des défendeurs établissaient en particulier et développaient que : les sociétés anonymes sont des personnes dans le sens du quatorzième Amendement. » Le président Waite déclara : « La Cour ne désire pas entendre d'argument sur le point de savoir si la clause du quatorzième Amendement interdisant à un Etat de refuser à toute personne... l'égale protection des lois s'applique aux sociétés anonymes. Nous sommes tous d'opinion qu'elle s'y applique. » Voir E. S. Corwin, *Twilight of the Supreme Court,* 205 (1934). Quand l'Etat de Wisconsin commença en 1907

---

(10) Par le National Industrial Conference Board, rapport sur la *Federal Corporation Tax*, vol. I, pp. 23, 126 (1928).

à réglementer les entreprises d'utilité publique il exigea que toutes celles-ci fussent des sociétés anonymes. Beaucoup d'entreprises individuelles ou en commandite se transformèrent en sociétés pour des raisons qui ne furent pas seulement techniques.

Toutes les théories économiques établissent une distinction entre l'activité et les objets créés par cette activité. Un exemple bien connu est « production » et « produit ». Il en est de même avec l'économie institutionnelle; les termes « institution » et « institute » peuvent fixer la distinction. L'institution est l'action collective dans le contrôle de l'action individuelle. Les institutes sont les produits de ce contrôle collectif, ce que j'appelle ses règles de fonctionnement. Ce que généralement on appelle institutions serait plus exactement appelé institutes. Les institutes, ou règles de fonctionnement, sont les droits, les devoirs, les libertés, même le fait d'être exposé aux libertés des autres, aussi bien que la longue liste économique des crédits, dettes, propriétés, éléments immatériels, monnaie légale, sociétés, et ainsi de suite. Même l'individu de l'économie théorique n'est pas l'individu naturel de la biologie et de la psychologie; il est un faisceau artificiel d'institutes, ou règles de fonctionnement connu comme une personne légale, ou citoyen. C'est la souveraineté qui le fait tel et qui lui accorde les droits et les libertés d'acheter et de vendre, d'emprunter et de prêter, d'engager et de renvoyer, de travailler et de ne pas travailler, selon sa propre volonté libre.

En tant qu'individu des théories classique et hédoniste, il est simplement un facteur de production et de consommation comme du bétail ou un esclave. La théorie économique doit faire de lui un citoyen, ou un membre de l'institution sous les règles de laquelle il agit (11).

Si nous réduisons l'action collective organisée à sa plus simple expression possible, nous avons trois parties à la transaction : un plaignant, un défendeur et un juge. C'est véritablement la plus simple expression de la souveraineté elle-même (12). Une formule similaire s'applique à toutes les organisations subordonnées. Les trois parties sont nettement séparées dans l'arbitrage commercial, l'arbitrage des conflits du travail, et au moyen de la chambre de discipline dans les marchés de valeurs ou de marchandises. Mais la fonction judiciaire est plus ou moins confondue avec les fonctions exécutives et législatives dans une société ou une dictature.

---

(11) La distinction entre institutions et institutes tient compte peut-être d'une critique de mes *Institutionnal Economics*, par P.-F. Brissendent dans *The Nation*, du 26 juin 1935. Brissendent dit que le livre « est rempli de théories de valeurs, de transactions, et de « going concerns », mais presque vide d'institutions ». Je trouve l'explication de ceci dans le fait qu'il néglige ma définition d'une institution comme « une action collective en contrôle de l'action individuelle » ce que j'ai appelé un « going concern » (affaire existante en ordre de marche). Mais les valeurs, les transactions, droits, devoirs, dettes, actifs et passifs des sociétés, règles de fonctionnement, etc., sont ce que je voudrais distinguer comme les divers institutes créés et mis en vigueur par les institutions. Les institutes de Justinien furent établis par des juristes qu'il avait choisi, mais c'était Justinien lui-même, à la tête de l'action collective de souveraineté, qui les proclama et les mit à exécution. Les économistes qui rejettent l'économie institutionnelle ont de tout temps employé des institutes. On remarquera aussi que je n'emploie pas le mot institution comme interchangeable avec sociologie. Je veux dire institutions légales et légalisées.

(12) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925).

Cette souveraineté judiciaire sur les affaires économiques aux Etats-Unis provient de la clause de « due process » de la Constitution fédérale. Aucune personne ne peut être privée de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété soit par un fonctionnaire, soit par une législature, soit par un tribunal inférieur d'un Etat ou du gouvernement fédéral, sans une procédure régulière, telle qu'elle est déterminée par la Cour Suprême. La signification de procédure régulière a toutefois été transformée par la Cour dans ces cinquante dernières années. A l'origine le terme, comme Corwin le constate (13) « signifiait simplement les formes de procédure qui étaient conformes au droit commun... Aujourd'hui procédure régulière signifie droit raisonnable et procédure raisonnable, c'est-à-dire, ce que la Cour Suprême estime être raisonnable dans l'un ou l'autre sens de ce terme extrêmement élastique. »

C'est cette dernière signification de procédure régulière qui a entraîné la place qu'occupe le terme économique « valeur raisonnable » dans l'économie américaine. La valeur raisonnable est l'économie du bien-être, telle qu'elle est conçue par la Cour Suprême.

Pour ces diverses raisons il y a dans l'économie américaine une Constitution écrite et une Constitution non écrite. La Constitution écrite fut écrite en 1787 et dans les amendements ultérieurs. La Constitution non écrite fut écrite morceaux par morceaux par la Cour Suprême dans ses arrêts sur les procès d'intérêts entre plaignants et défendeurs. Nous vivons sous cette Constitution non écrite; nous ne savons même pas ce que la Constitution écrite veut dire tant que la Cour Suprême n'a pas rendu un arrêt sur une affaire. Quand nous étudions la valeur raisonnable, nous étudions la Constitution non écrite. Quand nous étudions l'évolution de la valeur raisonnable, nous étudions les changements apportés par la Cour dans le sens de ces termes économiques fondamentaux, tels que propriété, liberté, personne, monnaie, procédure régulière. Chaque modification dans leur sens est un amendement judiciaire à la Constitution.

On se trouve dans une situation difficile en enseignant la Constitution américaine aux enfants dans les écoles et en affrontant la demande répétée que « nous revenions à la Constitution ». Nous ne pouvons revenir à la Constitution écrite. Nous retournons à la Constitution non écrite. Dans le cas de l'économie institutionnelle de la valeur raisonnable nous retournons à l'hypothèse de droit commun, et à son évolution ultérieure, d'un acheteur libre et d'un vendeur libre. C'est l'hypothèse économique simplifiée de la Constitution non écrite. Il y a d'autres sources de la Constitution non écrite, mais je parle ici des évaluations économiques par l'autorité publique que la Cour Suprême a déclaré être de la compétence judiciaire (14).

Les arrêts sur la clause or furent une modification révolutionnaire de la Constitution non écrite telle qu'elle avait été fixée lors des affaires sur

---

(13) Edw. S. Corwin, *The Constitution and Waht It Means To-Day*, 105 (4e éd. 1930); Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, pp. 333 (1924); voir spécialement les opinions de la majorité et de la minorité dans *Hartado v. California*, 110 U. S. 516 (1884).

(14) Voir W.-B. Munro, *The Makers of the Unwritten Constitution* (1930); C.-E. Merriam, *The Written Constitution and the Unwritten Attitude* (1931); R.-L. Mott, *Due Process of Law* (1926): E.-S. Corwin, *The Constitution and What It Means To-Day* (4 éd., 1930).

la monnaie légale. Ils changèrent la signification des « obligations des contrats » et celle de valeur, en transférant des créditeurs aux débiteurs des millions de dollars sur lesquels on s'était mis librement d'accord au moment où les dettes furent contractées. Mais des révolutions judiciaires analogues s'étaient produites dans le sens d'autres mots dans la Constitution non écrite (15)

C'est en me basant sur l'hypothèse primitive d'un vendeur libre et d'un acheteur libre que je conclus à un mandat du Congrès pour une stabilisation raisonnable des prix autant que le système de Réserve Fédérale puisse le faire. Les arrêts sur la clause or sont en évolution depuis ceux sur la monnaie legale. Ils ne fixent pas un poids donné d'or comme mesure de valeur; ils affirment la validité du papier, monnaie légale pour remplir dans toute la nation les obligations constitutionnelles du contrat. La stabilisation des prix en monnaie légale est la stabilisation des relations des créanciers avec les débiteurs. Si le Congrès faisait une telle loi, sa constitutionnalité, telle qu'elle serait interprétée par la Cour, serait une nouvelle évolution de la Constitution non écrite.

Ceci se rapporte à la question débattue de la loi faite par le juge. En fait les juges ne font pas la loi. Ils rendent une décision dans des discussions particulières. Si alors on s'attend à ce qu'ils rendent des décisions similaires dans des affaires similaires, quelle est l'utilité de présenter le même cas à nouveau ? Ce n'est pas tant la façon de faire la loi que celle d'établir la coutume. L'évolution de la coutume, dans le droit anglo-américain, peut être décrite par les changements dans les habitudes dus aux changements dans l'attente des futurs jugements des tribunaux dans les conflits d'intérêts. Ceci peut être appelé de façon plus appropriée la coutume faite par le juge au lieu de la loi faite par le juge. En Amérique, cette évolution de la coutume faite par le juge dans les affaires économiques est le développement de la Constitution non écrite.

Ainsi, tandis que les anciens économistes, depuis Thomas d'Aquin jusqu'à John Locke, Adam Smith et Ricardo, culminant gauchement avec Karl Marx, éliminaient la monnaie et les prix, mais faisaient du coût du travail la mesure de la valeur, l'économie institutionnelle de droit commun et de la Cour Suprême prend comme mesure et comme norme de la valeur raisonnable la monnaie légale et la libre volonté des acheteurs et des vendeurs.

---

(15) Voir Commons, *Legal Foundations of Capitalism* et *Institutionnal Economics*, sur les changements apportés par la Cour dans la signification constitutionnelle des mots : propriété, liberté, personne et procédure régulière. Voir également la comparaison du système du droit commun américain avec le système français, J. Commons, *Le problème de la coordination du droit et de la morale*, dans le *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Geny*, t. III, p. 125.

§ 163

QU'EST-CE QUE LE NATIONALISME ECONOMIQUE ?

Par William E. RAPPARD

Recteur de l'Université de Genève

Directeur de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales

Il n'y a guère de terme plus courant dans le parler de nos publicistes que celui de nationalisme économique. Il n'en est pas qui définisse de façon plus concise et plus expressive à la fois la politique de tous les Etats contemporains. Mais ce terme correspond-il, chez tous ceux qui l'emploient, à une notion unique et claire ? Il est permis d'en douter. Comment se ferait-il sans cela, qu'appliqué à l'étranger il comporte, le plus souvent, une nuance de blâme, alors que servant à caractériser la politique que l'on constate chez soi ou que l'on recommande même à son propre gouvernement, il paraît emprunté au vocabulaire du plus pur patriotisme ?

Nous croyons donc qu'il vaut la peine de préciser le sens du terme. Cela nous paraît utile non seulement dans l'intérêt de la clarté du langage scientifique et usuel, mais aussi pour dissiper un malentendu international qui, étant d'ordre passionnel plus qu'intellectuel, peut n'être pas sans dangers pour la paix du monde.

Dire que le nationalisme économique n'est que la politique économique du nationalisme, ce serait en donner une définition à la fois insuffisante et erronée. Elle serait insuffisante, car elle laisserait sans définition le terme de nationalisme même. Et elle serait erronée, par-dessus le marché, car il paraît évident que, de nos jours, ce ne sont pas les gouvernements nationalistes seulement, mais tous les gouvernements, qui pratiquent, peu ou prou, le nationalisme économique.

Mais, que cette définition soit suffisante ou insuffisante, qu'elle soit juste ou fausse, nous ne pourrons nous dispenser de nous entendre sur le sens du nationalisme lui-même.

L'Académie française, qui a tout récemment ouvert les portes de l'orthodoxie linguistique à ce néologisme, le définit, dans la dernière édition de son dictionnaire, de la façon suivante : sentiment qui consiste dans l'exaltation de l'idée nationale.

S'il était permis, hors des frontières de France surtout, d'apprécier sans encourir le souçon de lèse-majesté une définition qui peut se réclamer d'un si haut patronage, nous serions tenté de dire qu'en la formulant l'Académie française ne s'est guère compromise, mais qu'elle ne nous a pas davantage éclairés.

Le nationalisme, dans le sens où le terme est couramment employé

aujourd'hui, n'est-il vraiment qu'un sentiment ? Un sentiment, même lorsqu'il consiste dans l'exaltation d'une idée, n'est ni une philosophie, ni une politique. Or, le nationalisme contemporain, tel qu'il est préconisé et pratiqué par ses adeptes les plus fervents et les plus influents, est à la fois l'une et l'autre. C'est une philosophie, c'est-à-dire une conception générale du monde et de la société humaine. Et lorsque cette philosophie inspire tous les organes d'un gouvernement et s'impose à tout un peuple, comme il arrive dans l'Italie fasciste ou dans l'Allemagne nationale-socialiste, elle se traduit nécessairement par une politique.

Le nationalisme ainsi conçu a été défini comme un système de valeurs morales, dans lequel la nation au l'Etat national est posé comme le bien suprême. La nation l'emporte, d'une part, sur l'individu — d'où, dans les nationalismes totalitaires, la répudiation de toute liberté politique et la négation de tous droits constitutionnels. La nation l'emporte, d'autre part, aussi sur l'humanité — d'où opposition à tout effort d'organisation de la collectivité internationale et révolte contre toute tentative de limiter la souveraineté nationale. La subordination consciente de l'individu et de l'humanité à la nation, la centralisation administrative aussi, c'est-à-dire la subordination intransigeante de tout régionalisme à l'unité nationale, telle nous paraît la doctrine fondamentale du nationalisme philosophique et politique qui domine et qui bouleverse aujourd'hui le monde.

Qu'il le domine, c'est ce qui est évident. Car une telle politique pratiquée ne fût-ce que par une minorité du genre humain, lorsque cette minorité est enrégimentée en quelques Etats puissants, s'impose même à une majorité hostile, obligée d'en tenir compte et même de s'en inspirer par simple souci de défense propre. Que le nationalisme bouleverse nécessairement le monde, c'est ce qui est non moins évident. Car, si logique, ou du moins si conséquent qu'il puisse être avec lui-même à l'intérieur des frontières d'un pays, le nationalisme est fatalement anarchique et contradictoire sur le plan mondial. Comment, en effet, les nations pourraient-elles vivre en pleine harmonie les unes à côté des autres si chacune d'elles ou si même seulement quelques-unes d'entre elles s'estimaient en droit de tout subordonner à leurs propres convenances nationales ? Cela ne serait, à vrai dire, concevable que dans un monde où règnerait l'autarcie absolue. Alors seulement, les nations privées ou dispensées de toutes relations extérieures pourraient cohabiter ou plutôt « juxta-habiter » en se livrant chacune au culte de sa propre souveraineté.

Or, le monde du xx^e^ siècle est trop peuplé à la fois d'individus et de nations et ces individus et ces nations sont trop exigeants dans leurs besoins pour pouvoir se passer des avantages de la division internationale du travail. Même si l'orgueil de quelques peuples ou de leurs gouvernements les fait aspirer à une pleine indépendance nationale, les appétits de tous les condamnent malgré eux à vivre internationalement.

Ce n'est pas émettre un jugement de valeur, ce n'est que constater un fait, que de reconnaître l'incompatibilité radicale du nationalisme intégral et de la civilisation contemporaine.

Si le nationalisme est bien la philosophie que nous venons d'esquisser, le nationalisme économique ne serait-il que sa politique commerciale ? Avant de répondre à cette question, écartons une autre définition qui, bien

qu'elle puisse s'autoriser d'illustres parrains, ne nous paraît pas moins erronée.

On a pu prétendre, et Frédéric List, le grand avocat du nationalisme économique avant la lettre ne s'en est pas fait faute, qu'il s'opposait à la politique économique libérale comme l'intérêt national s'opposait à l'intérêt individuel et à l'intérêt international. D'après cette conception, le mercantilisme, le protectionnisme et toutes les autres formes historiques du nationalisme économique, s'inspireraient du souci de la richesse de la nation, alors que le libéralisme tendrait à la sacrifier à la richesse des nations, c'est-à-dire à la richesse de l'humanité entière. De là à dénoncer les libéraux comme de mauvais patriotes, il n'y avait naturellement qu'un pas.

Or, cette conception, si plausible qu'elle puisse paraître à première vue, n'en est pas moins aussi fausse qu'injuste.

Elle est historiquement fausse, tout d'abord. Les grands classiques du libéralisme, dans leur croisade contre le nationalisme économique de leur temps, étaient fort loin de préconiser l'appauvrissement de leurs pays respectifs pour assurer l'enrichissement de la collectivité internationale. S'ils reprochaient à leurs prédécesseurs de présenter le commerce international comme une partie où les gains des uns sont faits des pertes des autres, ce n'étaient nullement par humanitarisme ni surtout par défaut de sens national. C'était seulement parce que leurs études leur avaient révélé ce qu'une telle conception avait de proprement absurde.

« Le grand objet que se propose partout l'économie politique, écrivait Adam Smith dans « La Richesse des Nations », c'est d'augmenter la richesse et la puissance du pays » (1). Et s'il a plus loin combattu les maximes avec lesquelles « on a accoutumé les peuples à croire que leur intérêt consistait à ruiner tous leurs voisins » (2), c'était manifestement par amour de sa propre patrie bien plus que par attachement à ceux des autres.

A vrai dire, Smith en voulait aux hérésies économiques de ses adversaires surtout parce qu'elles en faisaient, à ses yeux, de mauvais serviteurs de l'intérêt britannique. Son patriotisme n'était pas moins ardent que le leur, mais il était plus éclairé parce que moins exclusif et plus fécond parce que plus éclairé.

En France, Jean-Baptiste Say ne pensait pas autrement. L'auteur de la fameuse théorie des débouchés n'avait pas de conviction plus enracinée et plus constante que celle de la solidarité internationale en matière économique. Citant Voltaire qui, dans l'article « Patrie » du Dictionnaire philosophique avait déclaré : « Il est clair qu'un pays ne peut gagner sans qu'un autre perde », il se félicita de ce que « les derniers progrès de l'économie politique » avaient eu pour effet de dissiper cette erreur fâcheuse (3).

Say attachait même une telle importance à cette conquête intellectuelle, déjà signalée dans son Traité d'économie politique, dont la première édition est de 1803, qu'il y revint presque dans les mêmes termes dans son Cours d'économie politique publié vers la fin de sa vie. Ayant à nouveau

---

(1) *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, trad. Garnier, t. Ier, p. 465, Paris, 1843.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 428.

(3) Jean-Baptiste SAY : *Traité d'économie politique*,. 7e éd., Paris, 1861, p. 141.

rappelé que « Voltaire fait consister le patriotisme à souhaiter du mal à ses voisins », il ajouta : « Que nous sommes plus heureux, nous, qui par les simples progrès des lumières, avons acquis la certitude qu'il n'y a d'ennemis que l'ignorance et la perversité ; que toutes les nations sont par nature et par leur intérêt, amies les unes des autres; et que souhaiter de la prospérité aux autres peuples, c'est à la fois chérir et servir notre pays ! » (4).

Il serait facile de poursuivre cette démonstration. Mais les limites imposées à cette étude s'y opposent. Ce serait du reste inutile. Il n'est pas contestable, en effet, que le cosmopolitisme des grands libéraux dont les nationalistes aiment à leur faire grief s'inspire, chez les plus éminents d'entre eux, non d'un moindre amour de leur pays, mais de la conviction de l'harmonie foncière des intérêts internationaux.

S'il est donc erroné d'attribuer au libéralisme la volonté de subordonner l'intérêt national à l'intérêt collectif de l'humanité, il ne serait pas moins injuste d'accuser le nationalisme économique contemporain de s'inspirer du désir dominant d'assurer la richesse nationale. Ce serait vraiment faire injure à l'intelligence des plus éclairés parmi ses représentants, tout au moins, que de les croire capables d'admettre qu'on puisse enrichir un pays en limitant, comme ils le recommandent, ses débouchés et en lui imposant des cultures auxquelles la nature ne le destine pas.

Non. Le nationalisme économique n'est pas plus aujourd'hui la doctrine de la prospérité nationale que le libéralisme n'a jamais été celle de la subordination de cette prospérité au bien-être de l'humanité.

Ce à quoi tend le nationalisme économique, ce n'est pas à l'enrichissement, mais à la consolidation de la nation et à son émancipation de toute influence étrangère. Il la veut non plus prospère, mais plus forte et plus indépendante. Il ne craint même nullement de lui imposer des privations matérielles dans l'intérêt de sa puissance politique. Le nationalisme économique s'oppose au libéralisme non comme le national à l'international, mais comme le politique à l'économique. Le nationalisme économique — c'est, nous semble-t-il, la meilleure définition qu'on en puisse donner — c'est donc la doctrine de l'autarcie nationale.

Pour le montrer, il suffirait de rappeler les principaux moyens mis en œuvre par ses représentants pour en arriver à leurs fins, ainsi que les déclarations sans cesse répétées de ses champions les plus éminents.

Que signifient donc les droits de douane toujours plus protecteurs, les contingentements, les interdictions d'importer, le contrôle des changes ? Et que signifient aussi le développement, encouragé à grands frais, de cultures et de fabrications nouvelles, l'invention et l'usage recommandé et parfois imposé de succédanés coûteux, alors que des produits naturels supérieurs abondent et surabondent sur le marché du monde ? Cela ne peut signifier et cela ne siginife en fait que le sacrifice du bien-être de l'individu à l'indépendance de l'Etat. C'est donc, selon nos définitions, à la fois du nationalisme et du nationalisme économique.

Et quel est donc le but des exportations et du tourisme étranger subsidiés, alors que sont entravées les importations et interdits les voyages hors des frontières nationales ? Le but de toutes ces mesures n'est que

---

(4) Le même : *Cours complet d'économie politique pratique*, 2e éd., Paris, 1840, p. 162.

d'assurer au pays les devises étrangères, c'est-à-dire les moyens d'acheter au dehors les produits dont, malgré tous les efforts, toutes les substitutions et toutes les privations, il ne saurait véritablement se passer. Leur but dernier, c'est de faire pencher en faveur de son propre Etat la balance des paiements, s'il est possible, pour lui permettre d'importer de l'or. Car, non moins que le mercantilisme d'il y a trois siècles, le nationalisme économique contemporain a le culte du métal précieux. L'or, en effet, s'il a perdu de son importance comme monnaie intérieure et même comme couverture de la circulation monétaire, demeure le seul instrument de paiement que l'étranger, si acquis qu'il soit lui aussi au nationalisme économique, ne refusera jamais. En accumulant de l'or, on peut donc se rendre indépendant de la bonne volonté des autres pays, après s'être rendu indépendant de leur production par tous les moyens rappelés plus haut.

L'indépendance de l'étranger, dont les événements de 1914-1918 avaient montré tout le prix en temps de guerre, est devenue la hantise générale depuis le retour de la paix. Et elle est aujourd'hui d'autant plus appréciée que la paix paraît moins assurée.

L'indépendance et non le bien-être, l'autarcie et non l'abondance, tel est bien l'idéal et la passion maîtresse du nationalisme économique.

S'il en est ainsi, les rapports entre le nationalisme politique et le nationalisme économique nous apparaîtront maintenant plus clairs mais aussi moins simples qu'ils ne le semblaient à première vue.

Le nationalisme économique ne saurait, nous l'avons vu, être purement et simplement défini comme étant la politique commerciale du nationalisme. Tous les gouvernements contemporains, en effet, ne sont pas nationalistes, mais tous pratiquent le nationalisme économique. Ils le pratiquent, il est vrai, dans une mesure et dans un esprit qui ne sont pas partout les mêmes. Alors que les gouvernements nationalistes sacrifient délibérément la richesse des individus, faite d'abondance et de bon marché, à la sécurité et à la puissance de l'Etat, faites d'autarcie, les autres les imitent avec plus de modération et avec plus de regrets. Au nationalisme économique glorieux et magnifique des nationalistes, ils opposent avec répugnance un nationalisme économique honteux

Dans un monde où quelques Etats nationalistes font du nationalisme économique dans le dessein avoué et sans cesse proclamé de rehausser leur indépendance pour accroître leur puissance, dans un monde où ils cherchent donc à vendre sans acheter, est-il étonnant qu'ils aient réussi à imposer leur politique économique à leurs voisins, même les moins disposés et les moins aptes à les suivre dans la voie qu'ils se vantent d'avoir choisie ?

Il faut donc distinguer deux formes de nationalisme économique, qui se différencient l'une de l'autre beaucoup moins par leurs manifestations extérieures que par leur but et par l'esprit dont sont animés ceux qui les pratiquent. Pour les uns, il n'est que l'expression, dans l'ordre matériel, de leur volonté, dont ils s'enorgueillissent, de sacrifier l'individu à l'Etat et la prospérité à la puissance. Les autres, au contraire, qui voient dans l'Etat le serviteur et non le maître de l'individu et pour qui la puissance étatique ne se justifie que pour autant qu'elle assure la sécurité et la prospérité individuelles, se résignent au nationalisme économique comme à un mal nécessaire.

C'est à juste titre que l'on désigne couramment, dans le monde anglo-saxon, l'ensemble des mesures commerciales et financières préconisées et pratiquées par le nationalisme économique du nom d'armements économiques. Il en est, en effet, de ces armements comme des autres. Tous les Etats, qu'ils soient satisfaits ou mécontents du sort que leur a fait l'histoire, qu'ils soient pacifiques ou belliqueux, participent aujourd'hui à la course aux armements militaires. Mais qui prétendra qu'ils le font les uns et les autres dans le même esprit et en vue des mêmes objectifs ? De même tous les Etats, qu'ils s'inspirent d'un nationalisme intransigeant ou qu'ils soient enclins à toutes les conciliations internationales, participent aujourd'hui à la course aux armements économiques, à peine moins redoutable pour la paix du monde.

Le nationalisme économique est la politique de l'autarcie nationale. Pour les Etats nationalistes, il est une arme offensive volontairement forgée par des gouvernements dominateurs et brutalement imposés par eux à des peuples privés de liberté. Pour les autres, il est un lourd bouclier, porté tantôt avec résignation, tantôt avec impatience, mais subi par tous comme une protection insuffisante, terriblement onéreuse, mais provisoirement indispensable, en attendant une organisation plus rationnelle de la collectivité humaine (5).

(5) J'ai exposé avec plus de développement quelques-unes des idées présentées ici dans deux publications récentes suivantes, intitulées : *The Common Menace of Economic and Military Armements.* Eighth Cobden Lecture, London, Cobden-Sanderson, 1936; et *Economic Nationalism,* dans *Authority and the Individual,* Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1937.

TITRE VI

LES FORMES NOUVELLES DE LA REGLEMENTATION ECONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER

LA REGLEMENTATION ECONOMIQUE INTERNATIONALE

MILHAUD, *Le chèque-compensation.*

JANNE, *L'unification internationale des lois sur les effets de commerce.*

BOUTERON, *L'unification du droit relatif au chèque et le vocabulaire du droit uniforme.*

(Ces deux contributions publiées dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, « L'unification des droits », Chapitre IV, Section II, §§ 128 et 129.)

RABEL, *L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces.*

MUELLER-ERZBACH, *Une proposition pour l'unification de la conception du droit. Illustrée par le droit de la vente.*

(Ces deux contributions publiées dans le Tome II, Quatrième Partie. Titre II : « L'unification des droits », Chapitre I[er], §§ 118 et 119.)

ISHIZAKI, *La récente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies.*

(Cette contribution publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV : « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre VI, § 40.)

DE HOSTIE, *L'organisation des communications et du transit de la Société des Nations et le Droit Comparé.*

(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II, Chapitre IV, Section IV, § 130.)

MEYER, *L'Union Internationale des Télécommunications.*

OFFICE CENTRAL DES TRANSPORTS INTERNATIONAUX PAR CHEMINS DE FER

(Ces deux contributions publiées dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre IV, Chapitre I[er], §§ 52 et 53.)

§ 164

LE CHEQUE-COMPENSATION

Par Edgard MILHAUD,

Professeur d'économie politique à l'Université de Genève.

Dans l'ordre économique, les nations éprouvent, à cette heure, deux grands besoins : celui de se libérer des entraves de toute nature qui paralysent leurs échanges extérieurs, et celui de sauvegarder l'équilibre de leurs comptes avec l'étranger et de défendre leur monnaie ; besoin de liberté et besoin de sécurité. Le monde étouffe, sous le carcan de toutes les restrictions et coercitions d'un protectionnisme forcené, et il aspire à la liberté des transactions ; mais en même temps les peuples qui ont connu les secousses et les ruines de l'inflation, et qui en conservent comme une vision d'épouvante, entendent se prémunir à tout prix, par n'importe quels sacrifices, contre toute possibilité de retour d'une telle calamité, et ils demandent la garantie de l'équilibre de leur balance économique et de la stabilité de leur devise à une politique systématique de réciprocité et de compensation des échanges.

Ces deux nécessités vitales ont été longtemps considérées comme contradictoires ; mais on s'est, peu à peu, rendu compte qu'il n'était pas impossible de les concilier. On peut y réussir en organisant de la manière la plus large et la plus souple le régime de la réciprocité et de la compensation, en faisant porter la compensation sur tous les postes des balances, et en la rendant ainsi *intégrale,* en l'établissant non pas entre deux pays, mais entre plusieurs pays, et en la rendant ainsi *plurilatérale,* à la limite même *omnilatérale,* et en lui permettant de jouer avec aisance, sans aucun recours à la méthode paperassière, lourde et draconienne du comptabilisme bureaucratique, par l'emploi d'un instrument nouveau de règlements extérieurs.

L'instrument de la compensation multilatérale.

Cet instrument nouveau, c'est le chèque-compensation. Il est émis, par l'institution compétente — l'Office de compensation du pays existant ou à créer — moyennant la consignation de la somme correspondante en monnaie nationale ou en chèques. Il a une durée de validité limitée, six mois ou un an par exemple, disposition qui assure la réciprocité et équivalence des transactions dans un certain laps de temps. Il est transmissible de pays à pays (comme, en temps normal, le billet de banque et la lettre de change), condition qui lui permet d'être utilisé comme moyen de faire

des achats dans le pays émetteur par le pays qui, en raison de ses convenances propres, y trouve le plus d'avantages. Quelle qu'ait été sa circulation internationale, il doit faire retour, dans le délai de validité fixé, au pays d'émission. Il y est remboursé, par l'organisme qui l'a émis, en monnaie nationale, sur la présentation des pièces qui attestent une transaction active envers l'étranger, par exemple la vente de marchandises.

Ainsi, émis à l'occasion d'une opération par laquelle le pays a reçu de l'étranger une prestation et en est devenu le debiteur, il sort de la circulation à la suite d'une autre opération par laquelle le pays a fourni à l'étranger une autre prestation et en est devenu — exactement dans la même mesure — le créancier.

Quand il a achevé sa carrière, l'actif a donc contrebalancé le passif, et a éteint le passif, par compensation. Le chèque-compensation a rempli sa mission, qui est précisément d'assurer la compensation, l'exacte réciprocité, et par là même l'équilibre des balances.

La circulation intérieure et internationale des chèques-compensation est facilitée par les banques, qui, tout naturellement, achètent et vendent cette sorte nouvelle de lettres de change, la Banque des Règlements Internationaux paraissant appelée à jouer un rôle primordial dans la constitution de ce marché.

Au point de vue technique, la circulation des chèques-compensation est également facilitée par le fait qu'ils peuvent être fractionnés, au moment même de leur émission ou ultérieurement, en coupures rondes d'usage courant, éventuellement complétées par une dernière coupure d'appoint.

Comment le système fonctionne-t-il ?
Un exemple.

Pour prévenir tout malentendu sur le mécanisme de la compensation dans ce système, prenons un exemple.

Voici un hôtelier de Genève qui vient de passer à une maison de Reims une commande de champagne. Le prix convenu est de 1.000 francs suisses, contre-valeur de 6.000 francs français. L'hôtelier suisse s'adresse, éventuellement par l'intermédiaire de sa banque, à l'Office suisse de compensation; il consigne auprès de lui 1.000 francs suisses, en billets ou en chèque; il obtient en échange (en une ou plusieurs coupures, à sa convenance) 1.000 francs de chèque-compensation suisse; admettons, pour simplifier, qu'il s'agit d'un chèque de 1.000 francs. Il l'envoie à son fournisseur français, conformément à leur accord, et l'affaire est réglée pour lui. Le marchand de champagne négocie le chèque-compensation sur Suisse auprès de sa banque, et l'inscription par elle à son compte ou le versement entre ses mains des 6.000 francs français liquide à son tour pour lui l'opération. Maintenant, le chèque-compensation suisse a pris place, comme l'aurait fait une lettre de change ordinaire, dans le portefeuille de la banque, banque française en relations avec les autres banques françaises et avec les grandes banques d'autres pays. Que va-t-il devenir ? Il est, avec les autres chèques-compensation suisses, à la disposition de tous ceux — en France d'abord, mais aussi dans les autres pays — qui désirent acheter des marchandises suisses, voyager en Suisse, etc. Il est un élément de l'of-

fre, française et internationale, de chèque-compensation suisse, face à la demande de ce même chèque-compensation.

Supposons-le acquis par une maison d'horlogerie française qui vient d'acheter précisément 1.000 francs suisses de montres à la Chaux-de-Fonds ou à Genève : celle-ci l'envoie à son fournisseur suisse, qui le présente ou fait présenter par sa banque à l'Office de compensation suisse, lequel, sur le vu des documents attestant la vente à l'étranger, en rembourse le montant en monnaie suisse. Le chèque-compensation a achevé sa destinée. Il est oblitéré et classé ou détruit.

Nous avons suivi à travers ses pérégrinations le chèque suisse émis par l'Office de compensation suisse pour répondre à la demande de l'hôtelier genevois ayant à faire un paiement en France. Mais celui-ci eût pu tout aussi bien procéder de la façon inverse, c'est-à-dire se procurer en Suisse des chèques-compensation français (6.000 francs), et en faire l'envoi à son fournisseur de Reims, qui n'aurait eu qu'à en demander le remboursement — sur justification de sa vente — à l'Office de compensation français. En ce cas, le chèque-compensation, parti de France antérieurement, à l'occasion, par exemple, de l'achat par un horloger français de montres suisses, y ferait retour comme moyen de liquidation de l'achat de vin français par l'hôtelier genevois.

Il y a là, dans chaque cas particulier, deux modes possibles de règlement, correspondant aux deux utilisations possibles, et nécessaires, du chèque-compensation : son utilisation à l'aller et son utilisation au retour.

La libre cotation des chèques-compensation

Un point essentiel du fonctionnement du système est la libre cotation des chèques-compensation. Son importance du point de vue de l'assainissement des relations économiques avec les pays pratiquant aujourd'hui le « contrôle des changes », c'est-à-dire pratiquant des changes conventionnels et factices, n'a pas besoin d'être soulignée. L'enquête de la Société des Nations sur les clearings a mis en évidence l'action pernicieuse des changes artificiellement surélevés d'un certain nombre de pays de l'Europe centrale et orientale.

Ces changes factices, faisant loi pour les clearings, ont grandement contribué à enrayer les ventes de ces pays à leurs partenaires occidentaux aussi bien qu'à intensifier les achats qu'ils leur faisaient, et par suite à accroître leurs soldes passifs, donc ces « arriérés de clearing » qui pèsent si lourdement sur la trésorerie de leurs fournisseurs. Ce sera un des avantages principaux du nouveau système d'y mettre un terme.

Il le peut parce qu'il garantit à ces pays l'équilibre de leur balance économique, et par suite les met à l'abri de ce danger d'effondrement de leur change contre lequel ils ont voulu se prémunir par le contrôle draconien des devises.

Il le peut aussi parce qu'il entoure la libre cotation des chèques-compensation de garanties de publicité concernant leur émission et leur liquidation, et leur assure tous les avantages d'un large marché international, en même temps qu'il fournit aux produits de ces pays des possibilités nouvelles d'écoulement et des perspectives d'affermissement de leurs prix.

Dès aujourd'hui, en fait, ces pays sont entrés dans la voie des transactions commerciales sur la base des changes effectifs de leurs monnaies — de 30 à 40 % inférieurs à leurs changes officiels — dans les cas de plus en plus nombreux de compensation privée. Parfois même, des corrections en ce sens se sont introduites dans les règlements par clearing. Une tendance très nette au redressement se fait donc jour. Le nouveau système la renforcera et lui permettra de jouer à plein.

La libre cotation des chèques-compensation sera la garantie la plus sûre contre toute émission excessive. En effet, si un pays se laissait aller à s'engager trop fortement vis-à-vis de l'étranger, l'exagération de l'offre de son chèque-compensation en ferait aussitôt fléchir le cours; c'est là le mécanisme avertisseur : la sonnette d'alarme fonctionne automatiquement, et voilà les autorités du pays averties. En cas de besoin, elles pourraient intervenir, pour « serrer l'écrou ».

Mais il se peut très bien que ce ne soit pas nécessaire. En effet, la baisse du change du chèque-compensation exerce la double action bien connue de toute baisse du change : prime aux exportations (visibles et invisibles) et frein aux importations, et cette double action ne peut pas manquer de favoriser le redressement du change.

La libre cotation des chèques-compensation favorise à la fois le rétablissement des courants naturels des échanges, l'équilibre des balances et la stabilité des changes.

Le chèque-compensation, rempart des devises-or

Nous devons, pour aborder un aspect nouveau de notre sujet, nous reporter aux conditions qui existaient dans notre pays, lorsque nous avons entrepris notre action pour la pluricompensation intégrale par chèques-compensation, et qui y existaient encore à une époque toute récente — à la veille du jour où le franc est devenu inconvertible et flottant.

Nous poursuivons donc notre exposé dans les termes mêmes où nous l'avions rédigé avant ces événements, reprenant un raisonnement que nous avons fait à maintes reprises, par exemple, en novembre 1935, devant la Commission du bloc-or du Comité international des Echanges (1).

Nous disions donc :

Une place à part doit être faite à l'action de ce mode de règlements extérieurs sur les devises-or.

A plusieurs reprises, au cours notamment de la dernière année, de vives inquiétudes se sont fait jour dans différents milieux au sujet de la stabilité de ces monnaies. On se rappelait le précédent de l'Angleterre, celui de la Belgique, les mouvements de panique, les coups de bourse, les runs sur les stocks d'or des banques centrales et les embargos suivis d'effondrements de change et de dévaluations atteignant, pour des monnaies de premier ordre, 35 à 40 %.

Si ce système était pratiqué demain, en France, aux Pays-Bas, en Suisse, les chèques-compensation qui, dès demain, seraient mis en circu-

(1) Cf. *Le chèque compensation devant l'opinion*, p. 123 et suivantes.

lation par ces pays sur le marché du monde, en contre-partie de transactions commerciales et de transactions de tous ordres, ne seraient plus des créances sur leur or, mais sur leurs marchandises et services, et dans deux ou trois mois la proportion de ces créances dans l'ensemble des créances immédiatement exigibles sur ces pays serait telle — 80 à 90 %, sans doute — que l'éventualité de vastes opérations de la spéculation internationale contre leurs stocks d'or et contre leurs devises, faute d'un matériel de manœuvre suffisant, serait exclue.

Car ce n'est pas avec des chèques-compensation que l'on peut entreprendre de grandes offensives contre le change d'un pays. Leur stock est strictement limité, à la fois par leur origine — les activités et transactions économiques effectives qui leur ont donné naissance, — par le besoin constant que l'on en a — ils sont constamment demandés pour assurer les transactions économiques réciproques, — et par leur limite de validité, qui ne permet pas leur accaparement prolongé et commande leur utilisation avant l'expiration de la période de validité pour des opérations économiques effectives.

Au surplus, même si l'on admettait que la spéculation pourrait réussir à en accaparer des stocks considérables, suffisants pour exercer une action de masse et peser sur le cours, le fléchissement du chèque-compensation n'aurait pas d'autre effet que de donner une prime aux achats de l'étranger dans le pays, donc d'y favoriser les exportations, d'y intensifier les courants touristiques, etc., mouvements qui ne sauraient tarder à favoriser l'affermissement de ce cours. En tout cas, aucune panique n'aurait pu se produire, aucun assaut contre les réserves d'or de la Banque Nationale, aucun risque d'hémorragie d'or, puisque les chèques-compensation sont des assignations sur les fruits du travail national, non sur l'or de l'institut central d'émission.

Toute tentative spéculative, dans ces conditions, serait sans objet, et il en résulterait une grande force de stabilité pour le statut monétaire de ces pays.

La devise-compensation, c'est véritablement le rempart des devises-or.

Si toutefois... Une garantie de très grande valeur

Et nous ajoutions ceci :

Supposons toutefois, puisqu'il faut faire toutes les hypothèses, supposons que les devises-or, ou certaines d'entre elles, doivent céder un jour à des pressions économiques supérieures. Dans les conditions présentes, un risque existe, un risque très grave : c'est que, comme ce fut la règle jusqu'ici, la dévaluation se fasse, dans le désarroi créé par des manœuvres financières internationales, à des cours de défaite et de panique. Sous un régime de chèques-compensation, les chèques-compensation des différents pays se seraient situés peu à peu, les uns par rapport aux autres, aux niveaux correspondant aux conditions économiques réelles de l'offre et de la demande, c'est-à-dire, en dernière analyse, aux parités réelles de leurs pouvoirs d'achat, et les réévaluations qui, après une période d'expérience prolongée, se feraient ensuite sur une telle base, librement et en accord avec les réalités économiques, réduiraient au minimum l'amplitude et les

inconvénients des changements de valeur de l'étalon légal, tout en consacrant et en stabilisant un équilibre véritable.

Cette méthode nous ouvre donc la perspective, non seulement du réveil et de l'essor des échanges internationaux, mais encore de l'assainissement et de la stabilisation de l'économie monétaire du monde.

Voilà ce que nous disions, voilà ce que nous écrivions avant la dévaluation de septembre 1936 et de juin 1937. N'avons-nous pas quelque droit de rappeler aujourd'hui ce langage ?

Plus d'arriérés a l'avenir !

C'est l'un des avantages les plus immédiatement tangibles des règlements par chèques-compensation de supprimer à l'avenir, dans les relations de la France avec les pays auxquels elle est liée par des clearings, toute possibilité d'arriérés.

L'exportateur français, dans ce système, peut être payé de l'une ou l'autre des deux façons suivantes : ou bien il reçoit, de son acheteur, un chèque-compensation sur France; il le présente ou le fait présenter à l'Office de compensation français, et il reçoit immédiatement la provision versée au moment de l'établissement du chèque; — ou bien il reçoit, de son acheteur, un chèque-compensation sur son propre pays; c'est alors qu'il a accepté ce mode de paiement, c'est-à-dire qu'il s'est assuré auprès de son banquier de la possibilité de réaliser immédiatement le chèque.

Dans un cas comme dans l'autre, c'en est fini avec la plaie des arriérés de clearing.

La liquidation des arriérés actuels

Mais il y a plus. La méthode permet aussi d'assurer, au cours d'un laps de temps raisonnable, la liquidation des arriérés actuels.

Des arrangements doivent certes être pris avec les pays débiteurs. La période d'amortissement doit être calculée en tenant compte à la fois de la capacité de livraison de marchandises et services par les pays débiteurs et de la capacité d'absorption de ces produits et services par la France et par d'autres pays à son ordre.

Ainsi sont fixées des annuités d'amortissement. Pour chacune d'entre elles, l'Office de compensation français est habilité à tirer des chèques-compensation sur les offices de compensation des pays débiteurs, chèques libellés en leur monnaie nationale, et ces chèques sont vendus aux importateurs français de produits ou services de ces pays, ou à des importateurs étrangers, le produit de ces ventes étant consacré à l'amortissement intérieur des arriérés.

Le même instrument sert donc à la fois à prévenir la formation à l'avenir de nouvelles créances gelées et à assurer la libération des créances gelées existantes.

Objections

Ce serait sortir du cadre de cette étude que d'aborder le chapitre des objections. Nous lui avons fait une très large place dans deux volumes (2) : nous devons nous référer à des discussions qui ne sauraient être réduites à un très bref résumé sans dommage. Il nous sera seulement permis de constater que presque toujours elles résultent d'une sorte de refus préalable de l'esprit de l'objecteur d'entrer dans le mécanisme du système.

Ainsi, on invoque le danger qui résulterait de ce que, après une certaine période, six mois ou un an, le chèque-compensation serait périmé, et l'on oublie qu'un chèque-compensation est non pas un titre de placement ni une valeur spéculative, mais un instrument de règlement, que le commerçant qui l'a reçu en paiement réalise immédiatement — comme tout autre chèque — auprès de sa banque, laquelle en surveille le délai de validité et le vend en temps utile au commerçant qui en a besoin pour un règlement dans le pays émetteur (ayant tout naturellement pris la précaution élémentaire de classer les chèques-compensation sur ce pays par ordre d'extinction de validité et les écoulant méthodiquement dans cet ordre).

Ainsi encore, on évoque le danger qui résulterait pour l'exportateur français du fait qu'il serait payé en chèques-compensation sur le pays de l'importateur susceptibles de dépréciation. Et l'on oublie : 1° que les chèques-compensation de tous les pays sont cotés au jour le jour, et que si un exportateur accepte en paiement le chèque-compensation d'un certain pays, c'est après s'être assuré de son cours, en se basant sur ce cours et en se couvrant immédiatement par sa conversion en monnaie nationale; 2° que sous le régime des règlements par chèque-compensation, tout vendeur est libre d'exiger que ses marchandises lui soient payées par l'acheteur étranger en chèque-compensation sur son propre pays, à lui vendeur; — donc, que tout risque de perte peut être intégralement évité.

Enfin, pourquoi ne remarquerions-nous pas, aujourd'hui, que ces possibilités de fluctuations que l'on invoquait comme une objection décisive contre la devise-compensation sont aujourd'hui l'un des traits essentiels, et délibérément mis en avant, de monnaies flottantes telles que notre franc ?

Les résultats attendus de l'application du système

Jusqu'ici, le mouvement des échanges par compensation s'est développé presque uniquement dans le cadre des relations bilatérales, et il s'est heurté de ce fait à de grandes difficultés. Au surplus, les efforts concurrents faits de toutes parts pour la conclusion d'accords bilatéraux de compensation ont déchaîné de nouvelles compétitions et de nouveaux antagonismes faisant échec à la politique de coopération internationale qui est

---

(2) *Trêve de l'or et clearing international*, pp. 72-120; *Le chèque-compensation international devant l'opinion*, pp. 54-139 et pp. 200-258.

l'unique espoir d'une amélioration profonde de la situation économique et politique du monde.

Or le projet de compensation intégrale surmonte ces difficultés et écarte ces inconvénients en poursuivant jusqu'à son terme logique l'application du principe de compensation.

Il n'exclut point, par là, purement et simplement, les accords bilatéraux, qui peuvent constituer d'utiles éléments d'organisation des échanges internationaux, et, par suite, d'organisation de la vie économique du monde. Mais il en supprime les limites et il en écarte les pointes, en intégrant ces accords à un système collectif et universel. Il permet au commerce international de retrouver ses courants naturels.

Ce système ne concerne pas seulement les relations d'échanges de marchandises, mais aussi tous les autres éléments de la balance économique des différents pays. Il fournit ainsi une solution simple du problème du mode de règlement de ce qui subsiste des dettes internationales et du problème du crédit international.

Il résout ces problèmes en rétablissant la connexion réelle entre les prestations financières et les prestations de travail, en assurant par suite au pays débiteur la possibilité de se libérer à l'aide des valeurs créées par son économie, en même temps qu'il donne au pays qui ouvre à l'étranger de nouveaux crédits la possibilité de les fournir en valeurs créées par la sienne.

Par là, il fait appel à l'ensemble des forces et des éléments de production, et il tend, en restaurant et en intensifiant au maximum dans le monde les courants des capitaux, les courants des marchandises et les mouvements des personnes, à rétablir et à galvaniser l'activité économique des différents pays.

Il fournit en même temps une solution aux difficultés d'ordre commercial et aux difficultés d'ordre financier et monétaire.

Jusqu'ici, trop souvent, dans les débats relatifs à la crise du commerce du monde, on formulait des desiderata concernant la politique commerciale dont on subordonnait, par nécessité, la réalisation à la solution des problèmes financiers et monétaires, tandis que par ailleurs, dans les débats concernant les problèmes financiers et monétaires, on adoptait des résolutions de principe dont on reconnaissait immédiatement que l'application présupposait la restauration de conditions satisfaisantes du commerce international.

Et l'on a pu dire avec humour que les organismes chargés de l'étude de ces questions étaient engagés dans une partie de tennis dont il était impossible de prévoir la fin.

Le système proposé s'attaque simultanément aux deux ordres de problèmes, et lie les solutions qui les concernent. La circulation internationale des marchandises est assurée par un moyen de paiement *ad hoc* circulant internationalement; les arrérages des dettes sont payés, par l'entremise de ce moyen de paiement, en marchandises ou services; les crédits nouveaux sont accordés, à l'aide de ce moyen de paiement, en marchandises ou services, et le fonctionnement du système aboutit à la fois à la reprise et au large développement des échanges de marchandises, à la consolidation des monnaies, à l'affermissement et à la stabilisation des changes, au rétablissement du crédit. Solution commerciale, monétaire, financière.

Réagissant contre les différents facteurs qui ont engendré l'effondrement des prix, il tend au rétablissement de prix normaux permettant à la fois une reprise générale de l'activité économique et le retour à des conditions normales dans les prestations financières. Par toutes les actions et répercussions du dynamisme qu'il porte en lui, il tend donc à l'assainissement économique général.

Mais en même temps, par le principe de réciprocité qui l'inspire, par l'organisation générale et intégrale des compensations qui en fait le fond, il tend à la fois à développer dans chaque peuple, en vue de ses relations avec l'extérieur, les activités économiques par lesquelles il peut le mieux répondre aux besoins économiques des autres peuples, et par suite affermir sa position sur le marché mondial, et à développer entre les peuples les échanges de marchandises et de services.

Il favorise ainsi à la fois l'essor des diverses économies nationales et le développement de la coopération internationale.

Sans exiger une rupture brusque avec aucune des formes d'action ou de défense auxquelles les différents pays se sont accoutumés, il prépare les voies à des méthodes nouvelles, il permet l'abandon graduel des procédés restrictifs et il incite à cet abandon par la prime que la réciprocité organisée attache à la liberté.

Il agit donc dans le sens de l'aspiration profonde des peuples à cette heure.

Les progrès de l'idée

Depuis le moment où ces vues furent soumises pour la première fois à la discussion internationale, en juillet 1932 (3), les sympathies qu'elles ont suscitées n'ont pas cessé de gagner des milieux de plus en plus larges et de plus en plus influents.

Déjà dans notre livre « Trève de l'or et clearing international », dont deux premiers tirages furent distribués, au début de janvier et à la fin de février 1933, d'une part à la Commission d'experts chargée de préparer la Conférence monétaire et économique internationale de Londres, d'autre part, à la Commission permanente du Conseil National Economique de France, saisie par le Conseil de cette proposition, nous pouvions faire état de très nombreux témoignages d'adhésion venus des milieux et des pays les plus divers. Nous avons suivi le développement ultérieur de ce mouvement d'opinion dans « Organisation des échanges et création de travail » (1934), dans « Une idée en marche. La compensation organisée » (1935), dans « Le chèque-compensation devant l'opinion » (1936). Il s'est encore amplifié depuis le moment où, en mai 1936, était publié ce dernier ouvrage. Nous ne pouvons retenir ici que quelques manifestations particulièrement importantes.

Et d'abord, celles qui concernent les organisations économiques et les sphères officielles. En janvier 1933, les chambres de commerce françaises sont consultées sur le projet. Un certain nombre d'entre elles, la majorité de celles qui répondent, émettent un avis favorable. En juin 1933, peu avant la Conférence de Londres, se réunit à Paris la « Troisième Semaine de la Monnaie » : à l'unanimité, après des débats ayant duré plusieurs jours, elle décide de faire de ce projet l'objectif central de son action sur

(3) *Journal des Nations* du 6 juillet 1932.

cette Conférence. En février 1934, l'Institut International du Commerce s'adresse aux Offices de compensation des différents pays pour leur proposer la création d'une « Fédération Internationale des Offices de Compensation » orientée vers une organisation internationale du système des compensations. En septembre de la même année, M. Lamoureux, ministre du commerce de France, pose le problème de la pluricompensation devant l'assemblée de la Société des Nations, et provoque ainsi l'enquête sur les accords de clearing.

A la session suivante de l'assemblée, en septembre 1935, le problème de la pluricompensation intégrale par devises-compensation est évoqué par le Chili, appuyé par la Lettonie et la Bulgarie : la question est renvoyée à l'Organisation économique et financière de la Société des Nations, en liaison avec la Banque des Règlements Internationaux.

Entre temps, en juin 1935, la Chambre de Commerce Internationale, réunie en Congrès à Paris, est saisie du problème par un de ses membres les plus en vue, M. Robert Alterman, administrateur-délégué de l'Union Française des industries exportatrices et vice-président délégué du Comité International des Echanges, qui propose d'appliquer immédiatement le principe de la compensation intégrale dans un cadre restreint, — celui des transactions de toute nature entre les pays du bloc-or de l'Europe occidentale, France, Belgique-Luxembourg, Pays-Bas, Suisse et leurs communs partenaires de clearing de l'Europe centrale et orientale. En novembre 1935, des résolutions unanimes en faveur de cette méthode sont adoptées, à la suite d'une enquête internationale et après d'importants débats, par l'Union Française des Industries Exportatrices, par la Commission du bloc-or du Comité International des Echanges et par le Conseil d'Administration de ce Comité. En juin 1936, l'Assemblée générale annuelle du Comité International des Echanges, réunie à Genève, confirmant ces décisions et les élargissant, réclame : « 1° L'organisation immédiate de la pluricompensation par l'emploi du chèque-compensation international pour l'ensemble des transactions entre les nations liées entre elles par des accords bilatéraux de compensation, cette méthode pouvant être également étendue à la liquidation des arriérés de clearing ; 2° l'extension aux autres pays, si cet essai est satisfaisant, de la pluricompensation considérée comme une étape naturelle avant le retour à la compensation automatique qui présidait autrefois aux règlements commerciaux. »

En France, le 17 mars 1936, une proposition de résolution, déposée sur le bureau de la Chambre par MM. Henri Clerc, président du Groupe du commerce extérieur; Jean Hérard, président de la Commission du commerce et de l'industrie; Paul Elbel, directeur honoraire des Accords commerciaux au Ministère du commerce et président du Comité économique de la Société des Nations; Maurice Palmade, ancien Ministre du budget, et Max Hymans, président de la Commission des douanes, « invite le Gouvernement à mettre en vigueur dans le plus court délai le chèque-compensation pour rétablir la compensation multilatérale des échanges internationaux, assurer la reprise des transactions entre pays et réaliser ainsi les conditions préalables au retour au libre jeu de l'étalon-or et à la stabilisation générale des monnaies ».

Le 7 juin 1936, le Ministre des finances du gouvernement Léon Blum, M. Vincent Auriol, évoquant les tâches qui s'imposent et les moyens de

les accomplir, déclare, en ce qui concerne la nécessaire stimulation des échanges de la France avec l'étranger, « attacher une importance particulière à l'utilisation du chèque-compensation », et quelques semaines plus tard le Ministre de l'Economie nationale fait une déclaration analogue devant le Conseil National Economique. Mais les difficultés qui s'annoncent dans le domaine des changes provoquent des hésitations; en septembre, la dévaluation et l'accord tripartite donnent l'impression — ou l'illusion — que maintenant les voies sont largement ouvertes à la reprise des échanges internationaux, et le problème du chèque-compensation passe à l'arrière-plan. L'assemblée de la Société des Nations, qui se réunit précisément au lendemain de ces événements, partage ces sentiments, ou tout au moins se laisse gagner par l'optimisme des signataires de l'accord tripartite. Mais au cours des débats certains délégués font ressortir que le système des clearings est si fortement ancré dans l'économie européenne et même dans l'économie mondiale, qu'il est impossible de croire à sa prochaine volatilisation, et que par suite son assouplissement par les méthodes de la pluricompensation intégrale constituerait un très appréciable progrès, dans la voie même de la libération générale des échanges internationaux. La France a d'ailleurs demandé, quelques semaines avant la réunion de l'assemblée, l'inscription de ce problème à son ordre du jour, et le délégué de la France à la Commission économique, rapporteur de la Commission, M. Charles Spinasse, ne manque pas de souligner les services que pourraient rendre ces méthodes au moins dans une période de transition. C'est ainsi que, dans le cadre d'un programme beaucoup plus vaste, une part leur est faite parmi les objectifs immédiats d'un grand effort international. Voici les déclarations relatives à ce point contenues dans le rapport adopté par la Commission et par l'Assemblée :

«... Une politique tendant à rétablir la liberté des échanges apparaît donc, dans l'ordre social et dans l'ordre économique, comme l'indispensable corollaire de l'ajustement monétaire.

« C'est pourquoi votre commission demande aux gouvernements de ne pas s'en tenir aux premières mesures dont ils ont assorti les nouvelles lois monétaires, mais d'engager dans le plus bref délai des négociations en vue de reviser l'ensemble de leur politique douanière.

« Dans cet ordre d'idées, la commission a pris connaissance du rapport du Comité Economique relatif à l'organisation de la compensation plurilatérale, notamment à l'emploi du chèque-compensation. Elle considère que toutes les formes de clearing devant disparaître avec les circonstances qui les ont fait naître, l'application de ces procédés pourtant ingénieux, ne saurait être actuellement préconisée.

« *Soucieuse néanmoins de ne négliger aucun moyen, même d'effet momentané, pour assurer la reprise des transactions internationales, elle rappelle que l'organisation économique et financière de la Société des Nations est déjà saisie de la question, par une résolution antérieure de l'Assemblée et qu'il lui appartient d'en poursuivre l'étude en collaboration avec la Banque des Règlements Internationaux* ».

Quelques mois s'écoulent, sans que les entraves au commerce international soient atténuées et sans que le régime des clearings bilatéraux, qui s'applique à plus des trois-quarts du commerce européen, donne des signes de régression. Ses inconvénients pour la France ressortent de chiffres tels que ceux-ci : recul des exportations françaises, de 1932 (pourtant, déjà, année de crise) à 1936 : vers la Bulgarie, de 36 à 12 millions de

francs, vers la Grèce, de 79 à 35, vers la Roumanie, de 153 à 114, vers la Hongrie, de 34 à 17, vers la Turquie, de 93 à 35, vers la Lettonie, de 13 à 10, vers l'Estonie, de 55 à 7, vers l'Allemagne, de 1.699 à 667. Une réaction contre un tel effondrement s'impose de toute évidence. L'amélioration du système, à la fois par l'utilisation du chèque-compensation et par l'élargissement plurilatéral de la compensation, ne constituerait-il pas un moyen au moins de quelque efficacité ? Ne pourrait-on pas en faire l'essai, même dans un cadre très restreint ? N'y aurait-il pas quelque intérêt à amorcer l'innovation par l'introduction du chèque-compensation dans les rapports bilatéraux de clearing avec deux ou trois pays ? Le 3 février 1937, le Ministre de l'Economie nationale convoque, pour l'examen de ces questions, des délégués de différents ministères ou institutions, Ministères du commerce, des affaires étrangères, des finances, Banque de France, Office de compensation; il est assisté d'un fonctionnaire du Ministère de l'Economie nationale, et l'auteur de la présente étude est également invité à prendre part à la réunion. L'unanimité se fait sur l'opportunité d'un essai avec deux pays.

En juin 1937, le deuxième Congrès international des Echanges se réunit à Paris. La Commission chargée des questions monétaires, présidée par M. Paul Reynaud, député, ancien Ministre des finances, aboutit sur un seul point à un résultat positif : la pluricompensation. Voici, en effet, le texte voté :

« Le Deuxième Congrès International des Echanges,

« Considérant que la stabilisation définitive des monnaies est hautement désirable pour le développement des échanges internationaux ;

« Mais considérant que cette stabilisation ne pourra être obtenue que le jour où aura été fait un effort général d'assainissement de l'économie et des finances publiques de chaque pays, notamment par la diminution des dépenses d'armement ;

« Considérant que l'accord tripartite, intervenu le 25 septembre 1936 entre la France, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique, a constitué la première manifestation pratique de solidarité internationale en matière économique et monétaire ;

« Recommande :

« 1° l'extension de l'accord tripartite auquel ont déjà adhéré la Belgique, la Hollande et la Suisse,

« 2° l'assainissement économique et financier général, condition préalable à une stabilisation définitive des monnaies,

« 3° *en attendant celui-ci, l'usage et le développement de la pluricompensation* ».

Faut-il citer, d'autre part, à côté de ces témoignages de grandes organisations économiques ou de milieux officiels, des manifestations de ce qu'on peut appeler l'opinion générale ? L'espace nous fait défaut. Mais nous nous en voudrions de ne pas rappeler la création à Genève, en mars 1935, et l'action énergique, du Comité pour la compensation internationale intégrale, présidé par le professeur Antony Babel, de l'Université de Genève, assisté par le professeur Démolis, rédacteur économique du *Journal de Genève,* et par M. Z. Batkowski, rédacteur économique du *Courrier de Genève,* et composé de personnalités considérables du monde scientifique et du monde des affaires, et nous devons mentionner aussi, tout particulièrement, un article de la *Revue des Deux-Mondes,* sous la signature de

M. Claude Bourdet (15 mai 1935), dont le retentissement fut considérable; les inlassables campagnes menées en France, par MM. Robert Alterman et Henri Clerc; dans les pays anglo-saxons par le grand industriel Wilfrid Hill, directeur de la Country Chemical Co. Ltd, à Birmingham, vice-président de l'Union nationale des industriels anglais et vice-président pour l'Angleterre du Comité international des Echanges; les séries d'articles publiés en Yougoslavie par le professeur Rosenberg, en Grèce par M. Kophinas, ancien Ministre des Finances et par M. Logothetis, l'action de M. Kophinas au Congrès paneuropéen de 1936, et tout le mouvement d'intérêt qui se fait jour en Italie depuis un certain temps, les articles du professeur Odon Por, l'organisation d'une conférence, demandée au signataire de cette étude, à l'Institut National de culture fasciste, à Rome, etc. Dans tous les pays, l'opinion publique accueille avec une faveur croissante une idée qui, nous l'avons noté, correspond bien à certaines de ces tendances essentielles et les harmonise.

Premières réalisations partielles

Mais on n'observe pas seulement l'orientation de plus en plus nette des esprits vers cet objectif; les faits eux-mêmes attestent une évolution en ce sens. Nous ne retiendrons que quelques-uns, parmi les plus frappants.

1. — Dans les débuts du mouvement de compensation et de clearing, la compensation portait exclusivement sur les transactions du commerce proprement dit, du commerce *visible*. Peu à peu, on y a inclus, sous des formes diverses, des règlements de dettes et des règlements de dépenses touristiques, et même, dans certains cas, des règlements visant l'ensemble des transactions entre les pays intéressés, celles du commerce *invisible* dans toutes ses variétés. On s'est ainsi, comme sous la pression d'une nécessité, tout au moins orienté, dans le cadre bilatéral, vers la compensation *intégrale*.

2. — D'autre part, notamment pour les opérations purement commerciales, on a observé presque dès le début une tendance à la compensation *plurilatérale*. Le 18 avril 1932 se constitue à Brême, pour ce but, l'Internationales Waren-Clearing, organisme privé. Dans le cadre officiel, la Grèce introduit en 1933 dans certains accords des dispositions prévoyant la compensation tripartite. En janvier 1936, l'Office des Exportations tchécoslovaque décide de céder une partie des créances détenues par des exportateurs tchécoslovaques sur la Roumanie à l'Office hongrois du commerce extérieur; en vertu de cet accord, la Hongrie peut importer 2.400 wagons de maïs roumain et, en échange, fournit de la viande de porc à la Tchécoslovaquie. En 1936, se constitue à Londres la Compensation Brokers Ltd, dont le but principal est l'aménagement de la pluricompensation entre l'Allemagne et les différents pays de l'Empire britannique.

3. — On observe de même — et nous avons déjà eu l'occasion de noter le fait — la tendance de plus en plus générale à substituer aux changes conventionnels et factices des changes libres et naturels dans les cas de compensation privée, réalisés en marge des clearings officiels, et qui prennent à côté de ceux-ci, très souvent, une importance de plus en plus grande. Mieux que cela ; les cours de change libres tendent à pénétrer de

plus en plus dans les clearings officiels eux-mêmes, par des combinaisons variées de « primes » et correctifs divers.

4. — Enfin, on voit surgir de différents côtés des titres de paiement de types divers mais ayant cette caractéristique commune d'être des titres compensatoires. C'est ainsi que la Grèce et la Yougoslavie signent le 20 juillet 1933 un accord de compensation en vertu duquel les créances mutuelles prennent, jusqu'à concurrence de 50 % de leur montant, la forme de « bons de compensation ». Et la même disposition se retrouve dans l'accord gréco-turc du 12 septembre de la même année; — le gouvernement yougoslave fait des achats à l'étranger moyennant remise de « bons » dont l'emploi normal consiste dans l'achat de marchandises à la Yougoslavie par le pays qui les a reçus en paiement; — l'Allemagne effectue ses règlements de clearing avec la Yougoslavie en marks de clearing librement cotés, qui permettent à la Yougoslavie de faire des achats correspondants à l'Allemagne, et des titres analogues sont utilisés dans les relations entre l'Allemagne et la Hongrie; — la Suisse remet à l'Allemagne des chèques touristiques suisses, destinés à ses ressortissants, en règlement de ses achats de charbons allemands; — l'Italie remet à la Tchécoslovaquie des chèques touristiques et des bons d'hôtels, en règlement d'achats de charbons à ce pays.

Dans ces différents domaines, nous pouvons donc enregistrer des réalisations qui correspondent à certaines des particularités techniques ou des modalités de la pluricompensation intégrale par devises-compensation. Il s'agit d'une série de mouvements particuliers, mais convergents. Avec une vue nette des grands objectifs à atteindre, il serait aisé de les englober dans un large effort d'ensemble et dans un système général assurant à toutes les nations, ou, pour commencer, à un certain nombre d'entre elles, les avantages combinés de la réciprocité et de la liberté.

Devises flottantes et devises-compensation

A vrai dire, il y a d'autres faits dont nous pourrions nous emparer comme de précédents d'une portée bien plus considérable encore, — si considérable, que l'on peut aller jusqu'à se demander si les objectifs que nous poursuivions en demandant la création de devises-compensation ne sont pas, dès aujourd'hui, intégralement atteints, du fait d'innovations monétaires que les événements ont imposées. Nous pensons, pour la France, au nouveau statut du franc de juin 1937.

Le franc Georges Bonnet n'est pas — au moins dans les conditions présentes et jusqu'à nouvel avis, tout à fait imprévisible au moment où nous écrivons ces lignes (août 1937) — une monnaie convertible en or; c'est donc une *assignation,* non pas sur l'or de la Banque de France (comme l'était encore le franc Auriol), mais *sur les prestations,* marchandises ou services, *de l'économie française,* exactement comme le serait le franc-compensation.

Le franc Georges Bonnet n'est pas davantage une monnaie à valeur fixe, soit par rapport à l'or, soit par rapport à telle ou telle devise étrangère, sterling ou dollar, par exemple ; c'est aux termes même des déclarations officielles, une *monnaie flottante,* dont le cours peut certes se trou-

ver momentanément soutenu par le fonds français d'égalisation des changes, ou, en vertu de l'accord tripartite élargi, par les fonds d'égalisation d'autres pays, mais pour se conformer nécessairement à la longue à son pouvoir d'achat effectif, qui est, d'une manière générale, fonction du système des prix nationaux dans ses rapports avec les systèmes des prix étrangers. Et c'est là encore un trait de ce que serait le franc-compensation, et plus généralement de ce que seraient, dans leurs relations mutuelles, les devises-compensation, dont les cours s'ajusteraient — compte tenu des rapports momentanés de l'offre et de la demande — à leurs parités de pouvoirs d'achat.

Il n'est pas douteux que, par cette double innovation, le système monétaire français se trouve considérablement assoupli, et que cet assouplissement doit favoriser la reprise des transactions françaises avec l'étranger, — dans toute la mesure où son jeu n'est pas contrarié par la rigidité de l'appareil monétaire d'autres pays, ou par tout l'arsenal des mesures économiques d'hyperprotectionnisme autarchique.

Si l'on tient compte du fait que la France n'est point seule à s'être engagée dans la voie de la monnaie flottante, qu'elle y avait été précédée par l'Angleterre et tout le bloc-sterling, comprenant, outre les pays de l'Empire, les pays scandinaves et un certain nombre d'autres, et aussi, au moment de l'alignement de septembre 1936, par les Pays-Bas, pour ne pas parler des Etats-Unis, dont pourtant le dollar Roosevelt s'apparente, par la souplesse de son statut, aux devises flottantes, il est permis de dire qu'en effet, aujourd'hui, l'économie monétaire internationale s'est étrangement rapprochée — en ce qui concerne un nombre important de pays, comptant eux-mêmes parmi les plus importants — de la condition que nous considérions, tout au début de notre effort, comme indispensable à une reprise générale des échanges internationaux, et que nous attendions de l'adoption et de la généralisation d'un instrument d'échange nouveau, se juxtaposant, pour les transactions avec l'étranger, aux instruments monétaires si essentiellement différents alors en vigueur de toute part. Cet instrument monétaire nouveau pour l'usage externe, c'était la devise-compensation, et, sous sa forme courante, le chèque-compensation.

Il ne faut pas oublier qu'à cette époque, vers le milieu de l'année 1932, on était à quatre ans de distance de l'alignement Auriol et du franc Auriol, à cinq ans de distance de la dévaluation Georges Bonnet et du franc Georges Bonnet, à un an de distance de la dévaluation du dollar, et que le bloc-or, dont faisaient partie les Etats-Unis, et qui comprenait avec eux et la France, la Belgique, les Pays-Bas, l'Italie, la Suisse, la Pologne, apparaissait comme le seul fondement concevable pour une future reconstruction monétaire d'un monde où toute une série de devises venaient de s'effondrer et où la dislocation de l'appareil monétaire donnait à la crise une allure catastrophique et au chômage les proportions d'un cataclysme. Le système proposé de la compensation plurilatérale intégrale, avec règlements par devises-compensation, ne touchait pas aux régimes monétaires existants dans leur fonctionnement intérieur ; il se bornait à leur adjoindre un appareil auxiliaire pour les relations extérieures en vue d'assurer à la fois la réciprocité générale et la liberté des transactions.

Tous les intérêts vitaux liés au maintien des étalons monétaires étaient sauvegardés; les systèmes monétaires à base d'or étaient mainte-

nus, et même affermis, dans leur fonctionnement intérieur, en même temps que dans leurs relations avec l'extérieur, par l'intervention de cet élément auxiliaire, ils se trouvaient assouplis. Les graves mesures d'ensemble de dévalorisation des monnaies étaient prévenues et rendues inutiles, et de violentes commotions sociales évitées.

On sait comment, de différents côtés, les événements ont été plus prompts que les hommes. Tandis que ceux-ci usaient leur énergie cérébrale à de menues objections, ceux-là imposaient les solutions massives devant lesquelles les tenants des dogmes intangibles s'inclinaient soudain. Le franc inconvertible est là, maintenant ; il est en même temps le franc flottant, flottant à côté des autres devises flottantes, livre sterling, couronnes scandinaves, florin, etc. Qu'eût-on dit si, il y a cinq ans, quelqu'un eût évoqué et préconisé une telle condition des monnaies dirigeantes du monde ?

Mais alors, puisque les principales devises sont devenues, d'assignations sur l'or de l'étranger, des assignations sur les marchandises de l'étranger, et finalement, par suite, à leur manière, des devises-compensation, — puisque par la même la « trève de l'or » que nous demandions il y a cinq ans est maintenant un fait accompli (au point que tel grand pays saturé d'un or étranger indésirable ne trouve plus d'autre ressource pour n'en point être infecté que de le « stériliser »), les partisans de la pluricompensation intégrale avec règlements par devises-compensation ne doivent-ils pas renoncer à poursuivre la bataille, en constatant qu'elle est gagnée ?

Il y a, dans une telle question, autre chose qu'un jeu de l'esprit. C'est une révolution monétaire qui s'est accomplie dans le monde, au cours des six dernières années, — et non une simple succession d'accidents, sans lendemain. Le formidable accroissement des échanges internationaux lié aux transformations techniques et à l'expansion économique de notre temps ne pouvait pas s'accommoder plus longtemps d'un appareil d'instruments de transactions reposant finalement sur la base ténue de ce petit stock d'or monétaire concentré dans les instituts d'émission. Il y avait là une limitation et une entrave intolérables; elles sont maintenant brisées.

Mais ce n'est point à dire que les suggestions spéciales des protagonistes de la pluricompensation intégrale et du chèque-compensation soient devenues sans objet. Malgré les évolutions récentes et quelle qu'en soit l'importance sans doute décisive, l'effort entrepris doit être poursuivi et mené à son terme, pour les raisons suivantes :

D'abord, entre les devises inconvertibles et flottantes actuelles et la devise-compensation dont nous proposons l'institution, il subsiste une différence essentielle ; c'est que la seconde a une *limite de validité*. La conséquence de cette limite de validité, c'est qu'au cours du laps de temps fixé (une année par exemple), la réciprocité entre les transactions passives du pays envers l'étranger (achats de marchandises, dépenses de caractère touristique, etc.) et les transactions actives (ventes de marchandises, fournitures de services, etc.) est assurée, ce qui n'est pas le cas pour des devises partant à l'étranger et non affectées d'une limite de validité. Il y a là, pour tout pays préoccupé de l'équilibre de sa balance économique, une *garantie d'importance primordiale*.

En second lieu — et ceci est une conséquence de cela — des devises ordinaires même inconvertibles et flottantes, peuvent être utilisées par l'étranger pour des buts *spéculatifs*, et tout particulièrement pour des manœuvres spéculatives sur ou contre une monnaie nationale, tendant notamment à sa dévaluation, alors que la devise-compensation à durée de validité limitée, née de transactions économiques et constamment réclamée par le cours des transactions économiques, ne se prête pas ou ne se prête que très difficilement et dans une mesure extrêmement restreinte à de telles opérations. Il est superflu d'insister sur ce point qui a été traité plus haut.

Il faut ajouter que, dans certains milieux, encore très influents, règne l'idée que les monnaies flottantes devront se fixer et se rattacher à l'or le plus tôt possible, et que l'ordre ne saurait renaître dans la vie économique internationale aussi longtemps que le système de l'étalon à teneur or absolument fixe n'aura pas été rétabli. Il n'est pas inconcevable que, pour des raisons de stabilité des valeurs internes, cette conception finisse par prévaloir. Mais alors, une devise auxiliaire à utilisation externe, fondée sur la compensation, redevient, pour l'assouplissement des relations économiques avec l'étranger, d'une nécessité absolue.

Enfin, il ne faut pas oublier qu'un nombre important de pays, et notamment la grande majorité des pays européens, ont, non pas des monnaies librement cotées et « flottantes », mais des monnaies soumises à un contrôle draconien, et que les cours pratiqués dans les clearings pour les devises sont des cours factices et conventionnels. Il ne faut pas oublier non plus qu'une libération même partielle des entraves opposées par ces pays aux échanges internationaux est inconcevable aussi longtemps qu'existera ce contrôle absolu des devises. La tâche la plus pressante qui s'impose à ceux qui désirent, dans un intérêt universel, ramener ces pays dans le grand circuit des libres échanges mondiaux, c'est donc d'assouplir le régime de leurs devises. Mais il serait vain de tenter de les ramener purement et simplement à la libre cotation générale des devises et à l'abandon complet de leurs changes conventionnels. Le souvenir des calamités du temps de l'inflation est encore trop vivace dans leur esprit. Ils n'y consentiraient pas. Il n'est qu'une chose que l'on puisse tenter avec quelque chance de succès : c'est de les gagner à l'idée d'une devise-compensation, librement cotée, pour les transactions avec l'étranger. Il y a à cet égard, nous l'avons vu, des précédents assez nombreux ; là est la voie qui conduit à une solution transactionnelle, répondant à l'ensemble des besoins, et réalisant toutes les possibilités de l'heure.

La question demeure donc posée, et posée par un mouvement d'opinion dont nous avons montré la puissance.

Les grandes démocraties signataires de l'accord tripartite, qui aspirent, à la fois pour des raisons économiques et pour des raisons politiques, à la libération et à l'expansion des échanges internationaux, comprendront-elles le rôle que peut jouer, pour la réalisation de leurs objectifs, une méthode qui concilie les avavntages de la liberté avec les garanties de la réciprocité ?

CHAPITRE II

LES REGLEMENTATIONS ECONOMIQUES NATIONALES

Section I

L'ALLEMAGNE

GEILER, *L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution.*
(Publié dans ce Tome, ci-dessus, Titre III, § 152.)

Section II

LA BELGIQUE

VAN HOUTTE, *Les tendances actuelles de la réglementation du commerce de détail en Belgique.*

G. DOR, *La conquête du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique.*
(Cette dernière contribution publiée dans ce Tome, Titre II, Chapitre V, § 147.)

LES TENDANCES ACTUELLES DE LA REGLEMENTATION DU COMMERCE DE DETAIL EN BELGIQUE

Par Jean VAN HOUTTE

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

Nul n'a montré, mieux que l'illustre comparatiste auquel sont dédiées ces lignes, comment « un encadrement de science sociale » (1) est indispensable à l'étude des institutions juridiques. Tout changement dans les conceptions économiques, sociales ou politiques se traduit en effet — tôt ou tard — *en termes de droit*. Combien éclatante, à l'heure actuelle, la vérité de ce principe de la science du droit comparé.

Sous l'action des mêmes facteurs : évolution politique lente ou précipitée — crise mondiale des affaires, un mouvement législatif d'une ampleur extraordinaire s'est développé depuis quelques années dans presque tous les pays. La prolifération des lois, décrets, arrêtés et règlements est aujourd'hui telle qu'il devient difficile, en beaucoup de domaines, de dégager la règle de droit de l'accumulation des textes. Le juriste doit, plus que jamais, pour obtenir une claire vision des tendances et de l'évolution du droit, analyser l'influence des courants économiques et sociaux sur l'activité législative.

Le droit belge subit en ce moment une transformation qui, pour être moins rapide, est presque aussi profonde que celle des autres droits contemporains. La Belgique n'a certes pas connu, depuis la guerre mondiale, de ces bouleversements politiques qui, en d'autres pays, ont permis à l'Etat de prendre la direction de l'économie, et hâté l'avènement d'un ordre juridique nouveau. Mais, ici comme ailleurs, les mêmes nécessités économiques, les mêmes revendications sociales ont eu leurs répercussions, quoique plus confusément, sur la législation.

Nous bornerons notre étude à l'histoire et aux tendances actuelles de la *réglementation belge du commerce de détail*. Il est peu d'opérations qui aient fait l'objet, au même degré que la vente en détail de marchandises, des préoccupations du législateur. Nous retracerons, dans l'ordre, la plupart de ses interventions. Nous montrerons ensuite comment ces multi-

---

(1) Edouard LAMBERT, p. 8 de la préface au livre de Ch. del MARMOL, *La Faillite en Droit Anglo-Saxon*, tome 42, de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon (1936).

ples interventions, malgré leur portée apparemment restreinte, éclairent d'une façon très nette l'évolution de notre droit.

***

En Belgique, comme ailleurs, le principe de la liberté du commerce est demeuré longtemps à la base du « droit des affaires ». Il y demeure encore en théorie, et rien ne fait croire qu'il soit jamais officiellement répudié. Mais, tandis que, jusqu'aux premières années de notre siècle, la loi et la jurisprudence veillaient jalousement à son observation, de multiples dréogations y sont aujourd'hui, non seulement tolérées, mais encouragées, voire même imposées par les pouvoirs publics.

La loi des 2-17 mai 1791, abolissant les ghildes et corporations, sur le territoire belge comme sur le territoire français, proclama la liberté de toute personne « de faire le négoce, d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon », à condition de payer patente et de se conformer aux règlements de police.

La liberté des affaires a donc toujours été compatible avec une certaine réglementation. Mais cette « police du commerce » ne s'exerçait pas jadis dans le sens où elle s'exerce aujourd'hui. L'Etat s'efforçait, d'une part, de garantir la liberté de tout citoyen d'ouvrir un négoce, au point que le principe même d'une organisation professionnelle parut longtemps suspect (2). Il intervenait, d'autre part, pour protéger le consommateur, non seulement contre des procédés dangereux pour la salubrité et l'honnêteté publiques, mais aussi contre toutes manœuvres de nature à fausser le jeu de la libre concurrence. Les interventions législatives en ce sens ont été nombreuses, depuis la loi Chapelier (16-17 juin 1791), en passant par les dispositions du Code Pénal sur l'accaparement (art. 311), la fraude, la falsification, etc., dans les transactions commerciales (art. 498, 501, etc.), jusqu'à la loi du 30 juillet 1923 sur l'affichage des prix de détail, la loi du 18 juillet 1924 réprimant la spéculation illicite sur les denrées, marchandises, effets de commerce et valeurs mobilières, et, surtout au lendemain de la dernière dévaluation du franc, les nombreux arrêtés pris en exécution de ces lois (3).

Mais les textes que nous venons de citer ne représentent aujourd'hui qu'une portion très faible des dispositions régulatrices du commerce de détail. La réglementation est demeurée très lâche aussi longtemps que, les affaires « marchant toutes seules », les détaillants demeuraient satisfaits, aussi longtemps surtout que les détaillants n'avaient guère d'influence électorale, ne pouvant — à défaut d'organisation — exprimer leurs réclamations collectives. Les années de crise que l'économie belge vient de traverser ont amené, à ce point de vue, un changement profond. D'une part, les représentants de très nombreux commerces se sont groupés et ont

---

(2) La loi du 31 mars 1898 accordait, comme on sait, un statut fort peu libéral aux « Unions Professionnelles ».

(3) Voyez nos études : *Les Répercussions de l'économie dirigée sur les institutions de droit privé en Belgique*, Revue Economique Internationale, Décembre 1936, vol. IV, 561-580; *De Vrijheid van den Handel en het Economisch Recht* (La Liberté du Commerce et le Droit Economique), Rechtskundig Weekblad, 1936, col. 1319-1339.

conclu des accords pour la sauvegarde de leurs intérêts communs. D'autre part, le problème de la défense des classes moyennes est passé maintenant au premier plan des préoccupations officielles et, en bien des cas, l'intervention de la loi a été obtenue en faveur de telle ou telle catégorie de commerçants.

Examinons successivement — et aussi brièvement que possible — quelle réglementation les détaillants se sont imposée eux-mêmes et quelles restrictions de la liberté commerciale ont été l'œuvre du législateur.

Il n'est pas de meilleur exemple d'une réglementation économique née de l'accord des particuliers que le système des *prix imposés :* engagement pris par les détaillants, soit entre eux, soit vis-à-vis d'un grossiste, de ne vendre tel produit qu'à certaines conditions, à peine d'encourir les sanctions les plus rigoureuses. Cette pratique est courante dans de nombreux commerces, tels la pharmacie, la parfumerie, les tabacs. Elle a provoqué déjà, devant les tribunaux belges, de nombreuses contestations. Il est certain que, il y a une trentaine d'années, ces contestations auraient abouti presque toutes à la condamnation de la politique des prix imposés, au nom de l'ordre public menacé par toute restriction à la liberté du commerce. Or, bien au contraire, les conventions relatives au prix de vente au détail des marchandises ont été généralement validées par la jurisprudence, à condition qu'elles ne tendent pas à une action anormale sur les prix et visent plus la protection d'intérêts professionnels légitimes que la disparition des concurrents (4).

Tel est cependant l'individualisme de la classe moyenne, telle est la concurrence entre les petits négociants qu'une réglementation conventionnelle du commerce de détail est forcément peu efficace. On comprend dès lors que les associations de commerçants s'adressent au pouvoir législatif pour forcer les récalcitrants à observer la discipline professionnelle.

D'innombrables mesures ont été prises depuis cinq ans pour réglementer les branches les plus diverses du commerce de détail. Prises isolément, elles n'offrent guère d'intérêt pour qui cherche les tendances générales du droit belge : elles sont souvent improvisées, temporaires, et généralement d'application restreinte. Considérées dans leur ensemble, elles revêtent, au contraire, une importance considérable.

Elles présentent, tout d'abord, un caractère commun. Quelles que soient les considérations par lesquelles on les justifie devant l'opinion publique, elles tendent — c'est l'évidence — à protéger les commerçants bien plus que les consommateurs. Il n'est plus question de lutte contre les coalitions, contre les manœuvres faussant le libre jeu de la concurrence. Le législateur envisage les distributeurs de marchandises en tant que catégo-

---

(4) Sur l'aspect juridique de la question des *prix imposés* en Belgique, voyez: Hæsaert, *Prix imposés*, Pandectes Périodiques, 1932, 569 ; Hoornaert, *La Politique des Prix Imposés*, ibid., 1934, 323-324 ; Piret, *La Politique des prix minima imposés et la jurisprudence belge*, Annales de Droit et de Sciences Politiques, 1935, 12. Comparez les études de Barret, publiées dans la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon : *La Politique des prix imposés. Aspects économiques* (t. 37, 1935) ; *Histoire du développement de la Politique des prix imposés en France* (t. 38, 1935), *La Politique des prix imposés en Droit Français et en Droit Anglais* (t. 39, 1935). Voyez aussi Malabard, *La Vente des articles de marque à prix imposés* (Paris, 1935).

rie sociale et veut leur assurer, précisément en limitant les effets d'une concurrence effrénée, un bénéfice suffisant pour assurer leur existence.

Examinons tout d'abord la protection du négociant contre les procédés tendant à fausser les conditions normales de la concurrence. Pendant longtemps — et cela est symptomatique — notre législation a officiellement ignoré la concurrence déloyale : ni la loi pénale, ni la loi civile n'y faisaient allusion. La victime d'un procédé commercial manifestement blâmable devait chercher dans l'article 1382 du Code Civil la base d'une action en réparation (5). Aussi peut-on dire que la loi du 1er avril 1879 concernant les marques de fabrique et de commerce indique pour la première fois la volonté de l'autorité publique de faire régner la correction la plus parfaite dans les compétitions entre commerçants. Cependant, la concurrence réprimée par cette loi et par d'autres textes antérieurs à la période de crise est celle qui use de procédés nettement déloyaux : contrefaçon, falsification, etc., et qui constitue déjà un fait illicite au sens du droit civil. Mais peut-on en dire autant des méthodes commerciales prohibées par la récente législation ?

Celle-ci est, comme on pense, extrêmement abondante en notre matière (6). Un Arrêté Royal du 23 décembre 1934 protège « les producteurs, commerçants et consommateurs contre certains procédés tendant à fausser les conditions normales de la concurrence ». L'intitulé de cette disposition est caractéristique : ce n'est plus simplement une concurrence *loyale* que le législateur entend imposer, mais une concurrence *normale*. Doivent être empêchés désormais, comme contraires « aux usages honnêtes en matière commerciale et industrielle » non seulement les agissements préjudiciables dirigés contre un concurrent, mais aussi l'exagération par un négociant de la qualité de ses propres produits (7).

Toujours pour faire régner le *fair play* dans la lutte entre les commerçants — autant certes que pour protéger les consommateurs contre la tromperie — le gouvernement fixe de plus en plus souvent les conditions auxquelles doivent répondre des produits pour être mis dans le commerce sous une dénomination déterminée. Un arrêté-loi de portée générale, pris le 13 janvier 1935, permet au Roi d'établir ces conditions. Du même jour date un arrêté réglementant l'emploi de certaines qualifications dans le commerce de certains produits textiles. De nombreux arrêtés ont été promulgués par la suite, tels ceux relatifs à l'industrie et au commerce de chaussures (13 janvier 1935), de certains produits horticoles et agricoles (26 février 1935), du ciment (14 avril 1935), etc... Jusqu'à la vente des œufs frais et la présentation des bottes d'asperges qui ont fait l'objet d'une minutieuse réglementation !

Certaines *méthodes de vente* ont été sévèrement réglementées, non seulement parce qu'elles tendent à induire le public en erreur sur la

---

(5) VELGE, *L'orientation nouvelle de la législation en matière d'organisation professionnelle*, p. 7.

(6) Voyez un excellent exposé de cette législation dans l'étude de PIRET, *Les récentes réformes apportées en droit commercial belge en vue de la normalisation de la concurrence. Bull. Soc. de Législ. Comp.*, 1935, 240.

(7) *Ibid.*

valeur des marchandises, mais sans aucun doute aussi parce qu'elles compromettent le jeu « normal » de la concurrence entre les détaillants. Telles sont la vente avec primes (arrêtés-lois du 13 janvier 1935, 26 février et 18 mars de la même année, arrêté du 7 mars 1935) et la vente « en solde » ou « en liquidation » des marchandises non usagées (arrêté-loi du 26 février 1935).

Plusieurs *formes du commerce de détail* se sont fortement développées depuis une dizaine d'années, au grand dam des petits boutiquiers. Tout d'abord, les commerçants ambulants sont fréquemment pour les négociants sédentaires de dangereux rivaux, puisqu'ils ne supportent pratiquement ni frais généraux, ni charges fiscales. Le gouvernement est intervenu, et les arrêtés-lois du 13 janvier et du 22 janvier 1935 ont sévèrement réglementé le commerce ambulant et l'ont même prohibé pour de nombreuses marchandises.

La concurrence des marchands ambulants est pour les détaillants inoffensive si on la compare à celle des *grands magasins à rayons et succursales multiples* et des *magasins uniprix*. Nous ne nous attarderons pas à expliquer le succès que ces magasins ont rencontré en Belgique comme en d'autres pays. Nous n'examinerons pas davantage le bien fondé des plaintes que les classes moyennes commerçantes élèvent contre les méthodes adoptées par ces entreprises (8). Constatons que leur réglementation, voire même leur suppression, est réclamée par la masse des petits commerçants. Peu de problèmes ont attiré à ce point l'attention des parlementaires : en quelques mois quatre propositions de loi ont été déposées (9). Elles tendent toutes à supprimer, ou du moins à limiter le développement de certaines grandes entreprises de vente en détail : magasins à prix uniques, à rayons ou à succursales multiples, économats ou magasins patronaux. Toutes, sans exception, invoquent la situation difficile faite aux petits commerçants par ces entreprises et l'intérêt primordial que représente la prospérité de la classe moyenne. L'une d'elles déclare sans ambages que « la liberté économique qui mènerait à la ruine d'un élément important et nécessaire de la population ne peut invoquer la protection de la Constitution » (10).

Aucune de ces propositions n'a été discutée à l'heure actuelle, mais le Gouvernement a estimé devoir prendre lui-même l'initiative d'un projet de réglementation. D'une part, une loi de cadenas a été votée, interdisant, jusqu'au 1er mars 1937, l'ouverture ou l'agrandissement de certains établissements de vente en détail, en attendant que soit élaboré le statut de ces entreprises (11). Elle a été prorogée le 25 mars 1937. D'autre part, un

(8) Le problème économique et social des *grands magasins* et des *magasins à prix uniques* a fait l'objet d'une remarquable étude de notre éminent collègue, M. Ernest MAHAIM, ancien ministre de l'Industrie et du Travail : *Le consommateur, les classes moyennes et les formes modernes du comerce de détail*, Rev. Econom. Intern., nov. 1936, janv. 1937,

(9) Proposition Elias, Chambre des Représentants, session 1935-1936, n° 133 ; reprise de la même proposition, id., session extr. 1936, n° 34 ; Proposition Sinzot, id., session 1935-1936, n° 224 ; Proposition Duchateau, id., session extraord. 1936, n° 12 ; Proposition Horward, id., session extr. 1936, n° 62 et n° 81.

(10) Proposition Elias, précitée.

(11) Loi du 13 janvier 1937. Travaux préparatoires : Projet, Ch. des Représentants, 2e session extr. 1936, n° 94 ; Rapport de la Commission de la Chambre, id., n° 117.

Arrêté Royal du 28 octobre 1936 a nommé notre distingué collègue de l'Université de Louvain, M. Fernand Collin, aux fonctions de « Commissaire Royal » avec mission « d'analyser les principales revendications des classes moyennes, artisanales et commerçantes, et de présenter au Gouvernement, avant le 15 janvier 1937, des mesures propres à leur assurer une activité économique et sociale normale ». M. Collin s'est livré à une étude approfondie de la situation des détaillants, examinant ensuite la portée des diverses mesures proposées en leur faveur. En ce qui concerne notamment le problème des grands magasins, il préfère à une réglementation, forcément dangereuse, une bonne organisation du petit crédit professionnel, des achats en commun, ainsi qu'une amélioration du régime fiscal du petit commerce (12). Le projet de loi annoncé par le Gouvernement pour régler certaines formes du commerce de détail n'a pas encore été déposé.

Nous avons groupé, dans l'exposé qui précède, les seules mesures réglementaires qui tendent *directement* à organiser le commerce de détail. On peut dire que, en Belgique comme ailleurs, le Gouvernement dispose de moyens puissants pour pousser dans une direction déterminée telle ou telle branche de l'activité nationale, sans toutefois limiter la liberté des particuliers. Ainsi la politique fiscale appuie-t-elle bien souvent la politique de réglementation économique : il est manifeste, par exemple, que certaines taxes ont été votées moins pour augmenter les ressources publiques que pour entraver le développement de certaines formes d'entreprises (13). Mais l'étude de cette pression fiscale aux fins d'orientation des initiatives particulières dépasserait largement le cadre de notre travail.

*
**

Quelles tendances se dégagent en Belgique, à l'heure présente, de la réglementation du commerce de détail ?

Tout d'abord, une *diminution constante de la liberté des affaires,* un progrès rapide de la réglementation économique. Chaque jour le négociant est astreint plus rigoureusement à l'observation de règles impératives concernant le mode de présenter ses marchandises, d'afficher ses prix, de faire sa réclame, etc...

Ensuite — mais cette tendance n'apparaît pas immédiatement à l'observateur superficiel — une *interpénétration de plus en plus intime du droit public et du doit privé.* Le contrat de vente est réglé au Code Civil : affaire essentiellement privée que le passage de marchandises du patrimoine d'une personne dans celui d'une autre. Mais l'Etat d'aujourd'hui surveille si étroitement les conditions dans lesquelles ce passage est effectué

---

(12) Le rapport de M. Collin a paru (texte néerlandais et français) aux éditions du *Moniteur Belge.*

(13) La Députation Permanente du Brabant a émis, le 24 mars 1937, un avis défavorable au projet de la Ville de Bruxelles de frapper d'une taxe spéciale les magasins à commerces multiples, la Ville ayant déjà frappé ces organismes de façon progressive par un impôt annuel sur le personnel occupé. Une situation analogue se présente dans d'autres grandes villes belges.

Comparez aussi la proposition déposée à la Chambre par MM. Leclerq et consorts, « instituant un droit de patente en vue d'éviter la concurrence déloyale faite aux artisans », session 1936-1937, n° 75.

que le commerce de détail, régi par d'innombrables règlements, prend petit à petit l'aspect d'une institution d'intérêt public.

Enfin, la réglementation que nous avons sommairement décrite nous paraît l'*ébauche d'une organisation professionnelle plus développée*. Cela semble fort probable si l'on rapproche cette réglementation de certaines dispositions plus générales à tendance nettement « corporatiste », comme l'Arrêté-Loi n° 62 du 13 janvier 1935 qui permet « à tout groupement professionnel de producteurs ou de distributeurs, revêtu de la personnalité juridique, de demander l'extension à tous les producteurs ou distributeurs appartenant à la même branche de l'industrie ou du commerce, d'une obligation volontairement assumée par lui, en matière de production, distribution, vente, exportation ou importation ». Il n'a pas été fait usage de cette disposition, à l'heure actuelle, dans la réglementation du commerce de détail. Mais des projets d'organisation professionnelle sont actuellement pendants devant les Chambres, tel celui adopté par le Conseil Supérieur des Classes Moyennes, déposé par M. van Ackere sur le bureau du Sénat (14). C'est dans la profession organisée que M. Collin, en conclusion de son rapport, voit le principal facteur d'apaisement et de tranquillité pour la classe moyenne (15). Nous croyons que la réglementation actuelle du commerce de détail — et la réglementation parallèle d'autres activités — en se développant et s'ordonnant nous mèneront sans heurts à l'organisation souhaitée et que la Belgique montrera, selon le vœu de son souverain, « que ses institutions sont assez larges et assez souples pour s'adapter, dans l'ordre et la légalité, aux nécessités variables des temps. »

---

(14) Sénat, session 1935-1936, n° 35 ; comparez la Proposition Heyman, Chambre des Représentants, session 1934-1935, n° 12. Voyez aussi l'étude de H. Velge, *L'organisation professionnelle. Projet de réalisation en Belgique*, 1936.

(15) P. 102-103.

Section III

LES ETATS-UNIS

HAESAERT, *La lutte entre le « New-Deal » et la Cour Suprême aux Etats-Unis.*
(Publiée dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, Section III, § 89.)

Section IV

LA RUSSIE SOVIETIQUE

DE SIGALAS, *Plan et « Bases commerciales » en U. R. S. S.*
(Publiée dans ce Tome, ci-dessus, Titre IV : « Les orientations particulières du droit de la Russie soviétique », § 159.)

TITRE VII

LE NOUVEAU DROIT SOCIAL

CHAPITRE PREMIER

LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONL DU TRAVAIL

HOENIGER, *A propos de douze volumes de Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

JENKS, *Contribution de l'Organisation Internationale du Travail à l'élaboration d'un droit uniforme du travail maritime.*
(Cette contribution publiée dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre II : « L'Unification des Droits », Chapitre IV, Section V, § 131.)

MANKIEWICZ, *Intérêt pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail.*
(Cette contribution publiée dans le Tome I, Deuxième Partie, Titre III, Chapitre I, § 46.)

Sur le STATUT DES DOMINIONS BRITANNIQUES EN MATIÈRE DE CONCLUSION DE CONVENTIONS INTERNATIOALES DU TRAVAIL, cf. l'article de M. CHEVALLIER, LE RÔLE DE LA COURONNE DANS L'EMPIRE BRITANNIQUE, publié dans le Tome II, Quatrième Partie, Titre III, Chapitre Ier, Section III, § 80.

§ 166

A PROPOS DE DOUZE VOLUMES DE RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL

Vue d'ensemble comparative sur le Droit International du Travail et sur quelques questions générales du Droit des Accidents du Travail

Par Heinrich HOENIGER,
Ancien Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Francfort (Mein)

Traduit par H. MANKIEWICZ,
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Edouard Lambert a eu une part prépondérante dans la conception et l'évolution du Recueil International de Jurisprudence du Travail (R. I. J. T.) (1), dont onze volumes ont déjà paru et dont le douzième tome est prêt à être imprimé. Il est donc naturel que le Festschrift qui doit honorer Edouard Lambert comporte aussi une contribution tendant à mettre en lumière les résultats matériels qu'on peut tirer de ce travail de droit comparé poursuivi pendant douze années. Mais, vu l'abondance des matières traitées dans le R. I. J. T., il n'est pas possible d'en donner une vue d'ensemble comparative intégrale, et nous devions nous contenter d'en analyser quelques chapitres, dont le choix s'inspire des idées suivantes : Depuis sa 7e année, le R. I. J. T. suit un plan détaillé, obligatoire pour les contributions de tous les pays réunis dans ce Recueil (cf. Préface au R. I. J. T. 1931). Ce plan attache une attention particulière au Droit International du Travail qui, divisé en trois sections, ouvre les diverses revues annuelles de jurisprudence nationale. Avant l'année 1931, le R. I. J. T. ne comportait pas de chapitres consacrés exclusivement à l'analyse du Droit International du Travail, bien qu'il eût été entendu que toutes les décisions judiciaires relatives au droit international devraient, dans la mesure du possible, être analysées dans ce Recueil. Dès 1925 la France consacrait un chapitre final à quelques-unes de ces questions (R. I. J. T., 1925, p. 229; 1927,

(1) Cf. à cet égard, dans ce Recueil, la contribution de M. Ernst Herz, membre de Section au Bureau International du Travail. (Note de l'éditeur).

France, n°s 68 à 70; 1929, France, n° 59) (2). En 1930 on trouve pour la première fois une référence anglaise et une vue d'ensemble importante de l'Allemagne relatives au Droit international du Travail (R. I. J. T., 1930, Angleterre, n°s 15 et 16; Allemagne, n° 2). Même pour les années antérieures à 1931, les têtes de chapitres uniformes permettent d'obtenir assez facilement des vues d'ensemble comparatives sur les principaux domaines du droit du travail, à l'exception précisément du Droit International du Travail, les décisions judiciaires se référant à celui-ci ayant été classées, suivant la matière qu'elles traitaient, dans les divers chapitres consacrés aux questions de fond (par exemple : Contrat individuel de travail, Accidents du travail, etc.). Ainsi nous avons choisi pour ce rapport en première ligne le Droit International du Travail pour faciliter l'accès aux décisions relatives à cette matière reproduites dans les premiers sept volumes du R. I. J. T.

Notre analyse fera sienne la division de la matière en trois grands sous-groupes établie pour le Droit International du Travail par le Plan de 1931. Quand nous aurons à traiter les conventions internationales relatives à l'indemnisation des accidents du travail de travailleurs étrangers, nous en profiterons pour étendre notre analyse comparative sur quelques questions générales du droit des accidents du travail.

I. — Juridiction internationale du travail

La Cour Permanente de Justice Internationale de La Haye a rendu six avis consultatifs relatifs au droit international du travail. Ils sont reproduits dans les volumes de 1926, 1930 et 1932. Voici l'analyse des plus importants d'entre eux :

La compétence de l'Organisation internationale du Travail s'étend à la réglementation des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture, mais non pas aux questions relatives à la production agricole (R. I. J. T., 1926, n° 2 et n° 3).

La convention de Washington concernant l'interdiction du travail de nuit des femmes s'applique aux femmes qui occupent des postes de surveillance ou de direction et n'effectuent pas normalement un travail manuel (R. I. J. T., 1932, p. 1 et ss.).

L'interdiction du travail de nuit dans les boulangeries s'applique dans quelques cas aussi au travail personnel du chef d'entreprise (boulangers indépendants, employeurs). Il s'ensuit que, dans certaines conditions, la compétence de l'Organisation internationale du Travail s'étend aussi à la réglementation du travail personnel du patron (R. I. J. T., 1926, n° 4).

Les conceptions des divers pays qui ont provoqué ce dernier avis consultatif se reflètent en partie dans le R. I. J. T. En France, l'interdiction

---

(2) Les décisions analysées dans les contributions nationales au R. I. J. T. sont numérotées, chaque contribution nationale commençant par le numéro 1. On cite donc les décisions reproduites dans le R. I. J. T. de la façon suivante : 1930, pays, n° x. Ce numérotage n'ayant été appliqué qu'à partir du deuxième volume (1926), les décisions publiées dans le R. I. J. T. 1925 sont citées par référence à la page où elles sont reproduites dans l'édition française de ce Recueil.

du travail de nuit n'avait pas été appliquée aux ouvriers boulangers, membres d'une coopérative de boulangerie, motif pris de ce qu'ils n'étaient pas des ouvriers salariés, mais des co-chefs d'entreprise. (R. I. J. T., 1926, France, n° 31). Cette jurisprudence a changé à la suite de l'adoption de la convention. Les boulangeries coopératives sont dorénavant soumises aux dispositions relatives au repos hebdomadaire dans les boulangeries (R. I. J. T., 1935-1936, France, n° 36, 1re espèce). La jurisprudence allemande a défendu ce point de vue même avant l'intervention de l'avis consultatif (R. I. J. T., 1925, p. 68) : les patrons boulangers étaient tenus de se conformer aux dispositions relatives à la durée du travail alors même qu'ils travaillaient seuls. Pour pouvoir offrir des produits boulangers à des heures matinales, malgré l'interdiction du travail de nuit, les boulangers avaient recours à des pétrins mécaniques, mis en marche par deux mouvements d'horlogerie, sans intervention d'aucun travail humain. L'emploi de ces machines, appelées « compagnons boulanger de fer », n'est pas contraire à l'interdiction du travail de nuit, ainsi que le décide la décision reproduite R. I. J. T., 1926, Allemagne, n° 24.

Un autre avis consultatif de la Cour de La Haye examine la question de savoir si le statut juridique spécial de la Ville libre de Dantzig permet à cette Ville de devenir membre de l'Organisation internationale du Travail (R. I. J. T., 1930, p. 1 et ss.).

II. — Application des Conventions internationales du travail

Sous cette rubrique, le R. I. J. T. offre un riche matériel. Nous n'analyserons pas les décisions judiciaires relatives à des conventions internationales conclues entre certains Etats pour réglementer une situation passagère. C'est, en effet, ainsi que la Convention germano-polonaise sur la Haute-Silésie — qui comportait une partie très importante et intéressante concernant la politique sociale — était destinée à régler durant 15 années un état de choses passager et qui vient justement de prendre fin (cf. R. I. J. T., 1934-1935, Allemagne, n° 1; 1935-1936, Allemagne, n° 1; 1936-1937, Allemagne, n° 1). Dans la mesure où elles offrent un intérêt général, les décisions rendues au sujet de cette convention revêtent plutôt un caractère de droit international public que de droit du travail : elles touchent surtout la protection des minorités. Du point de vue du droit ouvrier, ces décisions nous donnent l'image suivante : La partie de la Convention sur la Haute-Silésie qui était consacrée à la politique sociale avait été adaptée aux conditions de politique sociale qui existaient en Allemagne au moment de sa conclusion et jusqu'à la révolution nationalsocialiste. Elle contenait par exemple des dispositions très détaillées sur la garantie de la liberté de coalition (R. I. J. T., 1936-1937, Allemagne, n° 1). Le nouveau droit du travail allemand repose sur des fondements tout autres que les clauses de cette Convention (R. I. J. T., 1934-1935, Allemagne, n° 1). Il en serait probablement sorti de grandes difficultés si l'expiration de cette Convention n'avait pas été imminente.

1. *Convention de Genève sur l'égalité des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation des accidents du travail de* 1925. — Les traces de cette convention se dessinent très nettement dans l'évolu-

tion de la jurisprudence. A côté de cette Convention interviennent aussi les conventions de réciprocité conclues entre deux ou plusieurs Etats.

a) Nous analyserons d'abord les décisions judiciaires antérieures à la conclusion de la convention. Nous enregistrons de suite une décision anglaise qui, bien qu'elle ne vise pas directement les questions réglées ultérieurement par ladite convention, revêt néanmoins un caractère international. Cette décision traitait du cas, non pas d'un ouvrier étranger, mais d'un employeur étranger, habitant l'étranger, qu'elle rendait responsable d'un accident du travail survenu en Angleterre (R. I. J. T., 1925, p. 143). Les lois anglaises sur les accidents du travail s'appliquent à un étranger résidant au dehors qui emploie en Grande-Bretagne un ouvrier dans des conditions qui, s'il résidait dans ce pays, l'obligeraient à payer une indemnité en exécution de ces lois. On ne nous dit pas si l'ouvrier accidenté était sujet britannique, et il paraît dès lors que cette question importait peu pour la décision du cas. La Cour appliquait le droit anglais parce que le contrat de travail avait été conclu en Angleterre et devait s'exécuter dans ce pays. Les difficultés qui s'élevaient pour la détermination de celle des Cours de comté dans laquelle la demande devait être présentée ne fournissaient pas un argument plaidant contre cette conception. La Cour déclarait compétente le tribunal du lieu du travail et de l'accident.

Les problèmes juridiques relatifs aux accidents d'ouvriers étrangers et, dès lors, touchant aux questions ultérieurement réglées par la convention internationale précitée sont au nombre de trois. 1° Le travailleur étranger a-t-il droit à indemnisation ? 2° Le droit à l'indemnité survit-il alors même que l'accidenté — ou, en cas de mort, ses proches ayant droit à l'indemnité — s'installe dans l'étranger ? 3° Faut-il que les proches ayant droit à l'indemnité aient habité le pays au moment de l'accident ?

Le premier de ces problèmes est illustré par les cas suivants : un sujet espagnol, embarqué sur un chalutier français, avait été, dans un port français, atteint par l'hélice du navire au moment où, dans le youyou du bord, il portait une amarre à terre. Il ne pouvait pas être indemnisé en vertu des lois de 1898 et de 1905, celles-ci ne s'appliquant pas au marin. Les accidents du travail des gens de mer sont réparés par une Caisse de prévoyance spéciale dont ne bénéficient que les inscrits maritimes qui d'habitude sont de nationalité française. Le matelot étranger blessé au service du navire ne peut donc invoquer le cas échéant que les dispositions de droit commun sur la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (R. I. J. T., France, n° 52, 1re espèce). La décision ne s'occupe pas de la question — plus générale et traitée ci-après dans le paragraphe c) — du rapport entre les droits à indemnité dérivant des lois sur les accidents du travail et ceux résultant du droit commun; en effet, cette question ne présentait pas d'intérêt dans l'espèce soumise à jugement, les lois spéciales sur les accidents du travail ne trouvant pas d'application dans l'espèce. Quand l'ouvrier étranger, qui a été victime d'un accident du travail au moment où il travaillait à bord de son navire amarré à quai, est, non pas un marin, mais un journalier, alors il peut se prévaloir des dispositions de la loi de 1898 sur le risque professionnel (R. I. J. T., 1926, France, n° 52, 2e espèce), à la condition toutefois — c'est ce qui résulte de R. I. J. T. France, 1926, n° 69 — que la réciprocité du traitement ait été garantie par une convention conclue avec l'Etat dont ressort le travailleur étranger.

Une autre question est celle de savoir si les travailleurs étrangers (ou leurs proches) ayant droit à une indemnité, soit en vertu de la loi nationale, soit par application d'une convention internationale, gardent (ou acquièrent) leur droit quand ils résident à l'étranger. D'après le paragraphe 615 du Code des assurances du Reich allemand (*Reichsversicherungsordnung*) la rente est suspendue tant que l'ayant-droit étranger réside volontairement et habituellement à l'étranger. La décision allemande reproduite R. I. J. T., 1926, Allemagne, n° 47, examine de près la question de savoir si cette réglementation s'applique en vertu du Traité de Versailles (articles 276 et 291) à la Pologne, considérée comme Etat successoral de la Monarchie austro-hongroise, et elle répond par l'affirmative. D'après la loi française de 1898, les ouvriers étrangers qui cesseront de résider en territoire français reçoivent pour toute indemnité un capital égal à trois fois la rente qui leur avait été allouée (R. I. J. T., 1932, France, n° 3). Cette disposition devait s'appliquer en 1932 à l'encontre des travailleurs suisses, la Suisse n'ayant pas encore ratifié à cette époque la Convention de Genève de 1925. Dans l'espèce rapportée R. I. J. T., loc. cit., on a écarté cependant l'application de cette disposition en faveur du travailleur accidenté par une interprétation large et bienveillante de la notion d'abandon volontaire de la résidence en territoire français — méthode qui est aussi pratiquée par les tribunaux allemands. On tenait, en effet, compte de ce que le travailleur accidenté, devenu aveugle et dénué de toutes ressources, s'était rendu chez son frère à l'étranger parce qu'il était dans l'abandon le plus complet et qu'il était revenu en France pour s'y faire hospitaliser dans un hôpital français. Dans ces circonstances, la Cour a estimé que l'ouvrier ne pouvait pas être considéré comme ayant cessé de résider en France (ou d'avoir volontairement abandonné sa résidence en territoire français). En Allemagne, il a été décidé (R. I. J. T. 1927, Allemagne, n° 54) que, lorsque une personne malade va séjourner à l'étranger pour recevoir les soins dont elle a besoin et qu'elle ne peut pas se procurer en Allemagne, ce séjour à l'étranger ne saurait être considéré comme un séjour volontaire à l'étranger.

Le troisième des problèmes sus-indiqués est abordé dans la décision française analysée dans R. I. J. T., 1929, France, n° 59 : Les représentants étrangers d'un ouvrier étranger victime d'un accident du travail ne reçoivent aucune indemnité si, au moment de l'accident, ils ne résident pas sur le territoire français, à moins qu'il n'existe un traité de réciprocité avec le pays d'origine étranger. Comme il n'existait pas, entre la France et la Russie, de traité de réciprocité, la veuve de l'ouvrier accidenté résidant en Russie n'avait pas droit à une indemnité. Au surplus, étant donné que la loi de 1898 dispose que toute convention contraire à elle est nulle de plein droit, la clause d'un contrat de travail prévoyant une indemnisation de la veuve serait nulle comme contraire à l'ordre public.

b) La *Convention de Genève de* 1925 met fin à ces problèmes en ce qui concerne les travailleurs étrangers, victimes d'un accident du travail, qui ressortissent d'un pays qui a ratifié cette Convention; car la Convention garantit dans son article 2, phrase 1, l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et de leurs ayants-droit sans condition de résidence pour ceux-ci (R. I. J. T., 1931, France, n° 1). Mais d'autres problèmes surgissent à leur tour, dont le plus important est celui de l'interprétation de la deuxiè-

me phrase de l'article II de la Convention, qui dispose : « Toutefois, en ce qui concerne les paiements qu'un membre (de l'Organisation internationale du Travail) ou ses ressortissants auraient à faire en dehors du territoire dudit membre... ... les dispositions à prendre seront réglées, si cela est nécessaire, par des arrangements particuliers pris avec les membres intéressés ».

En France, des doutes se manifestèrent quant à la portée de cette clause. Le jugement du Tribunal civil d'Oran du 5 novembre 1932 (R. I. J. T., 1932, France, n° 1, 4e espèce) déclara que la Convention ne pouvait pas s'appliquer sans l'intervention préalable d'un arrangement au sens de ladite disposition. Dès lors il fut décidé que la veuve et les enfants d'un Espagnol, victime d'un accident du travail, qui ne résidaient pas sur le territoire français lors de l'accident survenu à leur époux et père, n'avaient pas droit aux rentes prévues par la loi de 1898, et cela en dépit de la ratification de la Convention de Genève par la France et l'Espagne. Mais telle n'est plus l'opinion prédominante en France. Au contraire, déclare-t-on, la ratification de la Convention de Genève établit de plein droit l'égalité de traitement pour les ressortissants des pays intéressés (R. I. J. T., 1933, France, n° 1, 1re à 3e espèces, et 1934-1935, France, n° 1, 1re et 2e espèces). Les traités particuliers, conclus antérieurement à la Convention de Genève et qui ne sont pas contraires à celle-ci, restent évidemment en vigueur, comme c'est, par exemple, le cas des arrangements franco-polonais (R. I. J. T., 1934-1935, n° 1, 3e espèce, et n° 2, 1re à 3e espèces).

Les décisions reproduites R. I. J. T., 1934-1935, France, n° 2, illustrent par ailleurs les difficultés et les problèmes qui naissent de l'application effective des dispositions sur l'indemnisation de l'accidenté au cas où celui-ci réside à l'étranger. L'octroi de l'indemnité nécessite une procédure régulière et une expertise médicale. La jurisprudence française admet toujours que l'expertise médicale peut être confiée à un médecin étranger, sans qu'il soit nécessaire que cela soit expressément prévu par la convention d'application conclue avec le pays intéressé, comme c'est cependant le cas de la convention franco-polonaise. Les lois françaises sur l'exercice de la médecine et la protection de cette profession contre l'invasion des étrangers n'arguent pas contre cette solution. Cependant, l'expertise médicale ne saurait être confiée à un médecin étranger dans le cas où l'ouvrier étranger n'a pas été contraint, par mesure administrative ou indépendamment de sa volonté, de regagner son pays, mais où il s'est fait volontairement rapatrier sans attendre la fin de la procédure en octroi de l'indemnité.

La décision analysée dans R. I. J. T., 1929, France, n° 59, que nous avons déjà mentionnée, effleure la question de savoir si la Convention de Genève, ratifiée par la France en 1928, a un effet rétroactif. Mais la question n'a pas été tranchée dans cette décision, étant donné que la convention n'est applicable qu'aux ressortissants des Etats l'ayant ratifiée et qu'il n'était pas justifié que l'Etat dont il s'agissait dans l'espèce, à savoir la Russie, eût procédé à cette ratification. Toutefois, il est probable que la réponse doive être négative. A ce propos nous insistons tout particulièrement sur la décision très bienveillante, rapportée dans R. I. J. T., 1932, France, n° 1, et où la Cour de Grenoble a appliqué la Convention de 1925 aux réfugiés russes et arméniens devenus apatrides. Conformément à la recommanda-

tion de la Société des Nations, la France accorde à ces apatrides le statut des étrangers ressortissants d'Etats qui garantissent la réciprocité.

c) Un certain intérêt international est offert par la décision allemande reproduite dans R. I. J. T., 1934-1935, n° 33. Elle nous servira aussi à l'*analyse comparative de certaines questions de principe relatives à l'indemnisation des accidents du travail.* Aux termes de ce jugement, une société étrangère d'armement maritime, qui fait décharger son navire dans un port allemand par une entreprise d'arrimage allemande, est responsable des suites d'un accident subi par un ouvrier et dû à ce qu'une écoutille n'a pas été fermée conformément aux règlements. La société étrangère répond de cet accident en vertu des dispositions de droit commun et ne peut pas se prévaloir de la responsabilité forfaitaire de l'employeur, réglée dans le paragraphe 898 du Code des assurances du Reich allemand. Car cette limitation de la responsabilité ne joue, en effet, qu'en faveur de celui des employeurs de l'ouvrier accidenté qui est obligatoirement affilié à l'assurance-accidents allemande. Or, l'employeur affilié à l'assurance allemande était, dans l'espèce, la société d'arrimage et non pas la société d'armement.

La responsabilité du tiers auteur de l'accident du travail — dans l'espèce de l'armateur n'ayant pas fermé l'écoutille — est d'une importance particulière et, dès lors, souvent l'objet de décisions judiciaires (cf. R. I. J. T., 1926, Italie, n° 60, et l'assemblage des autres décisions relatives à cette question dans la note sous Allemagne, n° 18, dans R. I. J. T., 1936-1937). La question de la responsabilité du tiers nous conduit en effet au problème de la *concurrence des créances* dans le droit des accidents du travail. Il peut toujours y avoir concurrence entre le droit à l'indemnité prévue par les lois sur les accidents du travail et la créance (de droit commun) contre le tiers responsable; car cette dernière créance est complètement étrangère à l'indemnité spéciale établie par les lois sur les accidents du travail. D'autre part, on se trouve rarement en présence d'un cumul de créances contre l'employeur responsable de l'accident et couvert par l'assurance-accidents. En droit allemand, l'employeur n'est civilement responsable des suites d'un accident du travail que lorsque la juridiction répressive a constaté qu'il l'avait causé intentionnellement (*vorsätzlich*) (R. I. J. T., 1934-1935, Allemagne, n° 33, note préliminaire; 1935-1936, Allemagne, n° 15; 1936-1937, n° 17). En Italie, la responsabilité de l'employeur n'est engagée que dans le cas où l'accident est la conséquence d'un délit (poursuivi d'office par le ministère public), établi par une condamnation pénale (R. I. J. T., 1930, Italie, n° 50; 1931, Italie, n° 51; note; 1932, Italie, n° 69, et 1934-1935, n° 79). D'une façon analogue, mais dans une mesure plus large, la créance contre l'employeur basée sur la *common-law* anglaise subsiste à côté du droit à l'indemnité pour l'accident du travail quand l'accident a été causé par la « faute personnelle » ou par un acte intentionnel de l'employeur (Section 29 (I) de la loi de 1925 sur les accidents du travail). Selon l'avis de la Chambre des Lords, la violation d'une obligation légale de prendre des précautions pour la sécurité de l'ouvrier constitue une « faute personnelle » (R. I. J. T., 1934-1935, Angleterre, n° 12). Les *Workmen's Compensation Acts américains,* qui sont tantôt des lois fédérales, tantôt des lois des Etats fédérés, limitent également la concurrence entre les créances contre l'employeur qui dérivent d'une part de la *common-law* et de l'autre desdites lois spéciales (cf. R. I. J. T., 1934-1935, Etats-Unis,

n° 6, 1re et 3e espèces, et 1935-1936, Etats-Unis, n° 13, 3e espèce). Notre étude comparative, qui ne veut utiliser que les documents publiés dans le R. I. J. T. ne saurait examiner de près la question, assez compliquée, du cumul des créances en droit américain. Et un autre problème — plus général — du droit américain, mériterait également d'être retenu. C'est la question de savoir quand il y a acceptation contractuelle des risques professionnels par l'ouvrier, c'est-à-dire dans quelle mesure la responsabilité de l'employeur peut être exclue dans le contrat de travail (R. I. J. T., Etats-Unis, n° 13, et n° 14; 1934-1935, Etats-Unis, n° 6, 7e espèce; 1935-1936, n° 24, 3e espèce). Nous regrettons de ne pouvoir pas insister sur cette doctrine de l'acceptation des risques et son recul progressif. Nous nous bornons à constater que l'évolution révèle un rapprochement de la situation juridique du travailleur dépendant américain de celle du salarié européen. Ce qui est caractéristique du travailleur dépendant européen c'est qu'il n'assume pas le risque du résultat de son travail, et qu'il ne peut en aucun cas se charger contractuellement du risque des accidents survenant dans l'entreprise. Quand il y a acceptation des risques, il s'agit, non pas d'un salarié dépendant, mais d'un travailleur indépendant, occupé en vertu d'un contrat de louage d'industrie (R. I. J. T., 1935-1936, Italie, n° 71).

C'est notamment *en France* que la jurisprudence se heurte à de grandes difficultés pour résoudre les problèmes nés de la *concurrence des créances* de droit commun et de celles qui découlent de la législation sur les accidents du travail. Selon la loi du 9 avril 1898, les indemnités ou rentes sont déterminées d'après une règle forfaitaire et transactionnelle et sont susceptibles d'augmentation ou de diminution suivant que l'accident a été provoqué par la faute lourde (faute inexcusable) de l'employeur ou par l'intention de l'ouvrier (R. I. J. T., 1927, France, n° 50). La faute inexcusable de l'employeur forme dès lors l'objet de nombreuses décisions judiciaires françaises (R. I. J. T., France, n° 47; 1930, France, n° 52; 1932, France, n° 45; 1933, France, n° 43; 1935-1936, France, n° 39). L'article 2 de la loi de 1898 interdit aux ouvriers et employés de se prévaloir, à raison des accidents du travail dont ils sont victimes au cours de leur travail, de dispositions autres que celles prévues par cette loi. La loi française est donc plus sévère que la législation des autres pays, parce qu'elle ne prévoit aucune exception au principe de la responsabilité forfaitaire (excluant le cumul de créances), même pas dans le cas où l'employeur aurait été condamné pénalement pour un délit commis intentionnellement. Le principe ainsi établi par la loi est strictement appliqué par la Cour de cassation. (R. I. J. T., 1926, France, n° 38, 1re espèce; 1928, France, n° 33, 1re espèce; cf. aussi R. I. J. T., 1929, France, n° 46, 2e espèce). Mais les tribunaux inférieurs cherchent souvent à écarter les dures conséquences de cette jurisprudence (R. I. J. T., 1927, France, n° 50; 1932, France, n° 44, 2e espèce). Les notes qui accompagnent ces décisions dans le R. I. J. T. contiennent des références comparatives fort intéressantes sur l'étendue de l'autorité de fait des précédents établis par la Cour de cassation.

La rigueur de la législation et de la jurisprudence françaises a donné naissance à des décisions judiciaires qui exagèrent le principe de l'exclusivité de l'indemnisation prévue par les lois sur les accidents du travail. Les lésions survenues au cours ou à l'occasion du travail (traumatismes dus à des vapeurs d'acides sulfuriques ou à l'intoxication lente par des émana-

tions de gaz) qui ne sont ni des accidents du travail proprement dits, ni des maladies professionnelles (limitativement énumérées aux tableaux des lois des 25 octobre 1919 et 1er janvier 1931) ne donnent pas droit à une indemnité pour accident du travail. On a parfois appliqué primitivement à ces lésions le principe de l'exclusivité de la législation sur le risque professionnel, et on a refusé d'accorder des dommages-intérêts de droit commun (R. I. J. T., 1932, France, n° 56). Mais les décisions judiciaires récentes paraissent écarter cette tendance (R. I. J. T., 1935-1936, France, n° 42, 2e et 3e espèces). Le principe de la responsabilité forfaitaire ne saurait en effet s'appliquer que dans la mesure où la législation sur les accidents du travail est *susceptible* d'être appliquée. Cette conception est conforme à la jurisprudence d'autres pays; cf. R. I. J. T., 1934-1935, Etats-Unis, n° 6, 1re espèce; 1935-1936, Etats-Unis, n° 13, 3e espèce; 1936-1937, Allemagne, n° 17, 2e espèce; (cf. aussi la décision française R. I. J. T., 1925, p. 143, mentionnée ci-dessus, paragraphe *a*).

Le problème du cumul des créances permet de mettre en lumière *un aspect spécialement important du droit des accidents du travail.* Les lois sur les accidents du travail visent non pas la protection du travailleur, mais une certaine garantie de l'employeur contre le risque professionnel; elles ont donc une tendance analogue à celle de l'assurance-responsabilité de l'employeur, car elles limitent la responsabilité que l'employeur pourrait encourir (en vertu des dispositions de droit commun) à raison des accidents du travail, et elles obligent les entrepreneurs, tantôt à se grouper dans une assurance mutuelle obligatoire, tantôt à contracter des assurances-responsabilité (cf., à ce propos, R. I. J. T., 1935-1936, Allemagne, note sous n° 15). Il en résulte que, d'habitude, l'indemnité d'accident cesse d'être à la charge de l'entrepreneur particulier, qui peut être sans grandes ressources, résultat qui comporte une certaine garantie pour les travailleurs. Mais il est, à mon avis, conforme aux principes directeurs de la législation sur le risque professionnel de laisser subsister la responsabilité de droit commun de l'entrepreneur dans le cas où l'accident est dû à un acte intentionnel ou délictuel de sa part. C'est cette idée — qui, ainsi qu'il résulte de ce qui précède, domine la législation et la jurisprudence des autres pays — qui est, semble-t-il, à la base des décisions rendues par les tribunaux français inférieurs qui, eux, entendent écarter les conséquences trop lourdes de la jurisprudence de la Cour de cassation.

d) Le droit de l'indemnisation des accidents du travail nous offre enfin l'occasion d'étudier certaines questions relatives à l'*application des principes du droit international privé et administratif*, et étrangères au droit international du travail proprement dit. C'est ainsi que l'indemnisation des enfants et parents d'un ouvrier étranger mort des suites d'un accident du travail soulève souvent des problèmes de filiation légitime ou naturelle. Quand le mariage a été contracté à l'étranger et que l'enfant a été conçu et est né à l'étranger, il faut rechercher le droit, applicable à l'espèce, a l'aide du droit international privé du pays où est né le droit à l'indemnité. Alors entrent en jeu les renvois successifs de législation à législation. Il se pose aussi la question de savoir si les décisions judiciaires étrangères, relatives à des questions de droit civil, ont force obligatoire pour le tribunal décidant de l'indemnisation d'un accident du travail. A ce propos, le *Superior Court* de Pensylvanie a rendu un arrêt fort instructif (R. I. J. T., 1932,

Etats-Unis, n° 24, 2e espèce). La veuve d'un ouvrier accidenté, bénéficiaire d'indemnité en vertu de la loi de Pensylvanie sur les accidents du travail, s'était remariée en 1928 au Mexique, le mariage étant à tous égards valable en vertu de la loi mexicaine. En octobre suivant elle intentait, devant les tribunaux de Californie, une action en annulation du mariage pour cause de fraude, ce qui était une cause valable d'annulation en Californie, mais non au Mexique. Le tribunal de Californie, ayant les deux parties devant lui, entendait le cas et rendait un arrêt d'annulation du mariage. La Cour Supérieure de Pensylvanie décidait qu'une annulation de mariage, valable entre les parties et dans l'Etat où elle avait été prononcée, n'était pas nécessairement valable partout, étant donné que les tribunaux de Californie n'avaient pas le droit d'amender la loi du Mexique. Or, le mariage conclu au Mexique devant par conséquent être considéré comme valable, la Cour déclarait que la veuve n'avait aucun droit à indemnité en vertu de la loi de Pensylvanie. Nous mentionnons encore le cas tranché par la décision reproduite R. I. J. T., 1935-1936, Etats-Unis, n° 30, 2e espèce, où il a été dit que la loi de l'Utah, qui exige une cérémonie de mariage comme condition préalable à l'établissement du statut matrimonial, s'oppose à la prétention d'une femme qui demande une indemnité en qualité de veuve d'un employé défunt, alors que le prétendu statut repose sur des rapports d'union libre (common law relationship) (cf. aussi R. I. J. T., 1935-1936, Etats-Unis, n° 30, 2e espèce).

Le jugement analysé R. I. J. T. 1931, Etats-Unis, n° 10, 4e espèce, touche au *droit international administratif*. La décision de ce cas dépendait de la nationalité de la veuve du travailleur mort des suites d'un accident du travail. Le mari avait été naturalisé citoyen américain en 1904; en 1916 l'ouvrier et sa femme retournaient en Norvège, pays natal de la femme, où cette dernière continuait à résider. Une interprétation très bienveillante de la loi (8, U. S. C. A., art. 10), et du traité conclu entre les Etats-Unis et la Norvège permit de décider que la veuve avait la citoyenneté américaine et, partant, droit à l'indemnité.

e) Nous étudierons enfin les cas où un travailleur national, employé par une entreprise nationale, est victime d'un *accident du travail survenu à l'étranger*. On constate alors que le droit international du travail est régi par le principe de la territorialité et que la théorie dite du rayonnement crée, non pas des exemptions, mais des limitations et des restrictions à ce principe. En effet, quand le chantier sis à l'étranger doit être considéré comme une dépendance (*Ausstrahlung*) non autonome de l'entreprise nationale, c'est le droit des accidents du travail national, valable au siège de l'entreprise, qui est applicable. Les décisions suivantes illustreront cette théorie, développée surtout en Allemagne. La décision de l'Office des assurances du Reich reproduite R. I. J. T., 1926, Allemagne, n° 42, roulait sur le cas d'un palefrenier qui avait été victime d'un accident du travail au cours de la tournée d'un cirque primitivement établi en Allemagne et installé par la suite en Hollande. Alors même qu'il se serait agi d'un transfert permanent de l'entreprise à l'étranger, dit cette décision, le droit allemand des assurances sociales aurait néanmoins continué à s'appliquer, parce que le traité germano-hollandais stipulait que les personnes engagées avant le transfert du siège d'une entreprise dans l'autre pays dépendent, durant une période de transition, de l'assurance-accidents de leur pays d'origine.

Le travailleur italien, relevant d'une entreprise agricole italienne, et qui est victime d'un accident du travail survenu sur le territoire de la République de San Marino, lors de l'exécution d'un transport de produits agricoles, reste couvert par l'assurance italienne à la condition que le transport commence et se termine dans le territoire italien (R. I. J. T., 1927, Italie, n° 58).

Des principes analogues s'appliquent sous le régime des lois sur le risque professionnel des divers Etats de l'Union nord-américaine. Le travailleur citoyen de la Louisiane qui, employé par une compagnie de la Louisiane comme mécanicien sur une drague flottante à vapeur, est victime d'un accident du travail dans la Floride, reste soumis à la législation de la Louisiane sur les accidents du travail (R. I. J. T., 1929, Etats-Unis, n° 44).

La loi de Californie s'applique aussi à un travailleur mexicain qui a passé un contrat de travail avec une entreprise californienne pour un travail à accomplir — d'une durée d'environ de deux à trois mois — dans le territoire de l'Alaska « lors de la saison des conserves » de saumon et qui subit un accident du travail au cours de son occupation dans l'Alaska (R. I. J. T., 1935-1936, Etats-Unis, n° 26, 3e espèce; cf. aussi les jugements analogues reproduits R. I. J. T., 1931, Etats-Unis, n° 10, 1re et 3e espèces).

Ce qui est décisif dans tous ces cas c'est le lieu de la conclusion du contrat et du siège de l'entreprise. Nous retenons à ce sujet encore la décision de la *Superior Court* de Californie analysée R. I. J. T., 1933, Etats-Unis, n° 7, 5e espèce. Aux termes de cet arrêt, un marin accidenté sur les hautes mers peut intenter une action contre son employeur devant la Cour de l'Etat du lieu du contrat et de la direction de l'entreprise quand bien même il s'agirait d'une compagnie étrangère qui a manqué à se soumettre aux règlements locaux sur la conduite des affaires en cet Etat. C'est donc une application rigoureuse du principe de la territorialité et de la théorie dite de rayonnement, car l'accident s'était produit en dehors du territoire de l'Etat.

2. Les décisions judiciaires relatives à l'*application d'autres conventions* sont en moindre nombre et de moindre importance que celles ayant trait à la convention de Genève sur les accidents du travail.

a) Relativement nombreux sont les jugements concernant les *conventions sur les gens de mer*. Une série d'arrêts anglais roulent sur la *Convention de Genève* du 9 juillet 1920 *concernant l'indemnité de chômage en cas de perte par naufrage*. La décision reproduite R. I. J. T., 1929, Angleterre, n° 10, analyse le droit des marins à leurs gages de deux mois prévu par ladite Convention. Le jugement R. I. J. T., 1930, Angleterre, n° 15, décide que c'est aux employeurs qu'il incombe de prouver que le chômage du marin n'est pas dû au naufrage (cf. aussi R. I. J. T., 1925, p. 128). Un arrêt de la *Court of Appeal*, formant le n° 16 de la contribution anglaise au R. I. J. T., 1930, a accordé une indemnité à la mère d'un marin mort des suites des intempéries subies après un naufrage.

La situation d'un navire résultant d'un naufrage partiel n'est pas assimilée au naufrage au sens de la Convention de Genève et, dès lors, les marins n'ont pas droit à l'indemnité, prévue par le Merchant Shipping (International Labour Conventions) Act 1925, pendant un chômage qui est dû à la nécessité de réparer le navire (R. I. J. T., 1932, Angleterre, n° 1, et

1933, Angleterre, n° 1). La décision française publiée R. I. J. T. 1931, France, n° 46, déclare que la convention de Genève ne s'applique pas au cas où il n'y a ni prise, ni naufrage, ni déclaration d'innavigabilité du navire, et où celui-ci, simplement échoué, a pu continuer son voyage après réparation, mais a été finalement abandonné en paiement aux créanciers des frais de réparation, conformément à l'article 216 du Code du commerce. Par conséquent, les marins n'ont pas, dans ce cas, droit au gage de deux mois.

Le droit au gage prévu par la Convention de Genève fait aussi naître des problèmes relatifs à l'assurance-chômage. Un jugement anglais (R. I. J. T., 1931, Angleterre, n° 27, 2e espèce) a décidé que le marin naufragé pouvait être considéré comme sans travail et, par conséquent, avait droit à l'indemnité de chômage au cas où il n'aurait pas reçu le gage de deux mois.

A propos de l'assurance-chômage, les tribunaux ont à connaître, non seulement de la Convention dont nous avons parlé jusqu'ici, mais aussi de la *Convention de* 1926 *concernant le rapatriement des marins*. Un marin naufragé, ramené dans son pays aux frais de son ancien employeur, a droit à l'indemnité d'assurance-chômage à dater de l'expiration de la période de deux mois — durant laquelle il a reçu son salaire en vertu de la Convention de Genève — étant donné qu'il a été disponible pour le travail pendant le voyage de retour (R. I. J. T., 1932, Angleterre, n° 20 ; cf. aussi R. I. J. T., 1934-1935, Angleterre, n° 1). Tous les droits nationaux posent, en effet, comme condition de l'octroi d'une indemnité de chômage que le chômeur soit disponible pour le marché du travail.

Le jugement allemand analysé R. I. J. T., 1931, Allemagne, n° 17 montre d'une façon intéressante les rapports qui peuvent exister entre l'obligation, pour l'armateur, de rapatrier les naufragés, et les devoirs qui lui incombent à l'égard de la police nationale. Les autorités de police peuvent parfaitement exiger de l'armateur qu'il s'engage, par voie d'une obligation de droit privé, à ce que l'Etat ne supporte aucun frais du fait du rapatriement des marins étrangers et elles peuvent faire dépendre de cet engagement de l'armateur la permission qu'elles doivent accorder aux marins étrangers pour qu'ils puissent se rendre à terre. Il est à noter qu'aux Etats-Unis c'est le gouvernement qui doit supporter les frais du rapatriement des marins naufragés (R. I. J. T., 1933, Etats-Unis, n° 19).

b) Revenant à l'application de la *Convention de Genève* du 16 juin 1928 *concernant l'application des méthodes de fixation des salaires minima,* nous ferons remarquer d'abord que les lois nationales de la plupart des pays prévoyaient, bien avant le vote du projet de cette Convention, des réglementations de salaire. Une pareille réglementation existait, par exemple, en Allemagne pour le travail à domicile (cf. R. I. J. T., 1929, Allemagne, n° 19, avec Remarque préliminaire relative à la Convention du 16 juin 1928). Le jugement allemand reproduit R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 17, traite du délai de forclusion pour la revendication du salaire minimum — délai qui est aussi prévu par la Convention internationale —, et l'arrêt publié R. I. J. T., 1934-1935, Allemagne, n° 21, de l'application d'amendes disciplinaires pour faire payer ledit salaire. En Angleterre, le premier texte législatif imposant des taux de salaire minima a été le *Trade Boards Act* 1909. Il fut largement étendu par le *Trade Boards Act de* 1918 et rendu applicable à toute industrie « non organisée, c'est-à-dire à toute industrie

dans laquelle, selon l'opinion du ministre, aucun mécanisme adéquat n'existe pour le règlement effectif des salaires dans toute l'industrie... ». Au bout de deux ans, vingt-huit *Trade Boards* étaient institués, et il y a eu en 1931 des Trade Boards couvrant environ un million et demi d'ouvriers (R. I. J. T., Angleterre, n° 20 et remarque préliminaire). Il existe en outre en Angleterre, depuis 1924, l'*Agricultural Wages* (*Regulation*) *Act* pour les salaires des ouvriers agricoles (R. I. J. T., 1928, Angleterre, n° 16 ; 1930, Angleterre, n° 10 et note ; 1931, Angleterre, n° 25 ; 1935-1936, Angleterre, n° 25).

A propos du Trad Boards Act, nous mentionnons aussi les dispositions allemandes sur le salaire minimum en espèces des employées féminines des restaurants et cabarets (R. I. J. T., 1931, Allemagne, n° 25) — dispositions qui ne sont cependant pas en rapport avec la Convention de Genève. D'ailleurs, il est à noter que les décisions concernant les salaires minima ne font pas allusion en général à la Convention de Genève. Vu leur grande importance pour les Etats-Unis, nous rappelons enfin les jugements sur la constitutionnalité des lois établissant des salaires minima pour les femmes et les enfants (R. I. J. T., 1927, Etats-Unis, n° 3), ainsi que ceux décidant de la liberté de la fixation de salaires minima à l'occasion de l'adjudication de travaux publics et de travaux de redressement économique (R. I. J. T., 1931, Etats-Unis, n° 8 ; 1932, Etats-Unis, n° 4 et n° 19 ; 1933, Etats-Unis, n° 15 ; 1934-1935, Etats-Unis, n° 5, 2e espèce et n° 13).

c) Certains arrêts touchent à l'application de la *Convention* de Washington du 29 novembre 1919 *concernant l'emploi des femmes avant et après leur accouchement*. Le jugement allemand R. I. J. T., 1931, Allemagne, n° 24, traite de l'interdition du congédiement pendant les six semaines antérieures et postérieures à l'accouchement, protection des femmes qui est plus large que celle prévue par la Convention internationale. Les fatigues inhérentes à l'état de grossesse qui se manifestent avant ou après les délais de protection de six semaines ne sont pas couvertes par la Convention (R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 24, 1re espèce). Une femme qui, pendant ces périodes, bénéficie d'une allocation additionnelle de maternité n'est plus disponible pour le travail et perd, dès lors, qualité pour la réception de l'allocation-chômage (R. I. J. T., 1935-1936, Angleterre, n° 48). De la Convention, mentionnée ci-dessus dans le n° 1, sur la durée du travail traite, semble-t-il, la décision anglaise analysée R. I. J. T., 1935-1936, Angleterre, n° 35.

III. — Droit International Privé et Administratif

1. — *a*) Le droit international privé du travail est régi par les principes généraux du droit international privé. Dans la mesure où le principe de la *liberté des contrats* s'applique à la réglementation des rapports de travail, les parties ont la faculté de déterminer le droit (national) applicable à leur contrat. Quand ce droit n'est pas expressément désigné, on juge d'après le droit que les parties ont probablement voulu voir s'appliquer. C'est la méthode suivie notamment par la jurisprudence allemande. Dans un contrat de travail passé entre des sujets de nationalité différente au Danemark en vue de représentations à donner dans un cirque allemand

en Argentine, il est conforme aux intentions des contractants, déclare une décision allemande, de soumettre les conditions de ce contrat au droit allemand (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 7). En revanche, il a été jugé que, quand un artiste, par un contrat conclu en Allemagne avec une société américaine représentée par un Allemand, s'engage à exercer une activité d'artiste en langue anglaise aux Etats-Unis, il faut admettre que les parties ont voulu soumettre ce contrat au droit américain, au moins en ce qui concerne les dispositions relatives aux conditions du travail (R. I. J. T., 1935-1936, Allemagne, n° 2). Il a été reconnu licite pour les parties de soumettre au droit soviétique un contrat passé entre une entreprise russe et un employé étranger, alors même que celui-ci n'était occupé qu'en Allemagne (R. I. J. T., 1936-1937, Allemagne, n° 3). De même on a appliqué le droit russe à un rapport de travail conclu entre un employé russe et la représentation commerciale de la Russie à Berlin (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 9 ; R. I. J. T., 1933, Allemagne, n° 1). On rapprochera de ces décisions les cas tranchés par les arrêts anglais reproduits R. I. J. T., 1930, Angleterre, n° 4 (1re et 2e espèces), qui avaient pour objet l'interprétation des contrats de travail de sujets ottomans occupés en Chypre. L'Italie soumet les contrats de travail conclus en Italie, mais exécutés en territoire étranger, au droit italien, tout en autorisant les parties à stipuler l'application d'un autre droit (R. I. J. T., 1933, Italie, n° 46).

Le jugement allemand rapporté dans R. I. J. T., 1933, Allemagne, n° 3, roule sur une question d'interprétation fort intéressante. Il s'agissait de savoir si et dans quelles conditions un employé allemand qui devait recevoir d'une entreprise russe un salaire en monnaie soviétique, pouvait exiger le paiement de ce salaire en reichmarks, étant donné que la Russie lui refusait l'autorisation de retourner dans ce pays.

En ce qui concerne la situation spéciale de la représentation commerciale russe (à Berlin) il convient de mentionner ceci : D'après la convention économique germano-soviétique (du 12 octobre 1926), la représentation commerciale russe n'est responsable des obligations juridiques contractées par d'autres entreprise d'Etat russes que dans le cas où elle a expressément pris cette responsabilité. Dès lors, la représentation commerciale russe à Berlin ne répond pas des créances d'ouvriers allemands qui se sont engagés dans des entreprises d'Etat russes et qui, retournés en Allemagne pour aller chercher leurs familles et leur mobilier, se sont vu refuser (par les Russes) l'autorisation nécessaire pour le voyage de retour en Russie soviétique (R. I. J. T., 1933, Allemagne, n° 2).

b) La *compétence des tribunaux* ne dépend pas de la seule volonté des parties. Le problème de la compétence juridictionnelle s'est posé plusieurs fois dans des litiges concernant, soit les représentations commerciales, soit d'autres entreprises de l'Union soviétique établies à l'étranger. En France, ainsi qu'en Italie, la représentation commerciale russe est considérée comme rouage administratif de l'Ambassade de l'Union soviétique; ses agents ne sont ni des ouvriers, ni des employés, mais des fonctionnaires de l'Etat russe. D'où on a conclu en France (R. I. J. T., 1931, France, n° 2 et n° 50, 1re espèce) qu'ils ne sont pas justiciables des tribunaux spéciaux du travail (Conseils de prud'hommes), et en Italie (R. I. J. T., 1933, Italie, n° 27, 2e espèce, contrà R. I. J. T., 1932, Italie, n° 23, 2e espèce) que l'immunité de juridiction empêche l'autorité judiciaire italienne de connaître

d'un litige découlant d'un rapport d'emploi entre la représentation commerciale russe et ses agents.

En Allemagne, cependant, en vertu même de la convention germano-russe, les ouvriers et employés de la représentation commerciale russe relèvent des tribunaux du travail allemands (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 9 ; 1932, Allemagne, n° 1 ; 1933, Allemagne, n° 1).

Dans quelle mesure la compétence des tribunaux du travail d'un pays peut-elle être exclue par une stipulation contractuelle soumettant le rapport du travail à une juridiction étrangère ? En ce qui concerne l'Allemagne il a été décidé qu'une pareille stipulation est valable dans la mesure où la compétence des tribunaux du travail allemand peut être exclue par une convention d'arbitrage (R. I. J. T., 1933, Allemagne, n° 4). Evidemment, dans ce cas, les tribunaux étrangers ne fonctionnent pas à titre de tribunaux d'arbitrage et, par conséquent, il n'est pas nécessaire que les tribunaux étrangers remplissent les conditions requises pour les tribunaux d'arbitrage par la loi allemande sur les tribunaux de travail (R. I. J. T., 1936-1937, Allemagne, n° 3). Dans ces limites, on admet que la volonté des parties, seule déterminante, puisse soumettre les rapports de travail à la juridiction étrangère.

c) En ce qui concerne les *conventions collectives du travail,* il a été jugé, en Allemagne, qu'un contrat de tarif, conclu en décembre 1932 à Vienne (Autriche) entre une société de transports en commun viennoise et un syndicat bavarois de cheminots, survit sous la forme d'un règlement tarifaire (au sens du nouveau droit du travail allemand) dans la mesure où les travailleurs compris dans le champ d'application de cette réglementation, sont occupés en Allemagne (R. I. J. T., 1935-1936, Allemagne, n° 3 ; cf. sur la survivance des anciens contrats de tarif allemands sous la forme de règlements tarifaires R. I. J. T., 1936-1937, Allemagne, n° 24, remarque préliminaire).

d) Des problèmes de droit international du travail relatifs aux *coutumes et usages du commerce* ont été discutés dans les cas suivants : Le 1er Mai est considéré par les usages du port de La Rochelle comme un jour férié. Dès lors, dans le commerce international, il n'y a pas place à surestaries à raison de retards causés exclusivement par le chômage du 1er mai, quand, dans une charte-partie, il est convenu que les dimanches et jours de fête sont exceptés des jours de planche, sans préciser qu'il s'agisse uniquement des jours de fête « légaux » (R. I. J. T., 1930, France, n° 1). Avant l'introduction, en Russie soviétique, de la semaine de cinq jours, les 25 et 26 septembre et le 1er janvier devaient être considérés à Leningrad comme des jours fériés (R. I. J. T., 1931, Angleterre, n° 1).

2. — *a)* Quant à celles des dispositions réglementant le rapport du travail qui sont des *prescriptions d'ordre public,* c'est le principe de la territorialité qui s'applique. Il en résulte une limitation du champ d'application de ces normes de droit public. Elles ne s'étendent pas en dehors du territoire du pays qui les a édictées, alors même que les travailleurs ainsi que les employeurs ressortissent de ce même pays. Plusieurs décisions en ce sens ont été rendues au sujet de la situation particulière à la gare badoise à Bâle, située en territoire suisse. Le principe de la territorialité l'a pleinement emporté sur une doctrine qui autrefois entendait étendre la juridiction allemande sur cette gare (R. I. J. T., 1928, Allemagne, n° 7).

Dès lors, ce sont les dispositions sur la durée du travail suisses, et non pas celles de la loi allemande qui s'appliquent au personnel allemand occupé dans cette gare (R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 2) ; l'ancienne loi allemande sur les conseils d'entreprise ne trouvait pas application dans cette gare (R. I. J. T., 1933, Allemagne, n° 13). Mais, tout en reconnaissant le principe de la territorialité, une décision allemande de 1925 (R. I. J. T., 1925, p. 31) — dépassée par l'évolution du droit allemand — appliquait par analogie au personnel allemand de la gare badoise de Bâle le principe de la liberté de coalition, consacrée, à cette époque, par la Constitution de Weimar.

La loi sur les conseils d'entreprise ne s'appliquait pas non plus dans la section autonome d'une entreprise allemande, occupée à la construction d'un barrage dans le Midi de la France. Le personnel des ambassades allemandes ne bénéficie pas des dispositions de droit du travail allemandes relevant du droit public, telles que la loi sur la protection des anciens employés contre le congédiement (R. I. J. T., 1933, Allemagne, n° 5) et la législation sur les assurances sociales (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 25, 2e espèce). L'exterritorialité de l'*ambassadeur* n'implique en effet pas la fiction que, en ce qui concerne les dispositions de droit du travail revêtant un caractère de droit public, l'*ambassade* puisse être considérée comme faisant partie du territoire de l'Etat déléguant.

b) La limitation que subit l'application des dispositions du droit du travail, qui sont des dispositions d'ordre public, par le principe de la territorialité est tempérée, dans une certaine mesure, par la théorie dite du rayonnement dont nous avons déjà parlé ci-dessus dans le numéro II, 1 *e* à l'occasion de l'étude des lois sur les accidents du travail. Quand on se trouve en présence d'un chantier non autonome sis à l'étranger qui peut être considéré comme une dépendance, une continuation ou une dérivation (*Ausstrahlung*) de l'entreprise allemande ou quand l'occupation à l'étranger n'est que passagère et qu'on envisage le réemploi de l'ouvrier en Allemagne, alors le droit allemand considère comme applicables aux personnes occupées à l'étranger les normes de droit du travail relevant du droit public telles que la loi sur la protection des anciens employés contre le congédiement et la législation sur les assurances sociales (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 8). Cette théorie dite du rayonnement trouve aussi application en ce qui concerne la loi allemande sur l'assurance-chômage, (R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 27). Mais l'effet du « rayonnement » ne peut pas être étendu artificiellement par des actes de bon plaisir du travailleur employé à l'étranger. Le travailleur allemand occupé en dehors du territoire allemand qui n'est pas soumis au « rayonnement » des lois allemandes ne peut pas bénéficier de l'assurance-chômage allemande alors même qu'il s'assure volontairement près les caisses allemandes d'assurance-maladie (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 25, 1re espèce). Et il en est ainsi bien que le champ d'application personnelle des lois sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-chômage coïncide dans tous les autres cas.

c) La deuxième conséquence de l'application du principe de la territorialité est que tous les *travailleurs étrangers* sont soumis aux normes du droit public du travail du pays où ils sont occupés, à moins que ces dispositions ne prévoient des exemptions à leur égard. A ce sujet nous rappe-

lons d'abord la décision sus-indiquée concernant l'application de la législation suisse relative à la durée du travail aux ouvriers et employés allemands occupés dans la gare badoise de Bâle (voir ci-dessus paragraphe *a*). Aussi l'employé français d'une compagnie de chemins de fer espagnole, alors même que son emploi lui maintient une résidence en France, est-il astreint aux retenues sur les salaires prévues par les statuts du personnel de cette compagnie, en conformité avec les dispositions de la loi espagnole (R. I. J. T., 1925, p. 229). Une autre décision reproduite dans le R. I. J. T. a statué sur le cas suivant : Un artiste domicilié en Allemagne était le chef d'une troupe de danse de dix danseuses avec laquelle il donnait des représentations dans des théâtres, music-halls, etc., étrangers pendant la majeure partie de l'année. Cette activité à l'étranger n'est pas un « rayonnement » de l'entreprise allemande. Dès lors, pendant leur séjour à l'étranger, les danseuses ne sont pas obligées d'être assurées auprès des assurances sociales allemandes ; en revanche, quand elles travaillent en Allemagne, elles sont astreintes d'y être immatriculées sans égard à leur nationalité (R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 30). De même que les personnes occupées par les ambassades allemandes ne tombent pas sous le coup des lois allemandes sur les assurances sociales, de même l'exterritorialité des délégations diplomatiques accréditées en Allemagne ne s'oppose pas à l'application, au personnel qu'elles emploient, des lois allemandes sur les assurances sociales (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 37). Il en est ainsi bien que l'exterritorialité de leur employeur empêche la récupération, par voie de contrainte, des cotisations afférentes à leur assurance. Par suite de l'application du principe de la territorialité, les lois allemandes sur les assurances sociales, et celles sur l'impôt qui frappe le salaire, s'appliquent aux personnes occupées sur des bateaux étrangers affectés à la navigation sur le Rhin qui circulent sur un domaine fluvial soumis entièrement à la souveraineté allemande (R. I. J. T., 1927, Allemagne, n° 55), ainsi qu'aux ouvriers étrangers travaillant sur des navires allemands en pleine mer (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 21). Les travailleurs étrangers et apatrides bénéficient des avantages de l'assistance aux sans-travail puisque, en vertu de leur occupation en Allemagne, ils payent les cotisations, prélevées en faveur de cette assistance, tout aussi bien que les salariés de nationalité allemande (R. I. J. T., 1927, Allemagne, n° 48) ; mais ils ne participent à l'assistance dite de crise, alimentée uniquement par les fonds de l'Etat, que dans le cas où la réciprocité est garantie (R. I. J. T., 1926, Allemagne, n° 34 ; 1927, Allemagne, n°s 49 à 51).

Enfin, il y a des exemptions au principe de territorialité en vertu de dispositions légales spéciales, telles que celles sur l'exemption des lois sur les assurances sociales allemandes des travailleurs agricoles saisonniers occupés en Allemagne (R. I. J. T., 1925, p. 93 et R. I. J. T., 1926, Allemagne, n° 33).

Le principe de territorialité est appliqué d'une façon particulièrement rigoureuse en ce qui concerne l'assurance-chômage allemande des frontaliers qui sont les travailleurs occupés à l'intérieur du pays, mais habitant de l'autre côté de la frontière. En effet, l'octroi d'une allocation-chômage est subordonné, non seulement à l'occupation, mais aussi à la résidence en territoire allemand. Par conséquent, un sujet allemand, travaillant à l'intérieur du pays et qui a seulement son domicile à l'étranger, ne peut,

s'il devient chômeur, faire valoir aucun droit à une indemnité de chômage (R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 26). Les travailleurs étrangers, domiciliés et occupés en Allemagne, sont obligés d'être assurés et ont droit aux allocations sociales ; mais tel n'est pas le cas des frontaliers qui ne viennent en Allemagne que pour y travailler tout en gardant leur résidence étrangère (R. I. J. T., 1928, Allemagne, n° 38 ; 1929, Allemagne, n° 33 et 37). Le principe de territorialité a été appliqué encore dans le cas suivant, tout à fait particulier : Pendant l'époque où sévissait le chômage en Allemagne, un ouvrier allemand, d'accord avec le bureau de placement, s'engagea à l'étranger. Il perdit cette place à raison d'une infraction au règlement de service. Or, en cas de congédiement résultant de pareille cause et prononcé en Allemagne, l'ouvrier n'a aucun droit à l'allocation-chômage pendant les quatre premières semaines qui suivent son renvoi. Mais, comme la légitimité d'un renvoi brusque intervenu à l'étranger ne peut pas être appréciée par un tribunal allemand, l'ouvrier dont il s'agissait, reçut tout de suite son allocation-chômage (R. I. J. T., 1930, Allemagne, n° 29).

Le principe de territorialité s'applique aussi à la saisie du salaire quand elle doit être exécutée en Allemagne. Un fils naturel avait une créance en paiement d'une rente alimentaire contre son père, vivant à l'étranger et, peut-être, naturalisé citoyen américain. Il avait fait saisir, pour une période de 20 ans, le salaire de son père payable en Allemagne. Or, par application du droit allemand, la saisie ne fut jugée licite qu'en ce qui concerna les termes de la pension alimentaire en cours, et non pas pour ceux à échoir dans l'avenir (R. I. J. T., 1932, Allemagne, n° 18). Les chefs d'entreprise étrangers, exploitant un commerce en Allemagne, relèvent de la juridiction des tribunaux d'honneur social allemands (R. I. J. T., 1934-1935, Allemagne, n°. 9, 2e espèce).

3. — Quelques-unes des décisions dont nous venons de parler touchent au *droit international administratif*. Ainsi l'assistance dite de crise, qu'on a mentionnée dans le paragraphe précédent, est une institution d'ordre purement administratif. Relèvent exclusivement du droit international administratif les mesures tendant à protéger la main-d'œuvre nationale et subordonnant l'*occupation des travailleurs étrangers à une autorisation spéciale*. Une loi de l'Etat de Michigan instituant de pareilles mesures fut déclarée inconstitutionnelle, attendu qu'elle cherchait à usurper le pouvoir — dont le Congrès est exclusivement investi par la Constitution — d'exercer le contrôle des étrangers et de l'immigration (R. I. J. T., 1932, Etats-Unis, n° 2). De nombreux jugements français, en partie dépassés par les modifications de la législation, traitent des détails techniques de l'application des mesures tendant à empêcher l'accès des travailleurs étrangers aux places de travail disponibles dans le pays (cf. R. I. J. T., 1925, France, n° 3 (p. 135) et n° 4 (p. 155) ; R. I. J. T., 1927, France, n° 68 ; 1928, France, n° 2 ; 1930, France, n° 4 ; 1933, France, n° 2 ; 1935-1936, Allemagne, n° 6). Les étudiants en pharmacie d'origine étrangère stagiaires dans une pharmacie française sont tenus de se soumettre aux lois sur la protection du marché du travail national (loi du 11 août 1926) (R. I. J. T., 1927, France, n° 70). Il en est de même de tout stagiaire étranger désireux de se perfectionner en France dans les usages de sa profession (R. I. J. T., 1932, France, n° 2). Toute personne, qui embauche et emploie un ouvrier étranger en violation du contrat qui l'a introduit en

France, met obstacle à ce qu'il reprenne son travail, comme l'a voulu le législateur, chez l'employeur originaire qui l'a introduit en France, et cause ainsi à ce dernier un préjudice direct et personnel certain (R. I. J. T., 1933, France, n° 2, 1re et 2e espèces). Le contrat de travail qui n'est pas conforme à la législation relative aux étrangers venant travailler en France est nul et de nul effet, comme contraire à une loi d'ordre public (R. I. J. T., 1934-1935, France, n° 3). En ce qui concerne l'Allemagne, la prise de mesures de contraintes policières était admise pour éliminer les ouvriers étrangers employés illégalement, à la condition toutefois que ces mesures ne s'appliquassent qu'à l'encontre du travailleur et non pas contre l'employeur (R. I. J. T., 1925, p. 22 (n° 6) et p. 83 (n° 3).

Les chapitres consacrés dans le R. I. J. T. depuis 1931 au droit international du travail sont encore relativement maigres. Mais un examen attentif de tous les volumes du R. I. J. T. jusqu'ici parus montre que, même dans ce domaine du droit, on trouve un matériel très étendu et particulièrement intéressant pour les études comparatives.

CHAPITRE II

LES NOUVEAUX DROITS NATIONAUX DU TRAVAIL

Les Procédures adoptées par les divers pays pour la solution des conflits individuels ou collectifs du travail sont étudiées dans l'article de M. BINET, La juridiction du travail dans les divers pays, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre XIII « Les droits de procédures », Section II, § 190.

Section I

L'ALLEMAGNE

MOLITOR, *La nouvelle constitution allemande du travail.*

GEILER, *L'ordre juridique de l'économie allemande. Contribution au problème juridique de l'institution.*

NIPPERDEY, *Les principaux problèmes juridiques relatifs au règlement d'entreprise en droit allemand.*
(Ces contributions publiées dans ce Tome, Titre III, consacré au droit nationalsocialiste, §§ 152 à 154.)

PIC, *L'organisation professionnelle et l'Etat moderne. Conventions collectives et arbitrage obligatoire. Etude de Droit Comparé.*
(Cette contribution publiée ci-dessous, Section V, § 172.)

Section II

L'ANGLETERRE

ROBSON, *La législation industrielle en Angleterre au cours des dernières années.*

Sur l'Evolution des organisations professionnelles patronales et ouvrières en angleterre comparée a celle aux États-unis, cf. l'étude de M. BONNET, La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux États-unis, publiée ci-dessous dans la Section V, § 170.

LA LEGISLATION INDUSTRIELLE EN ANGLETERRE AU COURS DES 50 DERNIERES ANNEES

Par William A. ROBSON
Professeur à la London School of Economics and Political Science

Traduit par Paul BARATIER,
Docteur en Droit
Professeur au Lycée du Parc, à Lyon

I

La législation industrielle n'est pas une des divisions traditionnelles du système juridique anglais. Elle ne correspond pas aux classifications conventionnelles des manuels. Elle déborde toutes les catégories admises. Par suite elle a été édifiée de façon irrégulière et fragmentaire, suivant les nécessités pratiques du moment. Elle n'a jamais été envisagée dans son ensemble et on n'a jamais tenté de lui assurer unité et cohésion. Ceci explique que les règles de droit gouvernant les rapports entre employeurs et employés demeurent en 1935 comme en 1885 un chaos de règles empruntées à la « Common law », de doctrines d'équité, de dispositions de statuts particuliers et de règlements ministériels.

Le développement de la législation industrielle au cours du dernier demi-siècle est un des traits distinctifs de cette période. Les causes en sont assez apparentes. Le développement de l'activité des trade-unions, l'entrée du monde du travail dans la lutte politique, la tendance à une réglementation d'état plus étroite et à une organisation collective plus serrée, la création du Bureau international du Travail, ces facteurs concrets, se sont alliés à des éléments moraux et humanitaires plus difficiles à saisir pour élever sensiblement le statut de la législation industrielle. En outre, comme je le montrerai dans les pages suivantes, son domaine s'est étendu dans des proportions énormes.

Malheureusement, rien n'a été fait pour en améliorer la forme. Au cours des 50 dernières années la législation industrielle est devenue plus chaotique que jamais. Toutes les fois qu'augmentait le volume des dispositions légales ou des décisions de justice, le manque de symétrie et de systématisation devenait plus évident et plus gênant pour le juriste, aussi bien que pour le fonctionnaire ou le chef d'entreprise. On n'a jamais essayé d'unifier les branches disparates du sujet.

Il suffit de regarder au dehors pour voir ce que l'on peut faire. Le Code du Travail de la Russie des Soviets fournit un excellent exemple quant à la forme juridique; dans la charte du Travail de l'Italie fasciste se révèle une certaine faculté d'envisager l'ensemble de la question, tandis que chez nous l'œuvre accomplie par le Ministère de l'Hygiène pour consolider et unifier la législation en matière de « local government » montre ce que l'on peut réaliser, dans le cadre du système juridique anglais, avec de la volonté et de l'intelligence. Toutes ces démonstrations, cependant, sont demeurées vaines. La forme de la législation industrielle est beaucoup plus incohérente aujourd'hui qu'elle ne l'était il y a cinquante ans.

II

Pour la commodité du présent examen nous pouvons répartir la législation industrielle en six rubriques :

I. — Les règles du common law sur les rapports de l'employeur et de l'employé.

II. — La responsabilité des accidents du travail.

III. — L'intervention légale en matière de sécurité, d'hygiène, de durée du travail, de salaires, etc.

IV. — Les Trade-Unions.

V. — Les assurances sociales.

VI. — L'arbitrage et la conciliation.

Considérons-les successivement.

Les règles du « common law » applicables aux rapports entre employeurs et employés ne se sont pas développées de façon fondamentale au cours des cinquante dernières années. On a appliqué à nouveau des doctrines anciennes à des situations de fait transformées, tandis que s'estompaient les règles demi-féodales les plus désuètes. En gros, en ce qui touche aux rapports entre employeurs et employés, la « common law » n'a pu faire face aux nécessités modernes; c'est pourquoi les progrès et les changements ont été réalisés presque entièrement par voie législative. Les grands principes de la matière étaient réglés longtemps avant 1885; la sévérité du passé à l'égard de l'employé se formulait en des doctrines que les décisions de justice avaient encore renforcées avec le temps, et il était trop tard, alors même que juges et avocats l'eussent désiré, pour refondre la loi à la lumière d'une philantrophie plus éclairée.

Cependant un aspect de la question mérite de retenir plus spécialement notre attention. Le droit relatif aux clauses restrictives de la liberté du travail est à l'ordre du jour depuis quelques décades, à raison du désir croissant des employeurs d'éviter la concurrence de tout genre. Le cas Nordenfeldt (1) a certainement amené les tribunaux à adopter une attitude beaucoup plus indulgente à l'égard des clauses restrictives que leur attitude antérieure. Bien entendu le cas Nordenfeldt n'est qu'un exemple caractéristique de la tendance générale des décisions judiciaires, mais il est significatif pour cette raison même. Aujourd'hui les dispositions restric-

(1) Nordenfeldt v. Maxim Nordenfeldt et C°, [1894]. A. C. 535.

tives sont presque de style dans les contrats de louage de travail de nombreuses corporations. Ce que je tiens à souligner, c'est la façon imparfaite dont le droit s'est développé. Appliquant comme critérium de validité le concept, d'une incertitude caractéristique, de « raison » (« reasonableness »), la « common law » a, par là même, introduit une méthode si peu sûre que les juges eux-mêmes ne peuvent s'entendre sur sa signification. Que penser d'un critère judiciaire si obscur que (comme dans le cas récent de Gilford Motor Co. v. Horne (2) une restriction apparaît déraisonnable, donc illicite, à un juge de la Haute Cour, mais raisonnable, donc licite, à la Cour d'Appel ? Dans ce domaine particulier, la nécessité de formuler des concepts précis est certes naturelle et évidente.

III

Abordons maintenant la responsabilité en matière d'accident du travail. Ce domaine est tout nouveau : rien n'existait en 1885. Le « Select Committee » chargé d'étudier la responsabilité des employeurs, avait élaboré en 1877 un rapport absurde, qui provoqua en 1880 le vote de l' « Employers Liability Act ». Cette mesure, nettement insuffisante, demeura en vigueur jusqu'en 1897, année où fut votée grâce aux efforts de M. Joseph Chamberlain, la première loi réglant la responsabilité en matière d'accidents du travail (Workmen's Compensation Act). L'acte principal fut voté en 1906, étendu à nouveau en 1923 et 1931. Le régime légal fut unifié en 1929.

La responsabilité en matière d'accidents du travail est aujourd'hui l'un des champs d'action les plus vastes ouverts à la profession légale. Le nombre énorme de conflits qu'elle implique se révèle dans les nombreuses colonnes emplies par les décisions rendues, dans la série spéciale des Butterworth's Reports exclusivement consacrée à cette matière, et dans les milliers de cas cités dans les traités comme celui de Willis. En dehors des conflits, il y a la multitude de dispositions professionnelles impliquées par les arrangements à l'amiable (3).

Que penser de la forêt qui a jailli de la graine de moutarde semée en 1897 ? On peut citer ici les observations du Lord Chancelier actuel dans l'espèce récente Shotts Iron Co v. Fordyce (4). « Une fois de plus je voudrais protester contre le grand nombre de cas si fréquemment cités à propos de cette loi. Je préfère remonter, si cela est possible, aux termes du statut et ne pas les considérer à travers la perspective d'une suite de décisions dont la plupart s'appliquent aux faits particuliers à l'espèce. » Lord Sankey citait alors en l'approuvant, un dictum du Lord Justice-Clerk de la

---

(2) [1933] 1 Ch. 935.

(3) La dernière année pour laquelle nous disposions de statistiques est 1932, où 6.100 espèces furent soumises aux tribunaux. La moyenne pour les dix années 1922-1931 fut de 6.075 par an. Beaucoup de ces conflits furent réglés en dehors des tribunaux, et beaucoup d'espèces consistaient en requêtes touchant des allocations déjà accordées. Le nombre total de déclarations originaires sur lesquelles il fut statué définitivement avec intervention des tribunaux fut de 2.606 en 1932. Voir *Workmen's Compensation Statistics. Cmd* 4484/1934.

(4) [1930] *A. C.* p. 508.

Cour inférieure en degré d'après lequel le problème est obscurci plutôt qu'éclairé par le flot de « case-law » qui l'entoure, si même il n'en est pas submergée.

On a rarement l'occasion d'entendre pareil jugement, émanant de la plus haute autorité judiciaire. Son importance s'accroît encore si nous nous rappelons la longue expérience des règles de responsabilité en matière d'accidents du travail que s'est acquise le Lord Chancelier aussi bien en qualité d'avocat que comme membre de la Cour d'Appel. La vérité en est indiscutable. En l'espace de moins de quarante ans la législation qui était spécialement destinée à assurer à l'ouvrier un recours simple, facile et peu coûteux en cas d'accident, s'est surchargée d'une masse de jurisprudence très ornée, séduisante et ondoyante, qui paralyse l'ensemble du système sous les frais, les retards et la difficulté.

Le régime de la responsabilité au cas d'accidents du travail a évidemment beaucoup amélioré la situation de l'employé. Il s'est cependant révélé très décevant à divers points de vue. Il était destiné non seulement à assurer une réparation à l'ouvrier blessé ou à ceux qui dépendaient de lui, mais aussi à amener l'employeur à s'occuper activement d'éviter les accidents en le pénalisant financièrement lorsqu'il s'en produirait. En fait, le système a joué de façon très différente. D'une part, un très grand nombre de riches employeurs se sont assurés contre ces risques d'une façon qui les rend à peu près indifférents, d'un point de vue financier, à la question de savoir si leurs établissements sont ou non dangereux. D'autre part, le petit patron non assuré bien souvent, ne peut ou ne veut verser des dommages et intérêts, et la menace de faillite lui permet souvent de priver l'ouvrier blessé de tout ou partie de la réparation à laquelle il a droit.

Les Compagnies d'assurances ont prospéré grâce aux primes exigées des employeurs cherchant à se protéger contre les obligations mises à leur charge par la loi. D'après les estimations du Ministère de l'Intérieur, environ 10.500.000 livres furent consacrées par les employeurs de Grande-Bretagne en 1932 à faire face à cette responsabilité, somme sur laquelle près de 500.000 livres furent versées sous forme de primes aux compagnies d'assurances. Une proportion déraisonnable de cette somme fut gaspillée en commissions, frais administratifs, frais d'acquisition, etc. (5). La Commission Holman Gregory signale dans son rapport que sur chaque livre versée par l'employeur aux Compagnies d'assurances en 1918, l'ouvrier recevait en moyenne, à titre de réparation, moins de 9 s. 5 d. (6), car de ce

---

(5) La somme effectivement reçue par les Compagnies d'Assurances au cours de l'année en question fut £ 4.859.066. Sur cette somme £ 2.794.046 (57,57 pour cent) seulement furent consacrées à des versements d'indemnités (y compris les frais légaux et médicaux encourus en vue du règlement des demandes), £ 1.654.991 (34,10 0/0) passèrent en commission et dépenses administratives, ce qui laisse £ 404.029 (8,33 0/0) comme bénéfices. D'après une opinion autorisée, une assurance mutuelle contre les accidents du travail, bien administrée, ou un système d'assurances administré par l'autorité publique, pourrait fonctionner moyennant une somme dépassant de 10 ou 15 0/0 seulement les versements effectivement faits. (E. H. Downey, *Workmen's Compensation*, 1924, Macmillan, New-York, p. 99). Dans les sept grands groupes industriels pour lesquels des statistiques officielles sont dressées par le Ministère de l'Intérieur, une somme de £ 5.628.778 fut versée en 1932 à titre d'indemnités, sur laquelle la somme de £ 2.482.355 (41, 1 0/0) le fut par des mutuelles, celle de £ 1.235.272 (21,9 0/0) par des compagnies d'assurances, et celle de £ 1.911.151 (34 0/0) par des employeurs. B. P. P. Cmd 4484/1934.

(6) Cmd 816, 1920, p. 13.

chiffre il faut déduire les frais légaux et médicaux. On détermina en 1923 les Compagnies d'assurances à prendre envers le Ministère de l'Intérieur l'engagement — dont la validité juridique est douteuse — de fixer leurs tarifs de telle sorte que la proportion de perte (c'est-à-dire la proportion entre le montant total versé ou réservé pour la réparation des accidents et les primes) ne soit pas inférieure à 62 1/2 % du revenu-primes, mais cette marge *exclut* les frais médicaux et légaux impliqués par les réclamations.

Ma conclusion sur l'ensemble, fondée sur un examen sérieux (7), est que le système d'assurance destiné à couvrir la responsabilité du patron au cas d'accident du travail, a provoqué dans ce domaine, sans aucune nécessité, une multitude de litiges; que la législation n'a pas réussi à stimuler dans l'industrie l'adoption de mesures efficaces de sécurité; et que le régime judiciaire d'appréciation des réclamations est une méthode plus coûteuse et moins pratique que leur appréciation par les « Workmen's Compensation Boards » ou autres tribunaux administratifs similaires aux Etats-Unis et ailleurs. Si l'appréciation des réclamations par les tribunaux de droit commun avait abouti à un système jurisprudentiel remarquable par sa clarté, sa certitude et sa justice, tous les désavantages qui se sont révélés, pourraient être tenus, par comparaison, pour négligeables, mais tel est loin d'être le cas.

IV

La rubrique qui mérite ensuite notre attention est celle de la législation protectrice, c'est-à-dire des interventions législatives exigeant de l'employeur le respect de certaines observations minima touchant la santé, la sécurité, les heures de travail et les salaires de leurs ouvriers. C'est un très large champ d'activité législative. Nous ne pourrons qu'en signaler les repères.

Les lignes essentielles de développement étaient déjà tracées, en ce qui regarde les Factory Acts, longtemps avant 1885. Tous les principes qu'impliquaient la restriction des heures de travail des femmes et des jeunes ouvriers, la prohibition du travail de nuit, le fait d'imposer des dispositifs de sécurité et des règlements sanitaires s'étaient exprimés dans la législation antérieure. Le Factory Act de 1901, l'acte le plus important actuellement en vigueur et les mesures moins importantes qui le suivirent, n'ont fait que développer quelque peu les principes. Le trait le plus saillant de l'Acte de 1901 est le pouvoir accordé au ministre de l'Intérieur d'établir des règlements pour les industries dangereuses et insalubres. Par application de cette procédure, un grand nombre de codes compliqués ont été promulgués touchant plus de trente industries distinctes.

L'innovation la plus frappante du dernier demi-siècle est l'établissement par voie législative de taux de salaires minima obligatoires. Les Trade-Board Acts de 1909-1918, le Coal Mines (Minimum Wage) Act de 1912, et l'Agricultural Wages Act de 1924 ont permis d'assurer à des millions de travailleurs mal payés, des salaires plus élevés qu'ils n'en auraient pu obte-

(7) Voir mon article « Industrial relations and the State : A Reform of Woorkman's Compensation », *Political Quarterly*, septembre 1930, p. 511.

nir par le libre jeu de la concurrence. Dans tous les cas la législation consacre une méthode : établir un comité où sont représentés employeurs et ouvriers et contenant un élément impartial (nommé par l'autorité), et attribuer à cet organisme la charge d'établir le salaire minimum, sous réserve généralement de l'approbation ministérielle. La procédure se caractérise par la fixation du salaire par l'industrie et par sa sanction gouvernementale; elle a réussi de façon remarquable à atteindre le but désiré.

Un autre trait saillant des cinquante dernières années a été l'extension progressive des conditions de travail fixées par l'Etat, pour l'usine, l'atelier et la mine, aux autres domaines d'emploi. Le Shops Act introduisit en 1911 le principe de la réglementation des heures de travail dans les entreprises de distribution. Le Road Traffic Act de 1930, établit, entre autres choses, une sorte de code industriel pour les travailleurs des transports. Les Shops Acts sont également remarquables en ce qu'ils établissent pour la première fois une limitation des heures de travail applicable aux deux sexes sans distinction. Antérieurement on avait toujours distingué, quand il s'agissait de travailleurs adultes.

La réglementation applicable aux mines de charbon et de matières métalliques était parvenue, comme le règlement applicable aux usines et ateliers, à un point de maturité quant aux principes essentiels, dès avant 1885. Depuis, les principaux éléments nouveaux ont été la limitation des heures de travail des ouvriers du fond, adultes et du sexe masculin, introduite par le Coal Mines Regulation Act de 1908, qui établit la journée de huit heures. Les détails de cette mesure ont subi diverses modifications : le Coal Mines Act de 1926, bien qu'il ne soit plus en vigueur, mérite d'être cité, car il constitue la seule loi anglaise allongeant la durée de travail journalier légalement autorisé, mais le principe de la limitation n'a jamais été abrogé.

Un aspect extrêmement intéressant de la législation industrielle depuis la guerre est l'influence du Bureau International du Travail sur la loi anglaise. Le premier exemple de cette influence d'une importance historique se trouve dans le « Women and Young Persons (Employment in Lead Processes) Act » de 1920 (8) dont le préambule déclare : « Etant donné qu'à Washington, le 28 novembre 1919, une conférence générale de l'organisation Internationale du Travail de la Société des Nations adopta une Recommandation sous la forme reproduite dans l'Appendice au présent Acte, et qu'il est opportun que dans le but de donner effet à ladite Recommandation, les dispositions ci-dessous entrent en vigueur : Qu'il soit donc décidé par... » On trouve d'autres exemples du même genre dans les Actes suivants : Employment of Women, Young Person and Children Act, 1920 (9) ; Merchant Shipping (International Labour Convention) Act, 1925 (10). Diverses formules nouvelles, jusqu'ici inconnues de la législation industrielle de notre pays, telles que « entreprise industrielle » nous sont devenues familières grâce à ces lois.

L'œuvre du Bureau International du Travail et l'acceptation générale dans tout le monde civilisé du principe de la réglementation par l'Etat des

---

(8) 10 et 11, Geo. V, c. 62.
(9) 10 et 11, Geo. V, c. 65.
(10) 15 et 16, Geo. V, c. 42.

conditions de travail ont abouti à stimuler de façon remarquable dans ce domaine l'activité législative de tous les pays. Dans la mesure où l'examen des progrès de la législation industrielle en Angleterre implique une appréciation de la situation comparative, il nous fait signaler avec regret que tandis qu'en 1885 l'Angleterre venait en tête des nations du monde en imposant des conditions légales minima quant à l'hygiène, à la sécurité et à la protection des femmes et des enfants, etc., aujourd'hui ce n'est malheureusement plus vrai (11). Beaucoup de pays étrangers imposent maintenant des conditions légales beaucoup plus rigoureuses en ces domaines et dans les domaines voisins, que nous ne le faisons, et il n'est plus possible de nous réfugier dans la conviction complaisante que tandis que la loi anglaise s'applique, la législation des pays étrangers est en pratique laissée de côté. C'est une opinion fausse et illusoire, du moins en ce qui touche à la législation industrielle, et plus tôt nous admettrons l'infériorité relative où nous sommes tombés dans cette branche vitale du droit, plus tôt nous serons prêts à améliorer notre situation.

V

La matière des Trade-Unions a toujours formé l'une des divisions les plus importantes de la législation industrielle. Nous pouvons maintenant l'aborder.

Le Trade Union Act de 1871, la charte (prétendue) du Trade Unionisme, fut voté près de quinze ans avant le début du demi-siècle que nous étudions. L'élément criminel s'attachant à l'activité des unions avait donc disparu quelque temps avant 1885. Toutefois, ce ne fut pas avant la première décade du vingtième siècle que se révéla tout ce qu'impliquait le statut particulier et incertain que le Parlement avait conféré à ces groupements.

Du point de vue de l'histoire du droit, les parties les plus importantes de droit syndical au cours des cinquante dernières années touchent au statut, aux pouvoirs et aux responsabilités des trade-unions.

En ce qui concerne leur statut, on voudra bien généralement admettre qu'il est au moins regrettable qu'il existe une sorte d'institution qui ne soit ni chair, ni poisson. C'est pourtant le caractère d'une trade-union aux yeux de la loi. Ce n'est ni une association douée de la personnalité civile (« corporation »), ni une association « volontaire » au sens courant du terme; au mieux, ce n'est qu'une « sorte d'association douée de la personnalité civile ». Les trade unions ne sont pas réglées de façon détaillée par des statuts particuliers, et elles ne tombent pas non plus entièrement dans le domaine de la loi relative aux groupements sans personnalité civile. Elles restent donc en dehors, ou peut-être faudrait-il dire qu'elles participent des deux principales catégories établies par le droit anglais quant à l'activité des groupements organisés. Cependant ce n'est nullement le défaut le plus grave de leur statut.

---

(11) J'ai longuement discuté l'ensemble de la question dans mon article intitulé : « The Factory Acts, 1833-1933. Un centenaire de fierté et de honte. » *Political Quarterly*, janvier-mars 1934.

L'Acte de 1871 introduisit pour les Trade Unions un système d'enregistrement par l'intermédiaire du « Registrar » des Sociétés de secours mutuels. On peut invoquer de sérieux arguments pour exiger l'enregistrement selon telle procédure déterminée de tous les types importants d'institutions sociales; le Parlement cependant laisse chaque Union absolument libre d'effectuer ou non cette déclaration. Les Trade Union Acts se contentent d'assurer certains avantages assez secondaires aux Unions enregistrées en même temps qu'ils leur imposent diverses responsabilités dont la nature ne fut pas révélée avant que l'évolution de la jurisprudence n'eût traité au plus mal — ou au mieux — la législation. Chaque espèce tranchée vise spécifiquement une union enregistrée ou non enregistrée. Il existe ainsi deux groupes séparés de précédents judiciaires, et il est souvent extrêmement difficile de savoir si telle décision s'applique également à d'autres types d'Union. C'est là évidemment se laisser entraîner par un respectable amour de la nature à une passion discutable pour la jungle.

Il apparaît surabondamment, à la lumière des événements du dernier demi-siècle, que toute la question du droit d'association n'a jamais été clairement élaborée dans notre pays; ceci devient évident si nous considérons le pouvoir des trade unions.

C'est un lieu commun historique de dire que les trade unions ne furent nullement créées par la loi; elles existaient activement — non sans souffrances d'ailleurs — bien avant que le Parlement eût daigné s'en occuper. Ce que le Parlement voulait faire en 1871 était de régulariser et légaliser l'activité des associations ouvrières qui existaient déjà ou pouvaient naître ultérieurement. Le statut de 1871 devait contenir quelque description ou définition des groupements auxquels il allait s'appliquer, tout comme une loi applicable à l'espèce canine comprendrait nécessairement une section définissant le genre d'animaux visés par ses dispositions. A cette fin, le Parlement décida (section 23 de l'Acte de 1871 amendé par l'Acte de 1876) que le terme Trade Union désignerait une combinaison, temporaire ou permanente, tendant à régler les rapports entre ouvriers et patrons, ou entre ouvriers et ouvriers, ou entre patrons et patrons, ou à imposer des conditions restrictives à l'exercice d'un métier ou d'une entreprise quelconque. Jusqu'à l'époque du cas Osborne, la croyance générale était que les trade-unions jouissaient de la même liberté d'action que toute autre association volontaire.

L'arrêt « Amalgamated Society of Railway Servants v. Osborne » (12) changea tout cela. Brusquement la Chambre des Lords déclara que la définition des Trade Union Acts n'était pas une simple description mais une énumération exhaustive des pouvoirs possédés par les Trade Unions et des fins qu'elles pouvaient poursuivre. La section de notre Dogs Act supposé définissant les chiens comme des quadrupèdes vertébrés qui marchent, courent, aboient et remuent la queue était transformée en une description exhaustive de toutes les formes d'activité permises aux chiens. Désormais tout chien essayant d'attrapper un rat agirait « ultra vires ». Les Trade Union Acts, dit Lord Halsbury, rendent licites certaines choses qui sans eux seraient illicites; et ce qui n'est pas dans le cadre du statut est prohibé;

(12) [1910] *A. C.* 87.

il se contentait de faire écho à l'opinion émise par Lord Justice Fletcher Moulton à la Cour d'Appel d'après laquelle « une trade union au sens de ces Actes devait être en substance une trade union et rien de plus. »

La situation ainsi « révélée » fut modifiée par le « Trade Union Act » de 1913 qui dispose que si les principaux objets d'une Trade Union sont ceux qui sont inclus dans la définition, elle peut poursuivre en outre tout autre objet licite que ses membres désirent. Toutefois, les dépenses en vue de fins politiques de genres déterminés, bien que permises, devaient être désormais soumises à diverses dispositions exceptionnelles. Les personnes ne désirant pas payer la cotisation politique devaient être autorisées à exiger d'en être exemptées. En 1927, on modifia cette clause et on disposa que seuls pouvaient être appelés à contribuer au fonds politique ceux qui notifieraient expressément qu'ils y consentaient — arrangement pour lequel aucune disposition légale n'est nécessaire.

Les idées confuses impliquées dans les Actes antérieurs, sur les droits contractuels des Trade-Unions et de leurs membres sont devenues, avec le temps, de plus en plus anormales. La section IV de l'Acte de 1871, qui interdit à un tribunal de connaître d'actions tendant à sanctionner les différentes sortes d'accords qui constituent les principales activités journalières de la plupart des Unions (ou celles qui tendent à recouvrer des dommages et intérêts à raison de la violation d'un de ces accords), a pu sembler constituer un compromis raisonnable à l'époque où elle fut promulguée. Aujourd'hui elle est extrêmement anachronique.

Presque partout sur le continent européen, le contrat collectif est muni de sanctions légales. Dans de nombreux pays tels que la France, l'Italie, la Russie et (jusqu'au régime hitlérien) l'Allemagne, le contrat collectif est devenu nettement supérieur juridiquement aux contrats individuels ordinaires. Aux Etats-Unis le droit pour les travailleurs de conclure des contrats collectifs était un trait caractéristique du New-Deal du Président Roosevelt et était inclus dans la section 7, du N. I. R. A., aujourd'hui abrogé. L'Angleterre est la patrie du trade-unionisme; c'est sur son sol que la pratique de la discussion collective s'est tout d'abord développée; c'est pourtant chez nous seulement que le contrat collectif est encore privé de l'avantage élémentaire constitué par des sanctions légales devant les tribunaux, bien qu'en fait ce soit la méthode reconnue pour déterminer les conditions d'emploi de la grande majorité des salariés. Même sur ce point cependant, la situation n'est pas cohérente. La législation, en effet, ne prive pas de sanctions un contrat collectif intervenu entre une trade-union et un employeur isolé, bien que la raison de cette exception soit obscure (13).

L'histoire de la responsabilité civile des trade-unions est tellement connue qu'il n'est guère nécessaire de la répéter. Les juges compétents admettent généralement que le Taff Vale Case (14) constitue une intervention jurisprudentielle abstraite à propos de laquelle on ne peut invoquer ni justification historique, ni précédent légal. « Aucune action en dommages et intérêts, écrivait feu le Professeur Geldart, n'avait jamais été admise avant le Taff Vale Case, contre un groupe dépourvu de personnalité civi-

---

(13) Voir le Rapport sur les contrats collectifs, édité par le Ministère du Travail. H. M. S. O.

(14) [1901] *A. C.* 426.

le ». « Il était évident qu'une Trade-Union n'était ni un individu, ni une association munie de la personnalité civile... La vérité c'est que le Parlement, en 1871, n'avait ni créé ni voulu créer une catégorie de groupements aussi anormale. Ce qu'il avait fait et voulu faire était... de mettre les trade-unions sur le même pied que n'importe quelle association licite dépourvue de personnalité civile telle que les Inns of Court, un club ou une association politique ou religieuse » (15). Le professeur Jenks a émis une opinion similaire estimant que la décision des Lords était pure législation. « La Chambre des Lords inventa d'abord un nouveau délit civil (« civil conspiracy »), puis créa une nouvelle espèce de défendeur contre qui on pouvait l'invoquer » (16).

On a tiré de multiples arguments politiques d'une section bien connue, la section IV du Trade Disputes Act de 1906 par laquelle les Trade Unions sont exemptées de responsabilité civile. Il se peut qu'il soit regrettable qu'elles jouissent de cette immunité; mais ce qu'il faut noter c'est que cette immunité n'est pas un privilège sans précédent, surprenant, antérieurement possédé par le Roi seul, mais bien un caractère qui se trouve attaché à toute association volontaire dépourvue de personnalité civile. Si l'on critique l'attribution de cette immunité par voie législative, la critique doit être adressée à l'autorité judiciaire qui trancha le « Taff Vale Case » ; car le Trade Disputes Act de 1906 est la conséquence directe de cette décision.

Il nous reste à traiter d'une autre question d'importance touchant aux associations. Le Trade Disputes and Trade Unions Act, de 1927, rétablit le principe de l'illégalité pour certains types de grèves (auxquels on ajouta après réflexion les types correspondants de lock-outs). Une grève est illégale 1° si elle a un objet quelconque différent de, ou s'ajoutant à la conduite d'un conflit du travail dans le cadre du métier ou de l'industrie auxquels les grévistes appartiennent; et 2° si elle constitue une grève tendant, ou de nature à exercer une contrainte sur le Gouvernement soit directement soit par les rigueurs qu'elle impose à la société.

Cette disposition exprime une politique formulée à un moment où l'émotion du public et l'antagonisme de classes étaient vifs, après la grève générale de 1926. Ce n'est pas ici le lieu de commenter le fond de cette mesure. Cependant l'un des caractères de la loi est très important : elle appelle les juges à trancher des questions de nature très controversée à propos de conflits économiques et sociaux. La seconde condition mentionnée dans la section précitée de l'acte de 1927 est extrêmement vague et nébuleuse. Qu'entend-on réellement par « exercer une contrainte » sur le Gouvernement ? Est-ce que les financiers de la Cité contraignent le Gouvernement quand ils exigent certaines conditions avant de consentir à soutenir un emprunt public ou une opération de conversion ? Est-ce que les médecins des assurances sociales contraignent le Gouvernement s'ils menacent de se retirer du Service national d'assurance maladie à moins qu'on n'augmente les tarifs ? La question n'est certainement pas simple; la réponse dépend d'une foule de postulats économiques et politiques. Des consi-

---

(15) « The Present Law of Trade Disputes and Trade Unions ». *Political Quarterly* (ancienne série), mai 1914, p. 41.

(16) E. Jenks. « *A short history of English Law* », 2e éd., p. 337.

dérations du même ordre s'appliquent à la question de savoir si l'on « impose des rigueurs à la société ».

VI

L'histoire des assurances sociales est relativement récente. Il y a cinquante ans elles n'existaient même pas en tant que service public, bien que depuis quelque temps les sociétés de secours mutuels assurassent les soins médicaux et des avantages similaires à leurs membres, et fussent assez importantes pour être soumises à la réglementation des « Friendly Society Acts » par l'intermédiaire du Registrar of Friendly Societies.

Aujourd'hui il existe un réseau complexe d'assurances sociales qui protège la grosse majorité des salariés contre les conséquences économiques des désastres humains les plus fréquents.

Une mesure préliminaire fut prise en 1908 avec le vote de la première loi sur les retraites pour la vieillesse. Ce n'était pas, au sens strict du mot, un système d'assurance sociale, car il n'impliquait aucune contribution, et était ouvert à toute personne âgée de plus de soixante-dix ans qui satisfaisait aux conditions requises relatives aux ressources, à la nationalité et à la résidence. Mais cela prépara les voies aux systèmes d'assurances.

Le premier système d'assurance sociale proprement dit fut voté en 1911 sur l'initiative de M. Lloyd George. Le National Assurance Act de cette année-là concernait surtout l'assurance-maladie, mais il introduisait un embryon d'assurance-chômage au profit d'un nombre limité de corporations spécifiées, groupant en tout environ 2.250.000 ouvriers. La principale loi sur l'assurance chômage ne fut pas votée avant 1920. Depuis lors et jusqu'à l'heure actuelle l'assurance chômage est une des grandes préoccupations de chaque gouvernement, et en quelques années, non moins de quatre lois sur cette question ont été ajoutées au statute-book. Le point culminant fut atteint l'an dernier lorsque la plus grande partie de la session parlementaire fut consacrée à la loi sur l'assurance chômage de 1934. Cette mesure organise outre l'assurance chômage et l'assistance publique, un troisième service appelé assistance-chômage. Il marque une réaction contre l'extension indéfinie du système d'assurance chômage qui aboutissait à inclure des personnes dont les versements n'ont plus aucun rapport perceptible avec les sommes qu'elles touchent.

Le système d'assurance nationale maladie (National Health Insurance) trouva, pour ainsi dire, un locataire occupant l'appartement sous la forme des sociétés de secours mutuels et groupements similaires sans personnalité civile, ou de compagnies d'assurances, effectuant une partie du service. Le Parlement fit donc une part à ces intérêts en confiant une bonne partie de la gestion du système à ces sociétés, à condition qu'elles fussent « approuvées » comme réunissant certaines conditions. Ce compromis imposa dès le début un sérieux handicap au système d'assurance nationale maladie dont il n'a jamais pu se débarrasser, car les sociétés approuvées représentent les groupements les plus divers et ne se modèlent sur aucun plan scientifique destiné à assurer l'administration d'un service national de ce genre.

Le terrain était beaucoup mieux préparé pour l'assurance chômage. Le Labour Exchanges Act de 1909 permit au Board of Trade d'établir et

de maintenir des bureaux de placement dans tout le pays en vue de rassembler et de distribuer des renseignements concernant les emplois vacants et les ouvriers cherchant de l'emploi. Une organisation de ce genre est indispensable à la gestion correcte de l'assurance chômage.

En 1925, une nouvelle étape fut atteinte. Le Widows', Orphans', and Old Age Contributory Pensions Act greffa sur le système d'assurance maladie une série de pensions pour les veuves (avec allocations supplémentaires pour les enfants), pour les orphelins, et pour les vieux assurés et leurs épouses, entre soixante-cinq et soixante-dix ans.

L'espace dont nous disposons ne nous permet pas de donner ici, fût-ce une esquisse, des dispositions complexes de ces mesures; il n'est pas non plus possible d'indiquer avec précision les catégories de personnes qui ont droit aux différentes allocations prévues par ces textes. On peut toutefois formuler quelques propositions générales concernant cette législation.

Pour la première fois dans notre histoire, la grande majorité des salariés des deux sexes sont assurés d'une aide pécuniaire et de soins médicaux (y compris remèdes et appareils) au cas de maladie ou d'incapacité, et de versements hebdomadaires réguliers durant les périodes de chômage et la vieillesse. Les femmes (mariées ou non) ont droit aux allocations de maternité pendant les couches et à des pensions quand elles deviennent veuves. Les enfants des assurés ont droit à des pensions d'orphelins s'ils perdent leurs parents. Les gens qui deviennent aveugles ont droit à une pension de vieillesse à l'âge de cinquante ans. Le montant des allocations est sans doute dans bien des cas insuffisant par rapport aux besoins de ceux qui les reçoivent; mais elles constituent un progrès énorme sur l'état de choses antérieur. Elles ouvrent une phase nouvelle du long combat contre les privations, la maladie, l'insécurité et la misère.

Du point de vue juridique le développement est significatif car tous ces systèmes ont créé une nouvelle classe de droits légaux fondés non sur la propriété privée ou le contrat, mais sur une législation sociale de caractère obligatoire. Ces droits ne peuvent être achetés ni vendus, cédés ni légués. Ils ne reposent ni sur la naissance, ni sur le revenu, mais sur le statut industriel des personnes qui en jouissent, ou à l'existence desquelles ils se rattachent. Ils sont tous liés directement ou indirectement au fait de l'emploi et c'est pour cette raison que l'assurance sociale entre dans le domaine de la législation industrielle.

Tous ces droits sont déterminés et sanctionnés par une série spéciale de tribunaux administratifs. Les tribunaux ordinaires ne s'en occupent guère. Le Ministre de l'hygiène, le Ministre du travail, les Courts of Referees, l' « Umpire », telles sont les autorités juridictionnelles dans tous les cas, sauf quelques cas d'importance secondaire (17). Les nouveaux droits sociaux ont ainsi donné naissance à un nouveau système judiciaire. L'examen de cet aspect de la question relève du droit administratif.

Un autre trait remarquable est la reconnaissance des responsabilités familiales impliquées dans toute cette trame de droit nouveau. A l'origine de cette orientation on trouve incontestablement l'Acte de Lord Campbell.

---

(17) Voir mon ouvrage *Justice and Administrative Law*, où l'on trouvera une description complète de ces juridictions.

On la retrouve sous une forme très accentuée dans les Actes sur la responsabilité des accidents du travail, où l'indemnité en cas de décès varie non seulement avec le nombre des « dependants » mais aussi avec l'âge des enfants de cette catégorie. Elle se manifeste nettement dans les allocations pour enfants jointes aux pensions des veuves, dans les pensions des orphelins, dans les allocations accordées aux « dependants » en vertu du système d'assurance chômage. Cette tendance fait un contraste frappant avec l'individualisme accusé de la common law, qui considère chaque personne comme un atome plus ou moins isolé.

VII

La dernière rubrique à propos de laquelle il convient de dire quelques mots est celle de l'arbitrage et de la conciliation. L'histoire en est longue mais pour la plus grande partie remonte à des dates antérieures à notre période ([18]). Les principaux événements remarquables sont le « Conciliation Act » de 1896 et l'Industrial Court Act de 1919. La première loi se borna, à peu près, à donner au Board of Trade le droit de nommer un conciliateur officiel qui pouvait se rendre sur les lieux du conflit et offrir sa médiation; lorsque les deux parties y consentaient, un arbitre pouvait également être nommé.

Pendant la guerre, quelques changements remarquables se produisirent, y compris l'introduction d'un système d'arbitrage obligatoire, mis en vigueur par les Munitions of War Acts, de 1915-17 ; mais ces dispositions étaient provisoires et ont depuis longtemps disparu.

La seule institution permanente née des idées développées pendant la guerre ([19]) est l'Industrial Court, établie en vertu de l'Industrial Court Act de 1920. Le principe qui fonde ce Tribunal c'est que l'Etat doit assurer une juridiction régulière pour arbitrer les conflits industriels lorsque les deux parties acceptent de les lui soumettre. La Cour est composée d'un président permanent (juriste distingué), qui siège avec des personnes choisies ad hoc sur des listes permanentes, représentant respectivement employeurs et employés.

Dans l'ensemble, l'Industrial Court s'est révélée comme une institution utile, malheureusement beaucoup moins populaire qu'on n'aurait pu l'escompter. La majeure partie de son travail concerne les « civils servants » et autres fonctionnaires. Dans ce domaine elle a tranché des espèces fort importantes. Il est clair qu'on ne distingue en Angleterre aucun indice prouvant qu'on soit disposé à adopter un système d'arbitrage obligatoire des conflits industriels.

L'expérience anglaise, au cours des dernières décades, révèle les difficultés éprouvées à découvrir des « principes » authentiques acceptables en vue du règlement des conflits industriels. C'est là l'objection fondamentale à l'arbitrage obligatoire, bien qu'elle soit souvent négligée par ceux qui supposent que si l'on imite les formes extérieures d'un tribunal, on

---

(18) Voir Lord Amulree, « Industrial arbitration in great Britain », passim.
(19) V. les rapports de la Commission Whitley.

réalise automatiquement par surcroît toutes ses qualités essentielles. Il semble clair que si l'arbitrage industriel ne peut abolir ni les conflits du travail ni la pauvreté, il peut néanmoins réaliser une utile technique d'organisation industrielle lorsque les deux parties sont disposées à accepter sa décision.

Il est difficile de résumer dans un aussi vaste domaine. D'une façon générale, cependant, il semble qu'on peut dire que des progrès considérables ont été réalisés dans certaines branches de la législation industrielle au cours des cinquante dernières années, bien que dans d'autres branches on constate une singulière absence d'efforts pour poursuivre les progrès réalisés au cours du demi-siècle précédent.

Les progrès et les innovations les plus remarquables ont été faits dans le domaine des assurances sociales, de la législation sur le salaire minimum et de la responsabilité au cas d'accidents du travail. Les pires exemples d'arrêts dans le développement se rencontrent dans les Factory Acts et statuts protecteurs similaires, dans le droit des Trade-Unions, et dans les règles de common law relatives aux rapports d'employeur à employé. L'histoire du droit industriel de 1885 à 1935 contient nombre de choses fort intéressantes pour le juriste, l'employeur, l'employé et le citoyen intelligent.

Section III

LA BELGIQUE

VELGE, *Les tendances nouvelles de la législation sociale en Belgique.*
G. DOR, *La conquête du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique.*
(Cette dernière contribution publiée dans ce Tome, Titre V, § 147.)

§ 168

LES TENDANCES NOUVELLES DE LA LEGISLATION SOCIALE EN BELGIQUE

Par HENRI VELGE
Doyen de la Faculté de Droit de Louvain

La législation sociale belge a un point de départ précis : l'année 1886. Avant cette date, en effet, bien rares étaient les dispositions de nos lois ayant un caractère vraiment social. En 1886, des troubles sociaux éclatent à différents endroits du pays ; l'ordre un instant menacé triomphe ; mais la rapidité avec laquelle ces troubles ont surgi, a montré la nécessité d'adopter en Belgique une législation sociale assez complète.

Le discours du Trône du 9 novembre 1886 annonce une série de lois nouvelles. Le gouvernement de l'époque arrête ainsi un programme de législation sociale que les cabinets qui se succéderont pendant quinze ans n'auront qu'à réaliser progressivement.

Une première période de la législation sociale belge s'étend donc de 1886 à 1906. Une série de réformes sont successivement adoptées. Elles touchent à toutes les grandes questions en discussion à cette époque : règlementation du travail des femmes et des enfants, paiement des salaires, réparation des dommages résultant des accidents du travail, création de comités de conciliation pour les conflits collectifs, réorganisation des conseils de prud'hommes, habitations ouvrières, caisse d'épargne, statut des unions professionnelles, amélioration du statut des mutualités, développement de l'enseignement professionnel et ménager.

Le programme réalisé pendant ces quinze années ne touchait pas à la limitation du travail des adultes. Cette idée avait été intentionnellement écartée.

Des tendances nouvelles se manifestent au cours d'une seconde période : tout en apportant un certain nombre de modifications aux lois votées au cours des années précédentes, le législateur décide, cette fois, de limiter la durée du travail des adultes, tout au moins dans les mines, en attendant d'ailleurs que cette limitation devienne plus générale; il ratifie en même temps, les premières conventions internationales du travail, ayant pour but d'uniformiser les mesures de protection adoptées dans les différents pays européens.

Une troisième période s'ouvre au lendemain de la guerre. Non seulement le législateur entre dans la voie d'une limitation stricte de la journée de travail des adultes, limitation cette fois généralisée, mais il tend à mettre

sur pied un régime complet d'assurances sociales. A ce dernier point de vue, il améliore tout d'abord la législation sur la réparation des accidents du travail, vote une loi nouvelle sur la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles, organise un système de pensions en vue de la vieillesse et du décès prématuré, institue un régime d'assurance contre le chômage involontaire, met enfin sur pied un système étendu d'allocations familiales. Il comptait compléter ces dispositions par le vote d'une loi instituant l'assurance contre les maladies non professionnelles et l'invalidité prématurée; la crise économique empêcha l'adoption de ce projet qui eût imposé à l'Etat comme à l'industrie des charges que ni l'un ni l'autre ne pouvaient supporter à ce moment. En même temps, le législateur consacre les premières tentatives réalisées avant la guerre en matière de législation internationale du travail, en ratifiant une série de conventions votées aux conférences internationales de Genève.

***

Nous avons classé en trois périodes l'histoire de la législation sociale de 1886 à nos jours ; mais bien que chacune d'entre elles ait des caractéristiques spéciales, toutes trois partent d'une même conception : apporter des atténuations successives aux principes du libéralisme économique.

Il faut noter, en effet, qu'au début de son indépendance, en 1830, les sphères dirigeantes du pays étaient exclusivement attachées aux principes du libéralisme économique. Toute tentative d'y porter sérieusement atteinte avait été vouée à l'échec. Les seules dispositions légales adoptées avant 1886, en faveur des classes déshéritées, étaient celles que le législateur avait jugées compatibles avec les principes libéraux. Depuis 1886, au contraire, les atténuations apportées par le législateur au principe de la liberté se sont multipliées. Tout d'abord, pendant les deux premières périodes, pour faire disparaître un certain nombre d'abus; ensuite, pendant la troisième période, pour combattre l'imprévoyance individuelle : plusieurs dispositions législatives consacrent, en effet, le principe de l'assurance obligatoire.

La législation sociale belge fut donc promulguée successivement pendant environ cinquante ans, accentuant toujours les mesures de protection en faveur des travailleurs, en même temps qu'elle faisait obligatoirement participer ceux-ci aux diverses institutions de prévoyance sociale ; mais dans l'ensemble toute cette législation ne correspondait pas à un plan systématique; on avait légiféré là où les circonstances du moment imposaient l'intervention du législateur. Le regard jeté en arrière sur cet ensemble de lois ne donne pas l'impression d'un travail parfaitement cohérent; la nécessité d'une coordination s'impose. Va-t-elle être l'œuvre du législateur seul qui dotera la Belgique d'un code de la prévoyance sociale ? Va-t-elle, au contraire, émaner d'organismes nouveaux travaillant en collaboration avec les pouvoirs législatif et exécutif.

C'est ici que de nouvelles tendances se font jour, et que la législation s'oriente vers des conceptions originales.

***

Bien que nous soyons toujours dans le domaine des projets, quelques actes du législateur montrent parfaitement qu'il n'entend plus légiférer

sur des bases absolument identiques à celles du passé : le législateur se réserve le droit d'arrêter lui-même les principes légaux suivant lesquels il entend régler les relations sociales (la Constitution exige d'ailleurs qu'il en soit ainsi), mais il tend à associer à la préparation de la législation, les groupements qui unissent des personnes pratiquant une même profession.

Quelques exemples mettront en relief cette conception nouvelle.

La loi du 8 juillet 1936 a institué en Belgique le régime des congés annuels payés ; cette loi établit un certain nombre de conditions suivant lesquelles ces congés doivent être octroyés; mais le législateur a prévu, en termes exprès, que des accords collectifs adoptés au sein de commissions paritaires comprenant des représentants de groupements patronaux et ouvriers, pourraient déroger à la loi, à condition d'être consacrés par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

Bien entendu, s'il est possible, dans ce cas, d'adopter des modalités différentes de celles prévues par la loi, le principe de l'octroi de congés payés, dont elle détermine l'importance, doit rester intact : les dérogations conventionnelles ne touchent qu'aux mesures d'application.

Le législateur ne légifère donc plus pour les modalités d'exécution que dans le cas où chefs d'entreprises et ouvriers ne se sont pas mis d'accord sur la solution à donner à certaines difficultés. Le législateur juge ainsi que, mieux que personne, les intéressés à l'exécution de la loi doivent rechercher les modalités qui permettront de mieux l'adapter aux nécessités de chaque profession et aux besoins des différentes entreprises ; il se borne à réserver le contrôle du gouvernement, par voie d'arrêté royal, sur les arrangements conventionnels.

Cette conception est totalement différente de celle qui avait inspiré le législateur lorsque, par exemple, dans la loi du 14 juin 1921, il a réglementé l'institution de la journée de huit heures et de la semaine de quarante-huit heures. En effet, il a introduit dans cette loi une série de précisions extrêmement rigides, dont, dans certains cas, groupements ouvriers comme groupements patronaux désireraient quelques assouplissements, actuellement impossibles sans réviser la loi elle-même.

Nous retrouvons la même conception dans la loi du 9 juillet 1936 instituant la semaine de quarante heures dans les industries ou sections d'industries où le travail est effectué dans des conditions insalubres, dangereuses ou pénibles. A l'opposé de la loi du 14 juin 1921 instituant la journée de huit heures, la loi de 1936 s'abstient complètement d'entrer dans le détail. Tout d'abord, elle prévoit, pour les industries insalubres, dangereuses et pénibles, que les dispositions relatives à la durée du travail effectif seront fixées par arrêté royal, après avoir consulté les commissions paritaires ou les associations professionnelles d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives des intérêts en cause.

Mais l'innovation est spécialement caractérisée dans la disposition de la loi qui permet au Roi de rendre obligatoires, pour tous les intéressés, les réductions de la durée du travail effectif admises dans les commissions paritaires ; il ne s'agit plus cette fois, d'industries insalubres, dangereuses ou pénibles ; dès que les commissions paritaires (au sein desquelles les associations patronales et les associations ouvrières les plus représentatives ont leurs représentants) ont adopté un règlement de réduction de la durée du travail effectif, ce règlement peut, par arrêté royal, s'imposer à tous les

chefs d'entreprises et à tous les ouvriers de cette branche de production, qui devront le respecter comme s'il s'agissait d'un véritable texte de loi. Des sanctions pénales sont d'ailleurs prévues pour assurer la stricte application de cette disposition. L'élaboration de la règlementation se fait ainsi par les intéressés eux-mêmes, l'autorité intervient exclusivement pour lui donner sa sanction.

Il est à noter d'ailleurs qu'il ne s'agit pas ici d'un avis à demander aux intéressés, avis que le gouvernement peut suivre ou ne pas suivre. Il faut qu'à l'unanimité une décision ait été prise au sein des commissions paritaires, ce qui implique l'assentiment des chefs d'entreprises et des ouvriers groupés en association .

Cette tendance nouvelle s'est manifestée également dans d'autres dispositions législatives. C'est ainsi qu'un arrêté royal du 13 janvier 1935, pris en vertu des pouvoirs spéciaux accordés au gouvernement, a réservé dans la règlementation de la production et de la distribution un rôle important aux groupements patronaux qui peuvent solliciter l'extension, même à des non affiliés, de mesures de discipline qu'ils ont admis pour leurs membres. Bien entendu, semblable mesure ne peut être étendue aux entreprises non groupées ou aux dissidents qu'après examen contradictoire réservant aux minorités le droit de défendre leur point de vue.

Suivant la même conception, l'arrêté royal du 23 décembre 1934 a confié aux groupements de chefs d'entreprises ou de commerçants un rôle très important dans la répression de la concurrence déloyale. Dès qu'ils estiment que l'intérêt de la profession est en cause, les groupements peuvent se substituer aux industriels ou commerçants victimes d'actes de concurrence déloyale et intenter, devant le président du tribunal, l'action tendant à faire cesser immédiatement le trouble causé par l'acte contraire aux usages loyaux de l'industrie ou du commerce.

Signalons enfin la loi toute récente du 10 juin 1937 accordant des allocations familiales aux non salariés. Le législateur se trouvait ici devant une difficulté : le champ d'application extrêmement étendu et varié de cette loi (elle s'étend en effet aux employeurs eux-mêmes, aux anciens employeurs et aux travailleurs indépendants) ne permet pas de réserver un rôle direct aux groupements d'intéressés; ceux-ci sont en l'espèce beaucoup trop disparates : les employeurs étant notamment groupés par professions et plusieurs groupements existant au sein de la même profession. puisque la loi s'étend à la fois aux industriels importants comme aux petits artisans, au grand commerce, comme au commerce de détail, à ceux qui exercent des professions libérales ou indépendantes à tous les degrés de la hiérarchie sociale ; les anciens employeurs ne sont évidemment pas groupés, quant aux travailleurs indépendants, ils sont nécessairement très dispersés, en raison du caractère disparate de leur activité.

Cependant, le législateur a estimé qu'il ne lui était pas possible d'entrer dans tous les détails d'application de la loi et d'établir un texte aussi complet qu'il l'avait fait par la loi du 4 août 1930 et les dispositions qui ont modifié cette loi pour établir un régime d'allocations familiales en faveur des salariés. Il a donc confié au gouvernement le soin de préciser une série de points qui, normalement, sont de la compétence du pouvoir législatif telles que, par exemple, les sanctions pénales; mais il a décidé en même temps que semblables mesures ne pourraient être prises par le Roi

qu'après avoir consulté la commission des allocations familiales à laquelle seraient adjointes pour l'examen de ces questions quatre personnes représentant l'artisanat, le petit commerce de détail, la petite culture et les professions libérales.

Le législateur a ainsi entendu faire participer des représentants de ces différentes professions, autant que la matière spéciale le permet, à l'élaboration du régime des allocations familiales qui les concerne.

***

Ces quelques documents législatifs, encore peu nombreux jusqu'à ce jour, consacrent une orientation nouvelle consistant à associer d'une façon beaucoup plus effective les groupements patronaux et ouvriers à l'organisation légale de la profession.

Mais un nouveau pas va être franchi.

Le gouvernement a exposé les grandes lignes de ses intentions dans sa déclaration ministérielle du 24 juin 1936. Il a annoncé, en effet, le dépôt d'un projet de loi dotant les groupements professionnels d'un statut qui leur serait octroyé automatiquement dès qu'ils rempliraient les conditions générales indiquées dans la loi. Il a ajouté que les organismes ainsi dotés de ce statut jouiraient d'un droit d'avis en toute matière touchant à l'ordre économique et aux intérêts professionnels, et disposeraient d'un droit d'initiative, sous forme d'élaboration de projets à transmettre au pouvoir exécutif. Il a annoncé que cette réforme ouvrirait la voie à un droit éventuel de discipline et de règlementation qui pourrait, dans l'avenir, être attribué par le législateur aux organismes professionnels sous le contrôle du pouvoir exécutif. Au-dessus des différentes institutions libres ou officielles fonctionnerait un conseil économique chargé d'assurer la cohésion et la hiérarchie de la vie économique.

Depuis que cette déclaration a été lue au parlement, les idées se sont précisées. Des suggestions ont été formulées et le gouvernement, lui-même, a annoncé d'ailleurs le dépôt d'un projet complet, au cours de la présente session parlementaire (1).

Voyons quelles sont les idées vers lesquelles on s'oriente, et notamment quelle influence ces idées nouvelles peuvent exercer sur le développement de la législation sociale.

Tout d'abord, comme l'indique la déclaration ministérielle, on voudrait voir consacrer par la loi la situation du fait des nombreuses associations patronales et ouvrières qui existent en Belgique; leur influence sur l'avenir économique et social du pays est de plus en plus grande. Il est illogique que ces groupements restent en marge de la législation, qui, jusqu'à présent, les ignore. Ces associations de fait vivent simplement sous le régime de la liberté d'association que la Constitution reconnaît à tout citoyen.

Puisqu'il est question d'accorder à ces groupements la personnalité civile, se pose la question de leur responsabilité. C'est là un des points les plus délicats des projets actuellement en discussion.

---

(1) *Cfr.* notre étude : L'organisation professionnelle. Projet de réalisation en Belgique. Edition Universelle. Bruxelles, 1937.

Il semble, à première vue, que la solution en soit simple. On ne peut songer raisonnablement à décider que les groupements répondent des actes de tous leurs membres. Il doit appartenir à leurs membres de quitter les associations dont ils font partie, et dont la direction ne correspondrait plus à leurs idées, de même le groupement doit avoir le droit d'exclure des membres dont l'action serait contraire aux idées que ces groupements ont mises à la base de leur action.

Il faut logiquement admettre que les groupements professionnels répondent des actes de leurs organes, en l'espèce leur conseil d'administration, et de leurs préposés, c'est-à-dire du personnel de leur secrétariat permanent. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les conséquences de la responsabilité soient évaluées d'avance, par l'adoption d'une clause pénale fixant le montant des dommages et intérêts à payer en cas d'inexécution des engagements.

Ce système, qui n'est en réalité que la simple transposition dans la législation sociale d'éléments empruntés au droit commun, ne rencontre malheureusement pas l'unanimité. Les groupements syndicaux ouvriers sont hésitants ; certains refusent de reconnaître toute responsabilité des groupements professionnels et ne veulent que des responsabilités individuelles de leurs membres ; d'autres admettent cependant des engagements garantis par le dépôt d'un cautionnement.

Il semble cependant fort simple de résoudre cette question par la transposition sur le plan collectif des engagements qui, jusqu'à présent, ont été pris sur le plan individuel.

Quoi qu'il en soit, c'est là un des éléments délicats de la législation de demain, éléments dont dépend le sort que la loi réservera aux contrats collectifs de travail.

Il faut noter, en effet, que jusqu'à présent le législateur belge n'est jamais intervenu dans le domaine des contrats collectifs, et qu'il a laissé celui-ci réglé exclusivement par les usages, ne lui reconnaissant d'autre caractère, suivant l'expression de M. Planiol, que celui d'un traité de paix entre le capital et le travail. La sanction juridique n'existe pas en effet. Seuls les conseils de prud'hommes s'y réfèrent parfois dans les conflits individuels, comme étant l'expression de la coutume.

Après avoir résolu le problème du statut des groupements, le législateur doit créer un certain nombre d'organes qui doivent permettre à ceux-ci d'exercer leur action, et notamment de faire valoir leur droit d'initiative annoncé par la déclaration ministérielle. Déjà, dès à présent, ont fonctionné assez empiriquement des commissions paritaires, dont nous rappelions le rôle dans la législation sur les congés payés ; il importe d'en rendre l'organisation systématique et de déterminer d'une façon précise leur fonctionnement. C'est au sein de ces commissions paritaires que doit s'élaborer le contrat collectif du travail, quel que soit le caractère que le législateur de demain réserve à cet aspect des relations entre patrons et ouvriers.

Au-dessus des commissions paritaires doit être institué, pour chaque profession, un conseil professionnel comprenant des éléments représentatifs de toutes les parties de cette profession, patrons et ouvriers, grandes et petites industries, commerçants et classes moyennes, artisans, etc. Ces conseils devront étudier le fonctionnement de l'ensemble de la profession, et faire, en ce domaine, toutes suggestions aux pouvoirs législatif ou exécutif.

Il doit leur appartenir d'élaborer de véritables règlements qui, moyennant consécration par arrêté royal, s'imposeraient à tous ceux qui pratiquent la profession ou une branche de celle-ci.

Certains préconisent, spécialement dans le domaine des classes moyennes, l'intervention d'organismes interprofessionnels. Le gouvernement, s'il désire entrer dans cette voie, devra le faire avec grande prudence, pour éviter de compliquer inutilement le fonctionnement de la machine et d'atténuer la responsabilité de ceux qui assument la direction de la profession.

Enfin, au-dessus de tous les conseils professionnels viendrait se placer le conseil général des professions, c'est-à-dire le conseil économique dont le gouvernement a annoncé la création, chargé d'établir un programme de coordination entre les diverses activités du pays.

Tous ces organismes auront pour but de faciliter l'adoption de la réglementation de tout ce qui touche à l'exercice de la profession, c'est-à-dire que les intéressés devront eux-mêmes participer directement au fonctionnement de la législation dans l'exercice de la profession qu'ils pratiquent. Il leur appartiendra ainsi d'assumer une véritable responsabilité dans l'élaboration de cette législation, ne se bornant plus, comme par le passé, à émettre des vœux ou des revendications, sans se soucier des possibilités de réalisation de ceux-ci.

La législation sociale belge est appelée à s'orienter ainsi d'une façon beaucoup plus précise dans le sens déjà esquissé ci-dessus par les lois récentes que nous avons mentionnées. Il est à prévoir, en effet, que les lois sociales futures se borneront ainsi à émettre un certain nombre de principes que devront respecter les accords entre organisations patronales et ouvrières, mais des modalités d'application de ces principes ne seront obligatoires que pour les entreprises qui n'auraient pu, elles-mêmes, élaborer des règles d'application pratique; il est à prévoir que la coordination de la législation sociale se fera bientôt sur les mêmes bases.

La même conception inspirera les modifications aux dispositions légales résultant du développement de la technique. On s'est souvent plaint de l'immuabilité et de la rigidité des textes légaux. La souplesse doit être un des caractères de la législation élaborée suivant les conceptions résumées ci-dessus.

Dans le domaine de la prévoyance sociale, les tendances actuelles vont à l'intégration dans la profession, des institutions que le législateur a créées ou qu'il devra encore créer dans l'avenir. La législation sociale belge actuellement existante ne prévoit, à ce point de vue, qu'un seul exemple, celui de l'industrie minière, où tout ce qui touche à l'assurance en vue de la vieillesse et du décès prématuré est réglé actuellement dans le cadre de la profession, suivant en cela certaines traditions existant en Belgique dans l'industrie des mines depuis plus d'un siècle.

Cette conception est appelée à se développer à la faveur d'un contact plus étroit entre les différentes personnes qui participent à l'exercice d'une même profession.

Ajoutons enfin que des mesures doivent êtres prises pour que, au point de vue social notamment, une règlementation ne puisse pas être imposée par une majorité contrairement à des intérêts parfaitement légitimes d'une minorité ; au cœur de la crise, pour quelques cas particuliers, un contentieux économique a été organisé par l'arrêté royal du 13 janvier 1935; la

discussion contradictoire entre les intérêts opposés s'est révélée extrêmement utile pour fournir au gouvernement une documentation complète sur tous les aspects des problèmes qu'il avait à trancher.

L'instauration projetée d'un Conseil d'Etat en Belgique permettrait à celui-ci d'exercer cette mission contentieuse, et d'éclairer le gouvernement sur la conformité des propositions qui lui seraient faites avec l'intérêt général.

Nous pouvons donc conclure que la législation sociale belge s'oriente actuellement vers des tendances entièrement nouvelles, dont la réalisation ne paraît pas éloignée.

Formulons le vœu que cette législation nouvelle contribue puissamment à la réalisation, en Belgique, de la paix sociale.

Section IV

LES ETATS-UNIS

FRANKFURTER-GREENE, *L'injonction dans les conflits du travail.*
BONNET, *La doctrine de la « conspiration » et les origines de « l'injonction du travail » aux Etats-Unis.*

Nous rappelons qu'on trouve des éléments sur le Droit du travail du « new-deal » dans l'article de M. HAESAERT, La lutte entre le « new-deal » et la cour suprême aux États-unis, publié dans le Tome II, Troisième Partie, Titre III, Chapitre IV, Section III, § 89.

LE ROLE DES INJONCTIONS JUDICIAIRES DANS LES CONFLITS DU TRAVAIL AUX ETATS-UNIS [1]

Par Félix FRANKFURTER
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Harvard
et
Nathan GREENE
du Barreau de New-York

Traduit par H. MANKIEWICZ
Secrétaire général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

C'est le 27 mai 1895 que la Cour Suprême des Etats-Unis s'est prononcée pour la première fois sur la légitimité et la portée d'une injonction judiciaire dans un conflit du travail. Et pourtant la discussion sur les emplois qui sont faits de cette injonction reste au premier plan des problèmes politiques américains. Une vigoureuse agitation continue à se développer contre ce qu'on appelle le « gouvernement par injonction ». Pour permettre de la comprendre, il faut rappeler comment les « injonctions du travail » [2] se sont introduites dans la pratique judiciaire, comment elles opèrent, à quels usages elles servent et quels sont les abus qui en ont été faits.

L'ancien droit. — Deux conceptions qui, avant la législation moderne, avaient dominé l'attitude de la loi anglaise à l'égard de l'action collective ouvrière — la doctrine de la « conspiration » et celle des entraves à la liberté du commerce (*restraint of trade*) [3] — ont exercé une action per-

---

(1) Cette contribution se compose de pages choisies, reliées par des résumés d'autres pages, d'un volume publié en 1929-1930 : Frankfurter et Greene : *The Labor Injunction.* New-York, Macmillan, 343 pages.

(2) [La traduction gardera désormais la transcription littérale de l'expression technique consacrée (Labor Injunction, Injonction du travail), pour désigner les injonctions émises par les tribunaux américains dans les conflits du travail à fin d'interdire ou limiter l'emploi dans ces conflits, par les organisations du travail, d'armes considérées par eux comme illégitimes.]

(3) Winfield. *History of conspiracy and abuses of legal procedure,* (1921) ; Wright, *Law of criminal conspiracies and agreements* (1873) ; Erle, *Law relating to trade-unions* (1869) ; Dicey, *Relations between law and public opinion in England* (1914) , appendix 467, note 1 ; Sayre, *Criminal conspiracy* (1922), dans 35 Harvard Law Review 393; Weeb, *History of trade-unionism,* (1920). 597-99; Henderson, *Trade-unions and the law* (1927) Mason, *Organized labor and the law* (1925), spécialement chap. I-IV.

manente sur la loi américaine. Le plus ancien cas américain (4) avait déclaré que « une coalition de travailleurs pour élever leurs gages peut être envisagée d'un double point de vue: l'un d'en tirer un bénéfice pour eux-mêmes, l'autre de nuire à ceux qui ne se joignent pas à leur société et que la règle de la loi condamne l'un et l'autre ». Si cette idée simpliste apparaît encore dans des cas postérieurs, elle a eu la vie courte. Car, de bonne heure, on voit la Cour donner ses instructions au jury en ces termes qui présagent déjà la définition standard ultérieure de la « conspiration » : « Il y a lieu d'observer qu'il y a deux points de vue sous lesquels le délit de conspiration peut être envisagé : l'un quand il existe une coalition pour faire un acte licite en lui-même au préjudice d'une autre personne, l'autre quand l'acte accompli — ou son objet — n'est pas illicite, mais que des *moyens illicites* sont employés pour l'atteindre » (5). Durant les trois décades qui suivirent il y eut une série de poursuites et de condamnations pour conspiration criminelle (6), mais presque toutes présentaient des éléments de contrainte ou de manœuvres d'intimidation.

Cette matière a été clarifiée en 1840 par l'opinion émise par le grand Juge en Chef du Massachussetts Shaw dans le cas de *Commonwealth v. Hunt* (7) pour motiver la réformation en appel d'une condamnation prononcée en première instance contre des ouvriers qui avaient formé entre eux une société et convenu de ne pas travailler pour quiconque emploierait un étranger à leur union. Cette « opinion » a réagi contre la tendance à identifier toute organisation du travail avec une conspiration criminelle, quoiqu'elle n'ait pas arrêté complètement les poursuites pour conspiration criminelle contre des *trade unions*, basées uniquement sur ce qu'elles sont des unions du travail (8). En relevant comme une considération vitale que le but dans lequel avait été créée l'organisation du travail n'était pas illicite et en déclarant que la « légalité d'une telle association dépend des moyens employés pour son accomplissement », le Juge en Chef Shaw a, en outre, tracé ses directives à la jurisprudence ultérieure. *Conspiracy* et *restraint of trade* ont survécu comme termes adaptés à l'étouffement des activités illégales de groupes. Mais, dans l'ensemble, depuis le cas de *Commonwealth v. Hunt*, l'histoire du droit américain a été une constante accumulation de décisions judiciaires où la ligne a été tracée entre les buts et les actes permis et les buts et les actes interdits. La *fin* des activités du travail et les *moyens* par lesquels cette fin est poursuivie constituent les principaux chefs de recherche du droit du travail.

Cours fédérales et conflits du travail. — « Loi américaine » est une expression géographique. Non seulement il y a quarante-huit cours de dernière instance pour déterminer chacune le droit de son Etat, mais il y a aussi une hiérarchie de cours fédérales, siégeant dans les divers Etats, dont l'autorité est dans certains cas concurrente, et dans d'autres exclusive de la compétence des cours d'Etats. Que cette apparente hétéréogénité n'alar-

---

(4) Cas des cordonniers de Philadelphie (1806)3 Commons et Gilmore, *Documentary history of american industrial Society* (1910). 53. 233.
(5) *People v. Melvin.* Select Cases 111, 275 (N.-Y. 1810).
(6) Enumération dans Frankfurter et Green, *Labor Injunction*, p. 3, note 11.
(7) 4 Metc. 111 (Mass. 1842).
(8) V. les cas rassemblés par Witte dans 35 *Yale Law Journal* 825.

me pas les systématiseurs. Les problèmes sont habituellement d'une portée générale. Qu'on passe en revue les données jurisprudentielles des deux plus importants Etats industriels — New-York et Massachussetts — et l'on aura un bon reflet du droit des autres Etats. Et les doctrines, qui prévalent dans les cours fédérales, fournissent un corps de droit qui, quoique limité dans son autorité directe, est national dans son application.

Pour faire comprendre l'importance prise par l'intervention des cours fédérales dans les conflits du travail, il faut rappeler les bases de la compétence de ces cours. Elles interviennent dans les controverses du travail dans une mesure constamment croissante et les règlements qu'elles y donnent aux points de droit (*rulings*), sans avoir une force obligatoire, y exercent une puissante influence sur les cours d'Etats. La source de leurs pouvoirs se trouve dans l'article III de la Constitution, qui prévoit que « le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas de Loi (*common law* au sens étroit du mot) et d'Equité, qui s'élèvent sous la Constitution, les Lois des Etats-Unis et les traités faits, ou qui seront faits, sous leur autorité; — aux controverses où les Etats-Unis sont partie; aux procès entre citoyens d'Etats différents... » Ainsi, l'approvisionnement des cours fédérales consiste en deux types de litigation : 1° les cas qui leur sont attribués à raison de la nature de la cause, c'est-à-dire qui s'élèvent sous l'empire du droit fédéral; 2° les cas où les parties en litige sont citoyens d'Etats différents.

Diverses lois fédérales ont été invoquées pour ouvrir compétence, du premier de ces chefs, aux cours fédérales, dans les conflits du travail. La loi protégeant le transport entre Etats des lettres et des colis postaux (9) a été invoquée, comme motif de décision, en 1894-1895, dans le cas Debs, mais depuis on l'a pratiquement laissée à l'écart en cette matière.

L'*Interstate Commerce Act* (10), réglant l'ensemble du transport entre Etats, est beaucoup plus important. En 1893, le juge (plus tard *Chief Justice*) Taft a ouvert la voie à son invocation comme base de recours à la juridiction fédérale dans un conflit du travail, à l'occasion d'une grève de chemins de fer (11). Et un stimulant considérable a été donné par le *cas Debs* à son utilisation comme véhicule de la juridiction fédérale (12).

Mais, entre temps, les cours fédérales inférieures posaient les fondements pour l'invocation d'une autre loi qui était destinée à devenir l'instrument principal d'attraction des conflits du travail dans le champ de l'intervention des cours fédérales : l'Acte Sherman de 1890. Intervenu primitivement comme une sauvegarde contre les conséquences sociales et économiques des formations de masse du capital, ce Statut fédéral prévoyait que « tout contrat, combinaison en forme de trust ou autrement, ou conspiration, restreignant le commerce (*in restraint of trade or commerce*) entre les divers Etats ou avec les nations étrangères, est déclaré être illégal ». Les cours fédérales inférieures (13), puis la Cour Suprême finalement ont

---

(9) *U. S. Criminal Code*, § 201 (35 Statutes 1127, 1909).

(10) Loi du 4 février 1887, (24 Statutes 379) amendée et largement amplifiée par une série d'Actes législatifs, dont le plus important est le Transportation Act de 1920 (41 Statutes 456).

(11) *Toledo A. A. § N. M. Ry Co v. Pennsylvania Co*, 54. Fed. 730 (1893).

(12) *In re Debs*. 158. U. S., 564, 586 (1895).

(13) *United States v. Workingmen's Amalgamated Council*, 54 Fed. 994, 996.

admis que « le Congrès avait englobé dans cette interdiction les coalitions du travail aussi bien que celles du capital (14) ». L'exposition la plus précise de l'interprétation ainsi donnée à la loi Sherman a été fournie par la Cour Suprême dans le cas Gompers (15) en ces termes : la loi Sherman « englobe tous les moyens illégaux par lesquels le commerce entre Etats est entravé par des coalitions illégales ou du capital... ou du travail..., que l'entrave provienne de contrats illicites, trusts, pools (ou) de boycott, contrainte, menaces, intimidation ».

Une tentative pour rétrécir la compétence de la juridiction fédérale ainsi exposée par la Cour Suprême a été faite par le *Clayton Act* de 1914, et tout spécialement dans sa section 6 qui dispose : « Le travail d'un être humain n'est pas une marchandise ou un article de commerce. Rien de ce qui est contenu dans les lois contre les trusts ne doit être interprété comme interdisant l'existence et le fonctionnement des organisations du travail... instituées dans des buts d'aide mutuelle... et ces organisations ne doivent pas être considérées comme étant, en vertu des lois contre les trusts, des combinaisons illégales ou des conspirations en entrave à la liberté du commerce ». Mais l'espoir donné par cette section 6 a été dissipé par la marche ultérieure de la jurisprudence. L'effet de cette disposition du *Clayton Act*, par suite de la « construction » judiciaire qu'elle a reçue, a été, au contraire, de rendre toute activité syndicale, quand elle affecte le commerce entre Etats, sujette à la juridiction fédérale (16).

Le second chef de compétence des cours de justice fédérales repose sur la diversité de citoyenneté entre les parties au procès. En conséquence toutes les causes qui viennent devant les Cours fédérales par ce canal peuvent y poser les mêmes questions que devant les cours d'Etats. Pour prévenir les conflits qui pourraient naître de ce chef entre deux réseaux indépendants de cours administrant la justice dans un même Etat, la section 34 du *Judiciary Act* de 1789 avait disposé — et ce principe a été maintenu dans les lois d'organisation judiciaire ultérieures (17) — que c'est dans le corps de *lois* de l'Etat où siège une cour fédérale qu'elle doit puiser les règles pour la solution des *trials at common law* [c'est-à-dire des causes dont elle n'est saisie qu'à raison de la diversité de citoyenneté des parties]. Mais, plus d'un siècle après son émission, ce texte du *Judiciary Act* a été interprété en ce sens que le mot « *laws* » n'y comprend pas les décisions sur le common law (18) — la loi judiciaire ou jurisprudence — des cours

---

(14) *Loewe v. Lawlor*, 208 U. S. 274 (1908). [Sur cette extension du Sherman Act aux organisations du travail et les décisions de la Cour Suprême qui l'ont réalisée, voir Ed. Lambert, *Gouvernement des juges*, pp. 160-176.]

(15) *Gompers v. Bucks Stove and Range Co*, 221, U. S. 418 (1911).

(16) [Les trois grandes décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis, qui, par l'interprétation, ont fait sortir de la section 6 du *Clayton Act* et quelques autres de ses « sections du travail » une confirmation des attitudes du judiciaire dans les conflits du travail contre lesquelles elles visaient à réagir, ont été traduites — opinions de la majorité de la Cour et *dissents* — et commentées dans le tome 6 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé* : Lambert et Brown : *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis* (1924), 2e partie, la jurisprudence de l'année 1921, pp. 163-352.]

(17) *Revised Statutes* § 721 (1878). Cf. Stat. 581 (1901), 28 U. S. C. § 725 (1926).

(18) [Contrairement à l'usage habituel de la terminologie juridique anglo-américaine où le mot « law » sans épithète désigne le droit de provenance coutumière ou jurisprudentielle — *common law* au sens large du mot — et où les règles de provenance législative sont appelées Statutes.]

d'Etats. La Cour Suprême des Etats-Unis a admis que cette disposition ne s'applique qu'aux *Statuts*, ou actes législatifs, de l'Etat... et ne s'étend pas aux contrats, et aux autres actes instrumentaires de nature commerciale, dont l'interprétation et les effets doivent être cherchés, non pas dans les décisions des tribunaux locaux, mais dans les doctrines et principes généraux de la jurisprudence commerciale (19). Et ce n'est pas seulement sur le terrain du droit commercial; c'est aussi sur celui du droit des contrats, et celui des délits civils que les cours fédérales ont conquis leur indépendance par rapport à la « loi » locale, telle qu'elle est interprétée par la plus haute cour de justice de l'Etat (20).

La coexistence dans beaucoup de cas, au sein d'un même Etat, de deux groupes de doctrines, appliquées par des tribunaux différents, explique pourquoi des plaignants qui se trouveraient dans les conditions requises pour aller devant leurs juridictions d'Etat, préfèrent fréquemment s'adresser aux cours fédérales. C'est ce qui se produit quand ces plaignants peuvent penser que ces cours fédérales leur fourniront une plus ample protection que leur juridiction naturelle contre les activités offensives des organisations du travail. L'ardeur des employeurs à se faire entendre par une cour fédérale est assez clairement attestée par les artifices auxquels ils recourent pour présenter un alignement des parties qui réponde à la diversité de citoyenneté requise. Dans les cas où l'employeur et les ouvriers en grève sont citoyens du même Etat, on fait face à cette condition en alignant l'employeur comme partie défenderesse à côté des grévistes et engageant l'action au nom d'un citoyen d'un autre Etat qui a avec l'employeur un contrat dont on allègue que l'exécution est mise en péril par la grève ou qui, de quelque autre façon invoque un intérêt spécial dans la matière qui forme l'objet de la grève. En réalité l'employeur, ainsi aligné comme partie défenderesse n'est nullement opposé à la demande du plaignant. Il désire qu'elle obtienne satisfaction. Les cours ferment les yeux sur cette collusion pour obtenir le bénéfice de la loi (judiciaire) telle qu'elle est appliquée par la jurisprudence fédérale.

Premiers usages de l'injonction du travail. — Un éloquent témoignage de l'efficacité de l'injonction dans les conflits du travail a été fourni par un homme qui a largement donné occasion à sa mise en relief. Expliquant l'effondrement de la fameuse grève Pullmann, Eugène Debs attesta, dans une enquête officielle, que « les rangs avaient été rompus et la grève brisée... non pas par l'armée, ni par un autre pouvoir, mais simplement et uniquement par l'action des cours des Etats-Unis, en nous empêchant d'accomplir nos devoirs de fonctionnaires (syndicaux) et de représentants des ouvriers » (21).

Vieille histoire déjà à demi oubliée, la grève des ouvriers de la compagnie Pullman fut déchaînée en 1894 dans un milieu, depuis longtemps déjà mécontent, par l'annonce d'une réduction de vingt pour cent sur les salaires. L'Union Américaine (des employés) de chemins de fer ayant, pour aider cette grève, sous la direction de Debs, ordonné à ses adhérents de

---

(19) *Swift v. Tyson,* 16 Peters's United States Supreme Court Reports 1.18, (1842).
(20) *Chicago, Milwauke Railway v. Solan,* 169 U. S. 133.136 (1898).
(21) Voir *United States Strike Commission. Report on the Chicago strike of June-July* 1894, 143-144 (1895).

cesser de travailler sur les trains qui comprendraient des wagons Pullman, il s'en suivit une paralysie des transports dans l'Ouest et le Sud des Etats-Unis qui devint la question nationale du jour. Parmi les mesures de défense prises par le président Cleveland, s'encadra une demande adressée à une cour fédérale de première instance pour obtenir une injonction aux fins d'interdire « aux dits défendeurs Debs, Howard, et toutes personnes se coalisant ou conspirant avec eux de cesser absolument... d'entraver, de quelque façon que ce soit, l'affaire d'une des compagnies de chemins de fer ». L'injonction n'ayant pas produit d'effet, Debs et ses collègues furent poursuivis pour « Mépris de Cour » (*contempt of court*) et, le 14 décembre 1894, Debs fut condamné à six mois d'emprisonnement, la cour basant sa compétence pour émettre l'injonction qui avait été « méprisée » sur la loi Sherman contre les trusts. Un appel à la Cour Suprême aboutit à une confirmation, sur ces fondements généraux que « le gouvernement peut faire appel à ses cours civiles pour lui venir en aide » et que « la compétence des cours pour intervenir en pareille matière par voie d'injonction est reconnue de temps anciens et par indubitable autorité » (22).

L'*indubitable autorité* de *temps ancien* était dérivée des « cas » relatifs à la juridiction d'Equité sur les *nuisances* [actes de celui qui use de sa propriété de façon à causer un préjudice à autrui, et notamment à faire subir des gênes excessives aux propriétaires voisins.] La *nuisance* n'était pas un concept heureusement choisi pour en faire sortir un droit régissant les chocs dans la conduite des relations industrielles modernes. Et pourtant l'injonction du cas Debs n'était pas une invention nouvelle; elle avait eu ses précurseurs, dont le mieux connu — qui détone toutefois dans l'évolution générale du droit anglais — est la décision d'une cour anglaise de Ch. dans *Springhead Spinning Co v. Riley* (23), sur une poursuite contre le comité directeur d'une association d'employés qui, au cours d'une grève pour résister à une réduction des salaires, avait publié des placards qu'on alléguait être de nature intimidante. Le vice-chancelier Malins émit une injonction en se fondant uniquement sur ce que « les actes incriminés constituaient une destruction de la propriété [l'affaire] des plaignants ».

Si la doctrine du *cas Springhead* a eu courte vie en Angleterre, elle a été, en revanche, appelée à de larges et durables développements dans les cours américaines. Malheureusement l'histoire du développement ancien de l'injonction du travail est loin d'être relatée en entier dans les livres de droit. On doit la reconstituer pour une large part à l'aide des documents de l'histoire générale. La première tentative pour l'introduire paraît avoir été faite à New-York en 1880 (24). L'injonction fut refusée parce que le juge estima que les actes des défendeurs, coalisés pour inciter d'autres ouvriers à quitter l'entreprise du plaignant, n'étaient pas illicites. Mais, ajouta-t-il, « s'ils avaient ce caractère, il y aurait matière à l'octroi de recours dans une cour d'équité et ils devraient être interdits par injonction ».

---

(22) *In re Debs, Petitioner*, 158 U. S. 564.599 (1895).
(23) L. R. 6 Eq. 551, 554, 562, 563 (1868).
(24) *Johnstone Harvester Company v. Meinhardt*, 60 Howard's Pr. 168. 173 (N.-Y. 1880).

Selon Terence Powderly ([25]), un des plus importants leaders du travail de la période d'avant Gompers, des injonctions furent émises à Baltimore en 1883 et à Kent (Ohio), pour empêcher d'inciter des ouvriers travaillant sous contrat à abandonner le travail. On en signale d'autres en 1884, 1885, 1886. Pendant les années suivantes du XIX[e] siècle, les cas d'injonction croissent en volume à la façon de la boule neige qui roule. Comme ces injonctions commencent à trouver place dans les recueils d'arrêts, il se produit en même temps un effort pour trouver place à ces âpres conflits industriels sous quelques-unes des vieilles catégories juridiques et pour rattacher l'injonction du travail à des principes traditionnels de la jurisprudence d'Equité.

Dès 1888 cet effort pour placer cet emploi nouveau de l'injonction sous le couvert de la tradition juridique se manifeste dans le cas Pennsylvanien de *Brace Bross v. Evans* ([26]) où la délivrance d'une injonction avait été demandée contre un certain nombre d'ouvriers qui s'étaient coalisés « pour entraver l'affaire du plaignant en le boycottant ». Pour justifier l'octroi de l'injonction, furent produits dans ce cas plusieurs des arguments que nous retrouverons plus loin, et notamment l'invocation d'une pratique de l'Equité, exercée pendant un siècle sans contestation pour protéger l'affaire du plaignant. Pour soutenir ce dernier point, la cour se reféra à la protection donnée par l'Equité aux marques commerciales et écarta l'objection que « le droit du plaignant de conduire son affaire est un droit personnel et que l'Equité n'intervient pas pour la protection de simples droits personnels » en disant: « Il n'est pas possible que la puissante arme de Chancellerie puisse être invoquée avec succès pour préserver la fortune acquise du riche et reste sans puissance pour protéger le capital du pauvre, son cerveau et son muscle, son pouvoir et sa volonté de travailler. »

Ici étaient déjà suggérés les principaux supports de technique juridique sur lesquels on étayera finalement l'injonction du travail. Mais il faudra quelque temps pour que les cours arrivent à les dégager. Si, en cette même année 1888 une cour du Massachussetts ([27]) justifie une injonction interdisant la circulation de bannières incitant à faire grève en disant que c'est « un acte causant injustement dommage à l'affaire et propriété du plaignant et constituant une *nuisance* du genre de celles contre lesquelles les cours d'Equité ont à accorder secours », quatre ans plus tard, à l'invocation de la même doctrine contre le maintien d'une mise à l'index, une cour du même Etat de Massachussetts, répond: « Le remède doit être cherché dans une poursuite pénale ordinaire ou dans une action en réparation de délit civil... » Il n'y a point de précédents approuvés dans l'Equité pour interdire par injonction aux défendeurs de continuer cette conspiration » ([28]). Il faut parcourir bien des volumes des recueils d'arrêts du Massachussetts avant de voir la doctrine du premier de ces deux cas s'établir comme la doctrine orthodoxe et de voir rejeter la constatation historique et la politique du second.

Mais finalement l'injonction du travail a vigoureusement affirmé son

---

(25) Voir Ware, *The labor movement in the United States*, 1860-1895 (1929) *passim*.
(26) 5 Pa. Co. Ct. Reports, 163.
(27) *Sherry v. Perkins*. 147 Mass. 212, 214.
(28) *Worthington v. Waring*, 157 Mass. 421.422 (1892).

action dans le conflit croissant des forces industrielles, en Amérique, avec le début du présent siècle. Ceux-là même des juges qui conservaient des doutes sur sa légitimité les ont gardés pour eux en réfléchissant que « tout ordre ou règle juste admis par l'Equité est né de quelque circonstance critique et pressante (*emergency*), pour faire face à des conditions nouvelles et a été, par conséquent, en son temps, sans précédent » (29). Expédient aux débuts modestes, l'injonction a pris une nouvelle et vaste signification dans une économie nationale où l'organisation et l'action collective ont pris une maîtrise croissante.

Fins et moyens licites d'action syndicale. — Il faut partir de cette constatation que chacune des mesures auxquelles recourt une union du travail pour faire accepter ses demandes apporte quelque réduction à des intérêts de l'employeur, des ouvriers non syndiqués et fréquemment du public. Mais, pour le *common law* — c'est un principe formulé déjà dans les *Year Books* de l'Angleterre médiévale — un *damnum* peut être *sine injuria*. Pour les temps modernes, la maîtresse source à laquelle il faut puiser en cette matière est le Juge Holmes, dans son article *Privilege, Malice and Intent* (30), et dans ses « opinions » dans *Vegelahn v. Guntner* (31), *Plant v. Woods* (32) et *Aikens v. Wisconsin* (33).

« *Prima facie* l'infliction intentionnelle d'un dommage temporel est une cause d'action qui... requiert justification pour que le défendeur y échappe ». « Il y a des justifications variées...; mais dans tous ces cas le motif de décision est d'ordre politique (*policy*); et les avantages pour la communauté, d'un côté ou de l'autre, sont les seules matières qui aient titre à être mises dans la balance » (34).

Le dommage infligé par les mesures combattives d'une union du travail — grève, boycott, piquet — doivent gagner immunité par leur but. Mais ni cette formule ni aucune autre ne saurait épargner aux juges la besogne difficile de déterminer dans chaque cas concret si le cercle d'immunité a été ou non dépassé. Ces questions générales de droit — quels sont les fins en vue desquelles et les instruments par lesquels le *damnum* peut être causé *sine injuria* — et les ensembles compliqués de faits auxquels elles doivent être appliquées constituent une sphère laissée au discernement judiciaire où la diversité d'opinion peut trouver ample champ. Evidemment les moyens de jugement n'y sont point de simples outils juridiques.

---

(29) Ricks. D. J. dans *Toledo A. A. § N. M. Ry. Co v. Pennsylvania Co*, 54 Fed., 746, 751. Cl. Allen, *Injunction and organized labor* (1894) 28 American Law Review 828; Stimson, *The modern use of injunctions* (1895) 10 Political Science Quarterly 189; *Report of the U. S. Industrial Commission* (1901) 611; *Final report of the U. S. Industrial Commission* (1902).

(30) Dans 8 Harvard Law Review 1 et *Collected legal papers* (1920), 117.

(31) 164 Mass. 92 (1896).

(32) 176 Mass. 492 (1900).

(33) 195. U. S. 194 (1904). Sur les vues, concordantes avec celles du juge Holmes, exprimées par les juges anglais, voir *Sorrel v. Smith* (1924) 1. Ch. 506; *Ware and de Fréville Ld v. Motor Trade Association* (1921) 3 K. B. 40. [L'étude de ces deux décisions anglaises — qui y sont traduites — forme l'objet principal du tome 8 de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon (Arabi, *La conscription des neutres*), et l'un des chapitres du tome 39 de cette Bibliothèque (Barret, *Politique des prix fixes*) est consacré à l'analyse de la décision rendue par la Chambre des Lords, en 1925, dans le premier de ces cas : *Sorrel v. Smith*. L. R. (1925) A. C. 700.]

(34) Holmes, *Privilege, Malice and Intent* (1894) 8 Harv. Law. Rev. 1, 3.

« Le fondement de décision, dit encore le Juge Holmes, vient en réalité d'une proposition de politique ou police (*policy*) de nature plutôt délicate sur la valeur du bénéfice particulier qui est visé pour eux-mêmes par les défendeurs et permet de se demander si, mis en face d'un même point en litige, des juges ayant des sympathies économiques différentes ne le trancheraient pas de façons différentes » (35). Tant que les juges n'auront pas pris conscience de la véritable nature des considérations législatives qu'ils ont à peser, en tranchant ces questions et à se défier des préjugés inconscients et des inclinations demi-conscientes qui peuvent peser cette pesée, les méthodes et les résultats du travail judiciaire en cette matière ne présenteront point de caractère scientifique.

Les cours trouvent la *clef* pour la justification de la conduite incriminée au cours des procès du travail dans le but pour lequel et les moyens par lesquels le dommage a été infligé. Mais, comme la clef d'une ville. c'est une clef qui n'ouvre rien. [Sur ces questions de politique juridique, dont la solution a varié avec les temps et continue à varier avec les juridictions et surtout avec les juges qui y siègent, il suffira de renvoyer aux pages 24-46 du livre *The Labor Injunction*, d'où ces pages sont extraites.]

L'expédient employé pour justifier juridiquement l'injonction. — Maitland (36) a dit de l'Equité anglaise qu'elle a rempli le « *common law* », qu'elle en est une sorte d'appendice, une glose écrite autour de lui. Quant aux controverses du travail durant le dernier quart de siècle en Amérique, l'Equité a absorbé la Loi (le *common law*). Les gloses de l'Equité ont réécrit le code américain des conflits industriels.

Dans ses stages primitifs, l'injonction a été un expédient de Chancellerie pour éviter la menace ou la continuation d'un irréparable dommage à la terre. Avec le temps on l'a trouvée utilisable pour d'autres intérêts, nouvellement acquis, d'une société de plus en plus hétérogène. Mais la tradition juridique a entretenu l'illusion que le droit reste toujours ce qu'il a été jadis. Et ainsi le Chancelier a placé sous le concept de propriété les intérêts de toutes sortes qu'il a pris sous sa protection (37). Des questions modernes dues aux nouvelles complexités ont été ainsi aplanies par l'illusoire simplicité de vieux termes. Notre Cour Suprême a dit : « L'affaire du plaignant est un droit de propriété » (38), ce qui d'ailleurs est indiscutable, si l'on entend par là que certaines relations avantageuses et le droit de les poursuivre ont aussi bien une valeur pécuniaire qu'un morceau de terre. Mais il y a propriété et propriété. Et les instruments de défense juridique appropriés à la protection de la terre peuvent ne pas être applicables en totalité à la protection d'une affaire commerciale. Le juge Holmes a signalé le caractère de pétition de principe de l'argument employé pour fon-

---

(35) Holmes. Même article, 1, 8. Plus récemment un distingué juge anglais, Scrutton *The work of commercial courts* (1921) 1. Cambridge Law Journal, 6, 8, a analysé les difficultés psychologiques du jugement dans les controverses du travail.

(36) *Lectures on Equity*. 1909, p. 18.

(37) Pound. *Equitable relief against defamation and injuries to personalty* (1916) 29 Harv. L. Rev. 640.

(38) *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. 312.327 (1921). [Décision pour laquelle l'opinion de la majorité et les *dissents* des juges de la minorité ont été intégralement traduits dans le tome 6 (Lambert et Brown), pp. 278-354, de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon.]

der des résultats pratiques sur une conception envisageant la notion de propriété comme englobant tout ce qui a de la valeur. « En appelant une affaire propriété, vous voulez en faire quelque chose de semblable à la terre..., mais vous ne pouvez pas lui donner la même détermination de contours en l'appelant une chose » (39). C'est pourtant l'établi sur lequel l'injonction du travail a grimpé. Assez naturellement, mais naïvement, les leaders du travail américain en sont arrivés à croire que la croissance tropicale de l'injonction pouvait être ralentie en limitant artificiellement la notion de propriété (40).

Fréquence des injonctions du travail. — Il est difficile de donner des chiffres qui mesurent exactement la place prise par les injonctions dans l'arène de l'industrie américaine, parce qu'elles sont loin d'être toutes enregistrées dans les Recueils d'arrêts. Mais, en réalité, le remède de l'injonction est devenu le remède juridique ordinaire, presque le seul remède. Dans l'administration de la justice entre employeurs et employés, il est devenu le levier central. C'est surtout à cause de l'injonction que le travail organisé voit avec ressentiment l'ensemble de la « loi » (judiciaire). L'injonction est la contribution distinctive de l'Amérique dans l'application de la « loi » à la lutte industrielle.

Les diverses sortes d'injonction du travail. — Dans presque toutes les juridictions américaines, elles se divisent en trois classes : 1° l' « ordre » temporaire ou injonction *ad interim* qui, dans sa marche ordinaire, est emise *ex parte* (en l'absence de la partie opposée) et sans notification préalable à l'adversaire; 2° l'injonction temporaire ou *pendente lite* émise après notification à l'adversaire et occasion à lui donnée d'être entendu; 3° l'injonction permanente basée sur une pleine audition et constituant une décision définitive sur le fond de l'affaire. Les auditions de « motions » tendant à maintenir ou à supprimer une injonction *ad interim* ou une injonction temporaire sont des incidents possibles de la procédure de ces injonctions.

Champ d'application des injonctions du travail. — Il convient de noter d'abord un point important de procédure. Dans les matières autres que les conflits du travail des décisions américaines ont appliqué la règle importante du *common law* qu'une association sans personnalité morale (*unincorporated*) ne peut pas être poursuivie et poursuivre en justice comme entité. Or, sauf de négligeables exceptions, les unions du travail restent sans personnalité morale et comme telles ne sont investies juridiquement ni de droits, ni d'obligations, ni de responsabilités. « Faire d'une union du travail non incorporée, une partie défenderesse est, selon la Cour Suprême du Massachussetts, une impossibilité. Car la « loi » ne connaît point une

---

(39) *Truax v. Corrigan.* 257 U. S. 312.342. [Traduction intégrale du passage du *dissent* d'Holmes, résumé au texte, dans tome 6 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé, pp. 307-308.]

(40) Voir, par exemple, cette proposition de loi 1.482, 70e Congrès, 1re Session : « Les cours d'Equité n'auront pas juridiction pour protéger la propriété quand il existe un remède dans le *common law.* Pour déterminer cette juridiction, rien ne sera tenu être propriété qui ne soit tangible et transférable. » Un Statut du Massachussetts a prévu en 1914 que « le droit d'entrer en relations d'employeur et d'employé, de changer ces relations, d'en créer de nouvelles, devra être considéré comme étant un droit personnel, et non un droit de propriété. » Ce statut a été déclaré inconstitutionnel en 1914 dans le cas *Bogni v. Perotti,* 224, Mass. 152.

pareille entité » (41). En fait, déjà avant 1922, quelques cas d'injonction, non reproduits dans les recueils d'arrêts, avaient fermé l'œil sur cette objection. Et le recours à la doctrine de l'équité de l' « action par représentation », — en vertu de laquelle sont représentées par les parties au procès les personnes qui se trouvent dans la même situation qu'elles — avait préparé la voie à une jurisprudence qui permettrait d'actionner l'ensemble des membres de l'Union en appelant en cause un fonctionnaire de l'association ou l'association elle-même. Cette réforme avait même été réalisée déjà dans plusieurs Etats par voie législative.

Enhardie par ces antécédents législatifs, la Cour Suprême des Etats-Unis, en 1922, dans le *Cas des Mineurs de l'Arkansas* (42), pendant américain de la décision rendue en Angleterre en 1901 dans le *Taff Vale Case* (43), a proclamé comme doctrine établie pour les cours fédérales (44) qu'une union du travail doit être considérée par le droit comme ce qu'elle est dans la vie : une entité distincte de ses membres individuels, susceptible ainsi d'être poursuivie dans le nom commun et condamnée à dommages-intérêts sur le fonds commun. La théorie juridique s'est ainsi conformée à la réalité industrielle.

Personnes liées par les injonctions. — Les procédures en injonction nomment comme défendeurs les fonctionnaires de l'union ou, moins fréquemment, les personnes qui ont pris une part prépondérante dans les activités estimées illégales. Mais cela ne révèle aucunement l'étendue de l'empire de l'injonction dans les conflits du travail.

Les cours fédérales ont donné aux injonctions du travail le plus large cercle d'application. Dès 1894 la fameuse « injonction omnibus » du cas Debs (45) avait été émise « contre toute personne se coalisant avec eux (les défendeurs) et toute autre personne que ce soit ». Formule dont la largeur faisait dire à un des leaders conservateurs du barreau, M. Dunbar, peu d'années après, que, si cette pratique s'implantait, « les principes de la jurisprudence d'équité auraient reçu une importante extension qui rendrait « Gouvernement par Injonction » autre chose qu'une épithète » (46). Les injonctions ont suivi et étendu cet ancien modèle.

Ces mots finaux d'une extrême ductibilité « et toutes personnes que ce soit » sont actuellement introduits sous une forme ou une autre dans

---

(41) *Pickett v. Walsh.* 192 Mass. 572, 589, 590 (1906).

(42) *United Mine Workers v. Coronado Co,* 259. U. S. 344. [Les parties essentielles de l' « opinion » émise au nom de la Cour par le Juge en Chef Taft dans cette affaire ont été traduites ou analysées dans *Dalloz,* 1922, 2.153 avec une annotation d'Edouard Lambert et dans le tome 6 (Lambert et Brown) de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé, pp. 371-390.]

(43) *Taff Vale Ry. v. Amalgamated Society of Ry. Servants* (1901) A. C. 426.

(44) Naturellement cette décision n'affecte pas la pratique des Cours d'Etats.

(45) *In re Debs, Petitioner,* 158 U. S. 564. 570. Formule analogue déjà « contre toutes personnes en général » dans un cas de 1894 : *Farmers' Loan § Trust C° v. Northern Pac. R. C°,* 60 Fed. 803. 806.

(46) Dunbar. *Government by Injunction.* 13 Law Quarterly Review, (1897), 347. 354. Une note dans 8 Harvard Law Review 228 disait aussi en 1894 : « Qu'on soit obligé d'attendre que l'injonction soit violée pour déterminer contre qui elle a été émise, cela doit suffire à montrer qu'elle n'est aucunement une injonction, mais qu'elle a la nature d'une proclamation de police mettant la communauté en général en danger de commettre an *Contempt of Court* en désobéissant à cette proclamation.

toutes les injonctions fédérales. Elles demandent ainsi respect à « tout le monde ». Mais qui rentre dans ce « tout le monde ? » Pas de doute pour les parties à la procédure, leurs agents et leurs employés. Les injonctions contre les représentants d'une classe lient la classe. Et celui qui sciemment aide une personne nommée dans l'injonction à la violer peut être tenu coupable de « Mépris de cour ». Mais cela n'épuise pas le cercle de responsabilité. Quiconque a eu connaissance de l'injonction, par quelque voie qu'elle lui soit parvenue, doit y obéir. La publicité est la seule limite à l'autorité de l'injonction. Aussi le plaignant use-t-il de tous les moyens possibles de répandre cette connaissance.

A l'injonction permanente du droit pénal s'ajoute un autre ensemble de restrictions à la liberté de parole et d'action « de toutes personnes que ce soit », c'est-à-dire toutes les personnes non définies et indéfinissables qui pourront subséquemment porter atteinte ou menacer de porter atteinte aux catégories d'intérêts protégées comme propriété des plaignants. Une controverse particulière entre des parties particulières — qui est la sphère limitée du pouvoir judiciaire — lui fournit ainsi l'occasion d'émettre un code de conduite gouvernant l'ensemble de la communauté.

Sanctions de l'injonction. — La violation de l'injonction constitue le (*Contempt of Court* (Mépris de la Cour). Le *contempt* implique, non seulement une violation des droits privés du plaignant, mais aussi une insulte à l'autorité de la Cour. Ce double aspect du *contempt* a conduit à une obscure discussion sur la vraie nature du *contempt* dans l'injonction ordinaire du travail. Ce *contempt* est-il de sa nature un *contempt* criminel ou un *contempt* civil ? Question oiseuse. Le *contempt* criminel concerne à la fois les intérêts du plaignant et la dignité de la cour. Les pétitions en injonction peuvent insister sur l'un ou l'autre de ces intérêts. Si le but visé par elles est la réparation du dommage à la propriété, le défendeur reconnu coupable sera condamné à indemnité au profit de la victime. Et ce sont alors les pratiques de la litigation privée qui règleront la charge et l'administration de la preuve.

Mais si à cet élément civil se joint une défense de la Majesté de la Cour, l'élément criminel devient prédominant et fixe la nature de l'instance. La punition est alors à la discrétion du juge et va de lourdes amendes à des mois de prison. Celui qui enfreint l'injonction participe dans une large mesure au sort du criminel. Et pourtant peu des sauvegardes traditionnelles contre les erreurs judiciaires, qui entourent le droit criminel, sont applicables en cour de Chancellerie.

Les réactions contre l'abus des injonctions. — La confiance dans le caractère raisonnable et juste des décisions judiciaires est le fondement ultime du droit. On peut juger par leurs actes dans quelle mesure les cours américaines ont répondu à cette exigence. Et le Juge Brandeis, dans l'un de ses plus fameux *dissents* (47) a résumé en ces termes le reproche adressé par une forte partie de l'opinion publique à l'usage qu'elles ont fait de l'injonction : « On fit valoir encore que le motif réel qui poussait à réclamer des injonctions, n'était pas ordinairement d'empêcher la propriété

---

(47) *Dissent* dans *Truax v. Corrigan,* 257 U. S. 312, 354, 368 (1921). [Lambert et Brown, tome 6 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé, p. 325.]

d'être endommagée ou de protéger le propriétaire dans son usage, mais de doter la propriété d'un pouvoir actif, militant, qui lui permit de dominer les ouvriers; en d'autres termes que, sous prétexte de protection des droits de propriété, l'employeur visait à un pouvoir souverain. »

Depuis une génération le Congrès et les Législatures d'Etats ont cherché à circonscrire ces interventions judiciaires dans les conflits du travail. L'histoire de cet effort législatif est retracée dans le chapitre IV du livre de 1930 — *The Labor Injunction* — dont nous ne retiendrons que cette conclusion :

Quel a été le résultat d'ensemble de cette législation sur les injonctions du travail ? Sûrement la position du travail devant la loi judiciaire n'a été changée, si elle l'a été, qu'imperceptiblement. Les doctrines de *common law* de la *conspiracy* et des *restraints of trade* restent debout. Les activités les plus généralement entretenues avec soin comme indispensables pour assurer la vie de l'union continuent à être mises hors la loi. Les actes législatifs destinés à rétrécir la juridiction d'équité ont été interprétés comme une confirmation de cette juridiction dans l'étendue qu'elle avait antérieurement prise. Ceux-là même des incidents de cette juridiction d'Equité, qui en font un expédient si dangereux dans les controverses du travail, n'ont point été ajustés aux besoins des temps modernes. Les sauvegardes données aux défendeurs sont toutes beaucoup trop dépendantes de la sagesse et d'une rigoureuse loyauté du juge. Le seul changement notable qui ait été réalisé, dans les cours fédérales et dans quelques Etats, est la protection du jugement par le jury dans les procédures de *contempt of Court* qui impliquent une accusation criminelle (48).

(48) Les dispositions, introduites à cette fin dans la loi fédérale du 15 octobre 1914, connue sous le nom de *Clayton Act* (§§ 21 et 22) sont, en effet, les seules, parmi les sections destinées à la défense des organisations du travail, qui aient résisté à l'action débilitante de l'interprétation. Deux Cours fédérales inférieures avaient d'abord affirmé l'inconstitutionnalité de cette innovation du Congrès, comme constituant une atteinte aux pouvoirs des Cours de justice tels qu'ils ont été définis par la Constitution. Mais la Cour Suprême des Etats Unis a fixé la jurisprudence fédérale en sens contraire et proclamé la validité constitutionnelle de ces dispositions du *Clayton Act* en 1924 dans le cas *United States v. Michaelis* (266 U. S. 42). Toutefois les Cours d'Etats, quand elles ont eu à se prononcer sur des lois de même genre de leur Etat, sont restées attachées à une conception plus inflexible de la séparation des pouvoirs et ont considéré comme échappant à l'atteinte législative les règles de procédure sur le *Contempt of Court*, même envisagé sous son aspect de droit pénal.

LA DOCTRINE DE LA « CONSPIRATION » ET LES ORIGINES DE L' « INJONCTION DU TRAVAIL » AUX ETATS-UNIS [1]

Par Clarence E. BONNETT
Professeur à la Faculté de Droit de la Tulane University de Louisiane

Traduit par H. Mankiewicz,
Secrétaire Général de l'Institut de Droit Comparé de Lyon

Dans une recherche des origines les facteurs les plus significatifs peuvent être oubliés, de sorte que la reproduction d'un événement puisse être prise pour l'événement originaire. Dans ces conditions, la première apparition d'une méthode ou d'un instrument peut précéder de beaucoup la réapparition qui est généralement regardée comme en ayant été le premier emploi.

La date habituellement, mais à tort, donnée comme celle à laquelle la première injonction judiciaire dans les conflits du travail a été émise aux Etats-Unis est de 1888 [2]. Pratiquement tous les travaux sur la *labor injunction* qui indiquent une date d'origine acceptent approximativement celle-là sans contestation. Il n'en est point qui varie de plus de quatre ans dans un sens ou dans l'autre. La plus récente investigation [3] donne cette date de 1888, en citant le cas de *Sherry v. Perkins* [4] comme la première importante « injonction du travail », et le cas anglais de *Spinning Co. v. Riley* [5] comme la première *labor injunction* qui ait jamais été émise.

L' « injonction du travail » a pris aux Etats-Unis l'importance d'un des instruments les plus efficaces dans le conflit industriel. C'est en gé-

---

(1) Cette contribution est une adaptation, pour la mise à la portée des lecteurs non-américains, et sous une forme condensée, d'un article : *The origin of labor injunction,* publié, dans sa rédaction originaire par la *Southern California Law Review,* décembre 1931, pp. 105-125.

(2) C'est la date indiquée par le Juge Brandeis en exprimant son opinion dissidente dans le cas de *Truax v. Corrigan* (257. U. S. 312. 366; 42 Sup. Ct. Rep. 124, 142). [On trouvera la traduction de la majeure partie du *dissent* de Brandeis et de l'opinion de la majorité de la Cour Suprême des Etats-Unis dans le tome VI de la Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon.]

(3) Article de Walter Nelles dans 40 *Yale Law Journal,* 508.

(4) 147 Mass. 212, 17 N. E. 307.

(5) L. R. 6. Eq. 551.

néral parce que les forces et les faits fondamentaux dans ce conflit ont été ignorés ou méconnus que les raisons du développement particulier de la *labor injunction* n'ont pas été conçus clairement et que, par suite, l'occasion qui a donné lieu à son premier usage aux Etats-Unis est restée obscure ou inconnue.

La procédure de la *labor injunction* puisant sa source dans les précédents judiciaires, son évolution est habituellement discutée d'un point de vue purement juridique et en relation avec l'histoire des cours d'équité. Direction où se rencontrent des éléments quelque peu en conflit, spécialement quand aux buts, primitif et actuel, de cette juridiction. Telle la théorie que les cours d'équité ont été destinées à la protection du pauvre et du faible contre le riche et le puissant et que la cour d'équité est le refuge de ceux qui souffrent de l'application rigide de la coutume judiciaire (*common law*) ou de la législation, particulièrement en accordant secours pour l'exécution forcée des contrats. Actuellement, l'une des plus importantes fonctions de l'injonction est bien cette mise en force des contrats. Mais spécialement, entre autres choses des contrats où l'employé s'engage à rester en dehors des organisations syndicales : contrat d' « employé indépendant » ou « yellow dog » contrats.

Il y a, cependant, une série d'autres facteurs, qui n'ont pas de caractère strictement légaliste, qui ont joué un rôle dominant dans le développement de la *labor injunction*. On ne saurait trop faire ressortir ce fait que les associations d'employeurs sont les groupes les plus intéressés au développement de l'emploi des injonctions dans les conflits du travail. Ce facteur est presque universellement ignoré. Et surtout l'élément le plus significatif de la *labor injunction* — celui de conspiration (*conspiracy*) — n'a pas jusqu'ici été pleinement mis en lumière, ni sa signification envisagée en relation avec les coalitions (*combinations*) d'employeurs, leurs méthodes et leurs activités. Aussi l'objet de la présente étude est-il de relier le développement des injonctions en matière de conflits du travail dans les Etats-Unis aux activités et méthodes pratiquées par les associations d'employeurs en Angleterre et aux Etats-Unis pendant les temps où l'ensemble de la matière était encore dans le stage de formation. L'évolution de l'application de la loi de la « conspiration » aux coalitions du travail, sur les instances des coalitions d'employeurs, fournit une intéressante série d'événements aussi bien à l'histoire générale du conflit industriel qu'à celle de la *labor injunction*. L'application du droit de la « conspiration » est étroitement liée à l'emploi de la *labor injunction*. Qu'on prive la *labor injunction* de cette application, elle deviendrait un instrument rarement utilisé. En d'autres termes, si les unions du travail obtenaient cette mesure de protection spéciale (*exemption*) que tout acte fait licitement par une personne agissant isolément reste licite quand il est accompli en « combinaison » entre plusieurs, l'efficacité de l' « injonction du travail » se réduirait à rien. Car les mots qui reviennent constamment dans ces injonctions sont les mots « combinant » et « conspirant », et la plupart des actes ainsi interdits ne sont autre chose que des infractions graves à la loi relative aux coalitions. En l'absence d'une dispute du travail, les cours d'équité n'interdiraient pas qu'un homme qui a servi de « briseur de grèves » ou de « *scab* » soit qualifié de ces termes par un individu n'agissant pas en coalition. Alors que, dans un conflit du travail, une cour d'équité a interdit la circulation d'un placard portant « *Don't be a Scab* », parce

qu'elle y voyait un élément d'une « conspiration illicite ». D'autre part, s'il n'y avait pas de coalition de travailleurs, il n'y aurait pas de besoin réel de la *labor injunction*.

Pendant le développement en Angleterre de la législation et la jurisprudence sur lesquelles a été basé le droit de la « conspiration », la domination des associations d'employeurs, telles que les ghildes commerciales et les coalitions de maîtres manufacturiers, n'a jamais été attaquée avec succès. La suprématie des employeurs dans le domaine de la jurisprudence et de la législation n'a jamais été brisée. Cette situation a été fort bien exposée par Adam Smith (6) qui observait que « toutes les fois que la loi a cherché à régler les salaires des ouvriers, cela a toujours été pour les diminuer plutôt que pour les élever... Toutes les fois que la législature a tenté de régler les différends entre les maîtres et les ouvriers, *ses conseillers ont toujours été les maîtres* ».

Adam Smith constate ensuite (7), en parlant de son temps, qu' « on entend rarement parler de coalitions de maîtres et souvent de coalitions d'ouvriers », ce qui ne veut pas dire que les premières soient moins fréquentes. Au contraire, « les maîtres sont toujours et partout en une tacite, mais constante et uniforme coalition pour empêcher le relèvement des salaires au-dessus du taux actuel ». Ils forment même parfois des coalitions pour ramener les salaires au-dessous de ce taux.

Mais celles-là « sont toujours conduites dans le plus grand silence et secret jusqu'au moment de l'exécution ». Les coalitions patronales se heurtent, toutefois, fréquemment « à une coalition défensive adverse des ouvriers qui, parfois aussi, « sans aucune provocation de ce genre, se coalisent pour élever le prix de leur travail ». Mais que ces coalitions ouvrières « soient offensives ou défensives, on en entend toujours abondamment parler ». Pour obtenir une rapide décision, les ouvriers « recourent aux plus bruyantes clameurs et parfois à la plus choquante violence ». Ils sont désespérés et agissent avec la folie et l'extravagance d'hommes qui doivent ou mourir de faim ou amener par la frayeur leurs maîtres à un immédiat accomplissement de leurs demandes. Les maîtres dans ces occasions sont aussi bruyants que l'adversaire et ne cessent de faire appel à l'assistance des magistrats civils et à *la rigoureuse exécution des lois qui ont été émises avec tant de sévérité contre les serviteurs, manœuvres et journaliers*.

Ces citations d'Adam Smith illuminent les forces qui ont façonné la loi de la « conspiration » — la doctrine des « mains nettes » (doctrine en vertu de laquelle celui-là seul peut profiter des secours offerts par la jurisprudence de l'équité qui, dans la matière formant l'objet de son action, n'a pas de fautes à se reprocher) et la règle que l'individu est supposé connaître les conséquences de ses actes — qui l'une et l'autre sont significatives dans l'évolution de l'injonction, spécialement dans son application aux coalitions d'employeurs et d'employés.

Les ouvriers non complètement soumis ont été portés sur des listes noires par les coalitions d'employeurs. Par exemple, une ordonnance cor-

---

(6) *Wealth of Nations*, livre I, ch. 10, pt. 2.
(7) *Wealth of Nations*, livre I, ch. 8.

porative d'un corps de métiers de Londres — les *White Tawyers* — a prévu dès 1324 que « si un serviteur se conduit autrement que d'une façon convenable vis-à-vis de son maître et se montre rebelle vis-à-vis de lui, personne du dit commerce ne devra l'employer jusqu'à ce qu'il ait fait amende devant le Maire et les Aldermen, et, avant que cet acte d'insubordination n'ait été réparé » (8).

Parfois, les employeurs associés ont même trouvé que la loi était insuffisante pour soumettre leurs employés rebelles. C'est ainsi qu'à Chester, en 1358, par exemple, une association de maîtres tisserands devint si exaspérée contre ses ouvriers qu'elle « se livra à une attaque sanglante contre eux... » (9).

Habituellement, toutefois, les employeurs organisés cherchèrent à supprimer toute organisation indépendante ou *bona fide* d'ouvriers en faisant appel aux autorités gouvernementales pour les dissoudre. Dès 1362, les ordonnances des *Alien Weawers* de Londres contiennent des règlements destinés à empêcher les ouvriers de se coaliser pour relever leurs salaires (10). En 1362, il y eut une dispute entre les maîtres et les ouvriers selliers de Londres. Les employeurs associés portèrent la question devant le maire et les aldermen de la cité. Les maîtres prétendirent que les ouvriers avaient formé une fraternité et étaient entrés dans des ententes — en langage moderne avaient conspiré — pour élever leurs salaires. Les ouvriers furent déclarés coupables et il leur fut ordonné de dissoudre leur fraternité et de se soumettre à leurs maîtres (11).

On peut dire qu'il y avait là un embryon de la *labor injunction*. En 1415, le maire et les aldermen de Londres donnent aux gardiens de la ghilde des tailleurs pouvoir pour dissoudre toute organisation d'ouvriers tailleurs. D'autres ordres de dissolution sont mentionnés en 1415 et 1420 (12). En 1424, cependant, un maître de la ghilde des tisserands arrive à un arrangement avec la fraternité des ouvriers tisserands et le maître de la ghilde des cordonniers de Bristol passe aussi un accord avec l'union des ouvriers cordonniers en vue d'un meilleur contrôle du commerce (13).

Apparemment les ghildes ne font pas de sérieuses objections aux organisations de travailleurs qui coopèrent avec les maîtres pour le contrôle du commerce ; mais elles sont promptes à combattre toute organisation de travailleurs qui demande de plus hauts salaires et elles ne perdent pas de temps pour faire appel aux autorités gouvernementales des villes ou bourgs, afin de forcer les ouvriers à s'incliner ou dissoudre leurs organisations.

Il est définitivement connu que, au XVI[e] siècle, les ghildes de métiers ont été en état d'obtenir des lois prohibant l'augmentation des salaires (14)

---

(8) Bland, Brown et Tawney. *English Economic History. Select Documents* 137.

(9) Unwin. *Industrial organization in the Sixteenth and Sevententh Centuries*, 48-49.

(10) Stone. *History of Labour*, 74.

(11) Bland, Brown and Tawney. *English Economic History. Select Documents* 139-141.

(12) Brentano *History and Development of Gilds and Origin of Trade Unions*. 78-79.

(13) Salzman. *English Industries of Middle Ages*. 345-346.

(14) Bland, Brown and Tawney. *English Economic History. Select Doc.* 282-284, 296 § 336.

Unwin (15) expose que, en 1559, la question salaires divisa les ouvriers et les maîtres et que, durant le règne d'Elizabeth (vers 1563), les maîtres obtinrent que les gages soient fixés par une loi qui visait à l'uniformité, et qui fortifia les mains des maîtres en réduisant l'ouvrier à la dépendance. L'uniformité des salaires était essentielle au contrôle de la concurrence et des prix par les ghildes commerciales. La fixation des prix par la loi, ostensiblement par les autorités gouvernementales, mais en fait par les ghildes, servait à deux buts pour les employeurs associés. D'une part elle empêchait que les prix soient coupés par un employeur sans scrupule. D'autre part, elle rendait illicite toutes coalitions d'ouvriers pour élever les gages, tout en laissant subsister celles qui coopéraient avec les coalitions de maîtres.

Une autre illustration de la réglementation par les ghildes contre les troubles du travail et de la suppression des unions d'ouvriers non coopérantes se trouve dans les ordonnances des Drapiers Anglais, formulées au XVI^e^ siècle au plus tôt. Ces ordonnances stipulaient que toutes les controverses entre maîtres et apprentis « seraient réglées de la vieille façon devant les maîtres à *Common Hall* » et que les journaliers ne pourraient établir entre eux d'illégales assemblées, fraternités, congrégations et rassemblements » (16).

Que la fixation des salaires par la loi ne signifiait pas que les maîtres organisés ne pussent pas les réduire quand ils le jugeaient collectivement opportun, c'est ce que montre le fait que les ouvriers firent appel à la justice en 1623 et en 1630 pour rétablir les taux de salaires que les maîtres drapiers avaient coupés (17).

Au cours du XVIII^e^ siècle, les employeurs organisés, en présence des transformations produites dans la situation industrielle, sentent que les ordonnances émises par les autorités municipales contre les coalitions ou ententes d'ouvriers ne sont plus entièrement adéquates. De sorte que, en 1720, les maîtres tailleurs, les maîtres tisserands et d'autres employeurs réclament et obtiennent des Actes du Parlement prohibant les coalitions d'ouvriers, spécialement celles pour élever les salaires (18). En 1799, un autre *Combination Act* est voté visant spécialement les « combinaisons » d'ouvriers dans le but d'augmenter les salaires ou réduire les heures de travail. Cet acte est complété en 1800 par un *Act* très développé contre « ces conspirations » (19).

Malgré le *Combination Act* de 1720, une coalition d'ouvriers tisserands demanda en 1756 un taux fixe de salaires pour l'année, mais la coalition des maîtres refusa de l'accorder et une grève s'ensuivit. Elle provoqua des émeutes d'où résultèrent des pertes estimées 75.000 à 100.000 livres. Le groupement des maîtres fut finalement forcé par les ouvriers à en venir à un accord avec eux et les juges fixèrent alors le taux des gages pour l'année. Il semble que les autorités du gouvernement local devenaient plus sympathiques aux coalitions de travailleurs. D'où l'appel aux auto-

(15) *Industrial Organisation in the Sixteenth and Seventeenth Century*, 54.
(16) BRENTANO. *History and Development of the Gilds*, 96.
(17) BLAND, BROWN and TAWNEY. *English Economic History. Select Doc.* 357-360.
(18) BLAND, BROWN and TAWNEY. *English Economic History. Select Doc.* 617, 619-622.
(19) BLAND, BROWN and TAWNEY. L. c. *Select Doc.* 626-631.

rités du gouvernement national pour obtenir une loi contre la « conspiration » à portée nationale. On voit apparaître ici longtemps avant un précurseur du courant d'idées qui, aux Etats-Unis, a fait réclamer des *labor injunctions* émanant de cours fédérales et les raisons d'être de ce mouvement.

C'est un *Acte* du Parlement, de 1768, qui a poussé Adam Smith à faire sa remarque déjà citée : « Quand la législature tente de régler les différends entre maîtres et ouvriers, ce sont toujours les maîtres qui sont ses conseilleurs ». L'Acte défendait, sous de lourdes pénalités, à tous les maîtres tailleurs dans Londres et cinq milles autour de donner, et à leurs ouvriers d'accepter plus de 65 cents par jour, sauf en cas de deuil général (20).

Les *Combination Acts* ne s'appliquaient point aux coalitions de maîtres pour deux raisons dont chacune aurait été à elle seule suffisante. En premier lieu les maîtres dominaient le Parlement. En second lieu, les coalitions de maîtres étaient secrètes et conduites si à l'abri qu'il eut été extrêmement difficile d'en obtenir une preuve directe. Leur méthode d'action est ainsi décrite par Adam Smith :

« Quand les maîtres « combinent » ensemble pour réduire les salaires de leurs ouvriers, d'ordinaire ils entrent dans un accord privé de ne pas donner plus d'un certain salaire sous une certaine pénalité. Quand les ouvriers entrent dans un accord contraire de même sorte pour ne pas accepter un certain salaire sous une certaine pénalité, la loi les punira très sévèrement ; si elle agissait impartialement, elle devrait traiter les maîtres de la même manière » (21).

Adam Smith a vu clairement, il y a un siècle et demi, les inégalités où se trouve l'ouvrier indépendant et inorganisé en traitant avec l'employeur et les associations d'employeurs. Il les indique en ces termes :

« Les maîtres étant peu nombreux peuvent s'entendre plus aisément, et la loi autorise, ou au moins ne prohibe pas leurs coalitions, alors qu'elle prohibe celles des ouvriers. Nous n'avons pas d'Actes du Parlement contre les ententes pour abaisser le prix du travail ; mais nous en avons beaucoup contre les ententes pour l'élever. Dans toutes ces disputes, les maîtres peuvent tenir beaucoup plus longtemps. Un seigneur foncier, un fermier, un manufacturier ou un marchand, même quand il n'emploie pas un seul travailleur, peut généralement vivre un an ou deux sur les stocks qu'il a déjà acquis. Beaucoup d'ouvriers ne peuvent subsister un mois, et rares sont ceux qui peuvent subsister toute une année sans emploi » (22).

Connaissant ces faits, les maîtres ont prévu dans les *Combination Acts* qu'aucune organisation de travailleurs ne pourrait accumuler de fonds.

Le développement des grandes manufactures réagit défavorablement sur les petits patrons et ceux-ci s'arrangèrent avec les ouvriers pour l'application du statut d'Elizabeth sur l'apprentissage. A la suite de condamnations prononcées de ce chef contre quelques grands manufacturiers, les maîtres manufacturiers de beaucoup de régions de l'Angleterre s'unirent

---

(20) Adam Smith. *The Wealth of Nations*, livre I, c. 10, 2.
(21) Adam Smith. *L. c.* livre I, c. 8.
(22) Même chapitre du livre précité.

pour pétitionner au Parlement l'abrogation du *Statut* malfaisant. De 1803 à 1809, en réponse aux pétitions des manufacturiers lainiers, le Parlement chaque année suspendit l'Acte pour eux et finalement, en 1809, les en exempta de façon permanente. En 1814, la contestation devint générale et vive. Quoique la majorité des pétitions reçues par le Parlement fussent en faveur d'une stricte application de l'Acte et fussent énergiquement opposées à son abrogation, les maîtres manufacturiers réclamaient cette faveur. L'abrogation était cherchée pour deux raisons : 1° parce que des poursuites à raison de sa violation contre des manufacturiers étaient pendantes ; 2° parce qu'une stricte application du statut limiterait tellement le nombre des ouvriers dans certaines occupations qu'ils pourraient se coaliser avec succès contre les patrons et régler ainsi le commerce (23).

Laissons maintenant de côté le développement de la législation et de la jurisprudence de la « conspiration » et de ses applications aux conflits du travail dans l'Angleterre du XIX^e^ et du XX^e^ siècles (24) pour en suivre la marche aux Etats-Unis. La conception anglaise de la loi de la « conspiration » dans son emploi contre les coalitions de travailleurs s'est imposée avec toutes ses conséquences dans les colonies anglaises d'Amérique. Il ne manquait pas, en effet, d'administrateurs et de juristes instruits dans la science anglaise du droit pour la transporter en Amérique ; le système des ghildes s'y est d'ailleurs introduit aussi et, dès 1633, dans la colonie de Massachussetts s'est embarqué dans une politique de fixation des salaires par la loi en strict accord avec le précédent anglais (25).

On discute sur la date et l'occasion du premier procès pour conspiration contre des coalitions de travailleurs aux Etats-Unis.

Un document, qui ne date toutefois que de beaucoup plus tard (1899) semble faire allusion à une poursuite de ce genre qui aurait été instituée dès 1741 contre des ouvriers boulangers de New-York.

En tout cas, on en rencontre une application certaine en 1805. En 1793, les maîtres cordonniers de Philadelphie avaient annoncé une réduction de salaires. Les ouvriers avaient refusé de l'accepter. Les maîtres avaient conclu une entente pour ne plus employer aucun ouvrier de l'union, sans doute dans l'espoir de briser cette coalition d'ouvriers. Les ouvriers finalement étaient revenus au travail avec une réduction moindre que celle qui avait été originairement proposée. En 1803, l'union devint l'agresseur et demanda une augmentation de gages. La Société des Maîtres Cordonniers de Philadelphie, composée de quarante-six maîtres, refusa d'accorder l'augmentation. Les ouvriers se mirent en grève et furent battus. Les employeurs associés en 1806 intentèrent avec succès une poursuite en « conspiration » pour élever les salaires contre les meneurs de la grève. Chaque défendeur fut condamné à une amende de huit dollars (équivalent d'un mois de salaires) et aux frais.

Dans les cas d'ajustement des salaires, les fluctuations de prix déterminent d'ordinaire l'agresseur ; quand les prix descendent, les employeurs

---

(23) BRENTANO. *History and Development of Gilds*, 59-64, 128-129.

(24) L'étude de cet important chapitre de la jurisprudence anglaise forme l'objet principal des tomes 3, 4, 8, 22 et de l'un des chapitres du tome 39 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon.*

(25) WEEDEN. *Economical and Social History of the New England*, 1620-1789, 83.

sont fréquemment agresseurs en réduisant les prix ; quand ceux-ci s'élèvent, ce sont les ouvriers qui prennent l'agression en demandant des augmentations de salaires. Avec ce fait à l'esprit, on comprend mieux que la loi de *conspiracy* soit dirigée contre les conspirations pour élever les salaires, et non applicable aux coalitions pour les réduire, et l'on se rend compte des conditions qui ont conduit aux Etats-Unis au développement de la *labor injunction* (26).

Dans un cas de « conspiration » de 1809, nous trouvons un précédent à l'attitude présente des cours au regard de l'action concertée des employeurs dans les conflits du travail. Vingt-deux maîtres cordonniers engagèrent une poursuite pour « conspiration » contre l'union locale des ouvriers cordonniers à New-York City. L'union offrit de prouver durant l'audition que quelque temps avant les maîtres s'étaient coalisés dans le but exprès d'abaisser les salaires des travailleurs, que les maîtres s'étaient coalisés pour conduire cette poursuite judiciaire, et qu'ils faisaient « un profit excessif sur le travail des ouvriers » ; mais la cour décida que cette preuve serait irrelevante (27). Dans une grève dirigée contre un petit nombre de maîtres cordonniers, les employeurs associés avaient fait faire le travail des maisons mises en grève par d'autres maîtres cordonniers qui n'étaient pas parties directes à la dispute. Quand les ouvriers découvrirent qu'ils avaient été défaits par cette méthode, ils déclarèrent une grève générale contre tous les employeurs qui s'étaient ainsi coalisés. A leur tour, les maîtres répliquèrent en engageant une poursuite pour « conspiration » contre l'union, à raison de ce que la grève avait été déclarée contre des employeurs avec lesquels les ouvriers n'avaient pas de conflit sur les salaires (boycott secondaire), ce qui était une méthode « arbitraire et coercitive ». Les dirigeants de l'union furent déclarés coupables et condamnés à une amende pour une somme seulement nominale, mais avec les frais (28).

En 1814, les maîtres cordonniers associés de Pittsburg poursuivent les *leaders* de l'union locale d'ouvriers pour conspiration. Cette première action fut l'objet d'un compromis, défavorable à l'union ; car l'union eut à payer tous les frais du procès et reprit le travail à l'ancien taux de salaires à raison duquel la grève avait été déclarée. En 1815, les ouvriers se mirent de nouveau en grève et furent une seconde fois poursuivis du chef de « conspiration » pour élever les salaires. Les dirigeants de l'union furent déclarés coupables et condamnés à une amende d'un dollar et aux frais. A cet égard, il est fort significatif qu'une organisation d'employeurs de Pittsburg publia les procédures de ce jugement pour « conspiration », probablement non seulement pour informer sur ce sujet les employeurs et leurs avocats, mais aussi pour effrayer les dirigeants des unions (29).

---

(26) Voir notre article : *Origin of the labor injunction* dans *Southern California Law Review,* décembre 1931, p. 113.

(27) Lloyd. *Trial of the Boot and Shoe workers of Philadelphia,* 1807, 24. 29, 37, 41, 47, 53, 61, 65, 133-134; 3. *Doc. Hist.* 3 236.

(28) Sampson. *Trial of the Journeymen Cordwainers of the City of New-York.* Commons and Gilmore, *Documentary History of American Industrial Society.* III, 371-372. Publication qui sera désormais citée par l'abréviation *Doc. Hist.*

(29) Sampson. *l. c.*

En 1822 (30) les maîtres chapeliers de New-York City se réunissent et conviennent de réduire les salaires. « Pour réagir contre cette entente entre employeurs, les ouvriers formèrent une société, et convinrent de ne pas travailler au-dessous d'un certain prix ». Pour l'avoir fait, les dirigeants de l'union furent poursuivis et déclarés coupables de « conspiration ». Leur conseil invoqua vainement que la coalition des maîtres avait causé la coalition des ouvriers et demanda vainement à être admis à en faire la preuve. La cour refusa l'admission de cette preuve et instruisit le jury que « une conspiration ne peut pas en justifier une autre » (31). Il est évident que la vieille conception anglaise de la loi de la « conspiration » dans les disputes industrielles devenait déjà bien établie aux Etats-Unis.

Il y eut ensuite beaucoup de cas de « conspiration » de la même teneur. En 1824, les maîtres tailleurs de Buffalo refusèrent collectivement d'accueillir les demandes de relèvement de salaires des ouvriers. Ceux-ci se mirent en grève. Les maîtres poursuivirent avec succès les *leaders* de l'union pour « conspiration », mais les amendes ne furent que de deux dollars pour chacun avec les frais (32). En 1827, les maîtres tailleurs de Philadelphie poursuivent aussi avec succès vingt-quatre meneurs d'une union pour « conspiration » et arrêtent ainsi une grève. Dans ce cas, au cours du jugement devant la cour du maire, autorisation fut donnée de faire la preuve que les maîtres s'étaient eux-mêmes coalisés et avaient fait faire le travail des maisons en grève par d'autres employeurs (33). En 1829, les maîtres cordonniers du Franklin County, Pennsylvania, obtinrent une condamnation des leaders de la société d'ouvriers comme étant en « conspiration » pour élever les salaires, forcer les employeurs à se conformer à des prix uniformes de travail aux pièces et les contraindre à se refuser à employer des non-membres de la société d'ouvriers. Il semble y avoir eu là un nouvel élément dans les chefs d'accusation pour « conspiration » (34). En 1835, les maîtres cordonniers de Geneva, New-York furent intéressés dans le jugement et la condamnation d'ouvriers cordonniers de ce lieu pour avoir « conspiré » pour empêcher par le moyen des grèves un ouvrier cordonnier de travailler au-dessous du taux de l'union (35).

Jusque-là les amendes infligées dans les cas de « conspiration » étaient plutôt faibles, mais la loi (jurisprudentielle) n'était pas encore bien établie. Si les frais des actions n'avaient pas été ajoutés, les condamnations n'eussent pas été un sérieux préventif aux « conspirations » par les ouvriers. Le temps était venu pour des pénalités plus sévères si on voulait que la loi ne fût point ignorée par les ouvriers. En 1836, vingt-deux dirigeants d'une union furent condamnés à un total de 1.150 livres et aux frais pour avoir « conspiré » d'empêcher, par menaces, promesses et autres moyens, les ouvriers d'accepter les taux de salaires aux pièces de l'association (patro-

---

(30) Voir, sur un cas de l'année précédente notre étude dans *Southern California Law Review*, décembre 1931, p. 115.

(31) *Wheeler C. C.* (N.-Y.) 144 (1822).

(32) 4. *Doc. Hist.* 93-95.

(33) 4. *Doc. Hist.* 109, 112 et 264.

(34) *Niles Reg.* 298 (2 janvier 1830).

(35) *People v. Fisher*, 14 Wend. (N.-Y.) 9 (1835).

nale) qui étaient une réduction du taux payé aux ouvriers de l'union avant la grève. Les maîtres tailleurs de New-York City avaient accordé une augmentation à leurs ouvriers en grève en 1835, mais s'étaient réorganisés en 1836 sur une base de combat. L'association adopta alors une échelle réduite de salaires à la pièce, et l'union se mit en grève. La grève ayant été menée avec vigueur, il y fut répondu par une accusation de « conspiration ». On voit aisément que, dans cette affaire, des raffinements nouveaux furent introduits dans les charges relevées comme constitutives de « conspiration ». Apparemment, l'échec de l'association patronale à faire accueillir son chef d'accusation l'année précédente, quand l'union poursuivait une augmentation des salaires, avait rendu nécessaire que l'accusation de « conspiration » fut fondée sur d'autres bases (36). La décision souleva beaucoup de discussions, pour une large part hostiles. La citation suivante reflète l'amertume ressentie par les milieux ouvriers à la suite de cette décision : « Les employeurs n'ont jamais hésité à employer tout le pouvoir qu'ils possèdent. Ils se coalisent et conspirent, et échappent à punition, tandis qu'on fait sentir à leurs employés le plein poids de la loi » (37).

Les unions avaient réclamé en 1828 une législation qui les mit à l'abri des poursuites pour « conspiration » en vue de relever les salaires. Mais la décision de la cour dans le cas des cordonniers de Geneva leur enleva cette illusion. Le coup de barre donné au développement de la loi de la « conspiration » ne provint pas directement de la législation édictée par l'Etat de New-York en 1828; il provint du besoin que l'association d'employeurs avait dans l'espèce de trouver d'autres fondements que celui qui avait échoué l'année précédente, pour baser son accusation. A notre avis, c'est bien ce vieux cas des cordonniers de Geneva qui a fourni sa base au courant nouveau, et non le cas ultérieur de *Commonwealth v. Hunt* (38).

Voici les faits les plus significatifs de ce dernier cas. En 1835, l'union des cordonniers de Boston se mit en grève pour obtenir l'augmentation des salaires et les maîtres concédèrent une augmentation satisfaisante (39). Toutefois, le développement des *non-union shops* dans les années suivantes menaça de faire brèche dans le tarif unioniste et d'anéantir les gains de l'union. Aussi, en 1839, l'union tenta-t-elle d'unioniser toutes les entreprises de cordonnerie de Boston (40). Quelques-uns des maîtres résistèrent à cette tentative et refusèrent de renvoyer les ouvriers non syndiqués à la demande de l'union. Les entreprises de ces employeurs furent mises en grève. Ces employeurs provoquèrent la mise en accusation de six des dirigeants de l'union pour « conspiration » afin de contraindre des ouvriers à se joindre à l'union et forcer les maîtres à ne pas employer des ouvriers non membres de l'union. Il est à noter que ces dirigeants de l'union ne furent pas poursuivis dans ce cas pour « conspiration » afin d'élever les salaires.

On n'invoquait pas, dans la mise en accusation, qu'il eut été commis de violences ou menaces de violence. On ne relevait pas et on n'offrait pas

---

(36) 5. *Doc. Hist.* 314-322.
(37) *Rep. N. J. Bureau of Labor*, 1885, 247, consulter aussi pp. 273-275.
(38) 4. Metc. (Mass.) 111, 38 Am. Déc. 346 (1842).
(39) *Commonwealth v. Hunt*, Thacher C. C. (Mass.) 609, 616 (1840).
(40) *Commonwealth v. Hunt*. 4. Metc. (Mass.) 111, 114 (1842).

de prouver que la grève ait été proclamée dans le motif malicieux de détruire l'affaire des plaignants. *Il était évident que les plaignants étaient eux-mêmes en coalition.* Cependant, la cour de première instance déclara les leaders de l'union convaincus de « conspiration » (41). Sur appel à la *Supreme Iudicial Court* de l'Etat de Massachussetts, la décision de la cour inférieure fut renversée (42) sur le fondement que les énonciations de l'acte de mise en accusation n'indiquaient pas et ne demandaient pas à prouver des « conspirations » illégales pour faire des actes illicites ou agir avec des motifs illicites. Il semble plutôt avoir apparu au juge en chef Shaw que les employeurs (eux-mêmes) étaient en « conspiration » pour dégrader les salaires et les conditions de vie des employés. L'association patronale avait employé un bien pauvre conseil. Car les associations patronales furent étourdies par cette décision ; mais, avec le temps elles se rendirent compte qu'il y avait besoin de perfectionner et nuancer leurs chefs d'accusation pour « conspiration ».

Nous avons laissé de côté tous les cas de « conspiration » où les documents judiciaires n'indiquent pas qu'une association d'employeurs ait été impliquée ainsi que toutes les grèves ou autres formes de conflit entre associations patronales et unions ouvrières où la loi de la « conspiration » n'a pas été invoquée. Dans la grande majorité des grèves où des violences se sont produites, l'employeur a recouru d'abord à la police, parfois il a été aidé par des « comités de vigilance de citoyens », et une fois a recherché la protection de la milice. Quand les associations d'employeurs invoquent la loi de la « conspiration », et même quand ce sont des employeurs individuellement qui le font, d'habitude ils ont assumé une attitude permanente de belligérence contre l'organisation ouvrière à cause de son attitude agressive.

La période de 1842 (date de la décision finale du cas *Commonwealth v. Hunt*) jusqu'au bouleversement de l'ensemble de l'organisation industrielle par la Guerre Civile ne fut pas favorable à un haut degré d'agressivité par les unions du travail. Durant la Guerre Civile, au contraire, celles d'entre elles qui étaient bien organisées obtinrent les concessions auxquelles elles pouvaient alors s'attendre. Avec la fin de la Guerre, l'avantage stratégique passa aux employeurs. Les procès en « conspiration » reparaissent, par exemple en 1867 avec le cas *State v. Donaldson* (43), où le juge se refusa à suivre la jurisprudence du cas de *Commonwealth v. Hunt* et se refusa à renverser la décision de condamnation de la cour de première instance en invoquant que les défendeurs avaient « conspiré » pour forcer un employeur à renvoyer certain de leurs compagnons de travail pour un motif illicite et par menace de grève. Les documents judiciaires (record) n'indiquent pas qu'une coalition d'employeurs ait été impliquée dans cette affaire.

Abandonnons maintenant la « loi de conspiration » pour porter notre attention sur les événements marquants de l'histoire des luttes industrielles américaines qui ont créé le milieu propice à l'émission de la pre-

---

(41) *Commonwealth v. Hunt*. Thacher C. C. (Mass.) 609, 637 (1840).
(42) *Commonwealth v. Hunt*. 4. Metc. (Mass.) 111; 38 Am. Dec. 346 (1842).
(43) N. I. L. (3 Vroom) 151, 38 Am. Dec. 649.

mière notable « injonction du travail ». Au premier rang de ces événements se placent les luttes émouvantes qui se sont déroulées entre les compagnies de chemin de fer associées et leurs employés.

En 1864, les directeurs généraux de chemins de fer entrant à Chicago et les chemins de fer de l'Est associés entre eux ont fourni leur aide aux directeurs de la *Galena and Chicago Union Railroad Company* pour briser sur son réseau la grève des mécaniciens, en envoyant des mécaniciens de leurs propres réseaux prendre la place des grévistes (44). Indubitablement il existait alors dans les chemins de fer une association nationale d'employeurs beaucoup plus agissante que n'en avaient jamais eue les employés, et c'est seulement dans des années récentes que les Fraternités des Chemins de fer ont atteint à un haut degré de puissance d'action sur le champ national.

Passons sur la documentation, d'ailleurs fort intéressante, sur les premiers mouvements de l'*open shop* pendant les années suivantes et sur leur signification dans l'évolution générale des problèmes du travail — paternalisme patronal, contrats contenant engagement de rester étrangers aux unions, unions ouvrières de compagnies — pour arriver à la « grève épidémique de 1877 ».

La grande grève des chemins de fer de 1877 fut provoquée par la lutte sans douceur ni ménagements qui avait été entreprise pour imposer le régime de l'*open shop* par le président du *Philadelphia and Reading Railroad*, une mine d'anthracite possédant un chemin de fer. La position économique occupée par ce président, M. Gowen, le mettait en état d'utiliser les plus puissantes forces contre le syndicalisme ouvrier. En mars 1877, la compagnie adressa à ses conducteurs de locomotive un ultimatum les requiérant de quitter la trade-union. Mesure prise en prévention d'une grève générale et pour y parer. Les hommes consentirent d'abord presque tous à se retirer de l'union, mais la plupart d'entre eux se mirent en grève le 14 avril. Les espions qu'il entretenait dans les rangs de l'union firent connaître ses plans au président Gowen, qui put tenir des non-unionistes prêts pour prendre immédiatement les places des grévistes. Les grévistes cherchèrent avec peu de succès à amener ces nouveaux venus à quitter cette occupation de briseurs de grève.

Les directeurs des compagnies de chemins de fer se trouvaient fort bien organisés pour la grève. Le 29 mai 1877, ils se réunirent à Chicago et, en même temps qu'à des ententes sur la fixation de leurs tarifs de transports, arrivèrent à une entente pour opérer une réduction générale et uniforme des salaires de dix pour cent. Les réductions de salaires ne suffirent pas à elles seules à provoquer la grève générale. Il fallut, pour la déchaîner que s'ajoutent à ces réductions des innovations irritantes dans les conditions de travail imposées aux mécaniciens et aux conducteurs de trains. Une revue des faits, même au travers de la littérature inspirée par les associations d'employeurs, justifierait la conclusion que les directeurs des chemins de fer avaient perdu leurs pouvoirs de raisonnement, ou qu'ils étaient déterminés à faire partir en bataille l'union et, à cette occasion, à

---

(44) 8. *Doc. Hist.* 107-109.

(45) On trouvera une analyse plus détaillée de la marche de cette grève de 1877 dans l'article précité du fascicule de décembre 1931 de *Southern California Law Review*, pp. 119-123.

la briser. Une cour impartiale, connaissant ces faits, aurait-elle pu regarder les directeurs des compagnies comme venant devant la cour « avec les mains nettes » ?

La grève de 1877 fut considérée comme une « rebellion » parce qu'elle s'étendit sur une large partie du continent et fut accompagnée de violences, d'incendies, de bagarres sanglantes, de pillages et destructions de matériel. Comme résultat de ces violences, destructions de propriétés et interruptions de trafic, les compagnies perdirent plus de cinquante millions de dollars, une somme énorme pour l'époque.

Contre le pouvoir organisé des compagnies de chemins de fer, secondé par les troupes fédérales, la milice de l'Etat et la force cachée de comités de vigilance, parfois présidés par des juges fédéraux, les grévistes n'avaient pas d'organisation qui put les mener au succès. L'attaque des chemins de fer était organisée sur une base nationale, la résistance des grévistes était localisee, violente et futile. Non seulement la grève fut brisée, mais les grévistes furent mis sur liste noire par toutes les compagnies (45).

L'extrême âpreté de cette grève des chemins de fer révéla le besoin d'un instrument comme l' « injonction du travail » pour faire face à des cas où, pendant quelque temps, la situation échappe dans un certain nombre de lieux au contrôle des autorités constituées. Que ce soit de ces circonstances qu'est parti le développement de la « labor injunction », c'est ce que montre le fait qu'elle est entrée en emploi effectif peu après la fin de cette grève. Les employeurs ont été rapidement avisés de l'efficacité de ce remède. Son emploi a marqué une renaissance des cas de « conspiration ».

En juin 1879, l'emploi de l' « injonction du travail » pour restreindre le picketing fut ainsi défini dans l'*Iron Age* (46) : Avant ce temps, les piquets des trade-unions stationnaient devant les locaux de l'entreprise en grève et tentaient d'amener par la persuasion ou par l'intimidation les ouvriers non syndiqués à quitter le travail, à moins qu'il ne se produise une émeute et que les forces policières ou militaires entrent en jeu. Maintenant un appel aux cours apporte remède par la voie de l'injonction en interdisant les activités des piquets de l'union sous la sanction contre ceux qui enfreindraient cette interdiction d'être déclarés coupables de « mépris de la cour » et d'être frappés de ce chef d'amende ou d'emprisonnement. Cet article de l'*Iron Age* constitue la première notice que nous ayions trouvée dans la documentation sur les activités des associations patronales au sujet de l'émission d'injonctions dans les conflits du travail.

En 1880, les employeurs encouragés et renseignés par leurs associations, font de fréquents appels aux cours pour interdire certaines activités des unions. L'année commence par une injonction émise à Zanesville, Ohio, lieu marqué par ses émeutes dans la grève des chemins de fer quelques mois avant. Elle fut émise pour interdire un picketing. De nouveau, les employeurs sont avisés dans divers magazines techniques de l'efficacité de ce remède. Les archives judiciaires (*records*) montrent de fréquentes actions dans les conflits du travail. Des articles sont écrits sur des sujets tels que « Le droit de la conspiration et la Trade-Union », « Les droits des gré-

(46) *Iron Age*, 5 juin 1879, p. 14.

vistes », et « Le droit des grévistes à inciter les ouvriers à quitter le travail » (47). Dans ces conditions, le fait que l'injonction a été demandée au nom d'un employeur individuel ou qu'une poursuite pour « conspiration » a été engagée nominalement par un employeur individuel signifie seulement que le rôle joué en cette matière par les associations d'employeurs n'apparaît pas dans les procédures de la cour. Aujourd'hui, il n'y a pas de différend du travail où ne soit impliquée au moins une association d'employeurs ; et cette situation existait pratiquement dans chaque cas judiciaire au moins dès la sixième décade du XIXe siècle. Mais, à raison de la prévention des jurys (appelés à émettre des verdicts sur les faits dans les poursuites pour « conspiration ») contre les grandes compagnies ou sociétés, le nombre des actions pour « conspiration » a décru et les injonctions se sont accrues.

Il est possible que les chercheurs scientifiques, dont les recherches se sont concentrées principalement sur la littérature des unions du travail aient omis quelques-uns des faits significatifs de l'histoire du droit du travail, comme cela s'est produit depuis des années pour le cas de l' « injonction du travail ». On ne saurait avoir une claire compréhension du problème du travail si l'on ignore systématiquement ou inconsciemment les activités et la littérature des associations d'employeurs, et l'on ne saurait prendre une vue approfondie des origines de la « labor injonction » sans tenir compte des coalitions d'employeurs. Dans tous les cas de « conspiracy » mettant en jeu des coalitions d'ouvriers ou d'employés, la question la plus significative — une question à laquelle les cours ont rarement accordé la considération qu'elle mérite — devrait être la suivante : y a-t-il deux coalitions rivales en présence et, s'il en est ainsi, quelle est celle qui a provoqué la bataille ? En cette matière les cours ont agi d'ailleurs en stricte concordance avec le concours général de l'opinion. C'est ainsi qu'un manuel américain sur les problèmes du travail (48), qui ne date que d'une douzaine d'années n'accorde pas, dans ses 621 pages, la moindre considération à l'existence et la signification des associations d'employeurs, alors qu'il consacre 217 pages au travail organisé.

Il résulte de l'étude que nous venons de faire que les décisions des cours n'ont pas distingué la « conspiration » (c'est-à-dire le cas où un certain nombre de personnes se coalisent contre un individu ou des individus non organisés) d'une coalition d'ouvriers (ou d'employeurs) pour s'opposer à une coalition d'employeurs (ou d'ouvriers) — cas dans lequel il n'est pas habituellement évident quelle est celle de ces deux coalitions qui a été en fait l'agresseur. Il serait à souhaiter que les cours distinguent si une coalition est dirigée contre des personnes non organisées où si elle fait face à une autre coalition (49). Quand une coalition est provoquée

---

(47) Voir les numéros suivants de l'*Iron Age :* 29 janvier 1880, p. 14; 17 juin 1880, p. 14; 3 décembre 1880, p. 14; 9 décembre 1880, p. 14; 6 janvier 1881, p. 14; 3 mars 1881, p. 13; 10 mars 1881, pp. 11, 12 et 14; 17 mars 1881, p. 14; 28 avril 1881, p. 13.

(48) Furniss. *Labor Problems,* (1925).

(49) La nécessité de tenir compte du fait que l'agression dans le conflit du travail a été prise par une coalition d'employeurs, pour l'appréciation de la licéité d'une activité de trade-union ouvrière, a été reconnue dans l'opinion dissidente du Juge Brandeis sur le cas de *Bedfort Cut Stone Cº v. Journeymen Stone Cutter's Association of N. A.* (247 U. S. 370, 62-63; 47 Sup. Ct. Rep. 522, 530).

par une autre coalition, la doctrine des « mains nettes » devrait être invoquée. La justice exigerait que le cas soit jugé sur ses mérites (d'après l'ensemble des faits de la cause), et non par application d'un droit (jurisprudentiel) qui s'est développé dans les conditions historiques que nous venons de rappeler. Elle exigerait qu'il soit tranché autrement que par une décision en faveur de ceux qui ont des droits de propriété (propriété de l'affaire ou de l'entreprise) que les autres, d'après la nature du cas, n'ont pas possibilité d'avoir, et autrement qu'en faveur des « conspirateurs » qui les premiers font appel à une cour d'équité. Que l'autre partie soit aussi dans une « conspiration », c'est là un fait de trop grande signification pour pouvoir être écarté par la déclaration que « une conspiration n'en justifie pas une autre ». Cette formule se prêterait aussi bien à une interprétation opposée à celle qui lui a été originairement donnée : « Une conspiration n'en justifie pas une autre » en ce sens que le fait que les ouvriers (ou les employeurs) ont conspiré ne justifie par une contre-conspiration (ou coalition) des employeurs (ou des ouvriers). La cour ne peut pas justement interdire ou tenir en bride l'une à la demande et sur l'insistance de l'autre. Elles devraient l'une et l'autre être interdites ou tenues en bride dans l'intérêt du bien public. Accorder à ces faits la considération qu'ils méritent, c'est pratiquement toutes les modifications qu'il y aurait besoin d'apporter à l'émission des « injonctions du travail ». L'intérêt public réclame ces modifications, mais il requiert aussi le maintien de ces injonctions ainsi modifiées

SECTION V

LA FRANCE [1]

CAPITANT, *L'évolution de la conception française en matière de convention du travail.*

PIC, *L'organisation professionnelle et l'Etat moderne : Convention collective du travail et arbitrage obligatoire. Etude de Droit Comparé.*

PERREAU, *La conciliation et l'arbitrage des grèves et lock-outs.*

MANKIEWICZ, *Intérêt pour l'étude comparative des droits et des évolutions économiques des Recueils Internationaux de Jurisprudence. Illustré au moyen du Recueil International de Jurisprudence du Travail.*

La RÉGLEMENTATION DU DROIT DES ACCIDENTS DU TRAVAIL EN DROIT FRANÇAIS est étudiée dans les contributions de MM. SAVATIER, LE GOUVERNEMENT DES JUGES EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE, publiée dans le Tome I, Première Partie, Titre IV, « Les Sources du Droit Comparé », Chapitre V : « La Jurisprudence », § 37, et HOENIGER, A PROPOS DE DOUZE VOLUMES DE RECUEIL INTERNATIONAL DE JURISPRUDENCE DU TRAVAIL, reproduite ci-dessus Chapitre I, § 166.

---

(1) La loi du 31 décembre 1936 étudiée dans les articles groupés dans cette Section a été prorogée, par des mesures législatives successives, jusqu'au 28 février 1938. (V. Loi du 11 janvier 1938, au *Journal officiel de la République Française* du 13 janvier 1938.)

§ 171

L'EVOLUTION DE LA CONCEPTION FRANÇAISE EN MATIERE DE CONVENTION COLLECTIVE DU TRAVAIL

Par Henri CAPITANT †*
Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

La convention collective de travail est d'origine récente. Elle a été réglementée pour la première fois en France par la loi du 25 mars 1919, incorporée dans le Livre Ier, titre II, art. 31 et suivants, du Code du Travail. Une seconde loi, celle du 24 juin 1936, est venue modifier et compléter la première, mais elle est inspirée d'un esprit tout différent et marque une profonde transformation dans le régime juridique de cette convention. C'est cette transformation que nous voudrions exposer dans les pages qui suivent.

La loi du 25 mars 1919, dont l'origine remonte à un projet de loi sur le contrat de travail présenté par MM. Sarrien, Ministre de la Justice, et M. Doumergue, Ministre du Commerce, le 2 juillet 1906, a eu pour but de répandre dans l'industrie et le commerce l'usage des conventions collectives de travail qui apparaissent comme le moyen d'éviter les grèves et les lock-outs si préjudiciables à la paix sociale et à la prospérité économique, en obligeant les employeurs et les salariés à discuter ensemble les conditions relatives au travail.

Ce genre de convention s'était répandu depuis la loi du 27 décembre 1892 sur la conciliation et l'arbitrage, mais le nombre en avait sensible-

---

(*) Le Comité de rédaction de ce Recueil d'études de droit comparé avait été particulièrement heureux et fier de voir Henri Capitant répondre, l'un des premiers, à son appel. Devant sa mort, survenue le 21 septembre 1937, en pleine activité scientifique, en pleine force intellectuelle, le Comité n'entend point seulement s'associer à la douleur unanime suscitée par la disparition du grand civiliste, du professeur qui a éveillé tant de vocations, formé tant de disciples, du maître qui a toujours étudié et enseigné le droit comme la plus difficile et la plus importante des sciences sociales; il veut aussi s'incliner respectueusement devant la mémoire de celui qui, comme ambassadeur dans le monde entier de la science juridique française, comme fondateur de l'*Association des Juristes de langue française* (aujourd'hui *Association Henri Capitant pour la culture juridique française*), et comme ami fidèle et loyal d'Edouard Lambert, s'est toujours montré un bon serviteur de la science du droit comparé.

ment diminué depuis la fin de la guerre, ainsi qu'en témoigne la discussion qui a été poursuivie au Conseil national économique en 1934 (1).

La loi de 1919 donne de la convention collective une définition très large dans son article 1er : « La convention collective de travail est un contrat relatif aux conditions de travail, conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employés et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel ou même un seul employeur. Elle détermine les engagements pris par chacune des parties envers l'autre partie et notamment certaines conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats de travail individuels ou d'équipe que les personnes liées par la convention passent soit entre elles soit avec des tiers pour le genre de travail qui fait l'objet de la dite convention. »

Cette large définition était nécessaire étant donné que l'organisation syndicale ne groupait, tant du côté patronal que du côté des salariés, qu'une faible minorité des intéressés. Elle laissait aux parties une grande liberté quant au contenu de la convention.

Les juristes avaient, antérieurement à cette loi de 1919, discuté de la nature juridique de cette nouvelle convention. Elle présente en effet ce caractère particulier qu'elle oblige non seulement ceux qui la signent et ceux qui leur ont donné expressément mandat, mais tous ceux qui sont membres d'un groupement partie à la convention ou qui y adhère ultérieurement, sous réserve de la faculté qui leur est donnée de se retirer dudit groupement. Suivant leurs habitudes d'esprit, ils avaient tenté de l'introduire dans le cadre traditionnel des contrats. Les uns proposaient d'y voir une application du mandat ou de la gestion d'affaires, les signataires de la convention agissant au nom des membres du syndicat ou du groupement qu'ils sont censés représenter ou du moins en qualité de gérants d'affaires. Les autres considéraient la convention collective comme une stipulation pour autrui. D'autres y voyaient, ce qui paraît préférable, un contrat nouveau non étudié jusqu'alors, non réglementé, et dont il convenait de déterminer les effets en s'inspirant du but poursuivi par les signataires sans s'embarrasser de règles faites pour des situations juridiques toutes différentes (2). Enfin, M. Planiol, plus réaliste encore peut-être, avait énoncé dans la cinquième édition du tome deuxième de son *Traité élémentaire de Droit civil,* n° 1838, l'idée qu'il n'y faut voir « qu'une sorte de traité de paix qui n'a d'autre sanction que la grève, quand le patron refuse de s'y conformer, ou le renvoi des ouvriers qui n'accepteraient pas les conditions établies », idée qui se rattache à la conception anglaise d'après laquelle la convention collective n'a aucune valeur juridique et ne crée pas un lien obligatoire entre les parties contractantes, mais est un simple engagement d'ordre moral.

---

(1) Conseil national économique : *Les conventions collectives de travail,* rapport de M. Pierre Laroque, Auditeur au Conseil d'Etat, et annexes, Paris, Imprimerie nationale, 1934. Les chiffres donnés par les statistiques du Ministère du Travail montrent que depuis 1918 le nombre des conventions collectives décroissait d'année en année : 1919, 557; 1925, 126; 1930, 72; 1931, 17; 1932, 23; 1933, 20, dont la plupart avaient été conclues après grèves.

(2) Capitant et Cuche, *Précis de législation industrielle,* 4e éd., 1936, p. 126 et ss.; Capitant, note au Dalloz 1909, 2, 33.

Quoi qu'il en soit de ces essais d'explication, ils ont exercé leur influence sur les rédacteurs de la loi de 1919, en ce sens que ceux-ci ont également considéré la convention collective comme un contrat auquel s'appliquent les règles du Code civil, notamment celle d'après laquelle les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne sont pas opposables aux tiers. Mais le départ entre contractants et tiers est ici difficile à faire, dans une matière où ce sont presque toujours des syndicats ou des groupements d'employeurs et d'employés qui signent la convention et il s'agit de déterminer dans quelle mesure ils représentent et obligent leurs adhérents. Soucieux comme les auteurs de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, de protéger la liberté individuelle, les rédacteurs de la loi ont consacré toute une section (art. 31 j à 31 p livre Ier, Code du Travail) sous la rubrique : « Des adhésions et des renonciations à la convention », comprenant une longue et laborieuse énumération des personnes considérées comme liées par la convention ou y adhérant et de celles qui peuvent refuser d'en faire partie. En ce qui concerne l'adhésion de nouveaux membres, l'article 31 j ne l'autorise qu'avec le consentement des parties contractantes, ce qui montre combien le législateur a respecté l'élément contractuel. La même préoccupation apparaît dans la détermination des personnes considérées comme liées. Ce sont : « 1° Les employés et les employeurs signataires de la convention ainsi que ceux qui leur ont donné individuellement, par écrit, mandat spécial pour traiter en leur nom ; 2° ceux qui, au moment où la convention est conclue, sont membres d'un groupement partie à cette convention, si, dans un délai de huit jours francs à dater du dépôt, ils n'ont pas donné leur démission de ce groupement et s'ils n'ont pas notifié celle-ci soit au secrétariat ou greffe auquel le dépôt a été effectué, soit au secrétariat du conseil des prud'hommes ou au greffe de la justice de paix qui aurait à juger les différends relatifs à leurs contrats de travail. Lorsque la convention a pour but de faire cesser une grève ou un lock-out, le délai ci-dessus est réduit à trois jours ; 3° ceux qui sont membres d'un groupement adhérant ultérieurement à cette convention si, à dater de la notification de l'adhésion, ils ne se sont pas retirés de ce groupement dans les conditions et délais précisés au paragraphe précédent ; 4° ceux qui, postérieurement au dépôt de la convention, entrent dans un groupement partie à cette convention ».

Enfin, l'article 31 p frappe de nullité toute convention par laquelle les employés ou employeurs renonceraient à la faculté de répudier dans les formes prévues par l'article 31 k, soit une convention collective de travail, soit un mandat donné collectivement. Ainsi un engagement personnel, définitif et immédiat ne peut jamais résulter valablement que d'un mandat écrit et spécial donné aux négociateurs. Ces dispositions, qui témoignent d'une ignorance singulière de la réalité des faits, surtout en ce qui concerne les salariés dont aucun n'a jamais sans doute usé de la faculté que lui donnent ces textes, montrent combien était vif chez les promoteurs de la loi le désir de respecter la liberté de l'individu.

En outre et toujours d'un même point de vue, la loi établit une distinction entre la convention faite pour une durée indéterminée et celle qui est passée pour une durée déterminée. Dans le premier cas, qui est le plus fréquent, chaque partie peut, suivant la règle applicable à tous les contrats à durée indéterminée, résilier la convention par une manifestation

unilatérale de volonté en la faisant connaître un mois à l'avance à toutes les autres parties engagées et en la notifiant au secrétariat ou au greffe où le dépôt a été fait. Les individus qui font partie des groupements adhérents à cette convention peuvent s'en retirer personnellement en donnant leur démission du groupement et en la notifiant au secrétariat ou au greffe où le dépôt a été effectué un mois à l'avance (art. 31 n).

Lorsque la convention est faite pour une durée déterminée, durée qui ne peut être supérieure à cinq ans, l'obligation de l'exécuter pendant le temps convenu ne s'impose pas à toutes les parties, comme cela est la règle pour les autres contrats, mais seulement aux groupements signataires ou qui y ont adhéré ultérieurement, aux employés et employeurs qui l'ont signée ou qui ont donné par écrit mandat spécial de traiter en leur nom ; aux employeurs ayant usé du droit d'adhésion individuelle; enfin aux employés ou employeurs liés à la convention qui ont accepté d'être engagés pour toute sa durée et ont notifié cette acceptation conformément à la loi (art. 31 l et 31 k al. 1° et 5°).

A l'égard des autres personnes liées par elle, la convention est considérée comme étant à durée indéterminée ; il est donc loisible à ces personnes de s'en dégager quand elles le veulent par voie de résiliation unilatérale.

Enfin quand une partie liée par la convention collective passe un contrat de travail avec un tiers qui n'y a pas participé, les clauses de ladite convention sont présumées régir ce contrat de travail, mais il est loisible aux contractants d'en écarter l'application (art. 31 r). Les tiers qui s'embauchent chez un employeur lié par la convention collective ne profitent donc de ses dispositions que si le contraire n'est pas décidé par l'employeur.

La jurisprudence avait tiré une conséquence logique de ce système en décidant que dans un contrat de travail conclu entre deux personnes étrangères à la convention collective, l'une des deux parties ne pouvait pas en invoquer les clauses soit quant au salaire, soit quant au délai-congé, et cela, même si les contractants appartenaient à la profession et à la région relevant de la convention (3).

Le législateur de 1919 était donc resté strictement enfermé dans le cadre traditionnel du contrat. Il l'avait même encore rétréci, car il y a des contrats dans lesquels l'avis de la majorité lie la minorité, tel, par exemple, le concordat consenti par la majorité des créanciers au failli dans les conditions énoncées par l'article 507 du code de commerce.

Partant de ce point de vue, le législateur avait soigneusement limité le champ d'application des conventions collectives et sacrifié au respect de la liberté individuelle l'intérêt de la profession. C'était une fausse conception ; en pareille matière, c'est l'intérêt de la collectivité qui doit être pris en considération (4).

---

(3) Cass. civ. 22 février 1926. D. H. 1926.221; 11 février 1929, S. 1929.1.208; 29 juillet 1929, *Gaz. Pal.* 1930.1.681, sous-note.

(4) On a prétendu cependant que déjà le législateur de 1919 avait eu la conception du caractère réglementaire que doit revêtir la convention collective en décidant dans l'art. 31 *q* que les règles de la convention s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, aux contrats de travail passés entre employeurs et employés soumis les uns et les autres à la convention. Par là, a-t-on dit dans certaine école qui abuse volontiers

Ainsi réglementée, enfermée dans un cadre qui n'est pas fait pour elle, la convention collective ne pouvait pas se développer, et il n'est pas étonnant qu'elle ait été de moins en moins employée.

⁂

Tout opposé est l'esprit qui a présidé à l'élaboration de la loi du 24 juin 1936, qui a ajouté une nouvelle série d'articles à ceux de la loi de 1919, sans abroger du reste ces derniers. A la différence de celle-ci, elle vise à faire de la convention collective la charte réglementaire applicable à tous ceux qui exercent la même profession. Elle se propose, comme l'a dit le Président du Conseil au Sénat dans la séance du 17 juin 1936 (5), de tenter un essai d'organisation de la profession. L'exposé des motifs déclarait que le projet avait pour but de favoriser le développement de la convention collective et d'en « faire la loi pour les rapports entre employeurs et employés dans les diverses branches de l'activité économique du pays ».

La rubrique de la Section IV *bis*, qui est ajoutée au chapitre IV du livre I du Code du Travail relatif à la convention collective, révèle bien l'esprit de la nouvelle loi. Elle est intitulée : « *De l'organisation professionnelle des rapports entre employeurs et employés par conventions collectives.* » C' st la profession que l'on se propose d'organiser. Et pour réaliser cette organisation, il ne faut pas se fier sur l'initiative privée, l'expérience l'a prouvé. La loi compte sur celle de l'administration. D'où les dispositions que voici :

1° Alors qu'auparavant la conclusion d'une convention collective dépendait exclusivement de la volonté des employeurs et des employés, alors que la convention était librement discutée par les seuls intéressés, et cela, qu'il s'agit d'une convention intéressant simplement un établissement et son personnel ou intéressant une partie des établissements ou même tous les établissements d'une même profession, la loi nouvelle fait appel à l'intervention de l'administration quand il s'agit de conclure une convention collective destinée à régler les rapports entre employeurs et employés d'une branche d'industrie ou de commerce (la loi ne s'applique pas à l'agriculture) pour une région déterminée ou pour l'ensemble du territoire. Une organisation syndicale quelconque, patronale ou ouvrière, peut, dans ce cas, requérir l'intervention du Ministre du Travail. Celui-ci ou son représentant doit alors provoquer la réunion d'une commission mixte composée des représentants des organisations syndicales patronales et ouvrières les plus représentatives (6) de la branche d'industrie ou de commerce pour la ré-

---

du mot institution, la convention collective revêtirait un caractère *institutionnel*. Mais cette disposition de la loi de 1919 n'est en rien contraire au droit commun des contrats. Nombreuses sont les dispositions impératives que l'on peut relever dans les lois réglementant les contrats et l'art. 31 *q* ne fait pas autre chose que d'édicter une règle impérative. Il est conforme aux principes du droit des contrats que deux personnes liées l'une et l'autre par les termes d'une convention n'en puissent plus transgresser les prescriptions dans un contrat qu'elles concluent entre elles. Il est vrai que la Cour de cassation en avait jugé autrement par un arrêt de la Chambre civile du 16 décembre 1908, *D. P.* 1909.1.76, mais cet arrêt avait été rendu à une époque où la notion de convention collective était encore bien imprécise.

(5) *Journal officiel* 18 juin, Débats parlementaires, Sénat, p. 523.

(6) Sur le sens qu'il faut attribuer à ce mot, voir la circulaire du Ministre du Travail du 17 août 1936.

gion considérée ou, s'il s'agit d'une convention nationale, pour l'ensemble du territoire. Cette commission sera chargée de discuter et d'établir les termes de la convention. Le rôle du ministre se borne donc au début à provoquer la réunion des syndicats intéressés.

Mais si la commission mixte n'arrive pas à se mettre d'accord sur une ou plusieurs des dispositions à introduire dans la convention collective, le ministre doit alors, à la demande de l'une des parties, intervenir pour aider à la solution du différend, après avoir pris l'avis de la section professionnelle ou des sections professionnelles intéressées du Conseil national économique. Il est bon de noter que le Ministre du Travail n'est pas appelé à trancher le différend, mais simplement à en faciliter la solution. Celle-ci appartient toujours aux parties. Ainsi se manifeste la volonté du législateur de ne pas imposer l'arbitrage mais de faciliter la conciliation (7).

2° Alors que la loi de 1919 ne fixait pas le contenu de la convention collective et se contentait de déclarer qu'elle détermine les engagements pris par chacune des parties envers l'autre partie et notamment certaines conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats de travail individuels ou d'équipe que les personnes liées par la convention passent soit entre elles, soit avec des tiers pour le genre de travail qui fait l'objet de cette convention, la loi de 1936 précise que la convention doit contenir des dispositions concernant notamment :

A. — La liberté syndicale et la liberté d'opinion des travailleurs ;

B. — L'institution, dans les établissements occupant plus de dix personnes, de délégués élus dans son sein par le personnel, ayant qualité pour présenter à la direction les réclamations individuelles qui n'auraient pas été directement satisfaites, relatives à l'application des tarifs de salaires, du code du Travail et autres lois et règlements concernant la protection ouvrière, l'hygiène et la sécurité ;

C. — Les salaires minima par catégorie et par région ;

D. — Le délai-congé ;

E. — L'organisation de l'apprentissage ;

F. — La procédure suivant laquelle sont réglés les différends relatifs à son application (8) ;

G. — La procédure suivant laquelle la convention peut être revisée ou modifiée.

Cette énumération, ainsi que l'indique le mot « notamment » qui la précède, n'a rien de limitatif.

3° Nous arrivons maintenant à la mesure fondamentale de la loi nouvelle. C'est celle (art. 31 vd, ve, vf) qui permet au ministre du Travail de prendre un arrêté rendant les dispositions de la convention collective obligatoire pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de cette convention.

C'est là que gît la grande innovation de la loi ; cette extension transforme le caractère de la convention collective. De simple contrat applicable seulement *inter partes*, elle va devenir une loi à laquelle seront assu-

---

(7) Au surplus, en vertu de lois postérieures, art. 15 de la loi monétaire du 1er octobre 1936, loi du 31 décembre 1936 et décret du 16 janvier 1937, une procédure de conciliation et d'arbitrage a été organisée.

(8) Voir la note ci-dessus.

jettis pour le temps de sa durée tous les employeurs et employés de la profession.

Les conditions dans lesquelles cette transformation peut s'accomplir demandent à être examinées de près .

D'abord il ne s'agit que des grandes conventions collectives, de celles qui sont visées par la loi du 24 juin 1936, c'est-à-dire de celles qui sont conclues suivant la procédure organisée par les articles 31 va, 31 vb et qui contiennent les mentions ci-dessus indiquées. Seules ces conventions peuvent être ainsi élevées au rang de règles obligatoires pour toutes les professions et régions comprises dans leur champ d'application (9).

D'autre part, le Ministre du Travail doit publier au *Journal Officiel* un avis relatif à l'extension envisagée, indiquant notamment le lieu où la convention a été déposée et invitant les organisations professionnelles et toutes personnes intéressées à faire connaître leurs observations et avis.

Enfin le Ministre doit prendre l'avis de la section ou des sections professionnelles compétentes du Conseil national économique, avis auquel il n'est pas tenu du reste de se conformer.

C'est après l'accomplissement de ces formalités que l'extension peut être prononcée. Le Ministre pourra rendre la convention obligatoire « pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention » (10).

Plusieurs questions se posent :

Le Ministre devra-t-il rendre obligatoires toutes les dispositions contenues dans la convention ou pourra-t-il se limiter à quelques-unes ? La loi ne le dit pas, mais qui peut le plus peut le moins.

Pourrait-il appliquer à tout le territoire une convention conclue pour une région déterminée ? Non, semble-t-il, car il doit se tenir « au champ d'application de la convention ».

Combien de temps la convention ainsi étendue fera-t-elle la loi de la profession ou de la région ? En principe, pour la durée prévue par la convention, Si celle-ci est à durée déterminée, pas de difficulté. Mais que décider si elle est à durée indéterminée ? La mesure ne pourra pas s'appliquer, semble-t-il, car il dépend des intéressés de mettre fin à la convention par dénonciation unilatérale (11).

L'arrêté cessera en outre d'avoir effet lorsque les parties contractantes se seront mises d'accord pour dénoncer, reviser ou modifier l'accord. Le dernier mot appartient donc toujours à ceux qui ont signé la convention collective.

---

(9) La circulaire du 17 août 1936 du Ministre du Travail déclare que les conventions collectives conclues à la suite de négociations directement entamées entre les organisations syndicales sans l'intervention de l'administration seront considérées comme susceptibles d'être rendues obligatoires par le Ministre si elles satisfont aux prescriptions de la loi et si les organisations syndicales qui les ont conclues sont les plus représentatives de la profession pour la région.

(10) C'est ce qu'il fait actuellement par une série d'arrêtés rendant des conventions collectives, passées par des organisations intéressées, obligatoires pour toute une région ou une profession.

(11) Cette solution est corroborée par ce fait que le projet de loi contenait une disposition, qui a été supprimée à la suite d'un amendement, aux termes de laquelle, lorsque l'arrêté s'appliquait à une convention à durée indéterminée, les parties liées par elle cessaient de pouvoir user de la faculté de se dégager.

Enfin le Ministre du Travail peut également rapporter l'arrêté par un arrêté nouveau lorsqu'il apparaît que la convention ne répond plus à la situation économique de la branche d'industrie ou de commerce intéressée dans la région déterminée.

***

Il y a, on le voit, une profonde différence entre le système de 1919 et celui de 1936. On peut donc s'étonner au premier abord que le législateur de 1936 ait laissé subsister la loi de 1919 et se soit contenté d'y ajouter des dispositions nouvelles. Mais cette méthode est parfaitement défendable. Il s'agissait de passer d'un régime purement contractuel à un régime réglementaire. Le législateur n'a pas voulu brusquement substituer celui-ci à celui-là. Le premier, celui de 1919, est appelé à disparaître ; on le laisse mourir de sa belle mort (12). La supériorité du nouveau régime n'est pas discutable, Les grandes conventions collectives valent mieux que les conventions limitées à une ou à quelques usines. Elles maintiennent l'égalité entre les employeurs et empêchent qu'ils ne se fassent une concurrence grâce à la différence des salaires qu'ils payent. D'autre part, l'intervention de l'administration est nécessaire pour amener la conclusion de ces grandes conventions ; elle aidera à triompher des résistances des uns et à secouer l'apathie des autres. Or, la généralisation des conventions collectives marquera un progrès certain et une amélioration des rapports du capital et du travail. On peut espérer que leur emploi, s'il ne met pas fin aux grèves et lock-outs, les rendra moins fréquents. L'habitude de discuter ensemble les conditions du travail et le taux des salaires apprendra aux employeurs et aux employés à se mieux connaître et facilitera les accords pacifiques (13).

La pensée qui a inspiré la loi du 24 juin 1936 nous paraît heureuse. Elle ouvre une voie médiane entre le système contractuel et l'organisation étatique des professions instituée par les régimes totalitaires. Le premier système se fie à l'initiative des parties, le second n'a confiance que dans le le pouvoir et le contrôle de l'Etat. La loi française de 1936 suscite et réveille l'initiative et transforme ensuite les accords librements conclus en lois provisoires. Cela paraît plus conforme aux tendances de l'esprit français (14).

---

(12) Une convention collective peut intervenir aujourd'hui comme auparavant entre un groupement d'employés, même s'il ne constitue pas un syndicat, et un ou plusieurs employeurs. Mais ces conventions de cadre plus restreint ne demeureront en vigueur que jusqu'au jour où une convention collective aura été étendue à l'ensemble de la profession.

(13) Le système consistant à donner force de loi aux conventions collectives librement conclues a été appliqué au Canada depuis 1934, dans l'Etat libre d'Irlande en 1936 et expérimenté en Angleterre pour les tisseurs de coton par une loi du 29 mai 1934 (*Bulletin du Ministère du Travail*, juill.-sept. 1936, p. 396 et 403).

(14) Au cours du trimestre allant du 7 juin au 7 septembre 1936, le nombre des conventions collectives provisoires s'est élevé à 350 environ et celui des conventions collectives proprement dites à 600 environ (*Bulletin du Ministère du Travail*, juill.-septembre 1936, p. 334).

L'ORGANISATION PROFESSIONNELLE ET L'ETAT MODERNE

Conventions collectives de travail et arbitrage obligatoire

ETUDE DE DROIT COMPARE

Par Paul PIC

Professeur honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

I. — Altération du contrat collectif sous la pression étatiste : prédominance du droit public, a base d'autorité, sur le droit contractuel.

Il n'est question depuis quelques temps en France, tant dans les milieux industriels que dans les sphères politiques, que de l'extension du régime des conventions collectives de travail ou de l'arbitrage obligatoire à toutes les formes de l'activité économique.

Mais la notion même du contrat collectif envisagée ne se dégage pas toujours nettement des débats confus du Parlement, pas plus d'ailleurs que des commentaires de presse. Or, si l'on examine de près le problème, il semble bien que ce manque de rigueur juridique dans les définitions proposées provient avant tout d'une confusion initiale entre deux concepts du contrat collectif de travail : le concept classique, aux termes duquel il s'agit d'un accord librement débattu entre organisations professionnelles, et librement consenti ; et le concept moderne, tel qu'il apparut d'abord dans la doctrine fasciste, d'où il s'est infiltré rapidement dans les pays voisins, d'après lequel le contrat collectif n'est plus un contrat véritable, mais plutôt un *règlement,* une charte octroyée et parfois imposée par l'Etat.

C'est qu'en effet l'un des traits les plus marquants de la structure sociale des Etats modernes — trait sur lequel il faut insister si l'on veut comprendre la portée exacte, vraiment révolutionnaire, des réformes législatives récentes — est la *pénétration croissante du droit public, à base d'autorité,* dans un domaine considéré jusqu'alors comme étant essentiellement de droit privé : le domaine du droit contractuel, spécialement en matière de législation ouvrière.

Cette altération du caractère contractuel de la convention collective de travail varie d'ailleurs beaucoup d'intensité d'un pays à l'autre. En

Angleterre, aux Etats-Unis, par exemple, l'évolution n'en est encore qu'à ses débuts : elle se matérialise dans des accords plus ou moins imposés (ex. les Codes Roosevelt), mais ne se traduit pas encore en textes de loi. En Allemagne, au contraire, elle est parvenue à son terme. Enfin, en d'autres pays, comme en Italie ou en France depuis les lois promulguées sous le Ministère L. Blum, elle se maintient à un stade intermédiaire, mais avec une tendance très nette dans le sens d'une pression étatiste, toujours plus accentuée.

Comment s'est produit ce phénomène, depuis longtemps déjà annoncé par les théoriciens du syndicalisme, ou du corporatisme, et qui brusquement s'est extériorisé en France par le vote d'une série impressionnante de lois sociales ? C'est ce qu'un rapide coup d'œil sur l'évolution du corporatisme, — à l'état pur comme en Italie, — ou corporatisme syndicaliste comme en France depuis les lois Blum, va nous permettre de dégager.

II. — Le corporatisme contemporain ; ses divers aspects.

Il est incontestable que la *mystique corporative,* parfois alliée du marxisme, dont elle se dit l'adversaire, a fait en Europe, ou plus exactement dans le monde entier, depuis quelques années, des progrès foudroyants. Mais qu'est-ce donc que le corporatisme ? (1).

L'Italie fasciste en a donné une première formule ; l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne (avant le Front populaire), le Portugal, etc..., l'ont reprise ou modifiée. Et voici qu'en France une fraction de l'opinion, cédant au mirage des mots, fait campagne, sous prétexte de *réforme de l'Etat,* en faveur de la substitution, au Parlement national, d'on ne sait quel Parlement à base corporative.

La vision de ces réformateurs est beaucoup trop simpliste, car ils ne discernent même pas que, sous le vocable un peu mystérieux, au fond même très imprécis, de *corporatisme,* se dissimulent en réalité des institutions très dissemblables, contradictoires même à certains égards.

a) *La corporation traditionnelle.*

Prise dans son sens étymologique et historique, la corporation n'est autre chose qu'un groupement d'artisans autonomes, investis d'un certain monopole, retenant sous leur dépendance compagnons et apprentis. Cette organisation du métier, fortement hiérarchisee, qui domine tout le Moyen-Age et dont la Révolution fit disparaître les derniers vestiges en France et dans l'Europe Occidentale, devait se perpétuer au contraire, jusqu'au début du XX^{e} siècle, dans l'Europe Centrale et Orientale (2).

Elle est demeurée, on le sait, l'idéal de l'Ecole sociale chrétienne, spé-

(1) *Bibliographie.* Pour plus de développements, v. la série de nos études récentes sur le corporatisme : Pic, *La corporation dans l'Etat fasciste* (Rev. polit. et parlem., fév. 1934) ; *Le corporatisme contemporain* (*Ibid.*, sept. 1934) ; *La crise du syndicalisme et la Réforme de l'Etat* (Rev. économ. internation., janv. 35) ; *La mystique corporative dans l'Europe contemporaine* (Mélanges Mahaim, 1935). C. Pirou, *Nouveaux aspects du corporatisme,* 1936 ; Jolly, *La mystique du corporatisme,* 1936.

(2) Sur les corporations autrichienne, allemande et balkanique au début du XX^{e} siècle, cons. Pic, *Traité de législation industrielle,* 6^{e} éd., n° 490.

cialement de l'Ecole de Louvain (3), mais elle n'englobe, par la force même des choses, que la petite industrie ou industrie de métier.

b) *Corporatisme étatiste et totalitaire.*

Très différente est la *corporation fasciste* (4), qui prétend englober, en vue de la réalisation d'un idéal commun, à la fois politique et économique, toutes les forces vives de la nation, groupées, de gré ou de force, autour de son chef. La corporation fasciste, étroitement intégrée dans l'Etat, dominée par lui, groupant tous les travailleurs qui, aux divers degrés de l'échelle sociale, patrons, ouvriers ou employés, coopèrent à la fabrication ou à la vente de produits similaires, se superpose aux syndicats patronaux et ouvriers, à ceux du moins qui font acte de fidélité au régime, les autres n'ayant plus qu'à disparaître.

Son objet est double. Elle tend en effet, tout d'abord, à régulariser la production ainsi que les conditions du travail, par voie d'ententes interprofessionnelles et de contrats collectifs entre patrons et salariés, et à trancher *d'autorité* (grèves et lock-outs étant rigoureusement interdits) tous les conflits sociaux qui surgissent dans son sein. Ceux que la corporation ne réussit point à résoudre sont arbitrés, soit par le Ministère des corporations, soit par la Magistrature du travail.

Mais elle tend aussi à des fins politiques : l'objectif non dissimulé du *duce* étant de substituer progressivement, au Parlement à base démocratique dont les derniers débris auront bientôt disparu en Italie, un Parlement professionnel.

A mi-chemin des deux conceptions (corporation d'ancien régime et corporation fasciste), se placent les corporations autrichiennes (5), l'esprit corporatif médiéval, à tendance confessionnelle, s'étant toujours maintenu vivace en Europe Centrale. Sans doute, le chancelier *Dollfuss*, dans la nouvelle Constitution octroyée à la République d'Autriche (1er mai 1934, quelques semaines avant sa fin tragique), s'était inspiré des idées fascistes, en ce sens qu'il avait assigné aux corporations réorganisées un rôle politique important. Mais leur mission économique n'en demeure pas moins prépondérante. Or, rien n'a été changé à la constitution Dollfuss par le Chancelier *Schuschnigg*.

Les corporations *espagnoles* (décret-loi du 26 novembre 1926, sous la dictature Primo de Rivera), et *portugaises*, procèdent de la même inspira-

---

(3) Sur les tendances générales de l'Ecole sociale chrétienne, v. Pic, *Législ. indust.*, n° 50. Parmi les ouvrages inspirés de cette Ecole et des Encycliques papales (*Rerum Novarum*, *Quadragesimo anno*, etc.), cons. notamment : Duthoit, *Vers l'Economie ordonnée*, 1933 ; Brèthe de la Gressaye, *Le Syndicalisme, l'Organisation professionnelle et l'Etat*, 1934, et *L'Organisation corporative des professions*, br., 1936.

(4) Sur la corporation fasciste ou mussolinienne, instituée en *Italie* par les lois des 5 avril 1926 et 6 fév. 1934, cons. notamment, outre les études précitées : Laufenburger, *L'Economie corporative en Italie et en Allemagne* (Rev. pol. et parlem., avril 1934) ; Rosenstock-Franck, *L'Economie corporative en droit et en fait*, 1934 ; Lescure, *Le nouveau régime corporatif italien*, 1934.

(5) Sur la corporation autrichienne, v. nos études précitées.

tion sociale chrétienne (6). Depuis l'avènement de la République espagnole, le syndicalisme anarchique, aujourd'hui dominant à Valence comme à Barcelone, a détruit il est vrai les cadres corporatifs ; mais ceux-ci se reconstituent dans la partie de l'Espagne soumise à l'autorité du Gouvernement nationaliste de Burgos.

Le pseudo-corporatisme *hitlérien,* ou national-socialiste, n'est au contraire, jusqu'ici du moins, que pure fiction (7). A lire les proclamations du chancelier *Hitler* et de ses lieutenants, *Gœring* et *Gœbbels,* il semblait en 1933 que le *Reich* allemand allait s'engager à son tour dans la voie frayée par Mussolini. Mais, dès 1934, nous voyons le gouvernement hitlérien s'écarter brusquement du corporatisme, peut-être par crainte du syndicalisme, détruire systématiquement tous ces groupements professionnels que le fascisme italien avait su conserver en se les incorporant, et finalement remplacer la corporation de métier par la prédominance du chef d'industrie.

Le patron, le *Führer* d'entreprise, n'a plus d'ailleurs aucune autonomie, étant lui-même étroitement subordonné au Gouvernement, au *Führer*-chancelier, par l'intermédiaire du *Front du travail* et des *Treuhänder,* hommes de confiance du Chancelier. Le droit de grève étant abrogé, c'est aux *Treuhänder* et aux *tribunaux d'honneur* qu'est dévolue la mission de trancher d'autorité tous les conflits.

Toute la législation ouvrière existante est virtuellement abrogée ou mise en sommeil ; le cadre syndical est brisé et les *conventions collectives sont abrogées.* Les rapports entre patrons et ouvriers ou employés n'ont plus de base contractuelle ; ils seront dorénavant réglés d'autorité, selon un idéal de collaboration ou de dépendance hiérarchique, aussi éloigné du libéralisme démocratique que du mot d'ordre marxiste de la lutte de classes.

c) *New-Deal american.*

Tout autre est le caractère des expériences américaines d'économie dirigée, ou, plus exactement, de l'*Expérience Roosevelt* (8), qui se poursuit depuis 1933. Comme le *duce* ou le *Führer,* le président des Etats-Unis s'est appliqué à organiser la profession et à instituer pour chaque industrie ou groupe d'industries similaires, une charte professionnelle tendant à la fois à normaliser la production, et à doter la classe ouvrière d'une réglementation protectrice assurant au plus modeste salarié un standard de vie convenable.

(6) Aunos, *L'expérience corporative espagnole* (Frontières, n° 1er mai 1934) ; *Les bases de l'organisation corporative en Portugal* (Sindicato e Corporazione. Rome, mai 1934).

(7) Goetz, *La fin des syndicats allemands,* 1935 ; Littmann, *L'organisation économique et sociale en Allemagne,* 1935 ; Kleinmann, *La réorganisation économique et sociale du IIIe Reich* (Rev. polit. et parlem., janv. 1936). Cf. nos études précitées sur le corporatisme, et Laufenburger, *op. cit.*

(8) Jordan, *Expériences américaines d'économie dirigée* (Rev d'écon. polit., 1934, 1411) ; Baudin, *L'expérience Roosevelt* (Dalloz Hebdom., 1935, 17, et Rev. polit. et parl., mai 1935) ; Simone Max-Benoit, *Le Cycle de l'économie dirigée aux Etats-Unis et l'arrêt de la Cour Suprême* (Rev. pol. et parl., juillet 1935).

Mais il importe de remarquer que, pour arriver a ce résultat, le président Roosevelt n'a pas cru nécessaire de restreindre les libertés publiques, ni de porter atteinte aux institutions démocratiques de la Grande République américaine. Il a, sans doute, exercé une pression morale sur les chefs d'industrie pour les rallier à ses vues ; mais les Codes Roosevelt (dits de non concurrence) n'en ont pas moins été librement débattus entre les organisations professionnelles, patronales et ouvrières, et peuvent être considérés comme autant de contrats collectifs.

Bien que condamnés par la Cour Fédérale (arrêts des 27 mai 1935 et 6 janvier 1936), le N. R. A. (*New Recovery Act*) et le A. A. A. (*Agricultural Adjustment Act*), auront cependant eu pour effet de généraliser la législation protectrice du travail, trop souvent réduite à l'impuissance par l'autonomie des Etats, et de restaurer partiellement l'économie rurale du *Middle West*, menacée en 1933 d'une faillite retentissante.

Même privés de leur support légal, les *Codes Roosevelt* continuent à s'appliquer dans leurs principales dispositions comme contrats collectifs, et les organisations syndicales ouvrières sont assez puissantes, aujourd'hui, surtout depuis la réélection triomphale de leur initiateur, pour veiller à leur exécution et à leur maintien.

d) *Les théoriciens français du corporatisme.*

La réforme de l'Etat est devenue un véritable *leit-motiv*. Les auteurs de plans sont légion (9). Quant à leurs tendances, il convient d'établir une ligne de démarcation très nette entre les projets d'inspiration fasciste, et ceux qui, respectueux des droits du Parlement national, s'appliquent à renforcer le rôle consultatif du Conseil National Economique. De ces deux concepts, l'un autoritaire, l'autre démocratique, nous n'hésitons pas à préférer le second. Il suffit de se référer à certains des avant-projets élaborés par les partisans du premier système (Ranc, Dommange, etc...), pour en percevoir le caractère artificiel et discerner le péril qu'ils recèlent.

Tous ces projets, d'ailleurs, sont volontairement incomplets, aucun de leurs promoteurs n'osant clairement avouer que, pour harmoniser dans un Etat corporatif, où s'affrontent mille intérêts particuliers souvent antagonistes, les forces économiques dont cet Etat est l'émanation, un Gouvernement fort, dictatorial même, est indispensable. Est-ce donc ce régime nettement anti-démocratique que l'on voudrait instaurer en France ? (10).

Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait rien à réformer dans le sens d'une meilleure *représentation des intérêts*. Mais le résultat cherché pouvait être obtenu en France sans bouleversement constitutionnel, sans renonciation aux libertés publiques, d'abord par un renforcement des moyens d'action

---

(9) *Le plan du 9 juillet*, broch. 1934 ; Ranc, *La constitution professionnelle de la France* (Grande Revue, avril 1934) ; Maurois, *Les besoins de l'Etat moderne* (Rev. des Deux-Mondes, n° 15, fév. 1934, etc...).

(10) Pour la critique de la réforme corporative, ainsi entendue, consulter notamment, outre nos études précitées et celle de Laufenburger : Carmille, *Les théories de l'économie dirigée* (Revue politique et parl., janv. 1932) ; Mirkine-Guetzévitch, *La souveraineté nationale* (*Ibid.*, juillet 1936).

du *Conseil National Economique*, ensuite par une politique prudente d'encouragement aux *ententes professionnelles*, enfin et surtout par la généralisation des *conventions collectives de travail* et l'organisation légale de l'*arbitrage*.

Telles sont bien les caractéristiques de la nouvelle législation sociale française, quelles qu'en puissent être les lacunes ou les erreurs.

III. — La nouvelle charte du travail française

(*Lois des* 24 *juin et* 31 *décembre* 1936) (11)

A) *Loi du* 24 *juin* 1936 *sur les conventions collectives de travail.*

La convention collective de travail n'est nullement, comme on le croit parfois, une innovation sensationnelle du ministère Blum. La loi du 24 juin 1936, en effet, a eu simplement pour but, comme l'indique d'ailleurs son intitulé, de modifier et de compléter le chapitre IV du livre Ier du Code du travail, sur la *convention collective de travail*. Or ce chapitre IV n'est autre que la loi du 25 juin 1919, incorporée sans changement au livre Ier du Code de travail dans les articles 31 à 31 *x*, et 32.

Mais la loi de 1936, devenue la section IV *bis* du chapitre IV *bis* du livre Ier du Code du travail, n'en réalise pas moins une réforme considérable, presqu'une révolution. Jusqu'à ce jour, en effet, le contrat de travail individuel était la règle, le contrat collectif l'exception. Désormais, la situation est inversée. L'armature juridique du contrat collectif restant la même, sa portée d'application se trouve démesurément élargie ; par là même, est instaurée la prédominance des deux grandes fédérations professionnelles, ouvrière et patronale, affirmée dans l'accord Matignon du 7 juin, origine et point de départ de toute la nouvelle législation sociale.

C'est ce qu'une brève analyse du texte va nous permettre de mettre en relief.

a) *Commission mixte*. — Tout d'abord, la loi nouvelle dispose que : « A la demande d'une organisation syndicale, patronale ou ouvrière intéressée, le ministre du travail ou son représentant provoquera la réunion d'une commission mixte en vue de la conclusion d'une convention collective de travail.

La commission mixte est composée des représentants des organisations syndicales, patronales et ouvrières, les plus représentatives de la branche d'industrie ou de commerce pour la région considérée ou, dans le cas où il s'agit d'une convention collective nationale, pour l'ensemble du territoire » (art. 31 *va*).

Ce texte appelle deux observations. La première, c'est que, dans l'esprit du législateur, le Ministre du travail ne serait pas libre d'apprécier l'opportunité de la réunion d'une Commission mixte. Dès qu'une organi-

---

(11) Pour une étude plus complète de la loi du 24 juin 1936, v. Pic : *Autour de la loi du* 24 *juin* 1936 *sur les conventions collectives de travail* (Rev. polit. et parl., septembre 1936) et *La nouvelle législation sociale française* (*Questions pratiques*, 1936, p. 141).

sation professionnelle régulière, ouvrière ou patronale, lui signale un conflit, et sollicite son intervention, son devoir est de déférer à cette requête, et de provoquer, soit personnellement s'il s'agit d'un conflit susceptible de s'étendre à tout le territoire, soit par son représentant (préfet, inspecteur divisionnaire de travail, etc...), s'il s'agit d'un conflit régional ou local, la réunion d'une commission mixte.

Le vœu de la loi est évidemment de doter le plus rapidement possible chaque profession *d'une charte du travail* réglant pour l'avenir tous les problèmes essentiels susceptibles de diviser employeurs et employés.

Notre seconde observation vise la constitution des Commissions mixtes. Comment les composer ? La formule légale « organisations les plus représentatives... » élude plutôt la difficulté qu'elle ne la résout. Sous le régime français de la liberté syndicale, la C. G. T. et les syndicats qui y sont affiliés ne sauraient être investis d'aucun monopole ; d'où les protestations des organisations indépendantes, confessionnelles ou non, et notamment de la C. F. T. C. (Confédération Française des Travailleurs Chrétiens), tenues systématiquement à l'écart des négociations récentes.

b) *Médiation ministérielle.* — « Si la Commission mixte n'arrive pas à se mettre d'accord sur une ou plusieurs des dispositions à introduire dans la convention collective, le Ministre du travail *doit,* à la demande de l'une des parties, intervenir pour aider à la solution du différend après avis de la section ou des sections professionnelles intéressées du Conseil national économique » (art. 31 *vb*).

Ce texte a donné lieu à des interprétations manifestement erronées. L'on a couramment insisté dans la presse sur la mission *arbitrale* dévolue au Ministre ; il y a là une erreur évidente. Dans le régime français, qui sur ce point se différencie absolument du régime fasciste, le Ministre n'est pas un arbitre, investi du droit de trancher le conflit d'autorité ; il n'est qu'un *médiateur,* un conciliateur, qui s'efforce de rapprocher les parties, de leur suggérer des solutions transactionnelles, mais sans pouvoir les leur imposer : la convention collective présupposant un accord volontaire des deux groupements en présence.

c) *Contenu obligatoire de la convention collective.* — Toute convention collective doit contenir dorénavant tout un ensemble de dispositions qui en font une véritable charte du travail pour la profession ou le groupe de professions envisagées. Elle doit en effet, après avoir indiqué qu'elle est conclue pour une durée déterminée ou indéterminée. contenir des dispositions concernant notamment :

1° *La liberté syndicale* et la liberté d'opinion des travailleurs ;

2° L'institution, dans les établissements occupant plus de dix personnes, de *délégués élus* dans son sein par le personnel, ayant qualité pour présenter à la direction les réclamations de leurs mandants relatives à l'application des tarifs de salaires, du Code du travail et autres lois ou règlements concernant la protection ouvrière, l'hygiène et la sécurité. Ces délégués élus peuvent se faire assister d'un représentant du syndicat de leur profession ;

3° Les salaires minima par catégories et par régions ;

4° Le délai-congé ;

5° L'organisation de l'apprentissage ;

6° La procédure suivant laquelle seront réglés les différends relatifs à son application ;

7° La *procédure* suivant laquelle elle peut être revisée ou modifiée.

d) *Droit pour le Ministre de rendre une convention collective obligatoire pour tous les employés des professions ou régions envisagées.* — Aux termes de l'article 31 *vd,* qui constitue l'innovation capitale de la loi, et un pas décisif dans la voie de l'*économie dirigée,* le Ministre du travail peut, par arrêté, rendre les dispositions d'une convention collective *obligatoires* pour tous les employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention.

Avant de prendre cet arrêté, le Ministre du travail doit publier au *Journal Officiel* un avis relatif à l'extension envisagée, et inviter les organisations professionnelles et toutes personnes intéressées à lui faire connaître, dans un délai qu'il fixera et qui ne sera pas inférieur à quinze jours, leurs observations et avis. L'arrêté ne sera pris qu'après avis de la section ou des sections professionnelles du Conseil National Economique (art. 31 V. E.).

L'arrêté ne peut être rapporté que si toutes les parties contractantes se sont mises d'accord pour dénoncer, réviser ou modifier l'accord. Le Ministre peut également le rapporter, lorsqu'il apparaît que la convention collective ne répond plus à la situation économique.

Portée de la réforme. — Cette brève analyse de la loi du 24 juin suffit à mettre en évidence les modifications profondes, apportées à la loi de 1919.

Tout d'abord, et bien que consacrant la validité des conventions collectives, la loi de 1919 était basée sur le double principe de la liberté individuelle et de la liberté syndicale.

La liberté individuelle était pleinement sauvegardée, en ce sens : 1° Que les membres de tout groupement partie à l'accord étaient libres de s'en dégager en donnant leur démission du groupement dans un délai de huit jours à compter du dépôt au Conseil des prud'hommes; 2° Que, même lorsque la convention était conclue pour une durée déterminée, les employeurs ou les salariés adhérents aux groupements signataires conservaient le droit, à moins d'y avoir apposé individuellement leur signature, de dénoncer l'accord en ce qui les concerne et de recouvrer leur liberté (art. 31 *l, in fine*).

La liberté syndicale était également respectée, puisque tout groupement, partie à une convention collective conclue pour une durée indéterminée, était libre, à toute époque, de se dégager en notifiant sa renonciation, un mois à l'avance (art. 31 *m*). Toute liberté était également laissée aux négociateurs en ce qui concerne le contenu de l'accord. Enfin, l'ingérence des pouvoirs publics était discrète et d'ailleurs exceptionnelle.

Il en va tout différemment aujourd'hui. La loi du 24 juin 1936, en effet, rend virtuellement obligatoire, dans tous les établissements de quelque importance, l'institution des délégués du personnel.

L'individu n'a plus la possibilité de dénoncer isolément le contrat ; il ne peut que suivre les directives de son syndicat. Les échelles de salaires sont rigides, indépendantes du mérite individuel de chacun, et tendent à

ramener tous les travailleurs d'une même catégorie à un niveau moyen, celui de l'ouvrier ordinaire. Les élites sont sacrifiées.

Les groupements n'ont plus le droit de limiter leurs accords à certains points litigieux. Les conventions qu'ils négocient doivent être des chartes d'ensemble.

Enfin, et ceci en est vraiment la caractéristique essentielle, le régime nouveau organise l'ingérence constante du Ministre du travail, représentant l'Etat, dans les accords entre ouvriers et patrons, et lui assure une influence prépondérante. C'est à lui, ou à son représentant, qu'il appartient de diriger les débats des Commissions mixtes. Il lui est loisible, enfin, de transformer la convention en un véritable règlement administratif, obligatoire pour les dissidents.

La liberté de l'individu, employeur ou salarié, est donc étroitement limitée dans le régime nouveau. Mais était-il possible *d'organiser la profession,* ce qui est le but essentiel du contrat collectif, régulateur des salaires, mais aussi régulateur de la concurrence entre les producteurs, sans un minimum de contrainte légale et, disons le mot, d'étatisme ? Il ne le semble pas.

Est-ce à dire que la France contemporaine, tout en s'affirmant *antifasciste,* soit dès maintenant acquise au *corporatisme totalitaire,* tel qu'il fonctionne par exemple dans l'Italie mussolinienne ? Evidemment non. Le régime que l'on instaure actuellement en France s'apparente assurément au corporatisme, par son caractère étatiste et autoritaire, et par son objectif (organisation de la profession). Mais il s'en différencie par plusieurs traits essentiels, qu'il convient de mettre en lumière.

Que la nouvelle charte du travail française se rapproche à certains égards du régime fasciste, le fait est indéniable. Comme la législation italienne, la nouvelle loi française sur les contrats collectifs *organise la profession,* et s'efforce tout à la fois de régulariser la production, et d'assurer au travail une juste part dans la répartition.

Comme en régime fasciste, et à la différence du régime hitlérien, les contrats collectifs appelés à former l'armature de la profession sont tout d'abord librement discutés entre les représentants qualifiés des organisations patronales et ouvrières.

Comme en Italie également, les négociations s'engagent sous l'égide gouvernementale, avec cette différence toutefois qu'en France le Ministre du travail n'est qu'un médiateur, tandis qu'en Italie le Duce, ou son représentant, est un arbitre souverain.

Mais, et c'est ici que les deux systèmes divergent profondément, le régime fasciste, dictatorial et totalitaire, ne tolère et en tous cas ne reconnaît que les syndicats et les corporations fascistes, tandis que la nouvelle législation française sur les contrats collectifs est, *en théorie du moins,* respectueuse de la liberté syndicale comme de la liberté individuelle.

A tous ces points de vue, c'est à l'expérience *Roosevelt* (*New-Deal*) que ressemble le plus le régime français.

Une autre différence profonde entre les deux régimes, qui découle d'ailleurs de la précédente, c'est qu'en régime *totalitaire* (fasciste ou hitlérien), ni la grève ouvrière ni le lock-out patronal ne sont tolérés.

Le droit de grève ou de lock-out subsiste au contraire intégralement dans le nouveau régime du travail français, et il faut reconnaître qu'il a été fait, de ce droit de grève, depuis le mois de juin dernier, un usage singulièrement abusif. Le droit de grève, est-il même utile de le dire, ne comporte ni les occupations d'usines (grèves sur le tas), véritable attentat contre la propriété, ni les séquestrations de personnes (directeurs ou employés supérieurs), actes prévus et sévèrement punis par le Code pénal (12). Il est tout à fait regrettable que le Gouvernement, cédant à la pression communiste (Ministère des masses), n'ait pas immédiatement réagi contre cette poussée révolutionnaire, et que les décisions des tribunaux (juges de référé), ordonnant l'évacuation immédiate, n'aient pu le plus souvent être exécutées, par suite de la carence des autorités administratives.

Mais, nous objectera-t-on, si la loi du 24 juin (13) n'a pas immédiatement produit l'effet pacificateur qu'on en attendait, c'est qu'elle n'était pas complète, et qu'il était nécessaire de la doubler d'un texte organisant une procédure rapide de conciliation et d'arbitrage obligatoire, à laquelle nul n'aurait dorénavant le droit de se soustraire.

Tel est en effet l'objectif de la loi du 31 décembre 1936, dont il nous reste à exposer brièvement l'économie.

B. — *Loi du 31 décembre 1936 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail.*

a) *Champ d'application de la loi.* — Pour qu'un conflit de travail soit justiciable de la loi nouvelle, deux conditions doivent être réunies :

1° Le conflit doit intéresser *le commerce ou l'industrie*. La Chambre avait décidé que la loi serait étendue à *l'agriculture ;* mais le Sénat s'y refusa, et il fut convenu que, les conditions du travail de la terre étant très différentes de celles du commerce et de l'industrie, un projet spécial à l'agriculture serait ultérieurement déposé par le Gouvernement. Il l'a été effectivement, et la Chambre a commencé à en délibérer (février-mars) ; mais il se heurte à des obstacles presque insurmontables.

2° Le conflit doit être *collectif*. Les conflits individuels restent de la compétence des Conseils de prud'hommes.

Ces deux conditions sont nécessaires et suffisantes. Tout conflit collectif est régi par la loi nouvelle, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les questions d'interprétation ou d'application d'un contrat collectif antérieur et les problèmes d'ordre politique plutôt que professionnel, posés par une grève ou un lock-out surgissant entre groupes nationaux et ouvriers non encore unis par un contrat collectif, ou désireux de s'affranchir de celui qui les lie présentement.

b) *Procédures organisées.* — En principe, deux procédures successives sont envisagées : tentative de conciliation d'abord et, si celle-ci échoue, arbitrage.

---

(12) Morillot, Coroze et Morand, *Les occupations d'usines et leurs conséquences juridiques*, oct. 1936.

(13) Pour une étude plus complète de la loi, v. Pic : *De l'accord Matignon à la loi du 31 décembre 1936 sur l'arbitrage obligatoire* (Rev. polit. et parlem., mars 1937).

Toutefois, cette procédure relativement longue ne concerne que les conflits à venir. Pour ceux actuellement en cours, le législateur a pensé que le meilleur moyen de mettre fin à l'agitation révolutionnaire était de supprimer la phase conciliatrice et de passer immédiatement à l'arbitrage. « A titre transitoire, dispose l'article 2, toutes contestations (concernant les conflits *en cours*) de nature à retarder la reprise immédiate du travail seront portées directement, et sans préliminaire de conciliation, devant les arbitres. »

Comment, sous cette réserve, va se dérouler la procédure ? Deux solutions sont à envisager :

1° Il existe un *contrat collectif* déterminant les modalités d'application des procédures de conciliation et d'arbitrage. En ce cas, ces modalités doivent être observées.

2° Il n'y a pas de contrat collectif ou celui-ci est muet sur la question. En ce cas « le Gouvernement est autorisé, jusqu'à clôture de la session ordinaire de 1937, à fixer les modalités de ces procédures par décrets rendus en Conseil d'Etat, en conformité des dispositions de l'article 15, § 2, de la loi monétaire du 1er octobre 1936 » (art. 3). C'est, en somme, un blanc-seing temporaire d'environ six mois que le Parlement consent au Gouvernement.

Le décret vient d'être promulgué (décret du 16 janvier 1937). Comme on pouvait le supposer, il reproduit dans ses grandes lignes le projet primitif voté par la Chambre et écarté par le Sénat. Il y aura donc, le cas échéant, pour les conflits futurs, et tant que le décret restera en vigueur, trois tentatives de conciliation échelonnées : *a*) devant la Commission départementale (ou interdépartementale) au premier degré ; *b*) devant la Commission mixte paritaire (Commission professionnelle nationale) ; *c*) devant la Commission nationale interprofessionnelle. Si cette troisième tentative échoue comme les deux premières, alors seulement fonctionne l'arbitrage.

A ce stade, le Parlement a cru nécessaire de limiter les pouvoirs dévolus à l'exécutif.

En vue d'assurer l'impartialité de la sentence, le texte pose, en effet, certaines règles concernant le choix du surarbitre. « S'il y a lieu à désignation d'un surarbitre, à défaut par les parties ou par les premiers arbitres de s'être entendus sur ce choix, ce surarbitre sera désigné parmi les membres en activité ou en retraite des grands corps de l'Etat » (art. 4). Cette formule est assez large et, d'après les explications données au cours des débats, permettra au Gouvernement de choisir pour surarbitre soit un membre des grands corps judiciaires (C. de Cassation, Cons. d'Etat, Cour des comptes), soit un membre de l'Institut ou de l'enseignement supérieur, soit un inspecteur général des finances, des services administratifs, ou un contrôleur général de l'armée (14).

---

(14) C'est ainsi que, le 19 janvier, un contrôleur général de l'armée a été désigné pour trancher par voie d'arbitrage le conflit des abattoirs de la Ville de Paris. La sentence a été rendue le 22. M. Matter, premier président de la Cour de Cassation, vient de statuer comme surarbitre sur le conflit de la métallurgie parisienne (20 février).

c) *Principes directeurs assignés aux procédures de conciliation et d'arbitrage.* — Tout en laissant provisoirement au Gouvernement une entière latitude pour l'organisation de la procédure, le législateur a entendu cependant mettre obstacle à certaines innovations dangereuses, et, pour assurer le respect des principes fondamentaux sur lesquels repose encore aujourd'hui l'Etat français, tracer au Gouvernement et aux arbitres certaines normes, dont il leur est interdit de s'écarter.

D'une part, et ceci est à l'adresse du Gouvernement, les procédures de conciliation et d'arbitrage seront organisées « dans le cadre des lois existantes » (art. 5). En d'autres termes, il ne saurait être question, sous couleur d'organiser la conciliation et l'arbitrage, de modifier les dispositions impératives de la législation ouvrière actuellement en vigueur.

D'autre part, les arbitres, bien qu'investis des larges pouvoirs d'un amiable compositeur, devront, dans la recherche d'un règlement équitable du conflit, s'efforcer de « créer aux lieux d'emploi une atmosphère de collaboration dans le respect des droits mutuels des parties : droit de propriété, droit syndical, liberté individuelle, liberté du travail, liberté syndicale » (art. 5).

C'est ainsi, en particulier, qu'ils ne sauraient ordonner aucune mesure susceptible de porter atteinte au droit du chef d'industrie (droit de contrôle sur la marche de l'usine conféré aux délégués d'atelier, participation bénéficiaire obligatoire, etc...), ni imposer aux patrons l'obligation de n'engager que des syndiqués, ni leur interdire d'engager des ouvriers appartenant à un syndicat non cégétiste, etc...

d) *Caractère obligatoire de la loi ; absence de sanctions directes.* — Ce caractère est affirmé dans tous les articles de la loi : Obligation de soumettre tous les conflits collectifs aux procédures légales *avant toute grève ou lock-out* (art. 1er) ; Obligation, dès la mise en mouvement de la procédure, de reprendre immédiatement le travail s'il a été suspendu en fait (art. 2) ; Obligation, en cas d'échec de la procédure de conciliation, d'aller devant des arbitres (art. 1er et 2) ; Caractère obligatoire pour tous de la sentence arbitrale rendue (art. 6).

La volonté du législateur est donc nettement affirmée ; mais comment est-elle sanctionnée ? Il faut bien reconnaître qu'elle ne l'est pas, et que la loi n'a prévu aucune mesure de contrainte, civile ou pénale, contre les récalcitrants. Pour qu'il y eût sanction, il aurait fallu supprimer le droit de grève, l'ériger en délit comme le faisait l'ancien article 414 C. Pén., avant la loi du 25 mai 1864, portant suppression du délit de coalition, comme le font actuellement les lois australiennes et néo-zélandaises, ainsi que les lois des pays de dictature. Or il a été maintes fois déclaré, par le Président du Conseil, qu'il n'entendait nullement supprimer le droit de grève, mais seulement le *démocratiser*, c'est-à-dire croyons-nous (car le projet annoncé n'est pas encore déposé), conférer à la majorité le droit, par un vote, de décréter la grève ou le lock-out, et d'obliger les dissidents à s'y conformer (solution d'ailleurs très contestable).

Seules sont punissables les atteintes à la liberté du travail dont la grève et le lock-out peuvent être l'occasion (art. 414, 415 C. Pén.).

Quant à la sentence, l'article 6 nous dit bien qu'elle sera motivée et

sans appel, qu'elle sera *obligatoire* et rendue publique. Mais, à part l'appel à l'opinion publique résultant de la publicité donnée à ladite sentence, le texte ne prévoit aucun moyen de coercition à l'encontre de la partie qui se refuserait à l'exécuter.

La sentence, tant que les deux parties n'y ont pas acquiescé, n'est donc pas plus exécutoire aujourd'hui qu'elle ne l'était sous l'empire de la loi de 1892. Aussi a-t-on pu dire, non sans subtilité, que la loi nouvelle instituait bien *l'obligation de recourir à l'arbitrage*, mais non *l'arbitrage obligatoire* (15).

e) *Caractère provisoire de la loi.* — La loi, nous l'avons indiqué déjà, est une loi *provisoire*. Les deux Chambres, n'ayant pu se mettre d'accord sur un texte dans le bref délai qui leur était imparti, se sont entendues pour donner au Gouvernement un blanc-seing temporaire à l'effet d'organiser, par décret, les procédures de conciliation et d'arbitrage. Ces pleins pouvoirs expireront de plein droit à la clôture de la session ordinaire de 1937 (soit probablement fin juillet) ; toutefois, les procédures commencées à cette date suivront leur cours (art. 3).

IV. — Premiers résultats de la nouvelle législation sociale ; Ecueils a éviter

Nos conclusions seront très brèves, notre sentiment se dégageant déjà des développements qui précèdent.

Libéralement appliquée, la loi du 26 juin 1936 sur les conventions collectives aurait pu donner d'excellents résultats; mais il eût fallu, pour cela, que sa mise en vigueur se réalisât dans une véritable atmosphère de confiance mutuelle. Un contrat collectif est un traité de paix ; si les ouvriers, dominés par l'idéologie marxiste, prétendent n'y voir qu'une trêve, et continuent à se réclamer de la *lutte de classes*, le contrat s'avère impuissant à rétablir l'ordre compromis.

Or c'est précisément ce qui s'est passé trop souvent depuis quelques mois, comme le faisait récemment observer, dans les termes les plus mesurés, le distingué président de la Chambre de Commerce de Lyon, M. Morel-Journel :

« Il ne suffit pas — dit-il dans une lettre au Ministre de l'Economie Nationale (octobre 1936) — qu'une grève ait cessé et qu'un ordre apparent, ou même réel, soit rétabli dans une corporation si, à côté, une grève éclate dans une autre, car la plupart des entreprises s'enchaînent... Les revendications professionnelles ont été satisfaites, parfois au delà des possibilités économiques ; *elles sont aujourd'hui une façade* derrière laquelle s'abritent des manœuvres et des ambitions d'ordre politique qui menacent nos entreprises, ébranlent le sentiment de sécurité et étouffent l'esprit d'initiative, l'un et l'autre essentiels à la reprise des affaires... »

Sans doute, de nombreuses conventions collectives ont été signées

---

(15) Philip, *Arbitrage obligatoire ou obligation d'arbitrage ?* (« Lyon Républicain », N° du 12 décembre 1936).

depuis l'accord Matignon, et les plus importantes ont été déclarées obligatoires, par arrêté ministériel, notamment dans la soierie, la métallurgie, l'industrie automobile, etc... ; mais plusieurs d'entre elles ont déjà été dénoncées, parfois sous les prétextes les plus futiles (congédiement d'un ouvrier fautif), parfois pour des causes plus sérieuses, telles que la hausse des prix : conséquence fatale de réformes réalisées en quelques semaines, sans aucun souci des transitions nécessaires (lois sur les congés payés, les 40 heures, dévaluation du franc, etc...).

A chaque conflit nouveau, l'on s'est efforcé de parer au plus vite. Des commissions de conciliation ont été réunies (les Commissions départementales siègent presque en permanence), des arbitres et des surarbitres ont statué ; le tout en conformité de la loi du 31 décembre 1936. Mais l'on a vu parfois, dès le lendemain de la notification de la sentence arbitrale, un groupe de mécontents tout remettre en question, si bien que les Commissions conciliatrices en sont réduites à un travail de Pénélope !

Il faut convenir d'ailleurs que, si la loi du 24 juin doit être approuvée dans de grandes lignes, la loi du 31 décembre, à raison même de la hâte fiévreuse dans laquelle elle a été élaborée en fin de session, appelle les plus expresses réserves. Elle prête en effet le flanc à la critique sur trois chefs essentiels :

1° C'est une loi de circonstance, une loi *provisoire* qui ajourne les difficultés sans les résoudre, puisqu'elle cessera automatiquement de s'appliquer dès la clôture de la session ordinaire de 1937. Comment fonctionneront alors la conciliation et l'arbitrage si d'ici là les deux Chambres ne réussissent pas à s'entendre, sur un texte définitif ? ([16]).

2° *La loi repose sur une équivoque.* — Il est bien dit (art. 1[er]) que les conflits collectifs *doivent* être soumis aux procédures de conciliation et d'arbitrage *avant toute grève ou lock-out.* Il est spécifié également (art. 6) que la sentence arbitrale sera *obligatoire.* Logiquement, ces formules impliqueraient interdiction, pour l'avenir, de toute grève, de tout lock-out ; mais une telle interdiction présuppose des sanctions appropriées. Or, non seulement aucune sanction n'est prévue, mais le président du Conseil a eu le soin de faire remarquer, au cours de la discussion, qu'il n'entendait nullement porter atteinte au droit de grève (V. suprà). Nous sommes donc en présence d'une obligation platonique, d'une obligation *sans sanctions.*

3° Il est dit à l'article 5 que l'arbitre devra dans sa sentence respecter le droit syndical, la liberté syndicale. Mais cette liberté syndicale s'harmonise malaisément avec la procédure instituée par le règlement d'administration publique complémentaire de la loi, qui institue un véritable monopole au profit des deux grandes organisations signataires des accords Matignon : la C. G. T. et la C. G. P. F. Les protestations très justifiées des organisations indépendantes, notamment des syndicats chrétiens et du S. I. A. M. (Syndicat des Ingénieurs et Agents de Maîtrise), dont la position intermédiaire entre le Patronat et le Salariat tend à s'affirmer de plus en plus, devront être entendues, et satisfaites dans la mesure du possible.

---

(16) V. la note 1 p. 509. (Note de l'éditeur.)

Est-ce à dire que nous soyons systématiquement hostile à ce premier essai d'organisation en France de la conciliation et de l'arbitrage obligatoire en matière de conflits du travail ? Rien n'est plus loin de notre pensée. Il est fort possible, au contraire, et nous ajoutons même qu'il est désirable que, pour risquée qu'elle soit, cette expérience hardie réussisse.

Mais pour cette réussite, deux conditions nous paraissent indispensables. La première, c'est que le climat politique change complètement, que le Gouvernement consente à parler et à agir au nom du pays tout entier et non d'une classe, qu'il s'érige en un mot en arbitre impartial.

La seconde, c'est que le Parlement ne persiste pas dans son effacement et n'attende pas l'expiration du délai d'applicabilité de la loi provisoire du 31 décembre pour reprendre dans le calme, avec la ferme volonté d'aboutir, la discussion d'une loi définitive et complète sur le règlement des conflits, sauf à limiter l'obligation, comme le prévoyait le projet de 1920, aux services publics ou concédés, et à prévoir, dans ce cadre limité, des sanctions sérieuses, qui appliquées avec fermeté, sans brutalité ni faiblesse, ramèneraient le calme dans les esprits.

Si ces deux conditions étaient réunies, — ce dont applaudiraient tous les démocrates sincères, ennemis de toutes les dictatures, qu'elles soient de droite ou d'extrême gauche, — peut-être pourrions-nous attendre de la conjugaison harmonieuse de ces deux lois fondamentales, loi d'hier (du 24 juin 1936) sur les conventions collectives, et loi de demain sur le règlement amiable des conflits du travail, l'avènement de cet *ordre nouveau,* prématurément annoncé dès le lendemain de la signature des accords Matignon.

LA CONCILIATION ET L'ARBITRAGE DES GREVES ET LOCK-OUTS

Par E. H. PERREAU
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse

Vers 1850, un auteur écrivait : « Il suffit au développement graduel « et paisible de l'humanité que ses tendances ne soient pas troublées et « qu'elles reconquièrent la liberté de leurs mouvements... Les intérêts sont « harmoniques, donc la solution [du problème social] est tout entière dans ce mot : Liberté. » (Frédéric Bastiat, *Harmonies économiques*, 2e éd., 1856, p. 14).

Pendant toute la seconde moitié du dernier siècle, on comptait absolument sur la liberté individuelle et sur les initiatives privées pour résoudre grèves et lock-outs. Leur insuffisance pour y parvenir s'avérant avec le temps, les pouvoirs publics jugèrent indispensable d'intervenir. Depuis quarante-cinq ans, leur attitude est passée par trois grandes phases successives :

Simple invitation aux intéressés, par un représentant de l'Etat, de recourir à la conciliation et l'arbitrage par délégués de leur choix;

Conciliation et arbitrage facultatifs par des organisations officielles permanentes;

Conciliation et arbitrage obligatoires.

La première période s'ouvrit avec la loi du 27 décembre 1892, reproduite par les art. 104-118, liv. IV, C. travail. Au cas où nul des intéressés ne sollicitait son intervention, le juge de paix devait spontanément leur offrir ses bons offices pour les amener à constituer un comité de conciliation. Si l'accord ne s'établissait pas, il devait les inviter à recourir à l'arbitrage, par une personne de leur choix. Quand ils acceptaient le principe de l'arbitrage, sans s'accorder sur le nom de l'arbitre, il était désigné par le président du tribunal civil.

Une procédure très simple et très rapide paraissait pouvoir satisfaire les intéressés. Elle eut d'abord du succès : de 1893 à 1900, près du quart des conflits furent soumis à pareille tentative. Aujourd'hui, la moyenne annuelle est certainement inférieure à 18 %. (P. Pic, *Traité élémentaire de Législation industrielle*, 6e éd., 1931, p. 940)

Certains se demandèrent, en voyant diminuer le nombre de ces procédures, si l'on ne recourrait pas plus souvent à des organes officiels préconstitués. En faisant créer, dans chaque département, par le décret du 17 sep-

tembre 1900, des Conseils du travail devant statuer sur toute question relative au travail que leur soumettraient les particuliers ou le Gouvernement, le Ministre du commerce et de l'industrie d'alors, M. Millerand, espérait qu'on leur confierait la conciliation et l'arbitrage des grèves. L'expérience ne put se faire; leur légalité ayant été critiquée par les Chambres, ces Conseils départementaux ne furent pas effectivement institués.

L'idée fut reprise, dans un domaine limité, par la loi du 22 juillet 1909, instituant pour la conciliation et l'arbitrage des différends entre les Compagnies de navigation et leurs équipages, ou leurs états-majors, un Conseil permanent d'arbitrage, remplacé plus tard par trois Commissions supérieures d'arbitrage (décrets des 19 mars 1910, 7 août 1911, 24 sept. 1925 et 28 janv. 1927). La permanence de ces Commissions leur donna vite de l'autorité. En deux années, elles avaient résolu 56 conflits. Depuis leur institution, il n'y eut guère que deux grèves maritimes sérieuses, toutes deux dans le port de Marseille (*Bulletin du Minist. Trav.* janv. 1920, et Pic, *op. cit.*, n° 279, p. 179).

Pendant la grande guerre, les nécessités de la défense du territoire firent naître l'idée de la conciliation et de l'arbitrage obligatoires, devant des Commissions permanentes, de tous conflits relatifs au travail de la fabrication des armements, des munitions et du matériel de guerre (décrets des 17 janvier et 7 septembre 1917). Au lendemain de la guerre, la même idée se manifesta, de façon plus atténuée mais plus générale, dans le projet déposé à la Chambre par le Gouvernement, le 9 mars 1920 (1). Elle est consacrée très impérativement par la loi du 31 décembre 1936 et le décret du 16 janvier 1937. Nous devrons, à l'occasion, nous demander si ce règlement reste vraiment fidèle aux directives formulées par cette loi.

Plusieurs traits essentiels distinguent le système du projet de 1920 de celui qui vient de triompher. Le projet notamment rendait la conciliation toujours obligatoire; mais l'arbitrage restait facultatif sauf dans les entreprises d'intérêt général qu'il énumérait; dans le système actuel l'une et l'autre sont toujours obligatoires. Le projet n'admettait qu'une seule espèce de commission de conciliation ; le nouveau décret en superpose trois séries désignées de façons différentes, pour envisager la même question sous divers aspects. Le projet sanctionnait de peines les obligations qu'il imposait; le décret donne à l'autorité administrative le pouvoir de saisir, à défaut des intéressés, les organismes nouvellement établis.

En vue de faciliter cette expérience est établi, au Ministère du Travail, un Comité consultatif dont la constitution et le fonctionnement seront réglés par arrêté du Ministre, chargé de recueillir et centraliser toute documentation utile. (Déc. art. 15.)

Une procédure spéciale, devant des organes différents, est prévue pour les conflits relatifs aux pêches et transports maritimes (déc. 13 fév. 1937). La loi du 31 déc. 1936 (art. 2) prescrit son application immédiate aux

---

(1) *Journ. off.* Doc. parl. Chambre 1920, n° 489; Rapport de M. R. Lafarge, 22 nov. 1920 ; *Journ. off.* Doc. parl., Chambre S. E. 1920, n° 1478, p. 2223; projet repris avec quelques modifications par M. Durafour, Ministre du Travail, le 5 nov. 1925, *Journ. off.* Doc. parl. Chambre, n° 2040; puis par M. Loucheur, le 17 janv. 1929, *Journ. off.* Doc. parl. Chambre, n° 1082. Sur ces projets successifs, voy. P. Pic, *La prévention sur le règlement amiable des conflits collectifs. Ques'ions pratiques de droit ouvrier*, 1925, p. 89 et s.

conflits en cours lors de sa promulgation, ordonnant que toute contestation de nature à retarder la reprise immédiate du travail soit, sans préliminaire de conciliation, soumise à des arbitres qui, sans délai, se prononceront, sur l'état des justifications produites, soit définitivement, soit par provision. tous droits des parties demeurant, en ce dernier cas, réservés jusqu'à solution des autres différents entre elles. Ces décisions arbitrales, même provisoires, sont sans appel.

Quoique nulle allusion ne soit faite à la loi du 27 décembre 1892, ni aux articles 104-118, liv. IV, du C. Trav., la matière de la conciliation et de l'arbitrage dans les conflits du travail étant à nouveau réglée dans son ensemble, ces dispositions sont implicitement abrogées par la loi nouvelle (2).

§ 1. *L'obligation de la conciliation et de l'arbitrage*

Dès son premier article, la loi nouvelle pose en principe que, dans le commerce et l'industrie, tous différends collectifs, relatifs au travail, doivent être soumis à une tentative de conciliation, et, en cas d'échec de celle-ci, à l'arbitrage, dans des conditions et formes déterminées, avant toute grève ou tout lock-out.

Cette innovation se limite exclusivement au commerce et l'industrie. Les règles exceptionnelles s'interprétant restrictivement, elle ne peut s'étendre, par voie d'interprétation, à d'autres activités sociales, soit économiques, par exemple l'agriculture, soit intellectuelles, comme les professions libérales. D'où reparaîtront les discussions soulevées par l'application des lois antérieures sur la police du travail (repos hebdomadaire, journée de travail, etc.) pour distinguer les établissements industriels proprement dits et les dépendances d'exploitations agricoles, où l'on transforme leurs produits (beurreries, fromageries, pressoirs, distilleries, etc.) avant leur livraison au public.

Cette distinction n'a pas ici l'importance qu'elle possède ailleurs. Car il est toujours loisible aux intéressés de porter d'un commun accord leurs différends devant des comités de conciliation ou des arbitres, dans les formes de leur choix. Resterait seulement à savoir s'ils peuvent par convention proroger la compétence des Comités de conciliation établis par les Pouvoirs publics. Si l'on s'en tient au principe généralement admis à l'égard des juridictions contentieuses, il semble qu'on ne puisse étendre ainsi leur action hors du commerce et de l'industrie; car il y aurait extension de la compétence *ratione materiæ*, qui est d'ordre public.

Cependant peut-être faut-il se montrer plus large, ces Comités de conciliation établis par le décret du 16 janvier 1937 n'étant pas des organes officiels de services publics, doués d'attributions légales au-dessus de la volonté des particuliers. Simplement destinés à suppléer les comités officieux créés par la volonté des intéressés eux-mêmes, dans leurs conventions collectives, ils ont le même caractère que ceux-ci, et pourront, comme ceux-ci, recevoir des intéressés une extension de compétence.

A toute obligation sérieuse, il faut une sanction. Quelle est celle de cette

---

(2) Sur l'application de la loi du 31 déc. 1936 et du décret 16 janv. 1937. V. Circ. Ministre Trav. 4 fév. et 16 fév. 1937. *Journ. Off.* 17 fév., p. 2150 et *Duvergier*, 1937, p. 78.

obligation nouvelle ? Deux solutions étaient possibles : sanction judiciaire et sanction administrative.

Le projet de 1920 optait pour la sanction judiciaire; elle était double. D'une part, toute personne, partie dans un différend soumis à conciliation, qui, dûment convoquée par les conciliateurs, le Comité de conciliation ou le juge de paix, et sans excuse reconnue valable ne se présentait pas, ou ne se faisait pas représenter, encourait une amende de 16 fr. à 1.000 fr. En outre le tribunal pouvait ordonner l'affichage ou l'insertion du jugement dans un ou plusieurs journaux de la région, aux frais du délinquant.

D'autre part, quiconque, employeur ou employé, aurait provoqué ou tenté de provoquer une grève, sans essai préalable de conciliation, encourait une amende de 16 fr. à 20.000 fr. Des peines de prison s'ajoutaient à ces amendes, quand il s'agissait de certaines entreprises d'intérêt général, énumérées par la loi. Enfin les délinquants pouvaient être condamnés à toutes réparations civiles du dommage causé (art. 22 et 23).

La loi du 31 décembre 1936 ne prévoit elle-même aucune sanction. Le Gouvernement entendait se faire armer des plus larges pouvoirs pour assurer l'obéissance des récalcitrants. Grandes discussions au Sénat sur ce point. Finalement la loi lui conféra seulement le pouvoir d'organiser une procédure de conciliation et d'arbitrage, avant la clôture de la session parlementaire ordinaire, par décrets en Conseil d'Etat, qui seront à cette date abrogés de plein droit, le Parlement se réservant ainsi le moyen de contrôler l'application de ces règlements et le temps nécessaire pour réfléchir à d'autres sanctions.

Le décret du 16 janvier 1937 décide qu'à défaut d'initiative de l'une ou l'autre partie intéressée, le préfet du département où le différend s'élève, pourra saisir d'office le Comité de conciliation (art. 2).

Cette mesure suppose l'existence de Comités permanents de conciliation établis par ce décret. Admettons que le préfet puisse également saisir les Comités permanents de conciliation établis par des Conventions collectives de travail — et ce n'est pas certain, pareils comités n'étant pas des organes administratifs chargés d'un service public, alors que la compétence d'un fonctionnaire public se limite à ses rapports avec les organes des services publics qu'il doit mettre en mouvement ou dont il exécute les décisions — comment fera-t-il et quelle sera la sanction de la loi si les Conventions collectives, dans la profession et la localité où éclate le différend, ne prévoient pas de Comité de conciliation permanent ? Qu'il puisse officieusement inviter les parties à désigner des conciliateurs, pas de doute, mais que fera-t-il quand elles négligeront ou refuseront de les désigner ? Admettons que la convention collective prévoie des moyens de contrainte. Voilà beaucoup d'hypothèses; mais il y a plus embarrassant :

A la clôture de la session législative ordinaire de 1937, ce décret sera de plein droit abrogé. Les comités permanents qu'il institue feront place à d'autres établis librement par des Conventions collectives. Mais celles-ci pourraient ne pas organiser de Comités permanents, et même un conflit peut surgir dans une profession ou localité sans conventions collectives, qu'il n'en ait pas été conclues, ou qu'elles aient cessé d'être en vigueur.

Il sera donc nécessaire de compléter la loi avant la fin de la session.

Plus prévoyant, le projet de 1920 (art. 9, § 2) chargeait le juge de paix de la tentative de conciliation, à défaut d'un Comité spécial. On pouvait trouver la solution insuffisante, notamment pour les conflits de grande envergure dépassant les limites de sa circonscription, et préférer une autre autorité, le président du tribunal civil par exemple. De toutes manières, il faudra combler cette lacune de la loi nouvelle.

Pour le moment, il suffit d'avoir souligné que, dans le système de la loi et du décret précité, la sanction de l'obligation de conciliation est intimement liée à la permanence d'un Comité de conciliation.

§ 2. *Procédure de conciliation*

A l'instar d'une action en justice, et comme le faisait déjà le projet de 1920 (art. 8-15), la loi du 31 décembre 1936 prévoit un préliminaire de conciliation.

En thèse générale (loi 31 déc. 1936, art. 2; déc. 16 janv. 1937, art. 2) cette tentative s'effectuera selon la procédure et devant les organes de conciliation prévus par les Conventions collectives du Travail, s'il en est une applicable à l'entreprise où s'est produit le différend, et si tant est que pareille convention prévoit de tels organes et procédures.

En cas d'absence ou d'insuffisance de pareilles conventions, jusqu'à la clôture de la session parlementaire ordinaire de 1937, on devra suivre les règles prescrites par le décret du 16 janvier 1937, rendu en Conseil d'Etat, conformément à l'art. 15, § 2, de la loi monétaire du 1er octobre 1936. La circulaire du Ministre du Travail du 16 février 1937 précise que les dispositions du décret ne sont que subsidiaires et que les conditions et organes de conciliation choisis par les parties, quels qu'ils soient, doivent toujours être préférés à ceux du décret; que de plus, il n'est pas trop tard si l'on avait attendu l'ouverture du conflit pour déterminer, par une convention collective, les conditions et organes de conciliation. Ainsi comprise la lourde procédure et les Comités d'une conception un peu vaguement théorique prévus par le décret n'auront pas les inconvénients qu'on pourrait redouter.

En l'absence de convention applicable et faute de solution amiable du conflit, la partie la plus diligente, ou le préfet, saisira la Commission départementale de conciliation du premier degré. Présidée par le préfet ou son représentant, elle comprend un nombre égal d'employeurs et d'employés. Ce nombre est fixé, pour chacune de leurs catégories, par le préfet, dans les limites de 3 à 5, plus autant de suppléants (décret art. 3 § 1).

Quand un suppléant remplace un titulaire sans que l'empêchement de celui-ci soit indiqué, cet empêchement doit être présumé comme on le décide pour les juges suppléants (Civ. 22 mai 1925, S. 1930.1.119) et pour les jurés suppléants (Crim. 7 oct. 1831, S. 1841.1.287). Si l'on en décide autrement pour les avocats ou les avoués complétant un tribunal, c'est à raison du texte du décret du 30 mars 1808 (art. 49), exigeant la justification de leur présence (Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de Procédure*, 3e éd., t. Ier, n° 68).

Cette mission est-elle facultative pour les personnes désignées par le

préfet, comme le sont les fonctions publiques, ou bien obligatoires comme celles de juré, qui lui ressemblent à bien des égards ? Avec ce deuxième caractère, elle risque d'être une charge fâcheuse, faute de correctifs admis pour les jurés : dispense de siéger plus d'une fois en deux ans (loi 21 mars 1872, art. 5), indemnité de séjour en sus de celle de déplacement (loi 19 mars 1907).

Les arrêtés ministériels visés par l'art. 3, § 2, du décret pourront trancher cette question. Il eût été utile de préciser, dans le décret, de quel Ministre ils doivent émaner, plusieurs d'entre eux étant, par son art. 17, chargés de son exécution. Puisqu'il s'agit de police du Travail, le Ministre du Travail est plus spécialement indiqué.

Titulaires et suppléants sont nommés par le préfet dans les conditions fixées par des arrêtés ministériels, tenant compte notamment de l'importance respective des organisations professionnelles du département (art. 3, § 3).

La commission peut être subdivisée en sections locales ou professionnelles, comprenant de 3 à 5 membres de chaque catégorie, plus autant de suppléants (art. 3, § 4). Cette division est une garantie de connaissance, par les conciliateurs, des conditions locales ou professionnelles pouvant aider à la solution du différend.

L'Inspecteur divisionnaire du travail, dans la circonscription duquel se trouve le département, assiste aux séances avec voix consultative et peut se faire suppléer par un des inspecteurs du département où le conflit s'est produit (art. 3, § 6).

Quand un différend professionnel s'étend au territoire de plusieurs départements, les attributions de la commission départementale peuvent — le décret n'y oblige pas — être exercées par une commission interdépartementale. Une décision ministérielle en détermine le siège, le ressort et la composition (art. 4). En lui conférant le soin d'en fixer la « composition », le décret donne, sans doute, au Ministre, pouvoir d'en désigner les membres; car on ne voit pas bien comment cette nomination pourrait émaner simultanément de tous les préfets des divers départements intéressés, et le décret ne donne à aucun d'eux, fut-ce celui du siège de la commission, compétence exclusive pour cette nomination.

Bien que le décret ne l'exige pas, il sera bon que la commission dresse procès-verbal de sa séance, même en l'absence de conciliation et qu'il indique les points où l'accord n'a pu s'établir, en vue de faciliter et d'abréger la tâche de la commission du second degré.

Faute de conciliation dans les quatre jours francs, le différend sera porté devant une commission du second degré (art. 5). Les termes généraux du décret englobent à la fois le cas où les représentants des deux parties, ayant comparu, ne s'accordent pas, et celui où l'une d'entre elles s'étant seule présentée nulle conciliation n'a pu se tenter. Dans le second cas, il est vraisemblable que la partie s'étant d'abord abstenue ne se présentera pas davantage devant la seconde commission. Lorsque les deux parties ont comparu, mais n'ont pu s'accorder, le décret organise une sorte d'appel. Il prend ainsi parti sur l'épineuse question de l'appel contre les décisions des juridictions spéciales, que n'admet habituellement pas

notre législation (C. Rég. 13 fév. 1934, S. 34.1.183 et 10 déc. 1934, S. 35.1.43). Spécialement aucun appel n'est admis contre la décision du jury, auquel on peut comparer les Commissions de conciliation. En outre le décret introduit une innovation assez singulière dans notre droit, l'appel contre un procès-verbal de non-conciliation.

Toutes réserves sont certainement permises à cet égard, la loi du 31 décembre 1936 (art. 5) prévoyant l'organisation de procédures de conciliation « dans le cadre des lois existantes ».

La Commission du second degré, dite « Commission mixte paritaire de conciliation », présidée par un représentant du « Ministre compétent », est formée de délégués élus par les « fédérations nationales, patronale et ouvrière, auxquelles sont respectivement affiliés les syndicats les plus représentatifs des parties en cause », ces fédérations étant « en cas de contestations » déterminées par le Ministre ou son représentant mandaté à cet effet (art. 5, § 1er).

Ces termes du décret semblent faire allusion à une commission spécialement nommée pour chaque affaire. Telles sont les commissions mixtes ou paritaires existant en vertu du décret du 10 août 1899 (art. 3, § 2), ou de la loi du 29 mars 1935 (art. 3). Cependant la rapidité des opérations de conciliation présentée par le décret s'oppose aux retards inhérents à l'élection de délégués spéciaux dans chaque affaire. D'ailleurs la raison d'utilité pratique, ayant fait admettre la permanence des commissions du premier degré, milite en faveur de la permanence de celles du second.

Supposons donc établie d'avance une série de commissions mixtes correspondant aux principales catégories industrielles ou commerciales. Il faudra choisir entre ces commissions, quand aucune ne correspond exactement à la profession des intéressés. Si les parties ne s'entendent pas sur ce choix, si surtout chacune choisit une commission différente, qui les départagera ? Il est difficile d'attribuer au préfet ce pouvoir que le décret ne lui donne pas.

Cette Commission mixte sera saisie par la partie la plus diligente ou, s'il y a lieu, par le préfet ayant présidé la Commission du premier degré, départementale ou interdépartementale (art. 5, § 1). Elle entendra non seulement les représentants des parties, mais encore ceux des organisations professionnelles auxquelles elles appartiennent. De la sorte, le débat s'élèvera au-dessus de la querelle spéciale qui s'est produite entre les parties. La commission sera mieux placée pour leur montrer dans quelle mesure leurs prétentions respectives cadrent ou non avec les intérêts généraux de leurs professions. Evidemment, ce but du décret reste louable.

Cependant ceux qui, pour avoir tenté de concilier des conflits de ce genre, savent leur fréquente âpreté, douteront de l'efficacité pratique de ces considérations un peu générales. Or ici, malheureusement, la vivacité de la discussion est certaine et même normale, puisqu'une première tentative de conciliation, sur place, par des personnes bien renseignées, n'a pu réussir.

En cas d'échec, la commission du deuxième degré, comme la première, devra, nous semble-t-il, relater dans un procès-verbal les points sur lesquels porte le désaccord, afin de faciliter la tâche de la Commission supérieure.

Faute d'accord dans les quatre jours, le différend sera porté, par la partie la plus diligente ou le président de la Commission du second degré, devant une troisième, la Commission nationale interprofessionnelle de conciliation. Elle est formée, sous la présidence du Ministre « compétent » ou de son délégué, d'un nombre égal d'employeurs et de salariés, élus par la confédération patronale et la confédération ouvrière les plus représentatives, confédérations désignées par la commission permanente du Conseil national économique, avec publication au *Journal officiel*.

Comme celle du second degré, cette Commission peut entendre les représentants des parties et ceux des organisations professionnelles auxquelles elles appartiennent (art. 6).

Les résultats obtenus par les doubles appels que nous font connaître, pour le passé, l'histoire de notre droit, et l'étude de la jurisprudence contemporaine dans les cas exceptionnels où il en subsiste encore, empêcheront bien des sociologues et des juristes de fonder grand espoir sur ce nouvel essai. De plus, cette Commission unique ne risque-t-elle pas, en temps de crise, d'être saisie d'un trop grand nombre d'affaires pour pouvoir les concilier dans le bref délai prévu par le décret et même, avec la meilleure volonté du monde, pour apporter à chacune l'insistance nécessaire à une solution amiable ?

Si dans les quatre jours la Commission nationale interprofessionnelle n'a pu concilier les parties, elle dressera procès-verbal précisant les points où subsiste le désaccord, en invitant les parties à désigner soit un commun arbitre, soit chacune le sien (art. 7).

Dans tous les cas où l'une ou l'autre des trois Commissions arrive à concilier les parties, elle dresse procès-verbal de l'accord, transmis sans délai, par son président, au Ministre du Travail (art. 13). Celui-ci en adresse copie aux autres Ministres intéressés, s'il y a lieu, et au préfet du département où s'était produit le conflit (art. 13, § 3).

§ 3. *Procédure d'arbitrage*

Le projet de 1920 ne rendait l'arbitrage obligatoire que dans les entreprises d'intérêt général qu'il énumérait, en frappant de peines ceux qui auraient prôné ou prescrit des grèves dans ces entreprises (art. 23). Le décret de 1937 n'assure son application que par des mesures administratives.

Si dans les deux jours francs suivant la rédaction du procès-verbal de non-conciliation par la Commission nationale, ou par la Commission prévue par une convention collective de travail, ou dans les deux jours depuis l'origine du conflit en cas de convention collective décidant que les parties recourront à l'arbitrage sans préliminaire de conciliation, les parties ne s'accordent pas sur le choix d'un arbitre unique, elles doivent, dans les deux jours suivants, désigner chacune le sien. Faute par l'une de nommer le sien, le Ministre compétent le choisira, selon les cas, sur l'une des deux listes de 15 noms dressées, dans les huit jours de leur propre désignation par la Commission permanente du Conseil national économique, par les deux confédérations patronale et ouvrière, considérées comme les plus représentatives (art. 8 et 9).

Le ou les arbitres doivent rendre leur décision dans les trois jours

de leur nomination (art. 4). En cas de partage des voix, un tiers arbitre est nommé. Les parties peuvent le choisir elles-mêmes ou le laisser choisir par leurs arbitres. Faute de cette désignation amiable dans les trois jours depuis la nomination des arbitres, le tiers arbitre sera choisi par le Président du Conseil parmi les membres actifs ou retraités des grands Corps de l'Etat (loi 31 décembre 1936, art. 4; déc. 16 janv. 1937, art. 11).

Pour faciliter le choix du tiers arbitre par les intéressés ou leurs arbitres, les deux Fédérations désignées comme les plus représentatives par la Commission permanente du Conseil national économique ont dressé d'un commun accord, à titre indicatif, dans les huit jours de leur désignation, une liste unique de 30 membres des grands Corps de l'Etat — liste qu'aurait dressée ou complétée au besoin ladite Commission dans les huit jours suivant l'expiration du délai ci-dessus (art. 10). Elle a été publiée, par un arrêté du Président du Conseil du 31 janvier 1937, à l'*Officiel* du 2 février.

Les arbitres ont les pouvoirs d'amiables compositeurs et doivent établir un règlement équitable des conditions du travail « en vue de créer, aux lieux d'emploi, une atmosphère de collaboration, de respect des droits mutuels des partis : droit de propriété, droit syndical, liberté individuelle, liberté du travail, liberté syndicale ». (Loi 31 décembre 1936, art. 5.)

Une expérience déjà longue montre que, chez nous, les arbitres choisis pour résoudre les conflits du travail, avec mission d'amiable compositeur, se font de celle-ci une assez haute idée pour rendre d'équitables décisions.

La loi nouvelle et le décret du 16 janvier paraissant avoir voulu régir en entier les conditions et les effets de l'arbitrage, dans les conflits du travail, les arbitres sont dispensés, pour instruire l'affaire, d'observer les délais et formes établies pour les tribunaux, et plus généralement sont affranchis des diverses dispositions du livre III C. procédure, dont on avait d'ailleurs coutume de les affranchir déjà.

La sentence doit toujours être motivée, sans être cependant astreinte aux autres conditions de rédaction du jugement (loi 31 déc. 1936, art. 6). Elle est sans appel, nous dit la nouvelle loi, renversant le principe de droit commun (art. 1023, C. pr. civ.). Mais il semble que ces deux préceptes opposés n'engagent pas plus l'ordre public l'un que l'autre, et s'il est loisible aux parties, comme on s'accorde à le décider dans le compromis ordinaire, de renoncer au droit d'appel, il leur est permis de se réserver la faculté d'appel dans les conflits du travail.

La minute de la sentence arbitrale est adressée par les arbitres au Ministre du Travail, dans les deux jours suivant sa communication aux parties (déc. 16 janv. 1937, art. 13). Copie en est envoyée par lui aux autres Ministres intéressés, s'il y a lieu, et au préfet du département où le différend s'est produit (id.).

La loi du 31 déc. 1936 spécifie que la sentence sera rendue publique (art. 6). Evidemment le soin de la publier incombe au Ministre du Travail, à qui la minute est envoyée.

Le projet de loi de 1920 frappait d'amende, avec publication du jugement si le tribunal l'ordonnait, l'absence de comparution d'une partie convoquée devant des arbitres (art. 22); il édictait des peines pour inobservation de la sentence arbitrale dans les entreprises d'intérêt général qu'il énumérait (art. 23); il armait le Gouvernement du pouvoir de requérir les locaux, le

matériel et le personnel de ces entreprises en vue de l'accomplissement des services d'intérêt général dont elles étaient chargées (art. 25).

Certains textes spéciaux donnent au Gouvernement, même en dehors de toute sentence arbitrale, le droit de réquisition pour assurer les services d'intérêt général suspendus par une grève, notamment de requérir les divers moyens de transport, autres que les voies ferrées, en cas de grève des chemins de fer (loi 27 fév. 1920).

La loi du 31 décembre 1936 n'en parle pas. En outre, elle déclare la sentence arbitrale obligatoire, sans indiquer de sanction particulière. Il nous est certainement permis, pour assurer l'exécution des sentences même d'arbitres que les parties n'ont pas toutes deux choisis, de compter, sinon comme Bastiat, sur les harmonies économiques, sur l'autorité du bon sens français.

Section VI

LA POLOGNE

LONGCHAMPS DE BERRIER, *L'influence du droit public sur le contrat du travail dans le droit civil polonais.*

§ 174

L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL DANS LE DROIT CIVIL POLONAIS

Par Dr. ROMAN LONGCHAMPS DE BERIER
Professeur de droit civil à l'Université Jean-Casimir de Lwów (Pologne)

INTRODUCTION

L'influence du droit public sur le contrat de travail se manifeste par l'existence de normes impératives, édictées dans l'intérêt public et, par conséquent, ne pouvant pas être écartées par une convention des parties, comme aussi par la subordination des parties à une autorité administrative, dont le pouvoir remplace dans les cas, prévus par la loi, le pouvoir du juge. Cette influence apparaît tantôt dans la réglementation directe du contrat de travail, tantôt dans la création d'institutions du droit public, consacrées à la protection du travail et dont le fonctionnement réagit, plutôt indirectement mais néanmoins d'une façon péremptoire, sur la relation juridique entre l'employeur et l'employé, sur le contenu de leurs obligations et droits réciproques.

La pénétration du droit public dans le contrat de travail s'est opérée en Pologne, depuis la résurrection de ce pays, en trois étapes. Tout d'abord, tenant compte des nécessités, créées par le changement radical de la vie sociale apporté par la guerre et conformément aux conventions internationales concernant le travail, on a publié, de 1919 à 1924, une série de lois spéciales concernant la protection du travail et, notamment, la durée du travail (1919), les congés des salariés (1922), le travail des adolescents et des femmes (1924), les conflits collectifs dans l'agriculture (1919), les relations des propriétaires d'immeubles et des concierges (1920). Ensuite, en 1927 et 1928, on a réglé, toujours par des lois spéciales, le contrat de travail des catégories les plus importantes du point de vue social : les travailleurs intellectuels et les ouvriers (1928) et complété la législation concernant la protection du travail par des décrets : sur la protection du marché du travail (1927), sur l'inspection du travail (1927), sur la sécurité et l'hygiène du travail (1928) et sur les tribunaux de travail (1928). La troisième et dernière étape est constituée par les lois et décrets promulgués depuis 1933. En premier lieu, le code des obligations (1933) a réglé, dans les art. 441-477, le contrat de travail en général, en remplaçant de cette sorte les dispositions correspondantes des codes civils étrangers, qui étaient

jusqu'alors en vigueur en Pologne. Dans l'art. 446 de ce code et dans l'art. III, al. 10 de la loi d'introduction ont été maintenues expressément toutes les lois spéciales, citées ci-dessus et relatives au contrat de travail et au droit du travail en général. Plusieurs de ces lois spéciales ont été amendées au cours de ces années, de nouvelles lois ont été promulguées : les assurances sociales, qui étaient jusqu'alors dispersées en plusieurs lois distinctes, ont fait l'objet d'une loi spéciale (1933) et il y a eu aussi une loi sur les conventions collectives (1937).

A. — LES ELEMENTS DU DROIT PUBLIC DANS LA REGLEMENTATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

I. — Les parties

La liberté de s'engager ou d'engager à un travail est limitée, non seulement par les dispositions du droit civil concernant la capacité d'agir des mineurs et des incapables, mais aussi par les dispositions administratives, restreignant dans l'intérêt public (hygiène sociale, réduction du chômage) la capacité de jouissance. Ce sont les dispositions interdisant d'engager certaines catégories de personnes en général ou interdisant de les mettre à un certain genre de travail ou, inversement, imposant à de certaines catégories d'employeurs l'obligation d'engager des personnes protégées par la loi. Les contraventions sont sanctionnées par le risque de nullité du contrat et par des peines administratives (prison ou amende).

a. *Prohibitions d'engager ou de s'engager*

1. *Les étrangers.* — La liberté d'engager des employés étrangers est restreinte par suite de la nécessité de protéger le marché du travail et de prévenir l'augmentation du chômage. Les employeurs ne peuvent donner du travail à des salariés qui n'ont pas la nationalité polonaise, qu'après avoir reçu la permission de l'autorité compétente, sauf quelques catégories d'employés qui peuvent être employés sans permission (le personnel des postes diplomatiques, etc.) (Cf. le décret du Président du 4 juin 1927 et l'ordonnance du Conseil des Ministres du 20 février 1931).

2. *Les enfants, les adolescents et les femmes.* — Les principes d'hygiène sociale s'opposent à un emploi illimité des mineurs et des femmes. Cet emploi est prohibé ou restreint par la loi du 2 juillet 1924, relative aux entreprises industrielles ou minières, au commerce, aux bureaux, communications et transports. L'emploi contre rémunération des enfants au-dessous de quinze ans est absolument interdit. Quant aux adolescents entre quinze et dix-huit ans révolus et les femmes, il est interdit de les employer dans des conditions où le travail est particulièrement dangereux ou malsain, à des travaux pénibles ou présentant un danger particulier pour la santé ou les bonnes mœurs. Une liste détaillée de ces travaux a été établie par l'ordonnance du Ministre du Travail et de l'Assistance publique du 29 juillet 1925. Est interdit en plus l'emploi des femmes dans les mines.

D'autres restrictions ont leur origine dans la nécessité de protéger le marché du travail. Les adolescents ne peuvent pas être admis à travailler que dans une certaine proportion par rapport au nombre total des travailleurs adultes fixés par le Ministre de l'Assistance sociale (ord. du 9 novembre 1932). Il y a aussi des restrictions quant au nombre des apprentis qu'on peut avoir, sur la base de la grandeur et du mode de gestion de l'entreprise. L'autorité industrielle peut obliger l'entrepreneur ou l'artisan, après avoir examiné les circonstances, à réduire le nombre de ses apprentis, c'est-à-dire à résilier les contrats existants et à s'abstenir de prendre des apprentis au-dessus du nombre fixé (art. 125 et 148 de l'ordonnance du Prés. du 7 juin 1927, relative au droit industriel).

3. — *Les représentants et chefs de section d'entreprises du transport des émigrants.* — Dans l'intérêt du fonctionnement normal de l'émigration et de la protection des émigrants contre l'exploitation, les entreprises s'occupant du transport des émigrants ne peuvent prendre à leur service, sur le territoire polonais, des personnes qui ont été employées auparavant dans leur service en qualité de représentants ou de chefs de section et qui ont été congédiées à la demande de l'office de l'émigration (art. 35 de l'ord. du Prés. du 11 octobre 1927 sur l'émigration).

b. *Obligation d'engager*

Les invalides. — Les pensions de retraite dues aux invalides de guerre et aux invalides militaires étant une charge importante pour le fisc, on a tâché de diminuer cette charge en obligeant les employeurs de l'agriculture, de l'industrie, du commerce et des voies de communication à occuper pour chaque fraction de 50 employés : un invalide, et pour chaque fraction de 100 employés : trois invalides, n'ayant perdu que 15 % au moins et 65 % au plus de leur aptitude au travail. La même obligation pèse sur les entrepreneurs des travaux saisonniers, des travaux de construction, de terrassement, de pavage des routes, des chemins de fer, des travaux hydrauliques et des travaux d'amendement. En cas d'infraction à cette prescription, l'employeur est passible, par voie administrative, d'une peine de prison, allant jusqu'à six semaines ou d'une amende (art. 59 s. de la loi sur les pensions de retraite aux invalides de l'an 1932, texte unifié, Journal des lois 1935, position 31).

II. — Les obligations de l'employé

La liberté de fixer le mode d'exécution du travail et l'étendue des autres obligations, assumées par l'employé, n'est restreinte, dans l'intérêt social, que relativement à la durée du travail de la journée, à son continuité et aux clauses contractuelles de concurrence.

1. *La durée du travail.* — Dans l'industrie, les mines, le commerce, les communications et transports et dans toutes les autres entreprises de travail, exploitées industriellement, de quelque nature qu'elles soient, même non en vue de bénéfices, la durée maximum du travail est de huit heures par jour, non compris les heures de repos, et ne peut excéder 48 heures par semaine (loi du 18 décembre 1919, plusieurs fois remaniée, tex-

te unifié, Journal des lois 1934, texte 734). Dans les établissements où la durée du travail est plus courte que 48 heures par semaine, il est permis de rattrapper les heures manquantes dans la semaine, au cours de trois semaines successives, à condition que le travail fourni durant ces trois semaines n'excède point 9 heures par jour et, en général, 192 heures dans les quatre semaines, prises ensemble. Il s'ensuit que le chiffre de 48 heures par semaine est une limite, dans l'espace de quatre semaines le nombre des heures fournies par jour peut osciller, c'est-à-dire ne pas atteindre ou dépasser 8 heures. En plus, la loi permet plusieurs dérogations au principe de la journée de huit heures et de la semaine de 48 heures, selon le genre du travail et les circonstances. La prolongation du travail peut avoir lieu soit sur la base d'une ordonnance du Ministre compétent ou même du Conseil des Ministres, soit contre permission préalable de l'inspecteur du travail ou même, en cas d'urgence, contre un avis adressé à l'inspecteur du travail. La même loi interdit en principe le travail du dimanche et des jours fériés, comme aussi le travail de nuit, sauf les cas prévus par la loi. Le travail de nuit est encore plus restreint, quand il s'agit de femmes et d'adolescents, par les dispositions de la loi du 2 juillet 1924 relative au travail des adolescents et des femmes. Le travail des heures supplémentaires, autorisées par la loi, doit être rémunéré selon un taux majoré, tandis que celui qui travaille pendant les heures supplémentaires, contrairement à la loi, ne peut réclamer que la restitution au titre d'enrichissement injuste du fait de l'employeur. Les infractions aux prescriptions de cette loi sont passibles d'amendes de 200 à 1.000 zl. ou d'une peine de prison, allant jusqu'à 3 mois et, en cas de récidive, uniquement d'une peine de prison de 2 semaines à 3 mois .

2. *Le repos.* — Même dans l'espace de huit heures (ou plus, s'il y a lieu) l'employé n'est pas obligé de travailler continuellement, c'est-à-dire sans repos. Toutes les six heures de travail, ou plus souvent, un repos d'au moins une heure sera accordé aux travailleurs. Dans la mesure où les conditions techniques le permettent, toutes les machines doivent être arrêtées pendant ce temps et les travailleurs autorisés à quitter le lieu du travail. Dans les établissements à marche continue et dans ceux où en raison de la nature du labeur, le travailleur ne peut quitter le lieu du travail, le travail peut être poursuivi sans cette interruption d'une heure, en ce cas, toutefois, la faculté doit être accordée au travailleur de prendre son repas pendant la marche de l'entreprise (art. 17 de la loi sur la durée du travail).

Lorsque l'employé compte parmi les domestiques de l'employeur, celui-ci est tenu de lui laisser le temps nécessaire pour son repos et pour ses pratiques religieuses (art. 464 c. d. obl.).

3. *Les clauses de concurrence stipulées par les employés intellectuels.* — L'employé est obligé par la loi de s'abstenir de faire concurrence au patron pendant la durée du contrat de travail, mais il peut s'obliger dans le contrat, par une clause de concurrence, à s'abstenir de lui faire concurrence, même après l'extinction du contrat. La liberté des conventions de ce genre est considérablement limitée par une disposition qui stipule que de semblables clauses ne sont obligatoires que relativement au travail dans la branche où le travailleur était occupé auparavant et dans l'année qui suit la dissolution du contrat (art. 10 de l'ordonnance du Président,

relative au contrat de travail des travailleurs intellectuels du 18 mars 1928). Cette disposition, il est vrai, est dictée en premier lieu par le souci de la protection des employés, comme beaucoup d'autres dispositions du droit privé de ce genre. Mais, étant donné que les clauses de ce genre ne peuvent être stipulées que par les employés majeurs et seulement par écrit, il est évident, qu'aussi l'intérêt public est en jeu. Le bien social exige que chacun puisse développer pleinement son activité professionnelle selon ses capacités et qu'il ne soit pas forcé de gagner sa vie par un travail dont il est moins capable que d'un autre.

III. — Les obligations de l'employeur

Le contenu et le mode d'exécution des obligations de l'employeur sont beaucoup plus importants du point de vue social que le contenu et le mode d'exécution des obligations de l'employé. Il s'en suit, que l'influence du droit public est ici plus remarquable que dans les cas précédents. Non seulement le mode d'exécution des obligations prévues par le contrat est réglementé par plusieurs dispositions absolument impératives, mais aussi la loi impose à l'employeur des obligations particulières, dictées par l'intérêt social et soustraites, par suite, à la libre disposition des parties.

a. *Mode d'exécution des obligations, résultant du contrat*

1. *La rémunération.* — L'obligation principale de l'employeur est de payer la rémunération stipulée. Le contrat de travail étant un contrat réciproque, cette rémunération est d'abord un équivalent du travail exécuté. Mais ce n'est pas seulement sous cet aspect que l'obligation de payer la rémunération est réglée par le droit polonais. S'il en était ainsi, les principes généraux concernant l'exécution des obligations, notamment la libération d'une partie, lorsque l'exécution de la prestation réciproque est devenue impossible, la possibilité de dation en paiement, de la compensation, de la cession, seraient applicables à l'obligation de payer la rémunération. Cependant il en est autrement, car la rémunération de l'employé a encore un autre caractère, beaucoup plus important pour la réglementation juridique, le caractère d'une sustention, d'un moyen de gagner leur vie pour l'employé et sa famille. Ainsi, l'intérêt public est engagé à ce que l'employé reçoive ponctuellement et absolument ce qui est stipulé par le contrat et cela sous une forme qui garantisse au mieux la satisfaction des besoins vitaux, à la satisfaction desquels cette rémunération a été destinée lors de la conclusion du contrat. Ce caractère de sustention n'a pas, il est vrai, supprimé en totalité le caractère de l'équivalent contractuel, comme c'est le cas pour les appointements des fonctionnaires, mais il a provoqué de diverses dispositions impératives ou prohibitives, dictées par l'intérêt public et qui peuvent servir comme un exemple de la pénétration du droit public dans le droit privé.

L'employé pour lequel le travail promis constitue l'unique ou la principale source d'existence, conserve son droit à la rémunération lorsque, sans qu'il y ait de sa faute, il est empêché d'exécuter son travail par suite de maladie, d'accident, de convocation militaire ou pour toute autre cause grave. Ce droit lui appartient pendant deux semaines à condition que le

travail ait été fourni au moins depuis six mois avant l'intervention de l'empêchement (art. 48 du C. des obl.). Les employés intellectuels jouissent d'un droit analogue et d'une manière encore plus large, pendant trois mois et indépendamment de la durée du lien contractuel avant que l'empêchement ne soit intervenu (art. 19 de l'ordonnance sur le contrat de travail des travailleurs intellectuels).

Quant aux empêchements d'une autre nature, moins importants et moins absolus, mais tout de même assez graves (par exemple les affaires de famille), ils ne privent non plus l'employé du droit à la rémunération, à condition qu'ils ne durent que pendant une courte période (art. 459 du C. des obl. et art. 20 ord. trav. intell.).

Il va de soi et il est confirmé expressément dans l'art. 455 au c. d. obl. que la rémunération est due à l'employé même pour le travail qu'il n'a pas exécuté, s'il était prêt à l'accomplir et en a été empêché du fait de l'employeur.

En général, le terme du payement de la rémunération dépend du contrat ou des usages, mais il y a quelques règles de droit, inamovibles, abstraction faite du contrat, ou des usages. L'une d'elles a trait à tous les travailleurs, deux autres seulement aux ouvriers ou aux travailleurs intellectuels visés par les ordonnances de l'an 1928. Chaque travailleur peut réclamer le payement de la rémunération lors de la cessation de travail, art. 451 et 3 du c. des obl. Le salaire des ouvriers doit être payé de la façon suivante : *a*) si le contrat a été conclu pour un temps déterminé de moins de deux semaines, à l'expiration du contrat, si le contrat a été conclu pour une période plus longue, au moins une fois tous les quinze jours; *b*) si le contrat a été conclu pour un temps indéterminé, au moins une fois tous les quinze jours. Lorsque le contrat a été conclu en vue d'un travail défini, des acomptes devront être versés à l'ouvrier selon le contrat et au moins toutes les deux semaines (art. 32 ord. ouvr.) Aux travailleurs intellectuels un traitement fixe doit être payé, au plus tard à la fin de chaque mois (art. 15 ord. intell.). En cas de retard, l'ouvrier et l'employé intellectuel peut venir réclamer une indemnité de 2 à 3 % par mois.

Avant l'échéance du terme de payement, l'employeur est tenu de payer à n'importe quel employé qui se trouve dans le besoin un acompte, notamment la rémunération pour le travail déjà exécuté, s'il peut le faire sans préjudice pour lui-même (art. 457 du c. d. obl.).

D'après les ordonnances sur le contrat de travail des ouvriers et des travailleurs intellectuels, l'employeur a l'obligation de tenir des *registres de salaires* ou (s'il s'agit des ouvriers) des index de paye, et de les conserver pendant une durée de cinq ans. Dans les établissements, employant plus de quatre ouvriers, chacun d'eux doit recevoir gratuitement un livret de comptes (art. 25 ord. ouvr.) dont le contenu est fixé par la loi.

Contrairement au principe du droit civil, selon lequel chaque créancier peut disposer de sa créance, renoncer d'avance à celle-ci, accepter en paiement de sa créance une prestation autre que celle qui résulte du contenu de l'obligation, ou céder sa créance à un autre, ce droit de disposition est considérablement limité quand il s'agit de la rémunération des employés, vu son caractère de sustentation.

Est nulle toute renonciation faite d'avance à la rémunération pour le travail fourni (art. 442 du c. d. obl.).

L'employeur est tenu de payer au comptant la rémunération stipulée en argent (art. 450 du c. des obl., art. 13 ord. intell., art. 22 ord. ouvr.). Cette disposition, édictée en présence de la règle générale de l'art. 189 du c. d. obl. suivant laquelle les parties doivent exécuter les obligations conformément à leur contenu, ne peut avoir une autre signification que celle d'écarter la possibilité d'une dation en paiement valable, ou au moins de modifier son effet. La dation en paiement est totalement écartée vis-à-vis des ouvriers : aucun autre mode de paiement n'est valable qu'au comptant et l'ouvrier qui a accepté une autre prestation (par ex. en denrées), peut réclamer un paiement réitéré en espèces (art. 22 et 23 ord. ouvr.). Vis-à-vis des autres catégories des employés la dation en paiement reste valable, mais elle entraîne pour l'employeur la responsabilité du dommage causé (art. 450 c. d. obl.).

Quant à la cession et la mise en gage du droit à la rémunération, il y a lieu de distinguer entre les ouvriers et les travailleurs intellectuels, visés par les ordonnances de l'an 1928, et les autres employés. Le droit des ouvriers ne peut être ni cédé ni donné en gage, le droit des travailleurs intellectuels ne peut être du tout cédé et ne peut être donné en gage que dans les limites ou ladite rémunération est saisissable, le droit des autres employés ne peut être cédé ou donné en gage que dans les limites où elle est saisissable (art. 40 ord. ouvr., 22 ord. intell. et 444 c. d. obl.). La gradation correspond strictement aux exigences variables de l'intérêt public, qui a dicté cette limitation : cet intérêt est le plus grand quand il s'agit des ouvriers, il est encore très important quand il s'agit des travailleurs intellectuels, énumérés dans l'ordonnance (car ce sont les catégories les plus fréquentes et les plus nombreuses parmi les travailleurs intellectuels) et il n'y a qu'une importance restreinte quand il s'agit d'autres catégories d'employés, par exemple des domestiques, concierges, instituteurs, etc.

Si l'employeur a une créance sur l'employé, il pourrait, en usant de son droit de compensation, le priver totalement de sa rémunération, si sa créance égalait le montant de sa rémunération. Cet effet étant dangereux pour l'entretien de l'employé et de sa famille, la loi exclut la possibilité de la compensation en général ou contre des rémunérations ne dépassant pas une certaine somme. Pour les travailleurs intellectuels (dans le sens de l'ordonnance) la compensation légale, c'est-à-dire invoquée par l'employeur contre la volonté de l'employé, est complètement exclue (art. 21 ord. intell. à contr.). Pour les ouvriers (dans le sens de l'ordonnance) elle n'est admise qu'en concurrence avec des créances d'un certain genre, ne pouvant atteindre des sommes plus élevées : créances pour le logement, le chauffage et l'éclairage fournis à l'ouvrier par l'employeur, ainsi que pour les explosifs, fournis aux ouvriers mineurs (art. 38 al. 1 ord. ouvr.). Pour tous les autres travailleurs sont exclus de la compensation légale les salaires dont le montant n'excède pas mille deux cents zlotys par mois (art. 259 du c. des obl.).

Quant aux employés intellectuels et aux ouvriers tombant sous le coup des ordonnances, il y a encore limitation d'autres déductions sur le salaire, notamment des sommes perçues en vertu de titres exécutoires par de tierces personnes, pour les acomptes de salaire et les amendes, prévues — quant aux travailleurs intellectuels — par les clauses pénales du contrat, et — quant aux ouvriers — par les règlements de travail (art. 21 ord. intell. et 38 ord. ouvr.).

2. *Rémunération en nature.* — Outre l'obligation de payer la rémunération, peuvent résulter du contrat encore d'autres obligations de nature patrimoniale, notamment l'obligation de fournir à l'employé le logement, le couchage, la nourriture, etc. Le mode d'exécution des prestations de ce genre est réglé aussi par quelques dispositions impératives, vu les exigences de l'hygiène et des bonnes mœurs. L'employeur est tenu, dans l'exécution de ces prestations à ce qu'exigent la salubrité et la décence (art. 461 c. des obl.). En particulier les logements de service, attachés aux établissements de travail, devront satisfaire aux exigences de l'hygiène et aux règlements spéciaux, édités par les Ministres compétents (art. 1, al. 2 ord. relative à la sécurité et à l'hygiène du travail, 1928).

b. *Obligations particulières, imposées à l'employeur par la loi dans l'intérêt social*

En dehors des obligations de l'employeur, qui ont leur source dans le droit privé et ne sont que modifiées par le droit public dans l'intérêt général, il existe encore une catégorie d'obligations, qui ont leurs racines dans le droit public, dont le fondement et la justification résident dans les idées d'ordre social. On peut les rassembler toutes sous le nom collectif d'obligations de protection de l'employé. Leur caractère absolument obligatoire, l'indépendance où elles sont par rapport à la volonté des parties, empêchent de les concevoir comme purement corrélatives à l'obligation de la fidélité qui pèse sur le travailleur en vertu de la nature du contrat de travail.

1. *Obligation en vue de garantir l'hygiène et la sécurité des travailleurs pendant le travail.* — L'employeur doit prendre — en ce qui concerne les locaux et le matériel qu'il fournit — des mesures propres à protéger la vie et la santé de l'employé (art. 461 du c. des obl.). Le développement de ce principe est contenu dans l'ordonnance du Président, relative à la sécurité et l'hygiène du travail (16 mars 1928). Selon cette ordonnance les machines et appareils similaires devront être construits de telle sorte que les travailleurs soient protégés contre les accidents et que leur besogne puisse être accomplie dans des conditions normales d'hygiène. Les locaux devront être suffisamment vastes par rapport au nombre des travailleurs occupés, ainsi que par rapport au travail exécuté, suffisamment aérés, éclairés et chauffés, entretenus avec propreté, et — si nécessaire — munis d'installations protégeant les travailleurs contre la poussière, contre es gaz toxiques, etc. Les vestiaires, lavabos, salles de récréation, etc., devront être établis conformément aux prescriptions d'hygiène. Il y a encore plusieurs ordonnances relatives tant à l'emploi de certains matériaux dangereux pour la santé, qu'à la sécurité et à l'hygiène dans les établissements d'un certain genre, comme dans les entreprises agricoles et forestières ou dans les mines.

2. *Soins en cas de maladie de l'employé* (art. 462 c. des obl.). — Cette obligation n'existe qu'envers les employés qui comptent parmi les domestiques de l'employeur et dont le travail constitue l'unique ou principale source d'existence. Cette catégorie d'employés est, il est vrai, soumise aussi aux dispositions sur les assurances sociales, en particulier aux dispositions sur l'assurance pour cause de maladie et dans le cas où l'employé a, en effet, droit à des prestations au titre de cette assurance, l'obligation dont

nous parlons à présent ne joue pas. Mais elle commence à jouer, lorsque pour n'importe quelle raison, l'employé est privé des prestations à titre d'assurance, par exemple si l'employeur a négligé de l'inscrire aux assurances. En semblable cas, l'employeur est tenu, en cas d'une maladie de l'employé qui ne soit pas due à un acte intentionnel de ce dernier, de lui assurer la substance nécessaire ainsi que les soins médicaux et pharmaceutiques pendant deux semaines, si le travail a été fourni depuis au moins deux semaines, et pendant quatre semaines, si le travail a été fourni depuis au moins six mois. Si l'employé a pendant ce temps droit à une rémunération pécuniaire en vertu de l'art. 458 du c. des obl. dont nous avons parlé plus haut, l'employeur ne peut déduire de cette remunération que les dépenses faites pour les soins médicaux et pharmaceutiques.

3. *Congé payé.* — Tout employé, dont le travail promis constitue la seule ou principale source d'existence et s'il a travaillé pendant plus d'un an, a droit à une semaine de congé annuel, à une époque déterminée par l'employeur (art. 465 du c. des obl.). Des dispositions plus précises et, en partie, plus favorables aux employés, se trouvent dans la loi du 16 mai 1922, relative aux congés des salariés occupés dans l'industrie et le commerce, mines, bureaux, communications, transports, hôpitaux, institutions d'assistance sociale, etc. (huit jours chaque année après un an de travail et quinze jours après trois ans de travail, pour les salariés adolescents de moins de dix-huit ans et les apprentis quatorze jours, pour les travailleurs intellectuels, occupés dans le commerce, l'industrie et les bureaux deux semaines après un travail ininterrompu de six mois et un mois après une période de travail ininterrompu d'un an).

4. *Certificats de travail.* — L'obligation de donner à l'employé une attestation constatant la durée et la nature de son travail, statuée dans l'art. 474 du c. des obl., art. 24 ord. intell. et art. 21 ord. ouvr., n'a pas pour but de donner à celui-ci une quittance de l'accomplissement de la prestation, ce qui la qualifierait comme une obligation restant dans les cadres du droit privé, mais elle a pour but d'écarter les doutes possibles sur la conduite, sur les occupations et même sur sa réputation de l'employé pendant le temps embrassé par l'attestation. L'attestation est une sorte de document d'état-civil, elle doit faciliter à l'employé la recherche d'un nouveau travail. Elle n'est pas moins nécessaire pour le futur employeur que pour l'employé; l'intérêt social est ici engagé aussi bien que l'intérêt particulier de l'employé. Il s'en suit, que le contenu de l'attestation est rigoureusement établi par la loi : l'attestation doit constater la durée et la nature du travail et ne peut porter aucune mention qui serait de nature à rendre plus difficile à l'employé l'obtention d'un autre emploi (art. 474 du c. des obl., art. 24 ord. intell.) et, s'il s'agit d'un ouvrier, elle ne peut porter aucune mention ou indice, même favorable pour l'ouvrier (pour éviter le favoritisme et ne pas causer préjudice aux autres ouvriers).

IV. — Extinction du contrat

L'intérêt social est engagé, pour plusieurs raisons, dans les modes d'extinction du contrat de travail, du point de vue de la protection de l'employé. Premièrement le principe que le contrat, conclu pour un délai déter-

miné, lie les parties jusqu'à la fin de ce délai, pourrait avoir pour résultat que le contrat devienne pour l'employé, selon les circonstances, une charge insupportable; deuxièmement la possibilité de fixer librement la durée du congé, nécessaire pour résilier le contrat conclu pour un temps indéterminé, pourrait donner lieu à des abus de la part des employeurs, sous forme de fixation de termes de congé très courts. Troisièmement la possibilité illimitée de conclure les contrats à l'essai, dont la résolution dans un court délai est indispensable, pourrait être abusivement exploitée dans l'intention de priver l'employé des avantages, résultant d'un contrat définitif. Il y a des normes impératives, destinées à prévenir ces inconvénients.

Un contrat de travail, fait pour la durée de la vie de l'employeur ou de l'employé, ou pour plus de trois ans, peut être, après trois ans, résilié par l'employé, moyennant une dénonciation faite six mois à l'avance (art. 468 du c. d. obl.).

Les délais de dénonciation d'un contrat conclu pour un temps indéterminé peuvent être établis par convention, mais sous cette réserve que le délai de dénonciation du fait de l'employeur ne peut être inférieur aux délais déterminés par la loi et que le délai de dénonciation du fait de l'employé ne peut être plus long que le délai de dénonciation du fait de l'employeur (art. 469, § 5 du c. des obl.).

Le contrat de travail conclu à l'essai peut être, pendant le premier mois, résilié par chacune des parties, moyennant une dénonciation faite une semaine à l'avance, mais si la dénonciation n'a pas été faite une semaine avant l'expiration dudit mois, le contrat est réputé conclu pour un temps indéterminé. En plus, le temps d'essai ne peut être supérieur à un mois et ne peut être prolongé (art. 467 du c. d. obl.). Pour les ouvriers, visés par l'ordonnance de 1928, le temps d'essai ne peut dépasser sept jours; pendant ce temps le contrat peut être résilié à tout instant par chacune des parties, faute de quoi le contrat est réputé conclu pour un temps indéterminé (art. 5 ord. ouvr.). Pour les travailleurs intellectuels, visés par l'ordonnance, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois (art. 7 ord. intell.).

B. — LA REACTION SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL DES INSTITUTIONS DE DROIT PUBLIC, CONSACRÉES A LA PROTECTION DU TRAVAIL

I. — Les conventions collectives de travail

La question de savoir si l'institution des conventions collectives de travail fait objet du droit privé ou du droit public, — elle semble appartenir tantôt au droit privé et tantôt au droit public —, cela dépend du mode de règlement prévu par la loi. Si elle n'a qu'une force obligatoire, égalant celle des autres conventions du droit privé, si les normes du droit civil relatives à la capacité d'agir en droit et à la représentation s'appliquent aux parties et aux personnes, liées par la convention, si, conformément au principe du droit civil, ces conventions n'ont pas effet contre les tiers, non participants à la convention, la nature des conventions collectives de travail comme conventions de droit privé ne peut être mise en question. Cependant,

au moins pour le droit polonais, il n'en est pas ainsi dans toutes ces directions et l'étude de la question fait apparaître leur caractère d'institution de droit public.

Dans le droit polonais les conventions collectives de travail sont, en général, réglées par l'art. 445 du c. des obl. et en détail par la loi du 14 avril 1937, qui a développé les idées principales, contenues dans le code des obligations et y a introduit plus d'éléments encore d'ordre public en définissant l'ensemble du dispositif comme une institution, appartenant à la protection du travail. En dehors de cette réglementation générale, il existe encore une réglementation spéciale des conventions collectives, conclues devant les autorités compétentes à l'occasion des conflits entre les employeurs et les ouvriers agricoles et entre les propriétaires d'immeubles et les concierges (lois du 1er août 1919 et du 23 janvier 1920), comme aussi des décisions des commissions arbitrales constituées conformément aux dispositions des lois précédentes et de l'ordonnance du 27 octobre 1933, relative aux ouvriers occupés dans le port de Gdynia, et des décisions des commissions extraordinaires arbitrales, convoquées d'après les lois du 27 octobre 1933 (industrie et commerce), 18 juillet 1924 (agriculture), et 16 mai 1922 (concierges).

Les traits caractéristiques de cette réglementation sont les suivants:

1. Les conventions collectives ont force de lois impératives. Les clauses du contrat individuel, qui seraient moins favorables aux employés que la convention collective, sont nulles. Cela s'applique non seulement aux contrats individuels futurs, mais aussi aux contrats qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur des conventions en question. Au lieu et en place des clauses annulées de plein droit, les clauses correspondantes de la convention collective ont force obligatoire.

2. La convention collective ne peut être conclue que, d'une part, par les employeurs individuels ou par une association patronale, les corporations d'artisans y compris et, d'autre part, par les syndicats professionnels ou par les associations constituées par ces syndicats. Ainsi la capacité de contracter, surtout de la part des employés, est considérablement restreinte.

3. Le principe, que les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractantes, est rompu en plusieurs cas :

a) Sont liés par la convention collective, non seulement les parties, c'est-à-dire les employeurs ou les associations d'employeurs et les syndicats d'employés, mais aussi les membres de ces associations et syndicats, sans qu'une procuration de leur part soit nécessaire.

b) L'employeur, lié par une convention collective est lié par ces dispositions même envers ceux de ses employés qui ne sont pas syndiqués. Ces derniers prennent à leur charge les obligations, résultant de la convention collective, ayant force de loi.

c) Les conventions collectives sont susceptibles d'une certaine généralisation et peuvent lier les outsiders, c'est-à-dire les personnes, qui sont en dehors des associations et des entreprises qui ont participé à leur conclusion. Notamment :

Les conventions collectives, conclues conformément aux dispositions des lois citées ci-dessus, des années 1919, 1920, 1922, 1924 et 1933, relatives à l'agriculture et aux concierges (les accords passés devant l'inspecteur du travail, les décisions de la commission de conciliation, les conventions col-

lectives, qui peuvent prendre la place des décisions d'une commission extraordinaire) lient à force de loi tous les employeurs et employés d'un district donné ou du territoire pour lequel la commission extraordinaire a été instituée, qu'ils appartiennent ou n'appartiennent pas à l'association ou au syndicat qui a participé à la conclusion de la convention.

Par voie de décision spéciale (légalisation) du Ministre de l'Assistance sociale, une convention collective ayant une importance économique décisive peut acquérir force obligatoire dans tout le territoire visé par elle, ou dans la partie du territoire pour laquelle la convention a acquis une importance décisive (art. 21 de la loi du 14 avril 1937). A dater du jour de l'entrée en vigueur de cette décision sont liés par la convention tous les employeurs et les employés qui se trouvent désignés dans la convention et dans la circonscription, qui relèvent de la catégorie de travail visée par elle.

II. — L'inspection du travail

L'institution d'une inspection du travail, constituant un organe de l'administration de l'Etat, contribue considérablement à l'infiltration de l'élément public dans le rapport juridique, fondé par le contrat de travail, grâce aux prérogatives attribuées par la loi à l'inspecteur quant au contenu et au mode d'exécution des obligations des parties. D'après l'art. 3 de l'ordonnance du Président de la République du 14 juillet 1937, l'inspection du travail a l'obligation et le droit de contrôler les modalités d'exécution des dispositions légales, relatives à la protection du travail et, en particulier, à la protection de la vie et de la santé des travailleurs, au maintien des bonnes mœurs dans les rapports de travail, aux contrats de travail, aux conventions collectives, au règlement du travail, à la durée du travail, aux jours fériés, aux congés, au travail des adolescents, dont elle doit faciliter la formation générale et professionnelle, au travail des femmes, à la représentation des travailleurs et à leurs droits, au travail à domicile. Sur la base des dispositions de cette loi, comme aussi des dispositions spéciales des autres lois, relatives à la protection du travail et requérant la compétence de l'inspecteur du travail, la volonté et le pouvoir administratif de l'inspecteur s'imposent très souvent, qu'il s'agisse de fixer les obligations des parties ou le mode de leur exécution, ou qu'il s'agisse d'appliquer des sanctions en cas de contravention aux lois de travail ou aux décisions de l'inspecteur.

1. *L'influence de l'inspecteur sur la formation du contrat*

a) Les règlements du travail dans les établissements occupant les ouvriers ou les travailleurs intellectuels, soumis aux dispositions des ordonnances respectives de l'an 1928, doivent être approuvés par l'inspection du travail. L'inspecteur peut refuser son approbation, s'il juge que le projet de règlement en question est en contradiction avec les prescriptions de la loi. L'approbation de l'inspecteur est une condition de la validité *sine qua non* du règlement.

b) Les conventions collectives doivent être enregistrées chez l'inspecteur du travail compétent. L'enregistrement est condition de leur force obli-

gatoire (art. 7 de la loi du 14 avril 1937). L'inspecteur du travail peut suspendre l'enregistrement si les clauses de la convention sont contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Contre cette décision de l'inspecteur, les parties peuvent recourir à un tribunal de travail ou à un tribunal ordinaire qui décide par voie de procédure gracieuse.

2. *Le pouvoir de l'inspecteur quant au mode d'exécution des obligations*

L'inspecteur a le droit de pénétrer dans les entreprises, dans les habitations ouvrières et leurs dépendances, etc., de requérir des employeurs toutes informations et données statistiques nécessaires, etc. En cas de contravention aux lois de travail, il peut adresser aux employeurs des recommandations, requérir le changement des installations techniques ou des méthodes de production. Appel pourra être fait de sa décision devant une commission spéciale instituée dans chaque voiévodie.

La taxe pour les livrets de comptes des ouvriers, perdus ou endommagés, doit être approuvée par l'inspecteur. Afin de fournir aux ouvriers des articles de première nécessité à bon marché, les employeurs peuvent ouvrir des magasins, s'ils y sont autorisés par l'inspecteur. Dans les établissements à marche continue, si leur fonctionnement l'exige absolument, l'inspecteur de l'arrondissement, d'accord avec le voiévode, peut autoriser la prolongation de la durée du travail, jusqu'à concurrence de cinquante-six heures par semaine. L'inspecteur du travail de l'arrondissement peut modifier le pourcentage, sur la base duquel un congé doit être accordé aux employés du 1er mai au 30 septembre. L'inspecteur du travail peut, après avoir fait examiner un adolescent par un médecin, interdire de l'occuper à un travail donné, en indiquant en même temps le genre de travail dont l'adolescent est capable. Avec l'autorisation de l'inspecteur le repos de nuit des femmes, ayant plus de dix-huit ans, peut être réduit à dix heures par jour, dans les industries saisonnières ou si des circonstances spéciales l'exigent, s'il est prouvé que les besoins de l'entreprise l'exigent. Si le temps nécessaire à l'employé pour rechercher une autre place n'est pas fixé par la loi, il sera déterminé par l'inspecteur du travail (art. 475 du c. des obl.).

Voilà quelques exemples de l'ingérence de l'inspecteur dans le contrat de travail. On pourrait les multiplier considérablement, mais les exemples mentionnés ci-dessus caractérisent suffisamment le rôle de l'inspecteur quant à la fixation des devoirs de l'employeur ou même de l'employé.

3. *La juridiction pénale de l'inspecteur*

Le rôle de l'inspecteur devient encore plus important grâce aux dispositions lui conférant la juridiction pénale en cas de multiples contraventions aux dispositions légales, relatives à la protection du travail (par ex. art. 62 ord. ouvr., art. 54 ord. trav. intell. et art. 32 ord. sur inspection du trav.).

III. — Les assurances sociales

L'institution de l'Assurance Sociale reste en principe en dehors du rapport contractuel entre l'employeur et l'employé. Il y a pourtant quel-

ques points de contact où les rapports entre les parties subissent une modification provoquée par les dispositions sur l'Assurance Sociale. Cette dernière étant manifestement d'ordre public, on peut faire état de ces cas dans la présente étude.

1. L'employeur, obligé de payer la rémunération pendant une période de deux semaines, dans laquelle le travailleur est empêché d'exécuter son travail, peut déduire de la rémunération les sommes que, pour la même période, l'employé a reçues des fonds publics (art. 460 et 2).

2. Les obligations de l'employeur en cas de maladie d'un travailleur, qui compte parmi les domestiques de l'employeur, n'existent pas, lorsque l'employé a droit, pour cause de maladie, à des prestations au titre des assurances sociales (art. 462 et 5).

3. La responsabilité à titre de risque du dommage causé par suite du fonctionnement d'entreprises ou d'établissements mus par le moyen des forces naturelles (art. 152 du c. des obl.) est écartée entre les employeurs et les employés ayant droit aux prestations prévues par la loi sur les assurances sociales. Les assurés ne peuvent réclamer de leurs patrons une indemnisation pour cause d'accident, qu'en prouvant le dol ou une négligence des prescriptions concernant la protection de la vie et de la santé du travailleur, et ceci, déduction faite de la somme prévue à titre d'assurance (art. 196 de la loi sur les assurances sociales de l'an 1933).

4. L'employeur est obligé de déduire de la rémunération les cotisations dues par l'employé aux institutions d'assurances sociales (art. 219 (2) de la loi sur les assurances sociales de l'an 1933).

CONCLUSION

Nous ne voulons par insister davantage sur les éléments de droit public qui se font jour dans le droit polonais contemporain, concernant le contrat de travail. Pour ne pas élargir inutilement notre étude, nous passons outre à ces dispositions comme celle qui impose à l'employeur l'obligation de déduire du salaire l'impôt sur le revenu, dû par l'employé, ou celle d'après laquelle les amendes, payées par les ouvriers, sont destinées à une action culturelle, à l'enseignement populaire et à l'assistance des ouvriers. La démonstration précédente prouve, nous le croyons, suffisamment qu'en ce qui concerne le contrat de travail, le droit polonais, comme d'ailleurs le droit des autres pays, se trouve pénétré par l'élément public à un beaucoup plus haut degré que le droit issu des autres contrats civils. La question qui se pose est, de savoir s'il y a lieu, en tenant compte de ce fait, de ranger néanmoins le contrat de travail parmi les contrats de droit civil, au lieu de l'éliminer des cadres du droit civil et de le ranger avec les autres institutions du droit de travail, dans un corps distinct, le code du travail, plus comme une branche nouvelle du droit public ? Nous ne sommes pas de cet avis. Malgré toutes les retouches qu'il doit à l'infiltration du droit public, le contrat de travail reste, en dernière analyse, une libre convention de deux parties égales, qui assument volontairement des obligations réciproques, auxquelles s'appliquent toutes les règles du droit civil, non écartées par les dispositions spéciales, édictées en vue de protéger le

travail et les travailleurs. Nous ne mentionnerons à cet égard que la transmission des obligations de l'employeur à ses héritiers (art. 472 du c. des obl. a contrario), le dédommagement comme sanction normale de l'inexécution des obligations des parties et la dénonciation comme moyen normal, donné à chacune des parties, de résilier le contrat. Le fait de l'existence d'éléments du droit public dans une matière de droit privé n'a d'ailleurs rien d'extraordinaire. Nous sommes depuis longtemps témoins d'un fait analogue dans le droit familial, dans le droit successoral (héritiers nécessaires), dans le droit foncier et récemment le régime des baux a subi les mêmes modifications. Même après l'incorporation des raisons législatives dans un code de travail, le contrat de travail resterait non moins une institution de droit civil. Toutes les modifications effectuées par le droit public dans le contrat de travail n'ont pour résultat qu'une socialisation du droit privé.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

LES TABLES

1° *des textes juridiques*

a) internationaux,

b) nationaux, cités dans le Recueil;

2° *analytiques;*

3° *des auteurs cités,*

seront publiées dans un fascicule à part et adressées sans frais aux souscripteurs et acheteurs de l'ouvrage.

La TABLE SYSTÉMATIQUE, ainsi que LES LISTES DES SOUSCRIPTEURS, DES COLLABORATEURS ET DES TRADUCTEURS, sont publiées en tête du Tome I[er].

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

BOSC Frères, M. & L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

42, Quai Gailleton, 42

LYON

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01037111 2